



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Análisis crítico de la intervención del Estado en el mercado de las telecomunicaciones: ¿de la liberalización a la competencia efectiva?

Cristina Roy Pérez



Aquesta tesi doctoral està subjecta a la llicència **Reconeixement- NoComercial – SenseObraDerivada 4.0. Espanya de Creative Commons.**

Esta tesis doctoral está sujeta a la licencia **Reconocimiento - NoComercial – SinObraDerivada 4.0. España de Creative Commons.**

This doctoral thesis is licensed under the **Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivs 4.0. Spain License.**

**ANÁLISIS CRÍTICO DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO
EN EL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES
¿DE LA LIBERALIZACIÓN A LA COMPETENCIA EFECTIVA?**

Cristina Roy Pérez

2005

TESIS DOCTORAL

ANALISIS CRITICO DE LA INTERVENCION DEL ESTADO EN EL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. ¿DE LA LIBERALIZACIÓN A LA COMPETENCIA EFECTIVA?

Doctoranda	Cristina Roy Pérez
Departamento	Derecho Mercantil, del Trabajo y de la Seguridad Social
Bienio	1999-2001
Programa de doctorado	Derecho Mercantil
Director de tesis	Antoni Font i Ribas

“La reducción del ámbito de ejercicio de la propiedad más allá de lo que es necesario para prevenir externalidades negativas o evitar la colisión con otros derechos legítimos empobrece a las personas y a los países”

Joaquin Trigo

INDICE

PARTE I. LA POLÍTICA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y FUNDAMENTOS LEGALES.

INTRODUCCIÓN.....	1
1. Una aproximación a la relación entre Estado, Mercado y Sociedad a través de la historia: Nacimiento de la política económica y de competencia.....	3
1.1. El presupuesto del nacimiento del mercado como futuro marco de las relaciones económicas: el reconocimiento jurídico de la propiedad como derecho.....	5
1.2. La aplicación de la ética al comercio: religión y mercado.....	8
1.3. Acumulación de capital y protagonismo del mercado.....	14
1.4. Reconociendo y justificando la fuerza del mercado como fuente de riqueza: mercado y sociedad.....	19
1.5. La rebelión contra el mercado: el revulsivo marxista.....	28
1.6. El gigante crece: estructura del mercado.....	31
1.7. Nacimiento del Estado de Bienestar: una nueva forma de entender la relación Estado-Mercado-Sociedad.....	35
1.8. El nacimiento de la política económica moderna y la reconciliación entre Estado y Mercado.....	38
1.9. La crisis actual de la relación entre Estado y Mercado.....	42
1.10. Una mirada crítica y primeras conclusiones.....	45
2. Aproximación a la competencia como manifestación de la actividad de los sujetos: el hecho económico y el valor jurídico.....	53
2.1. La competencia como manifestación de la actividad económica	62
2.2. La necesidad de determinación de una noción propia de competencia.....	86
2.3. La competencia como valor jurídico.....	90

3.	Aplicación de criterios económicos al derecho: introducción a la teoría del Análisis del Derecho.....	103
3.1.	Evolución teórica del Análisis Económico del Derecho.....	104
3.2.	La relación entre economía y derecho que propone el Análisis Económico del Derecho.....	108
3.3.	El Análisis Económico del Derecho como teoría.....	111
3.3.1.	La estructura de mercado según el Análisis Económico del Derecho.....	111
3.3.2.	El paradigma del <i>homo oeconomicus</i>	112
3.3.3.	La intervención estatal y la norma jurídica según el Análisis Económico del Derecho.....	115
3.3.4.	La asignación de derechos como punto de partida de la intervención estatal que propone el AED: La teoría de los <i>property right</i>	123
3.3.5.	El Análisis Económico del Derecho como metodología.....	127
4.	Funciones jurídicas del derecho de la competencia	130

PARTE II. LA LIBERALIZACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES: DERECHO DE ACCESO AL MERCADO.

	INTRODUCCIÓN: EL PROCESO DE LIBERALIZACIÓN DE SECTORES REGULADOS.....	137
1.	Contexto económico, político y social.....	137
1.1.	La tercera revolución industrial: contexto económico de la liberalización.....	141
1.2.	El nuevo Estado social: ¿pérdida del protagonismo del Estado?....	145
1.3.	La democracia económica como nuevo valor de la acción del Estado: revalorización del Derecho de defensa de la competencia y liberalización de mercados	149

CAPITULO I. HISTORIA DEL PROCESO DE LIBERALIZACIÓN.....	157
1. Primer marco regulatorio:1987-1990.....	157
1.1. La necesidad de mantener la presencia pública en el sector.....	162
1.1.1. La gestión de la red.....	162
1.1.2. Prestación de servicios básicos.....	167
1.2. La introducción de un régimen de competencia compatible con la actuación del Estado en el mantenimiento de los servicios públicos.....	168
- La Directiva 88/301/CEE de 16 de mayo de 1988 relativa a la competencia en los mercados de terminales de telecomunicaciones.....	171
- La Directiva 90/388/CEE de 28 de junio de 1990 relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones.....	172
- La Directiva 90/387/CEE de 28 de junio de 1990 relativa al establecimiento del mercado interior de los servicios de telecomunicaciones mediante de realización de la oferta de una red abierta de telecomunicaciones.....	179
2. Primeras modificaciones al primer marco regulatorio: 1990-1996.....	183
- Directiva 94/46/CEE: equipos terrestres, servicios de comunicación y servicios de difusión.....	187
- Libro Verde de 1994 sobre una posición común en torno a las comunicaciones móviles personales en la Unión Europea.....	197
2.1 Gestión del espectro radioeléctrico: licencias.....	210
2.2. Interconexión de redes, servicios y sistemas.....	220
2.2.1. Conductas desleales.....	221
2.2.2. Prohibiciones o restricciones al uso de redes.....	226
2.2.3. Conexiones entre diferentes Estados: servicios de <i>roaming</i>	230
2.3. Condiciones de acceso al mercado y Oferta de Red Abierta.....	239

3.	El camino hacia la liberalización total del sector: barreras a la libertad en la prestación de la actividad.....	266
3.1.	Los servicios de comunicaciones como servicios de interés general.....	268
3.2.	Los servicios de comunicaciones como servicio universal: pervivencia del servicio público.....	270
3.2.1.	Obligaciones derivadas de la prestación de servicios de carácter universal.....	289
3.2.2.	Obligaciones derivadas del mantenimiento de situaciones de dominio: análisis de las barreras al mercado.....	294
3.2.2.1.	Barreras naturales: escasez del recurso.....	295
3.2.2.2.	Barreras artificiales: conductas de abuso de la posición de dominio derivadas de la titularidad de la red.....	299
3.3 .	Tratamiento de los servicios públicos en otros sectores de red: mercado eléctrico.....	307
3.4.	Los costes de una inadecuada intervención pública en el mercado.....	323
3.5.	Los servicios públicos como servicios de titularidad privada: privatización ¿necesidad o conveniencia?.....	326
3.6.	Los servicios públicos en España tras la liberalización.....	332

CAPITULO II. DERECHO DE ACCESO A REDES Y EN ESPECIAL LA INTERCONEXION: BASES DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES.....	343
1. Antecedentes.....	343
2. Las infraestructuras y redes de telecomunicaciones: descripción y principios.....	352
3. El Libro Verde de 1994 de liberalización de las infraestructuras: base para la conjugación del interés público y la defensa y promoción de la competencia.....	364
3.1. Prestación del servicio universal en un entorno de competencia en infraestructuras.....	374
3.2. Acceso a las redes e interoperabilidad de servicios.....	377
3.2.1. La interconexión de redes como una cuestión de interés general.....	384
3.2.2. La interconexión como valor negociable en el mercado.....	392
3.3. Desarrollo de las previsiones del Libro Verde de 1994 I: Redes alternativas.....	403
3.4. Desarrollo de las previsiones del Libro Verde de 1994 II: Red pública conmutada.....	425
3.4.1. Directiva 96/19/CE de la Comisión, de 13 de marzo de 1996, por la que se modifica la Directiva 90/388/CEE en lo relativo a la instauración de la plena competencia en los mercados de telecomunicaciones: mercado de servicios y de infraestructuras.....	425
3.4.2. El Real Decreto 6/1996 de 7 de junio de Liberalización de las Telecomunicaciones.....	439
3.4.3. El reequilibrio tarifario y el acceso al bucle del abonado: un proceso de desaprovechamiento de las condiciones de competencia.....	451

3.4.4. La obligación de interconexión y el acuerdo de interconexión en la LGT 1998 y LGT 2003.	468
4. La aplicación de la doctrina de las <i>essential facilities</i> a la obligación de interconexión.....	489
4.1. Origen de la doctrina de las <i>essential facilities</i>	492
4.2. La doctrina de las <i>essential facilities</i> en el marco del abuso de la posición de dominio: art. 82 TCE.....	496
4.2.1. Las negativas de suministro como abuso de posición de dominio.....	496
4.2.2. ¿Un supuesto específico? La negativa de acceso a instalaciones básicas o esenciales.....	500
CONCLUSIONES	517
BIBLIOGRAFÍA	531

**PARTE I: LA POLÍTICA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: EVOLUCIÓN
HISTÓRICA Y FUNDAMENTOS LEGALES**

INTRODUCCIÓN

Desde principios de los años 90 venimos asistiendo a un proceso de cambio del tradicional ámbito de actuación otorgado al Estado en aquellos mercados considerados como clave del sostenimiento de nuestras economías.

La necesidad de reformar los mecanismos de prestación de determinados servicios públicos y la demanda de una reestructuración de esos mercados decisivos para garantizar el crecimiento económico de la zona comunitaria, nos han abocado a una diferente manera de entender la acción pública económica que ha pasado de ser una mera normativa de salvaguarda de determinados intereses, a una auténtica manifestación de una nueva filosofía en materia de políticas públicas.

El mercado de las telecomunicaciones ha sido uno de los primeros en reflejar este cambio de concepción que obedece no sólo a las demandas del sector, sino también al replanteamiento que ha hecho el Estado de su papel en el mercado.

Desde el punto de vista económico, la presencia del poder público en un mercado se justifica por la necesidad de controlar aquellas manifestaciones que, siendo propias de su sinergia, se demuestran con el tiempo perjudiciales, lo que reduce el papel de aquél al de mecanismo corrector de las deficiencias

del mercado, conforme al modelo teórico en el que éste se inscribe, cual es el modelo de competencia imperfecta.

Sin embargo, en la actualidad el Estado ha cobrado un nuevo protagonismo, no tanto por su participación en los procesos económicos, sino por la especial valoración que hace de éstos, lo que nos permite avanzar que la competencia ya no es un mero reflejo de los modelos económicos institucionalizados - como se verá a lo largo del apartado histórico - sino uno de los objetivos que definen la nueva manera de entender las relaciones entre el Estado y la sociedad, lo que nos lleva irremisiblemente a valorar cómo se lleva a cabo esa nueva intervención a través de las normas de defensa de la competencia.

En esta línea, el presente estudio pretende ir más allá del análisis de las normas para depurar la filosofía que ha inspirado su aprobación, sólo de este modo podemos entender hasta qué punto la acción de nuestro Estado en esta materia responde al objetivo último de este proceso cual es la creación de un nuevo modelo político en materia de Estado de Bienestar¹.

Asimismo, nuestro estudio también operará en sentido inverso, es decir, en qué medida esos nuevos mercados están incidiendo en la manera en que se configura y entiende el actual ordenamiento analizado.

Una visión adecuada del papel que corresponde a los poderes públicos en esta materia exige previamente un entendimiento de las circunstancias

¹ Sin embargo, debe advertirse que el estudio del proceso constitutivo de los tratados de la Comunidad Europea no podrá basarse, a nuestro pesar, en el análisis de sus trabajos y documentos preparatorios al no existir ninguno disponible con carácter público.

políticas, económicas e históricas que han precedido al modelo actual, es por ello por lo que, sin ánimo de profundizar en materia de política económica, dado que un estudio más amplio excedería de nuestro objeto de investigación, sí merece la pena detenernos si quiera brevemente en el iter que ha seguido la formación actual del mercado, por cuanto ello puede ayudarnos en la determinación de cuál sea el mecanismo más adecuado para la creación de un mercado y su posterior regulación en beneficio de la sociedad.

1. UNA APROXIMACIÓN A LA RELACIÓN ENTRE ESTADO, MERCADO Y SOCIEDAD A TRAVÉS DE LA HISTORIA: NACIMIENTO DE LA POLÍTICA ECONÓMICA Y DE LA COMPETENCIA

Toda institución jurídica comprende en su haber una determinada evolución histórica de la que no se puede prescindir por cuanto sirve al entendimiento no ya sólo de la naturaleza de esa institución, sino también de su régimen jurídico.

El sistema jurídico es obra de un determinado modelo de sociedad que es la que marca la evolución de aquéllas figuras por lo que, para comprender la relevancia que éstas suponen en la actualidad y en su caso, proponer reformas, conviene tener en cuenta el camino que siguió su formación.

Por otra parte, el jurista no debe olvidar que la interpretación histórica forma parte del ejercicio de interpretación de las normas y puesto que éstas constituyen el resultado de un sistema político, dicha interpretación debe extenderse al contexto en el que nacen y que es precisamente el punto que pretende cubrir este apartado.

Si la normativa antitrust es, en cierto modo, el resultado de una determinada concepción teórica del mercado, las razones que justifican el estudio de su formación aparecen por sí solas.

Sin embargo, puesto que la intención de este estudio no es tanto delimitar el funcionamiento del actual modelo de mercado en nuestro sistema político, como determinar la influencia que las normas tienen en aquél, no debe considerarse esta propuesta como un ensayo, lo que equivaldría a explorar todas y cada una de las corrientes de pensamiento económico, tarea que por otra parte se alejaría del marco de trabajo de esta investigación, sino más bien como una selección de hitos que han influido en la actual política de competencia.

Se apreciará que, tomando como hilo conductor la formación y desarrollo del mercado, se hace mención también a otros cambios que no son exclusivamente económicos, como son el papel del trabajador o la organización política-social, el motivo responde a la propia naturaleza del derecho, que no es un mero instrumento regulador de determinados ámbitos de la vida humana, sino una verdadera vértebra de la convivencia social.

Precisamente, para responder al planteamiento anterior se ha recurrido a la multidisciplinariedad, por lo que nos hacemos eco de la doctrina económica, así como de la sociología y la ciencia política.

Como veremos, el papel que el mercado ha tenido en cada modelo social ha determinado su propia regulación, desde la época antigua en que el mercado

era una porción más de la vida doméstica, hasta nuestros días en los que no se entiende el crecimiento económico sin él, se encuentran múltiples interpretaciones que nos pueden servir para entender la opción del legislador a la hora de plantearse la intervención en el mercado, máxime en nuestro campo de estudio como es el mercado de las telecomunicaciones.

El actual modelo económico y el papel reservado al Estado en el marco de la actividad económica es el resultado de la imposición del mercado como fuente principal, por no decir única, del crecimiento económico de cualquier nación capitalista.²

Para facilitar el tránsito por nuestro recorrido histórico dividiremos el recorrido en diferentes etapas elaboradas a partir del cambio, que se intuye hubo en la evolución histórica de esta cuestión.

1.1. El presupuesto del nacimiento del mercado como futuro marco de las relaciones económicas: el reconocimiento jurídico de la propiedad como derecho

Durante la era clásica no podíamos hablar de un sistema económico como lo entendemos hoy por varios motivos, entre los que destacan:

- Carencia de un sistema de producción, sustituido por un sistema de subsistencia: el mercado como institución se ha revelado como algo más que meras relaciones de intercambio, resulta un instrumento que permite

² El crecimiento económico sólo se predica de las sociedades capitalistas porque se parte de la idea de que en los Estados socialistas la finalidad última del esfuerzo común se dirige a la distribución y no al mero crecimiento.

determinar el nivel económico y el crecimiento de la sociedad. En esta fase, en la que el mercado aún no ha revelado su verdadera función, no puede localizarse ninguna teoría que nos permita identificarlo como tal, por cuanto autores como Platón o Aristóteles no concebían el mercado como parte de la sociedad, sino como extensión del individuo, como una de sus esferas de actuación.

- Carencia de una estructura político-económica: la política económica de la época hasta cierto punto no puede calificarse como tal, ya que estaba orientada básicamente a la financiación de la política exterior: la conquista de nuevos territorios.
- Carencia de una división social de clases basada en la posición de los individuos en el mercado -terrateniente/capitalista, trabajador, consumidor-. El sistema de trabajo se nutría de esclavos y la posición económica de aquéllos era lo que determinaba la estratificación de la sociedad y su poder en la toma de decisiones económicas.

El sistema económico no era sino una simple marco de intercambio en el que los individuos buscaban tan sólo la satisfacción de sus necesidades básicas, las relaciones no eran propiamente comerciales, sino de abastecimiento.

Durante esta primera fase la única aportación relevante, a efectos de

nuestro estudio, fue el desarrollo de la institución de la propiedad³ como medio de acumulación de riqueza⁴, posteriormente entendida como medio de apropiación de los medios de producción.

³ Pese a la simplicidad de esta afirmación, se hace necesario profundizar si quiera mínimamente en esta institución. Si bien la propiedad como construcción jurídica constituye un logro del derecho romano, los romanos se resistían a utilizar expresiones abstractas, luego no hablaban de *propietas* o *dominium* como referencias al derecho de propiedad, hasta el punto de que incluso se ha dudado que éste fuera un verdadero derecho subjetivo. El dominio, como hoy lo entendemos, se confundía en bloque con los otros poderes del *pater familia*, caracterizado por ser un poder global y absoluto sobre personas y cosas que con el tiempo se iría especificando. El derecho de propiedad no era considerado un *ius in re*, sino que se identificaba con la cosa misma. De este modo el *dominium* o *propietas* no indicaban un derecho sobre la cosa en el sentido moderno, sino un conjunto global de poderes que se deducía como calidad de la misma cosa, la de ser propia de alguien o susceptible de apropiación. Así pues, el derecho de propiedad en este estadio interesaba más como característica de las cosas que como relación entre éstas y los sujetos.

Respecto a la posterior evolución de esa institución, la posición de la doctrina es controvertida, a juicio de Jhering y Voight, el régimen jurídico de la propiedad privada no alcanzaría su madurez hasta la época tardía republicana, por lo que anteriormente no podemos hablar de un desarrollo de la institución como tal, sino a través de la conformación: por una parte, del sistema de transmisión *mortis causa*; y por otra, de mecanismos para su defensa procesal, es entonces cuando podemos hablar de un *dominium* o *propietas* entendido como el más vasto derecho privado que cabe haber sobre una cosa.

Junto a la idea básica que presidía esta institución, cual era su carácter total, aparecieron limitaciones que, inicialmente escasas, posteriormente ayudarían a delimitar el marco en que esta institución era protegida por el derecho.

Con el derecho posclásico se produciría el derrumbamiento parcial del concepto de dominio en un contexto en que el propio sistema jurídico romano se desmoronaba por completo, por cuanto las constituciones imperiales suplantaron casi completamente a las demás fuentes de producción del derecho (fenómeno conocido como vulgarización del derecho que comportaría una pérdida de la seguridad jurídica anterior)

El intento de restauración del derecho clásico romano por obra de Justiniano (*Corpus Iuris*) supuso tan sólo la recuperación de una mínima parte de lo que fue el régimen anterior de esta institución.

La continuidad entre el mundo romano y los reinos bárbaros fue evidente a través de la aplicación del derecho romano vulgar que se mantendría vivo en el área mediterránea hasta la invasión del Islam.

Durante la alta Edad Media aparecieron diversas manifestaciones de la originaria *propietas Quiriniana*. Una de las principales diferencias que se manifiestan en esta época respecto de la anterior es que, mientras Roma organizó una propiedad exclusiva y absoluta, la Edad Media contempló originariamente diversas formas de señorío a consecuencia de una nueva concepción del orden normativo por la que la organización jurídica tenía como base que la atribución de las cosas operaba a partir de las cosas mismas y de la utilidad que ofrecían a los hombres.

Con el Renacimiento, la perspectiva objetiva de la propiedad (el individuo era *sui iuris* por su integración en la colectividad social a través de su pertenencia a un determinado estatus, no por su personalidad, por lo que el interés predominante era el interés colectivo) sería suplantada por una concepción subjetiva motivada por el cambio de conciencia y mentalidad fruto del humanismo y la ilustración que contemplaba el individuo como centro del mundo y, a partir de él, los juristas dedujeron el sistema de derecho y en particular, del derecho de propiedad, conceptualizado, ahora sí, como un derecho subjetivo. DE LOS MOZOS, J.L., *El derecho de propiedad, crisis y retorno a la tradición jurídica*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, Capítulo II.

⁴ El hecho de que la propiedad se ligue a la obtención de riqueza debe entenderse en un plano político-social. La base del ordenamiento romano clásico partía de la preponderancia del interés público sobre el privado, por lo que los derechos individuales tenían su razón de ser en la necesidad de regular la convivencia en sociedad. La obtención de riqueza se veía como medio para la obtención de un determinado estatus, que era lo que decidía el lugar que cada individuo ocupaba en la sociedad.

La propiedad, como institución a partir de la cual emerge la riqueza, es la única que puede permitirnos hablar de crecimiento económico, lo que llevaría con el tiempo a discutir acerca del valor de los bienes.

Mientras que inicialmente a los sujetos sólo les interesaba la cobertura de necesidades sin preocuparse por la proporcionalidad del intercambio, el parámetro de la propiedad permitiría establecer diferentes niveles de intercambio que hasta el momento eran de carácter lineal

Como en esa época la estructura social no incluía la mano de obra, por virtud de la esclavitud, no tenía sentido plantearse el tema de la distribución de la riqueza, tan sólo la cuestión del valor como característica que da fuerza a la institución de la propiedad.

Respecto a esta institución, la cuestión no era qué se podía hacer con ella y qué no, sino a partir de qué valores o de qué bienes, la propiedad procuraba la propia riqueza del individuo⁵.

1.2. Aplicación de la ética al comercio: religión y mercado

La expansión del cristianismo, iniciada con la decadencia del Imperio, y la generalización del derecho vulgar trajeron consigo un cambio de paradigma en lo que al individuo se refiere, afectando tanto a la ética que juzgaba su comportamiento en sociedad, como a la relación entre el sujeto y el objeto: el derecho de propiedad.

⁵ No tenía sentido plantearse la manera en que la propiedad conduciría de la forma más eficiente al crecimiento de la nación, por cuanto la distribución de la riqueza se entendía *per se* correcta. La propiedad, con el valor que representaba, bastaba para considerar que la asignación de bienes era la adecuada.

La tradición romana clásica partía de un derecho basado en la organización social que tomaba como punto de partida la comunidad primigenia: la familia (más tarde ampliada al concepto de *gens*), por lo que cualquier institución jurídica tenía como base la organización de la sociedad, con lo que resultaba lógico que el derecho de propiedad originariamente no fuera sino una manifestación del derecho de organización que correspondía al *pater familias*.

Pero mientras aquel orden jurídico clásico dirigía su regulación a las relaciones del individuo con el resto de la sociedad (el mayor logro del Imperio fue su organización política), el cristianismo trajo consigo una nueva concepción del individuo al que se le otorgaría su condición de persona⁶ lo que afectaría a la concepción del derecho de propiedad y por ende, a la consideración del mercado.

El individuo dejaba de interesar al derecho en cuanto miembro de la comunidad para adquirir protagonismo por sí mismo.

Esta nueva perspectiva del individuo que, con el inicio del Renacimiento, se traduciría en el plano jurídico en la subjetivación⁷ del viejo concepto romano del derecho, en modo alguno supuso el absolutismo de los derechos individuales. Si era cierto que la propiedad había abandonado su razón de ser como extensión de la organización social, pero ello no significaba que estuviera exenta de límites. Los nuevos límites ya no eran tanto los exigidos por la

⁶ FERNANDEZ GALIANO, A y DE CASTRO CID, B., *Lecciones de Teoría de derecho y derecho natural*, Universitas, Madrid, 1999, Pág. 430.

⁷ *Vid.* Nota 3.

convivencia social y política, sino por la aplicación del juicio de la ética a las conductas individuales.

¿Cómo ligar esa nueva lectura del desarrollo del individuo con la tradición anterior? La respuesta fue elaborada por la doctrina de la escolástica medieval de la baja Edad Media que, lejos de constituir una absoluta ruptura con el régimen anterior, representó una nueva lectura de la relación entre el derecho y el individuo dado que, si bien consolidó la visión subjetiva del derecho como poder o facultad de disposición sobre las cosas, también mantuvo la dimensión objetiva del derecho clásico enmarcando los derechos en el concepto de justicia y de orden establecido por las leyes.

Congruente con este planteamiento era por entonces que el mercado como tal no tuviera mayor fin que servir al desarrollo del individuo, operando como escenario estático de encuentro donde se intercambiaban unos signos de riqueza por otros. El mercado sólo representaba una pequeña parte de la vida cotidiana y quedaba completamente limitado a la gestión de los que en él participaban.

Pero, pese a que el mercado como fenómeno propio no atrajera la atención de la doctrina, sí es cierto que algunos de los planteamientos del pensamiento de la época habrían de influir en él.

Consolidada la propiedad, creadora de riqueza, como extensión del individuo, se planteó la necesidad de establecer un valor⁸ para determinar qué

⁸ En este contexto, el término "valor" debe identificarse con patrón de valoración o cuantificación de la riqueza en un intento por determinar cuál era el valor de justicia de los bienes y no con precio de mercado o valor de intercambio.

generaba riqueza y qué papel representaba el mercado en ese sentido. Resulta curioso encontrar que este debate ocuparía no pocos estudios de la doctrina a lo largo de la historia.

El hecho de que el valor de la propiedad constituyera la preocupación del momento no era nada nuevo, puesto que ya Platón y Aristóteles habían iniciado este campo de estudio, lo realmente novedoso fue la influencia que el pensamiento cristiano tuvo en ese sentido.

La propiedad⁹ era intercambiada en el mercado, pero éste no interesaba sino como una manifestación del poder del individuo sobre las cosas; había que enmarcar esa concepción del mercado, fuente de riqueza, con la filosofía ética cristiana para, manteniendo aquél, evitar perturbaciones en el orden social.¹⁰

La estructura de aquellos mercados se asimilaba mucho a cualquier actual situación de monopolio pero, lejos de plantear la conveniencia de atajar los abusos que tal situación podía generar¹¹, la preocupación de la doctrina se centraba, por motivos religiosos fundamentalmente, en la equidad o la justicia del precio¹² de intercambio.

⁹ En ese sentido, Santo Tomás de Aquino intentó justificar la propiedad privada partiendo de que nadie podía arrogarse un derecho que privara a los demás del uso de los bienes de la creación. La justificación que encontraba para el mantenimiento de la propiedad privada estribaba en el estímulo que ésta representaba para el trabajo individual. La propiedad debía entenderse como una suerte de concesión que la comunidad hacía al individuo y como tal debía ser ejercida como un servicio, no como un *ius utendi fruendi et abutendi* sino como una *potestas procurandi et dispensandi*. SCREPANTI, E., ZAMAGNI, S., *Panorama de historia del pensamiento económico*, Ariel Economía, Barcelona, 1997, Pág. 29.

¹⁰ En efecto, el resurgimiento del comercio y la autonomía que podía manifestar corría el riesgo de crear disgresiones en un orden social ajustado a los designios divinos, luego se hacía necesario que los instrumentos económicos utilizados por el mercado quedaran bajo el control de la comunidad y de ese orden divino.

¹¹ Debate que por otra parte no interesaba puesto que el mercado se nutría de las costumbres de los comerciantes.

¹² Según Sto. Tomás de Aquino, en referencia a la equidad o justicia del precio, vender algo más caro o comprarlo más barato de lo que valía era intrínsecamente un acto injusto e ilícito. Esta

Resulta curioso observar como, mientras las conductas empresariales se dejaban a la dinámica propia de los agentes del mercado¹³, el valor de las mercancías sí constituía una tema sobre el que debía pronunciarse la autoridad, por entenderse dentro del ámbito de justicia del pensamiento cristiano.

La cuestión sin embargo, no radicaba en plantearse si el mercado proporcionaba un precio o valor justo, por cuanto ya hemos dicho que este fenómeno no interesaba, sino en valorar la actitud, ilegal desde el punto de vista religioso, de los agentes de dicho mercado. La ética católica se aplicaba a la conducta de los individuos, no a la institución del mercado, por cuanto éste no tenía subjetividad propia para ser objeto de un juicio de valor.

El hecho de que en esta época ni siquiera se planteara la posibilidad de que el mercado por su propia dinámica pudiera aportar los datos necesarios para la determinación del valor justo o equitativo de las cosas tiene una explicación histórica y es que por entonces, el beneficio como tal era considerado reprobable con lo que el mercado, como principal fuente generadora de riqueza, sólo interesaba en tanto satisficiera las necesidades básicas del individuo, entre las que no se encontraba la acumulación de riqueza.¹⁴

temática acerca del precio justo, tributaria de Aristóteles, entendía que dicho precio era una propiedad de la mercancía en cuanto expresaba su valor intrínseco (*bonitas intrinseca*).

¹³ Dinámica que debía ajustarse a la máxima escolástica según la cual, el comercio sólo era legítimo si resultaba útil a la comunidad. La condena aristotélica a la usura (entendida como mera obtención de beneficio) se mantendría presente en las ideas de esta doctrina.

¹⁴ Planteamiento que se concluye a partir de la teoría escolástica para quien el precio justo debía ser tal que garantizase la justicia conmutativa, es decir, el intercambio general, por lo que el mercado no debía tener por fin la mera acumulación de riqueza sino el intercambio justo.

Como reminiscencia de este pasado, la cuestión actual se plantea en los términos de la relación entre moralidad/equidad y mercado. La disquisición tomista no sólo sobrevive en cierto modo a través de la adquisición por el mercado de una moralidad propia, sino también a través de la supervivencia de la noción de un orden de justicia superior al mercado.¹⁵

En realidad, muchos de los problemas que ha planteado desde siempre la intervención del Estado en el mercado se pueden reconducir a uno solo: la revelación de cuál sea el mejor mecanismo para determinar el valor de un bien, que, por otra parte, facilitaría el objetivo básico de este instrumento y la finalidad última de las normas de defensa de la competencia: la libertad.

Esa moralidad propia del mercado podrá verse claramente años más tarde en las proclamas liberales de Adam Smith con la sacralización del mercado libre como respuesta a las necesidades de expansión económica motivadas por el desarrollo industrial. La sacralización del mercado como fuente de beneficio no es sino el reconocimiento de su capacidad de autogobierno bajo las leyes de su propia moral.

Por su parte, la idea de un orden superior al mercado vendría de la mano de los iusnaturalistas y fisiócratas que, en la contemplación del mundo natural, creerían hallar unas leyes que podrían ser aplicadas al mundo material y que legitimaban al ordenamiento jurídico.¹⁶

¹⁵ KENNETH GALBRAITH, J., *Historia de la economía*, Ariel, Barcelona, 1998.

¹⁶ El paso a una intervención pública en la economía se pone así en conexión con una visión diversa de la historia y con la superación de la premisa iusnaturalista propia de la economía liberal del siglo pasado. ASCARELLI, T., *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, Bosch, Barcelona, 1970, Pág. 26.

1.3. Acumulación de capital y protagonismo del mercado

A lo largo del s. XV y hasta mediados del s. XVIII el mercado cobraría el protagonismo que merece y así bajo la doctrina mercantilista¹⁷ el comercio floreció y con él la aparición y consolidación del Estado moderno, que no era sino la versión política de los intereses de las clases comerciantes.¹⁸

El reconocimiento del individuo iniciado por el cristianismo, desembocaría consecuentemente durante el Renacimiento en la idea del hombre como centro de estudio, de ahí al racionalismo sólo había un paso, por cuanto nada resultaba mejor para garantizar la independencia del individuo y su pleno desarrollo como persona que liberarle de la ceguera científica ocasionada por la filosofía puramente religiosa¹⁹.

Con el tiempo las necesidades de provisión básicas del individuo se verían sustituidas por la acumulación de riqueza, no ya para el abastecimiento, sino porque esa posesión de riqueza se convertiría en una necesidad en sí misma, que se vería reforzada con el florecimiento de los mercados y el descubrimiento

¹⁷ Acogemos este término pese a que autores como Screpanti y Zamagni consideran que no ha existido una escuela de pensamiento que se autodefina como tal. Según estos autores no existe consenso ideológico sino un conjunto de ideas económicas.

¹⁸ Esta relación entre el poder económico y el poder político se puede dilucidar al analizar los objetivos económicos preponderantes en esta época y que pueden ser resumidos en dos: la unificación del territorio desde el punto de vista económico a fin de eliminar los rasgos feudales de la organización territorial, y la utilización de los recursos del país según los intereses del poder político estatal para proteger el producto patrio frente a terceros estados. SANCHEZ TABARES, R., *Introducción a la Economía Política*, Barcanova, Barcelona, 1988, Pág. 21, así como ROLL, E., al establecer que el capitalismo comercial de la época tenía por finalidad la acumulación de dinero, lo que se correspondía con las ideas tradicionales de la riqueza y de los objetivos de la política nacional. *Historia de las doctrinas económicas*, Fondo de cultura económica, México, 1974, Pág.59.

¹⁹ Con el racionalismo el hombre buscará la razón de las cosas en un orden científico que incluso el mismo pudiera llegar a controlar, cumpliendo así con la máxima aspiración del humanismo en el que el hombre encontraría su independencia al no tener que acudir al plan de Dios para explicar el mundo en el que vive. El derecho natural tradicionalmente ligado a Dios pasará a estarlo a la razón humana, que es donde hay que buscar el fundamento de las normas.

de nuevas fuentes de metales preciosos.

Durante esta época hemos de situar la afluencia de la riqueza procedente de las colonias de ultramar que conllevaron a predicar la riqueza como finalidad esencial de la actividad económica, lo que promovió el desarrollo de la burguesía mercantil que vivía del beneficio entendido como la renta derivada de la diferencia entre el precio de venta y el precio de compra.

Por otra parte, asistimos a una auténtica revolución cultural en la que, si bien el control ideológico era importante, no podía impedir la emancipación de las ciencias naturales, la ciencia política y la economía.

El mercado se convertiría en una institución prácticamente intocable y así, las cuestiones económicas quedaron relegadas a la protección de los florecientes mercados nacionales frente a la competencia de los otros Estados.²⁰

Durante esta época, el Estado tendría como principal fin asentar su poder en el territorio, de ahí que la doctrina mercantilista aspirase a poner la vida económica al servicio del interés del Estado, ya que éste pretendía ante todo la consolidación de su poder soberano.²¹

Como entonces ya se había abandonado la idea de mercado como simple escenario de intercambio, la determinación del valor de los bienes adquirió mayor importancia, pero la doctrina ya no se preocupó por la justicia/equidad

²⁰ Como ejemplo de la ideología proteccionista valga la máxima de Montaigne, citado por HECKSCHER, E.F., "la ganancia de unos es pérdida para otros" en *La época mercantilista. Historia de la organización y las ideas económicas desde el final de Edad Media hasta la sociedad liberal*, Fondo de cultura económica, México, 1943.

del valor de aquéllos²², sino que en ese marco de riqueza, buscaron el valor fuera del propio bien (el valor ya no era una propiedad intrínseca de los bienes) y acogieron, como parámetro, los bienes que mayor riqueza generaban, el oro y la plata.²³

La doctrina mercantilista explotó al máximo al mercado como fuente de riqueza²⁴ y el Estado, que por entonces se hallaba en la búsqueda de su propio poder, decidió no intervenir por cuanto, necesitando de poder legitimador en la sociedad, precisaba de la riqueza que creaba el mercado.

Sin embargo, la exigencia de una mayor estabilidad de la oferta llevaría a un control cada vez mayor de la actividad productiva por parte de los propios comerciantes.

En ese afán, el Estado²⁵ se limitó a operar como perfecto conductor de este trasvase de riqueza, principal garante del mantenimiento de la misma, función que compartiría con la doctrina protestante que predicaba el comercio como

²¹ *Ibidem*, Pág. 461.

²² De este modo podemos afirmar que el criterio de justicia y equidad se trasladó al análisis de las estructuras del mercado que pasarían a ser valoradas en función de su permisibilidad respecto del intercambio justo. Este punto hundía sus raíces en la idea medieval según la cual cada uno debía disfrutar el sustento que le correspondía según su condición social. HECKSCHER, *op. cit.*, Pág. 255.

²³ Si bien el uso de la moneda como medio de intercambio es un recurso precedente a esta época, no así la relación entre valor de las cosas y mercado. En este sentido el bullionismo presente en las cortes europeas hasta finales del S. XVI se caracterizaría ante todo por la creencia de que el oro era la riqueza.

²⁴ Ese uso que hizo la doctrina del mercado como fuente de riqueza llegó incluso a abarcar el estudio de sus estructuras destacando la obra de Johann Joachim Becher para quien tanto el monopolio como el régimen de libre competencia eran igualmente incompatibles con un sano régimen industrial. HECKSCHER, *op. cit.*, Págs. 253-276.

²⁵ La política económica identificaba los intereses de una determinada clase social, los comerciantes, con los intereses de la colectividad, dando como resultado una política proteccionista de la producción nacional. Esta identificación se conoce como *falacia de la composición* o "lo que es bueno para el individuo también es bueno para el Estado".

fuentes de recursos.²⁶

Quedando por tanto claro el papel que el Estado debía interpretar en el escenario económico, restaba determinar, ya que no era aquél quien lo hacía, quién o qué gobernaba el mercado.

La doctrina²⁷ en ese sentido, dejará de centrar su estudio en los individuos y las relaciones de mercado (concepción subjetiva) para fijarse en el mercado como ente autónomo, con vida propia al margen de la voluntad de los que en él intervienen (concepción objetiva).

El Renacimiento y el humanismo habrían de situar al hombre como centro de todas las cosas y el mercado se convertiría en la máxima expresión del conquistado individualismo, se hacía necesario otorgarle autonomía y por ello debía buscarse un sistema que comprendiera y estudiara su dinámica, es entonces cuando nace la ciencia económica que tuvo que atravesar dos procesos de independencia respecto de la tradición anterior²⁸:

- Por una parte, la superación de la idea aristotélico-tomista según la cual el pensamiento económico se centraba en el comportamiento de los agentes económicos individuales (economía familiar), ocupándose tan sólo de

²⁶ No en vano constituye una verdad innegable que el espíritu del capitalismo moderno occidental fuera realmente la ética protestante aplicada en relación con el trabajo. "Weber y el ethos del presente" Prólogo de José Luis Villacañas Berlanga en WEBER, M., *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, edición de Jorge Navarro Pérez, Istmo, Madrid, 1998, Pág. 8 y ss.

²⁷ Mientras que la doctrina escolástica concebía el mercado desde el punto de vista de la economía doméstica, entendiéndola que la economía era el arte de la administración de la familia, el mercantilismo abandonó esa concepción relacionando la economía con la riqueza de la nación.

²⁸ SCREPANTI y ZAMAGNI, *op. cit.*, Págs. 32-33.

aquellos temas que plantearan cuestiones de teología moral.

- Por otra, el abandono de la gnoseología y la metafísica escolástica, que conllevaría a una laicización de la ciencia, proceso que culminaría en el S. XVII.

A falta de otro parámetro de valoración acudieron a las leyes naturales ya que era el único referente causa-efecto con el que contaban (nos encontrábamos en la época en que se desarrollan las ciencias y el pensamiento iusnaturalista).

El movimiento fisiocrático sería el primero en preguntarse acerca de las leyes que regían el mercado al que, a partir de entonces, se le dejó de contemplar como instrumento para cosificarlo, dotándolo de subjetividad propia, y alcanzando el estado de objeto por sí mismo.

Se consideraba que el mercado se regía por unas leyes naturales exógenas a la voluntad humana, que garantizaban su equilibrio y que consolidarían el papel absolutamente pasivo y abstencionista de Estado.

Con el racionalismo que siguió a los S. XVII y XVIII la realidad se reduciría a esquemas fríos, impecables y rigurosos que influirían la forma de entender el funcionamiento del mercado y que generarían, con el tiempo, la adopción del modelo de competencia perfecta.

1.4. Reconociendo y justificando la fuerza del mercado como fuente de riqueza: mercado y sociedad

Los siglos precedentes se caracterizaron por la expansión del comercio y por el inicio de un proceso de transformación económica, social, política y cultural que se extendería hasta después de mediados del S. XVIII, creándose así las condiciones previas para el nacimiento del moderno capitalismo industrial.

El avance de la acumulación capitalista daría lugar a la necesidad de controlar y mejorar las condiciones de producción por cuanto éstas constituían el origen del beneficio.

La Revolución Industrial fue la respuesta a esa inquietud por aumentar el beneficio, las técnicas de producción sufrieron una transformación sin precedentes y el mercado recibió con satisfacción el incremento de la oferta, pero ello no bastaba por sí solo para generar riqueza.

El mercado parecía crecer sin límites, mientras se afianzaba como sistema de generación de riqueza²⁹, riqueza que fuera de él no tenía lugar. Su obtención dejaría de ser penalizada dado que la economía había logrado su independencia respecto de la ética y la filosofía político-cristiana precedente.

No es que en esta época ya no interesara el tema de la adecuada valoración de los bienes, sino que la determinación de los factores que influían en el

²⁹ En efecto, el mercado opera como sistema de organización de la riqueza guiado por una "mano invisible" frente a la fuente de toda riqueza que es el trabajo, tal y como se desprende del exhaustivo análisis de los beneficios de la división del trabajo que realizó Adam Smith en su obra *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, de la que puede consultarse la traducción española a cargo de COLLADO CURIEL, J.C. y MIRA-PERCEVAL PASTOR, A., Oikos-Tau, Barcelona, 1987.

crecimiento económico no debía limitarse a aquélla, debía ir más allá, se trataba de no limitar las posibilidades que el mercado ofrecía, un desarrollo económico continuo, exigía tanto una adecuada valoración de la riqueza, como una eficiente (eficiencia identificada con la obtención del mayor nivel de producción) explotación de la misma.

Por ello, la mayor preocupación de aquel momento se centraría en lograr el mayor crecimiento posible del mercado. No se requería tanto investigar cuáles fueran las leyes que lo regían (en el sentido de los fisiócratas), como aventurar las consecuencias de las decisiones económicas en materia de producción y por supuesto, en materia de explotación de la riqueza.

En su obra³⁰ Adam Smith se ocuparía de los temas que afectan y determinan el crecimiento económico, a saber:

- las fuerzas que dirigen la economía
- la fijación de los precios y la distribución de la renta
- la política del Estado en materia de fomento y promoción del progreso económico y la prosperidad de la nación

La riqueza, en términos de este autor, puede reducirse a la reconsideración de los siguientes factores:

- La conducta del individuo: según Smith el incentivo fundamental de la actividad económica es el interés del individuo. No hay que olvidar que en los años precedentes, la riqueza se limitaba a la acumulación de bienes, de

³⁰ Según la sistemología seguida por GALBRAITH, *op. cit.*, Pág.77.

ahí que la natural inclinación del individuo a la obtención de bienes sea el punto de partida de todo crecimiento.

- La especialización del trabajador: de la misma manera que se persigue un mejor uso y explotación de los medios de producción, la misma regla debe aplicarse respecto de la fuerza del trabajo, que constituye la base de la riqueza que proporciona el mercado. La unión de ambos es lo que determina la producción final³¹.
- La protección de la producción nacional como medio de defensa frente a la aplicación de conductas abusivas por parte de estados extranjeros.

Esta plena confianza en el mercado como institución sujeta exclusivamente a sus propias normas vendría a considerar la riqueza como un circuito cerrado, en el que cada unidad de valor estaría necesariamente destinada a alguna de las fases del ciclo económico (propiedad, explotación o consumo)³².

Mientras el mercado se servía a si mismo para crecer, controlando no sólo la oferta sino también la demanda, la acción política debía garantizar el crecimiento económico.

En esta fase de desarrollo capitalista resultaba impensable considerar que el desarrollo del mercado podía dar lugar a una situación de superproducción, ya que demanda y oferta operaban como platos de una balanza en la que el

³¹ El razonamiento se basa en la consideración de que la especialización del trabajo atiende mejor a la demanda y *pari passu*, contribuye a una mayor eficiencia que se traduce en un incremento de la productividad del trabajo.

³² En este contexto se entiende la posterior formulación de la ley de Say según la cual la producción de bienes genera una demanda agregada efectiva suficiente para comprar todos esos bienes.

equilibrio estaba totalmente garantizado. No podía entenderse de otro modo, dado que cualquier otro planteamiento sería contrario a la máxima del momento: la expansión sin límite de la producción.

Asimismo, también llegaron a plantearse algunas de las consecuencias más terribles de la imparable carrera del capitalismo como era la pobreza, presente en todos los países industrializados ³³

Los intentos de esta época por responder al problema de la pobreza fueron infructuosos porque intentaron responderse desde la dinámica del mercado. Se intentaba aplicar a la sociedad civil las mismas reglas que regían el mercado, con las consecuencias vanas que ello comportaba.

El desarrollo doctrinal acerca de la desigual distribución de riqueza que el mercado llevaba implícito en su crecimiento, pese a llegar a apuntar la teoría, que posteriormente sería formulada como plusvalía³⁴ por Marx, no llegaría a iniciar un debate, que sobrevendría finalmente casi un siglo más tarde.

El mercado había conquistado su espacio en la economía, quedaba entonces pendiente adaptar las cuestiones tradicionales, el tema del valor de las mercancías y el papel del trabajador, a aquel nuevo parámetro de valoración, y explicarlas desde el protagonismo del mercado.

³³ En este ámbito destaca el estudio de Thomas MALTHUS, R., *Principles of Political Economy*, del que existe una traducción española a cargo de MARQUEZ, J., *Principios de Economía Política*, Fondo de cultura económica, México, 1946.

³⁴ David Ricardo ya apuntó junto con Malthus que el valor de la mercancía se determinaba por el trabajo empleado en su producción y que había una parte de ese valor que el asalariado no cobraba y que constituía el beneficio del capitalista.

Así fue como el papel del trabajador³⁵, productor de mercancías, se reconoció inicialmente, pero sólo en la medida en que su labor podía servir al crecimiento económico y a la determinación del valor de la mercancía.

Durante el S. XVI el trabajador había perdido el control de los medios de producción, por lo que ya no podía admitirse sin más que el valor de la mercancía se correspondiera con el trabajo en ella empleado.

Es en esta fase de crecimiento, cuando la necesidad de determinar la relación entre el valor de intercambio del mercado y el valor de los bienes tendría como resultado la formulación smithiana del precio de mercado.

Este autor fue quien puso de manifiesto que el trabajo empleado en la mercancía ya no podía constituir su medida de cambio. Desde el momento en que el trabajo exigido para su adquisición era mayor que el trabajo empleado en su producción, había que tener en cuenta otro "coste" como era la remuneración del propietario de los medios de producción: el beneficio del capitalista.

De la determinación del valor de la mercancía fue fácil deducir su precio de mercado, así pues, el precio de la mercancía venía dado por la suma de los salarios más los beneficios pagados para producirla.

La teoría smithiana, pese a presentar ciertas contradicciones, inició el estudio de las fuerzas del mercado que permitirían establecer la distinción

³⁵ Este papel debe su origen a la formación durante el S. XVI de una clase trabajadora de tipo moderno, los antiguos artesanos, que se habían visto desposeídos del control sobre los medios de producción que habían pasado a manos de los comerciantes, se convirtieron en trabajadores con su fuerza de trabajo como único capital.

entre precio de mercado y precio natural; el primero vendría determinado por el precio que se paga por una mercancía en un momento determinado, y el segundo permitiría retribuir tanto a los propietarios de la fuerza de producción (trabajadores) como a los que dirigen los medios de producción (capitalistas)

El precio de mercado dependía de las fuerzas de la oferta y la demanda, mientras que el precio natural (identificado con el coste de producción) era en cierto modo el precio central alrededor del cual gravitaban los precios de todas las mercancías.

Sin embargo, el mercado también incidía en aquel precio natural, puesto que la reducción de los costes de producción, que comportaría una rebaja en el precio, dependía del beneficio obtenido en las operaciones de mercado.

Parecía que toda la estructura en sí estaba dominada por una natural tendencia al equilibrio. Así, si la demanda de un producto se elevaba, la oferta también (con la consiguiente inversión en los medios de producción y reducción de los costes) hasta el punto en que la demanda volvía a caer, y lo propio hacía la oferta. Esta situación era el resultado de la existencia de competencia, que es la que regulaba el funcionamiento del mercado.

El logro de Smith resulta claro: partiendo de que el trabajo es la única fuente de riqueza, de que este trabajo encuentra su aplicación a la producción de mercancías, y de que éstas son los objetos del intercambio de mercado, resulta que el mercado, que es quien determina el precio final de las mercancías, acaba erigiéndose como medida de intercambio y crecimiento de

todas las cosas, por cuanto a partir de ese precio de mercado se puede determinar tanto la remuneración del capitalista como del trabajador.

El mercado pues acaba siendo el factor que determina tanto la retribución de los factores empleados en la producción (trabajo y capital) como el valor de las mercancías.

Mientras que en las épocas precedentes el valor de las cosas se buscaba a partir de sí mismas, ahora es el mercado, las fuerzas que en él operan, el que permite determinar la distribución de la renta en la sociedad.

Por otra parte, la especialización del trabajador, ensalzada por la doctrina, no respondía a criterios de eficiencia aplicada al trabajo sino al capital, ya que ésta no perseguía un mejor uso de la fuerza de producción (fuerza de producción que se corresponde con el llamado capital humano, propiedad del trabajador, frente a los bienes de producción que se corresponden con el capital financiero, propiedad del empresario)³⁶ sino a una mejor atención de la demanda.

La teoría de Smith respecto al papel del mercado en la determinación del valor de las mercancías conduciría posteriormente a la elaboración del concepto de utilidad marginal³⁷.

³⁶ Esta idea puede verse aún hoy reflejada en la desigual retribución del trabajador, ya que una mayor especialización no se corresponde con mayores ingresos.

³⁷ Su elaboración corresponde a los profesores Edgeworth y Fisher y se puede definir en la siguiente regla: la utilidad de cualquier bien o servicio disminuye en proporción directa con su disponibilidad y es la utilidad de la porción final y menos deseada, la utilidad de la unidad marginal, la que determina el valor de las restantes. Así pues, mientras que los bienes en abundancia, y por tanto fuera del mercado (en el sentido de marco de negociación de valores de intercambio) tienen una utilidad marginal escasa (como el agua), los bienes escasos que

La nueva construcción dogmática, lejos de parecer un retorno al problema del valor intrínseco de los bienes, no dejaba de servir al mercado, ya que al adquirir éste autonomía propia, lógico parecía que fuera él mismo quien determinase el valor de las mercancías. Concepción que, por otra parte, serviría claramente para justificar la necesidad de la existencia del mercado.

Mas sin adelantar nuestra historia en exceso, sólo cabría decir que el concepto de utilidad marginal llegaría a cerrar el círculo iniciado por Smith, por lo que sus teorías acerca de la relación entre el valor de la mercancía y el precio de mercado se corresponderían con el inicio de una nueva fase en la que riqueza que proporciona la propiedad y el mercado reforzarían definitivamente su conexión, que se traduciría en el hecho de que el valor de los bienes no viene determinado por sí mismo (como había creído la tradición anterior), sino por la fuerza de la oferta y la demanda.

El reconocimiento de la fuerza de la oferta y la demanda constituiría la legitimación final del mercado, puesto que sólo las fuerzas que en él se desarrollan son las que pueden determinar el valor de un bien, y por tanto la medida de la riqueza.

Puesto que es la fricción entre oferta y demanda la que determina el valor³⁸, se reconoce al monopolio como principal escollo a esa fuerza reveladora.

Establecer que fue el reconocimiento del valor de los intercambios lo que permitió que el mercado alcanzase su protagonismo pudiera parecer a primera

precisan de un mercado para fijar su valor (los diamantes), presentan una utilidad marginal elevada. El concepto de utilidad marginal servirá para determinar el precio de mercado.

³⁸ Valor que se identifica con el precio que alcanza un bien en el mercado.

vista un resultado puramente lógico, sin embargo, lo que resulta realmente trascendente de esta situación fue la institucionalización del mercado como instrumento de cambio de los recursos, con un valor en sí mismo.

Es entonces cuando comienza a plantearse la mejor manera de utilizar los medios de producción. Hasta el momento la cuestión no suscitaba ningún interés por cuanto el crecimiento industrial parecía corresponderse con un mero aumento de la producción. A partir de entonces, se descubriría la innovación como verdadero motor que garantiza el crecimiento continuado del mercado de la mano de la creciente y pudiente burguesía que, por otra parte, en plena gestación del Estado moderno, controlaba el poder político.

Resultado de todo ello es la total consagración de la competencia³⁹ como principio de la sociedad capitalista y el rechazo a todo aquello que impida su libre desarrollo inclusive la acción del Estado más allá del ámbito de la defensa, la administración de justicia y las obras públicas.

La función de la competencia en este contexto se identificaba con la pérdida del protagonismo de los comerciantes como reguladores del mercado, para que fuera éste quien tendiera a su equilibrio natural, determinando el resultado óptimo tanto en la esfera de la producción como de la distribución.

En este punto aparece claramente el segundo elemento constitutivo del mercado, la libertad económica, libertad que en este estadio no podía ser sino

³⁹ La competencia en ese momento aparece limitada a su aspecto dinámico como fuerza que rige la oferta y la demanda, fuerza que por otra parte, viene enteramente determinada por el mercado. El modelo competitivo partía de la tendencia natural de mercado al equilibrio, modelo que se identificaría con el "ideal" de competencia perfecta.

absoluta, sometido a un único juicio de valor como sería el criterio de la eficiencia⁴⁰.

Posteriormente esa competencia sería la que llevaría al cambio de paradigma del comportamiento económico y así, del mero crecimiento de la producción se pasaría al criterio de la eficiencia.⁴¹

Como cierre de esta fase podemos decir que el mercado había consolidado plenamente su autosuficiencia. Los argumentos a favor de la intervención estatal esgrimidos por la doctrina alemana⁴² se limitaban predicar el papel del Estado como protector del crecimiento industrial nacional frente a la competencia extranjera, máxime en aquellos mercados que se encontraban en fase de despegue, y por tanto con excesivos costes como para hacer frente a esa competencia por sí mismos⁴³.

1.5. La rebelión contra el mercado: el revulsivo marxista

Reconocida la necesidad de preservar el mercado libre de intervención estatal fue de recibo reconocer que éste presentaba fallos⁴⁴ (monopolio), penalizándose determinadas estructuras empresariales, no por ser ineficientes desde un punto de vista social, sino porque desaceleraban el crecimiento

⁴⁰ De ahí las recomendaciones que, en general, hiciera Smith sobre el papel del Estado quien debía limitarse a asegurar la libertad del individuo para perseguir sus propios fines (socialmente beneficiosos). CAMPBELL, R.H. y SKINNER, A.S. en la introducción a la obra SMITH, A.

⁴¹ Vid. AGUIRE RODRÍGUEZ, J.A., en BRENNAN, G. y BUCHANAN, J.M., *La razón de las normas*, Unión Editorial, Madrid, 1987.

⁴² Vid. Como ejemplo LIST, F., versión española de SANCHEZ SARTO, M., *Sistema Nacional de Economía Política*, Fondo de cultura económica, México, 1942.

⁴³ Esa defensa se instrumentó a través de la política arancelaria que, actualmente es conocida como política industrial y así sería como, durante finales del s. XVIII y principios del s. XIX, la doctrina alemana, en contraposición a los autores ingleses, se plantearía el papel del Estado, no ya como instrumento para obtener el beneficio colectivo, sino como medio para proteger el mercado frente a la competencia de los mercados extranjeros.

económico del mercado. La riqueza que éste genera se basa en las relaciones de intercambio y dado que el monopolista tiene el beneficio asegurado, no muestra interés por esas relaciones de intercambio.

La persecución del monopolio se justificaba en la medida en que éste impedía la libre determinación del valor de los bienes procedente del libre juego de la oferta y la demanda que eran los factores que creaban la riqueza⁴⁵.

Así pues, las primeras políticas encaminadas al control del monopolio no iban dirigidas a la protección de la libertad, sino del crecimiento económico, concluyéndose además que ese monopolio, entendido como fuerza neutralizadora del natural equilibrio de oferta y demanda⁴⁶, no sólo se daba en el mercado de bienes, también en el mercado laboral, y de ahí la desconfianza y el recelo que plantearon los sindicatos como poder de monopolio que suprimía la libre determinación de los salarios.

Reconocido el papel del mercado como instrumento de determinación del valor de los bienes, tan sólo quedaba pendiente su legitimación ante la sociedad civil y con ello, una justificación del principal mal arraigado en él desde su nacimiento, cual era la desigual distribución de la riqueza. La corriente utilitarista encabezada por Jeremy Bentham conformaría la idea de que la maximización de la riqueza conduce a la maximización de la felicidad⁴⁷.

⁴⁴ La presencia de fallos en el mercado provocaría el abandono del modelo de competencia perfecta, respuesta lógica porque aquel modelo suponía el mercado como un engranaje perfecto que no precisaba de mantenimiento alguno por parte del Estado.

⁴⁵ Consecuente con la doctrina económica, el derecho centraría su atención en la tutela de la propiedad y la libertad, dejando la ordenación de las relaciones de intercambio al juicio del mercado.

⁴⁶ Equilibrio que no deja de ser tributario de la ley de Say en la que cada oferta surte a su demanda y viceversa.

Otros autores como Mill padre e hijo tributarían la idea de Bentham que reforzaría la política abstencionista de Estado en cuanto a regulación del mercado se refiere⁴⁸.

La reacción contra el absolutismo del mercado vendría de la mano de Marx quien se ocuparía de los eternos olvidados, los esclavos del capitalismo moderno, los trabajadores.

El capitalismo había encontrado su principal crítica. Mientras que la doctrina dominante se preocupaba de ensalzar las virtudes del mercado explicando sus fallos como meros desajustes fácilmente controlables (como es el caso del monopolio) o como desventajas aceptables (caso de la pobreza), Marx fue el primero en plantear el valor de la fuerza del trabajo en sí misma, sin limitarla a su papel auxiliar en la determinación del valor de las mercancías.

El logro de este autor consistió en poner de relieve la principal contradicción del sistema capitalista y es que, reconocido el hecho de que la propiedad es la que proporciona riqueza, el propio sistema niega esa función a la única propiedad de que dispone el trabajador, cual es su fuerza de trabajo, Marx conseguiría reclamar la riqueza que a esa otra propiedad le negaba el mercado mediante la asunción del trabajo en el valor de la mercancía.

⁴⁷ Esta afirmación se basaba en la creencia de que si el mercado crecía, el beneficio se acabaría absorbiendo por la sociedad, ya fuera en forma de renta, beneficio capitalista o salario.

⁴⁸ Sirva de ejemplo la reflexión de SPENCER, H., *The man versus the State*, Penguin Books, 1969, quien afirma que *"la función del liberalismo en el pasado era la de poner un límite a los poderes de los reyes. La función del verdadero liberalismo en el futuro será la de poner un límite a los poderes de los parlamentos"*.

Asimismo denunciaria el hecho de que la riqueza que generaba el mercado escondía una pobreza que a la larga condenaría al sistema por lo que el fundamento del mantenimiento de dicho sistema económico caía por su propio peso, dado que la principal virtud del mercado, el crecimiento económico, tenía un coste y quien lo soportaba era el trabajador.

Quizás el error de Marx fue que, lejos de proponer un replanteamiento del papel de la fuerza de producción en el sistema capitalista, apuesta por su condena más enérgica, lo que comportó el rechazo de sus ideas en el núcleo de estados capitalistas. La conciliación entre fuerza de producción y bienes de producción no llegaría a alcanzarse.

1.6. El gigante crece: estructura del mercado

Las ideas de Marx no consiguieron replantear, fuera de lo que posteriormente serían los Estados del área socialista-comunista, el papel hegemónico del mercado en el plano económico.

Durante finales del s. XIX la principal preocupación de los ideólogos liberales fue el mejor modo de hacer frente a las concentraciones de poder que impedían que el mercado consiguiera el equilibrio natural prometido.

La política económica, imbuida por la filosofía liberal, centraría su atención en el control de aquellas estructuras económicas que mayores costes reportaban a la creación de riqueza, costes que se identifican con las desventajas de un sistema monopolista como son: la reducción de la

innovación, y el estancamiento en la búsqueda de una eficiente distribución de los factores.

El Estado apareció entonces como fuerza equiparable al mercado, capaz de controlar esas desviaciones del considerado esquema natural de desarrollo, por medio de su afianzado sistema legal.

La aprobación de la Sherman Act⁴⁹ en 1890 supuso el triunfo aparente del control de dichas concentraciones, aparente por cuanto este fenómeno no se vio tan supuestamente afectado por la legislación como se previó.

La situación de la estructura empresarial fue tal, que incluso parecía que la organización monopolista era la norma y no la excepción.

De nuevo la atención doctrinal se centraría en el mercado, en las estructuras que más eficazmente promovían su crecimiento. Se desarrollaron formas de organización como el oligopolio que conllevarían a la elaboración de nuevas doctrinas económicas que intentaban legitimarlas, dado que la actuación estatal no era capaz de controlar las operaciones de concentración de poder. Se reconoció que el mercado encerraba en sí mismo los límites del crecimiento económico.

Pero la lucha contra el monopolio no conseguía ver reflejados sus esfuerzos

⁴⁹ Críticas al mal uso que se ha hecho de esta ley no faltan, y así EASTERBROOK, F.H. "Does antitrust have comparative advantage?", *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 23 (1999), Págs. 5-10, y GRAGLIA, L.A., "Is antitrust obsolete?", *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 23, Págs. 11-21 hasta el punto de afirmar que la propia Corte Suprema se muestra insegura respecto a si el fin de esta norma es la protección de la competencia en beneficio de los consumidores o la protección de las pequeñas empresas en detrimento de aquéllos, lo que conlleva que en su aplicación se cause más daño que beneficio.

lo que llevaría a autores como Schumpeter⁵⁰ a plantearse que quizás aquella figura no fuera tan inconveniente para el sistema, por lo que se propuso una diferente acepción del monopolio que incluía su redención por medio de la innovación de la que era protagonista.

Pese a que su alegato no fue tomado en consideración, es de reconocer que a partir de ese momento aparecerían las primeras enmiendas al modelo sostenido por Marshall, dado que entre ese equilibrio natural del mercado o modelo de competencia perfecta y la situación de monopolio existían variedades intermedias.⁵¹

Ese punto de inflexión fue fundamental para explicar la transformación de la concepción liberal del mercado, ya que, mientras en sus primeros años los esfuerzos de la doctrina se dirigieron a garantizar la convicción de que el mercado por sí mismo alcanzaría su equilibrio, lo que justificaba la ausencia de intervención estatal, ahora se reconocía que junto a la situación extrema cual era el monopolio, existían otras estructuras de mercado que también podían llegar a representar una rémora al desarrollo económico y que legitimarían el control del Estado en la materia.

Así pues, por primera vez se reconoce que el mercado no tiende al equilibrio, y lo que es más importante aún, que el sólo no se basta para controlarse.

⁵⁰ "Theorie der Wirtschaftlichen Entwicklung", traducción española a cargo de PRADOS ARRARTE, J., *Teoría del desenvolvimiento económico*, Fondo de cultura económico, México, 1976.

⁵¹ Vid. CHAMBERLIN, E., *Teoría de la competencia monopolística*, Fondo de Cultura Económica, México, 1956 y ROBINSON, J., *Economía de la competencia imperfecta*, traducción de BERAMENDI, J.G., Martínez Roca, Barcelona, 1973.

Junto a la demonización del monopolio, la doctrina neoclásica reconoció la figura del oligopolio en el que los acuerdos, aún no expresos, de los agentes acarrearán las mismas consecuencias perniciosas que el primero.

El siguiente paso sería, una vez reconocida la imperfección del mercado, y en la línea más radical del pensamiento liberal⁵², encontrar el punto de equilibrio entre la necesaria intervención estatal y el tradicional reconocimiento de la libertad del mercado: el derecho antitrust.

La intervención estatal se reduciría al control de aquellas formas de poder en el mercado que mayor peligro representaban para el principio de autonomía en el que éste se sustentaba. Fuera de ese control, la intervención era poco menos que censurable.

En esta fase la única función atribuida al derecho de la competencia se identifica con la búsqueda de la estructura empresarial que mejor garantice el crecimiento económico, dado que el mercado no podía controlar por sí mismo que su distribución fuera una garantía de crecimiento. De este modo, se entiende que el derecho antitrust americano se desarrollara en torno a la penalización de los monopolios, por ser las formas industriales que más ralentizaban el prometido avance del mercado.

Así, inicialmente, el derecho antitrust surge por la necesidad que tiene el mercado de que el Estado lo controle para garantizar su crecimiento, de tal modo que la intervención no parte de la iniciativa del Estado, sino de la demanda propia del mercado.

1.7. Nacimiento del Estado de bienestar: una nueva forma de entender la relación Estado-mercado- sociedad

La gran depresión que siguió a la caída de la Bolsa en 1929 supuso la revelación de lo que en años anteriores ya había sido anunciado, que el mercado no tiende a un equilibrio natural.

El advenimiento del actual Estado de Bienestar estaba cerca, mas el liberalismo clásico continuaba inspirando a la filosofía económica. No es que ya no se creyera en el mercado como motor de la economía, sino que era necesario que la sociedad volviera a confiar en él. Puesto que el mercado por sí mismo no sólo podía crecer, sino también estancarse y decrecer, se hacía necesaria la intervención de una fuerza equiparable a él como era la del Estado.

Ya que el mercado podía llegar a un punto en que no creara riqueza, se pone el punto de mira en el Estado como tradicional bastión de defensa de esa riqueza. El Estado era quien controlaba el flujo de moneda, por lo que debía poder proporcionar al mercado el impulso que le faltaba, y así aparece el gasto público como motor de la demanda⁵³.

El gasto público como instrumento de política económica⁵⁴ del Estado

⁵² Exponentes de la llamada ortodoxia clásica son Frank H. Knight , Henry C. Simmons, Friedrich A Von Hayek, Fritz Machlup y Gottfried Haberler.

⁵³ De esta manera a la ya conocida función de control de la estructura de mercado del derecho de defensa de la competencia, se le añadirían las políticas económicas más directas bajo la forma de intervención en el nivel de la demanda.

⁵⁴ Se dice que el gasto público formaba parte de la política económica del Estado porque su objetivo era puramente económico: recuperar el mercado, otra cosa es que, reconocidos sus beneficios más allá de los estrictamente económicos, se incluyera en la actualidad en el área de la política social.

generó más riqueza, reactivó al mercado, y además gozó de gran aceptación popular. Así, ese gasto se justificó como inversión en bienes y servicios públicos en pro del bienestar social⁵⁵ ocultando su verdadera finalidad: recuperar al mercado como instrumento de riqueza.

La primera política económica, tal y como hoy la concebimos, fue la emprendida por el presidente Theodor Roosevelt que principió la actual estructura del Estado de Bienestar.

Efectivamente, su política resume en buena medida la nueva forma en que el Estado intervendrá en el mercado. Los intentos que se habían llevado a cabo hasta el momento con la esperanza de que el mercado recuperara la dinámica precedente habían sido en vano, EEUU se hallaba en una de sus peores crisis económicas y se precisaban medidas urgentes para reactivar la producción.

El plan de Roosevelt, conocido como "New Deal" tenía un objetivo preciso: poner el dinero en circulación a través del incremento del gasto público.

El sistema económico se hallaba hundido precisamente porque la riqueza, que en un mercado sano tiende a circular y a crecer, se había estancado, por lo que la clave parecía ser acelerar el movimiento del capital y, en la consecución de dicha empresa, el Estado, que ya había revelado siglos atrás su función garantista de la riqueza⁵⁶, parecía ser el instrumento más adecuado.

⁵⁵ La legitimación de esa intervención estatal en el mercado vendría dada por el concepto de bienestar social.

⁵⁶ Esta función fue reconocida ampliamente por la doctrina mercantilista.

Sin embargo, la campaña de gasto público destinada a elevar el nivel de la demanda no podía por sí sola garantizar que ese incremento se mantuviera⁵⁷, se hacía preciso controlar directamente el precio y ello se llevó a cabo a través de dos medidas:

- La acción directa: mediante el establecimiento de precios mínimos, fácilmente negociables en el marco de un mercado oligopolístico.
- La limitación de la oferta: garantizando artificialmente que no se produciría una situación de superproducción.

Como puede observarse este tipo de acciones no tenía mayor fin que la aceleración económica, sin constituir una verdadera política de intervención en el mercado.

El Estado no podía intervenir en la oferta, al constituir un ataque directo a la libertad de empresa (y contrario a la doctrina liberal imperante), por lo que se planteó la intervención en la demanda. El principal representante de esta línea de pensamiento sería Keynes⁵⁸.

El Estado, bajo la consigna del "modelo" de bienestar incrementa el gasto público para incrementar a su vez el nivel de una demanda que el mercado no podía incentivar, mas el problema aparece cuando se demuestra que el coste de esa actuación no es asimilado por el mercado, el coste del gasto público no es redistribuido en el mercado.

⁵⁷ Lo que, aunque no reconocido, demostraba la ilusión de la ley de Say y lo que se correspondía totalmente con el abandono de la falacia del equilibrio natural del mercado.

⁵⁸ Según SANCHEZ TABARES, Keynes basaba su crítica a la política económica seguida hasta el momento en su inactividad, resultando por tanto necesaria la intervención del Estado como animador esencial de las actividades económicas privadas pero sin llegar a sustituirlas. *Op. cit.*, Pág. 67.

Pero la actuación del Estado fue más allá, el nivel de paro era alarmante y para recuperar el mercado laboral⁵⁹ se optó por medidas drásticas como la National Industrial Recovery Act de 1933 ⁶⁰ que, en su afán por controlar la llamada espiral competitiva en materia de precios y salarios, proclamó la nocividad de la competencia en el mercado que había llevado a la deflación, declarándola, incluso contraria al interés público, lo que supuso un cambio de orientación en la política de competencia desde su incentivación hasta su prohibición.

El incremento de los recursos disponibles en la demanda daría lugar a un crecimiento de la inflación que conllevó a potenciar el control de los salarios y de los precios, lo que no dejaría de ser sino el clásico control del valor (de la fuerza de producción y de los bienes de producción). Este control recibiría en Austria el nombre de Economía Social de Mercado.

Huelga decir que, en estas circunstancias, la política de competencia no puede sino identificarse con la política industrial.

1.8. El nacimiento de la política económica moderna y la reconciliación entre Estado y mercado

Pese a que la "revolución" roosveltiana había inaugurado una forma de entender la relación entre Estado y Mercado desconocida hasta entonces, no

⁵⁹ La política de pleno empleo se justificaba porque sólo si la demanda disponía de recursos podría reactivarse la oferta.

⁶⁰ Act of June 16, 1933, ch.90, 48 Stat.195. Esta ley estuvo en vigor hasta mayo de 1935 fecha en que fue anulada por el Tribunal Supremo.

fue hasta la Alemania de Otto von Bismarck cuando nacería definitivamente el Estado de Bienestar.

La nueva forma política⁶¹ no se limitaría a Alemania, sino que pronto la doctrina inglesa desarrollaría la línea que finalmente consolidaría John Maynard Keynes.

En *The Welfare of Economics*, Arthur Pigou propondría la alternativa a la convicción del clasicismo liberal según la cual, el mercado proporcionaba el mejor intercambio posible, y es que el nuevo modelo a seguir, esto es la Economía del Bienestar⁶², requería la transferencia de los recursos disponibles para el gasto de ricos a pobres.

La trascendencia de este planteamiento encerraba una crítica, sagazmente disimulada, a uno de los más firmes pilares del sistema económico clásico. El problema no estribaba tanto en que el intercambio que fomentaba el mercado no fuera el más eficiente, puesto que de hecho, lograba crear riqueza, como en que esa riqueza debiera ser distribuida de otra forma⁶³, lo que puede interpretarse como un nuevo criterio de eficiencia que no tomaba como único punto de referencia el mercado, sino el beneficio social.

Resultado de todo ello fue que la política de gasto público, revelada como necesaria para controlar las desviaciones del mercado, debía orientarse a esa nueva distribución.

⁶¹ Se habla de Estado de Bienestar como forma política por concebirse como una nueva manera de entender la relación entre Estado y Mercado.

⁶² Frente al modelo político de Estado de Bienestar, se encuentra el modelo económico que se centra en la manera en que la distribución de la riqueza en el mercado puede ser más beneficiosa para la sociedad en su conjunto.

El problema radicaba en cómo adaptar esa nueva política de distribución de la riqueza a la filosofía liberal del mercado como piedra angular del sistema económico. En su obra *“The general theory of employment interest and money”*, Keynes logró encajar la política pública en el marco económico y así, consideraba que el problema decisivo de la economía no era tanto determinar el precio de las mercancías ni la forma de distribuir los ingresos resultantes, sino en averiguar cómo se determinaban los niveles de producción y empleo.

La nueva política económica del Estado abandonaba sus tradicionales métodos de intervención directa como el control de la demanda o del nivel de los precios para destinarse a incentivar al propio mercado a encontrar sus niveles óptimos de producción y empleo de la fuerza de trabajo.

Pero la distribución de recursos planteada por Keynes iba más allá del incremento del nivel de la demanda o de la creación de empleo, la nueva revolución económica pasaba por reconducir los ingresos procedentes del mercado a aquellos factores donde más se necesitaba la inversión, y ello de la mano del Estado.

Al mismo tiempo que la intervención estatal intentaba asentarse en el sistema de mercado, la ciencia económica se escindía: por una parte, en la macroeconomía, que destinaría sus esfuerzos al estudio de la forma de asegurar el pleno empleo y la estabilidad de precios; y por otra, en la microeconomía centrada en el análisis del funcionamiento interno del mercado.

⁶³ La pura eficiencia económica pasaba entonces a considerar otro tipo de eficiencia, la social,

En opinión de Galbraith, mientras que en el plano de la macroeconomía se producían reformas destinadas a mejorar la relación entre Estado y Mercado, la microeconomía seguía fiel a los dogmas neoclásicos lo que conllevó a la parcialidad de cualquier juicio económico.

Así pues, no fue de extrañar que fuera precisamente la microeconomía la que descubriera las causas del fracaso macroeconómico de las políticas precedentes, parecía pues que la tan ansiada reconciliación entre Estado y Mercado aún no había comenzado su andadura.

Tras la II guerra mundial se demostró la virtualidad de la teoría keynesiana y el gasto público contribuyó en gran medida al crecimiento y a la recuperación económica europea, se trataba en última instancia de recuperar el nivel de demanda, que conllevaría a una situación de plena ocupación laboral, objetivo último de la política keynesiana.

En este contexto, la recuperación de la demanda exigió activar el papel del Estado como prestador de determinados servicios que el mercado, por considerar innecesarios o improductivos, no ofrecía, este fin se enmarcaba en un determinado contexto ideológico basado en las aportaciones de Eucken y la escuela de Friburgo.

Pese al rechazo de algunos autores como Friedrich Von Hayek⁶⁴ y Milton Friedman⁶⁵ que seguían confiando en el mecanismo de los precios y en la

reconocida como equidad o justicia.

⁶⁴ *The road to serfdom*, University of Chicago Press, Chicago, 1944.

⁶⁵ *Libertad de elegir: Hacia un nuevo liberalismo económico*, traducción española a cargo de ROCHA PUJOL, C., Grijalbo, Barcelona, 1981.

competencia antes que en la intervención estatal, los keynesianos consolidaron sus conquistas a lo largo de los años siguientes, procurando la incorporación de sus ideas en la legislación.⁶⁶

Resultado de todo ello fue que la mayoría de los países capitalistas experimentaron un crecimiento económico acelerado cuyos beneficios se extenderían durante los llamados "felices 30 años", la política inspirada por Keynes parecía haber encontrado el equilibrio perfecto entre mercado y sociedad.

1.9. La crisis actual de la relación entre Estado y mercado

Pese a la gran consideración que el keynesianismo tuvo tanto en el plano político como económico, el divorcio de tan esperada unión no tardaría en producirse, el tan deseado equilibrio económico parecía una quimera que ni políticos ni economistas acababan de alcanzar.

Los años siguientes volverían a demostrar la fragilidad del sistema que arrancaría con la crisis energética de los años 70 en los que se puso de manifiesto la necesidad de encontrar fuentes alternativas de energía debido a la escasez natural de las empleadas hasta entonces.

Consecuencia de ello fue un considerable aumento de la inflación, producida por el incremento tanto de los precios como de los salarios que se

⁶⁶ Fruto de estos intentos fue la Ley de empleo de 1946 que sin embargo quedó limitada a su estudio en un Comité consultivo sin que se llegara a su efectiva aprobación.

conocía como “espiral de precios y salarios”.

El principal problema que la situación planteaba es que la distinción entre macroeconomía y microeconomía reservaba a ésta última las respuestas y su patrón neoclásico era incapaz de cuestionarse una situación que, en su modelo, era imposible.⁶⁷

La respuesta a esta situación fue poco menos que previsible, si el mercado no reaccionaba era porque el Estado se había excedido en su función tradicional garantista de la riqueza por lo que autores como Milton Friedman y Anna Jacobson Schwartz propusieron un retorno a la política monetaria, en la convicción de que los precios siempre reflejaban los cambios habidos en la oferta monetaria, por lo que el control de la oferta conllevaría a la estabilidad de los precios.

Pero al mismo tiempo que la inflación lograba ser controlada, el incremento de los tipos de interés y con ellos, de la inversión, provocaron una severa disminución de la actividad económica durante la década inmediatamente posterior.

El control de la situación volvía a centrarse de nuevo en el control de la demanda puesto que ella debía ser, en última instancia, la que cubriera los costes de la renovación de los factores de producción.

Mas lejos de aplicar un nuevo modelo “roosveltiano”, el control de la demanda se encomendó a la propia oferta que desde entonces ha venido

desplegando diferentes actividades comerciales destinadas a la creación de nuevos mercados de producto y nuevas necesidades que ya no responden, como en un sistema de economía de bienestar, a las preferencias individuales de los demandantes, sino a las expectativas económicas de los oferentes.⁶⁸

Por otra parte, esta situación comporta un cambio en el papel del Estado quien debe mantener la demanda global a un nivel que permita la plena explotación de los recursos disponibles, sacrificando en algunos casos el criterio de eficiencia en beneficio del criterio de productividad, y sirviendo en otros, a los intereses económicos y no a los de la sociedad en su conjunto.

Puede verse entonces como una de las principales funciones encomendadas al Estado cual es la garantía del bienestar ha sido desplazada por la acción del mercado que es quien determina las necesidades mínimas y éstas no se corresponden sin más con el interés general. Esa es precisamente la situación que en la actualidad hemos heredado de los años 90, en los que el fenómeno de la desregulación se ha erigido como nuevo patrón de conducta de la intervención del Estado en el mercado⁶⁹.

⁶⁷ Pese al reconocimiento de la imperfección del mercado, la tradición apostaba por el equilibrio "natural del mercado" formulado por la ley de Say.

⁶⁸ Vid. SANCHEZ TABARES, *op. cit.*, Pág. 39, para quien esta situación no puede comportar a una óptima utilización de los recursos disponibles al no emplearse totalmente la capacidad instalada.

⁶⁹ El mal uso que se ha hecho de la desregulación ya ha sido denunciado como causa de las crisis económica de los primeros años del s.XXI. En ese sentido, STIGLITZ atribuye directamente en gran medida la crisis económica sufrida en el 2001 a la desregulación que se llevó a cabo en EEUU durante los años 90 y que fue la que propició el "reventón" posterior de la burbuja tecnológica. Con este planteamiento, el autor considera que el problema no estriba tanto en la desregulación como opción política, sino en la forma en que ésta se ha llevado a cabo, por lo que concluye que en realidad, lo necesario no era desregular, sino reformar las regulaciones existentes. *Los felices años 90. La semilla de la destrucción*, Taurus, Madrid, 2003, Págs. 127-152.

1.10. Una mirada crítica y primeras conclusiones

A resultas de todo ello se puede concluir que el llamado Estado de Bienestar no es en sí un sistema económico, por cuanto éste nunca ha dejado de ser el sistema de mercado capitalista ideado por el liberalismo.

La intervención estatal encontró en la llamada Economía Social su fuente de legitimación para justificar su entrada en el mercado con fines, que lejos de ser sociales, se han revelado como serviles de aquél.

Desde entonces hasta nuestros días se reconoce, fuera de toda duda, que la intervención del Estado en el mercado, ya no de forma directa, sino a través de sus políticas macroeconómicas tiene su correspondiente reflejo en el crecimiento económico⁷⁰ y en la forma en que la competencia, como cláusula de salvaguarda de nuestro sistema es respetada. El problema de fondo reside en la indefinición del concepto, lo que puede llegar a comportar el riesgo de una merma en el contenido mínimo de la libertad de empresa en aquellas esferas en la que el poder público intervenga.

La tensión entre la intervención del Estado y la necesaria autonomía del mercado centraría el debate económico hasta la actualidad, pero lejos de aprender de las experiencias pasadas, el futuro no se plantea definitivo, en palabras de Galbraith⁷¹, se ha mantenido persistente el triunfo de la teoría clásica, lo que se deduce claramente de las siguientes circunstancias:

⁷⁰ Reflejo que hasta el momento la bifurcación de la teoría económica había infravalorado ya que las medidas estatales, que se reconocían como orientadoras del comportamiento económico, no encontraban explicación cuando el camino era el opuesto, es decir los resultados del mercado condicionaban la actuación estatal.

- El problema de fondo presente en el sistema clásico sigue pendiente de resolución: la desigual distribución de la riqueza, o lo que hoy se conoce como ineficaz distribución de los recursos, afectando no sólo al nivel de desempleo, sino también al motor de la economía que representa la actividad de I+D. En efecto, en el caso de España, nuestro país adolece de una ausencia de potenciación de la capacidad investigadora y esa acción, debería formar parte de la actual política de competencia como manifestación que es de la libertad, derivada a su vez del reconocimiento de la autonomía individual y del derecho a la personalidad.

Las políticas en esta materia no han sido capaces de dar una respuesta, sino que simplemente han intentado, por medio de medidas coyunturales, un control eventual de la situación. El actual fenómeno globalizador no ha hecho sino incrementar las diferencias sociales, por lo que el crecimiento económico no guarda relación con el crecimiento social, desvirtuándose de este modo la principal aspiración del modelo keynesiano, ya que en situación de crecimiento económico debería haber un nivel prácticamente total de ocupación laboral, luego si esta situación no se da, es porque el actual enfoque económico se destina únicamente al incremento de los beneficios económicos de la actividad empresarial.

La espiral privatizadora defendida como política de competencia no puede identificarse como tal, no siendo más que una faceta de la política industrial o económica⁷² y, si bien se ha justificado como necesaria para la apertura de mercados caracterizados por un fuerte contenido de servicio

⁷¹ *Op. cit.*, Pág. 309-327.

⁷² Siguiendo a Ascarelli, la disciplina dictada en la administración pública de la economía no siempre se corresponde y no siempre puede corresponderse directamente con la disciplina de la concurrencia. . *Op. cit.*, Pág.28.

público, el beneficio no se ha manifestado sino en los antiguos monopolios que, aunque frenados por un control estatal de precios, siguen manifestando su poder tanto en la explotación de los recursos, como en la distribución de servicios, situación que pese a contar con los límites que representa la regulación de las conductas concurrenciales, genera un coste que a la larga dificulta el establecimiento y mantenimiento de los nuevos operadores.

- El tradicional esquema de equilibrio del mercado anclado en el sistema de precios se ha revelado como insuficiente para explicar las variaciones en el nivel de la demanda y de la oferta, lo que a la larga conlleva que la política pública en esta materia no sea capaz de hacer frente de forma eficaz a aquellas variaciones que supongan un peligro para el desarrollo económico. El problema que esto plantea va más allá del mercado, afectando a la efectividad de las acciones del Estado en esta materia, por lo que la política de competencia deberá ir más allá del control de las conductas que afecten a la libre formación de los precios, porque ello supondría reducirla al control del mecanismo del mercado, obviando su necesaria función social⁷³.
- El enfrentamiento entre Estado y Mercado sigue siendo la tónica general por cuanto, mientras que el Estado culpa al mercado imperfecto del fracaso de su política social, el mercado responsabiliza al Estado de sus "recesiones" económicas.

⁷³ Precisamente una de las críticas que ha recibido la política antitrust estadounidense es la ausencia de criterios que verdaderamente garanticen la ineficiencia de las conductas calificadas como anticompetitivas, dado que los actuales argumentos se basan únicamente en la afectación a la formación de los precios. Ejemplo de ello siguen siendo los casos *US v. Aluminium Co. of Am.*, 148 F.2d 416, 430 (2d Cir., 1945) y *US v. United Shoe March. Corp.*, 110 F. Supp. 295, 322 (D. Mass.1953).

En efecto, de la ausencia de efectos positivos en la adopción de las diferentes medidas económicas del Estado, se suele responsabilizar a la estructura del mercado, sin entrar a cuestionar la oportunidad de las mismas o las alternativas menos intervencionistas.

A esta situación debe añadirse como conclusión que la actual crisis del mal llamado "modelo" de Estado de Bienestar encuentra su origen en la inconsistencia de esa política económica.

El Estado de Bienestar no fue creado como un sistema económico, sino como medida de control y aseguramiento de crecimiento económico, por lo que el actual cuestionamiento de su futuro no es sino el resultado de su consciente ausencia de planificación, no hay solución de continuidad del "modelo" porque conscientemente no se le ha querido dar, en el fondo se pensaba que el mercado por sí mismo encontraría su dinámica de equilibrio, lejos de la intervención estatal.

La actual dinámica económica responde claramente a esa situación, se confía de nuevo en el mercado, por lo que es dable que el crecimiento económico venga dado por él, las privatizaciones y liberalizaciones son consecuencia lógica de la falta de confianza en el "modelo" de bienestar social.

Los liberales han mantenido su hegemonía desde el mismo día en que nació el mercado como tal, las conquistas sociales no han estado nunca al servicio de la sociedad sino del mercado, precisamente porque la política económica estatal así lo ha determinado, la política de defensa de la competencia a

menudo sólo se dirige a fomentar el crecimiento del mercado y no de la sociedad civil.

La evolución histórica analizada anteriormente nos lleva a la conclusión de que la política de competencia, entendida como una política eminentemente social, no tiene sino un siglo de historia, y que incluso su concepción como tal política resulta un tanto excesiva a la luz de los resultados sociales.

El futuro tal vez pueda ser conseguir que la distribución de los beneficios del mercado, beneficios que deben reconocerse, sean efectivamente distribuidos en la sociedad, pero no a través de ese mal llamado "modelo" de Estado social sino a través del propio mercado.

La socialización debe serlo del mercado, no de las acciones del Estado porque éstas necesariamente deberían tener este carácter.

La evolución histórica nos conduce a las siguientes conclusiones respecto a la relación tripartita Estado-Mercado-Sociedad:

- Estructura de mercado: la formación de un mercado, entendido como institución social (desde el punto de vista del ámbito en el que refleja sus resultados, no desde un punto de vista económico) requiere como condición previa el establecimiento y reconocimiento jurídico de un derecho de propiedad. En el ámbito de las telecomunicaciones, la propiedad como tal, resultaba en cierto modo inconcebible, por cuanto su configuración como servicio público otorgaba al operador único un derecho de explotación de una actividad en régimen exclusivo que, de ningún modo

podría equipararse a un derecho de propiedad; por otra parte, tampoco era preciso su reconocimiento dado que no existía la posibilidad de un mercado de intercambio. El actual régimen de licencias, reconducido a la autorización como figura general, como requisito para operar en este mercado, vendría a ser la concesión de un derecho sobre la actividad, y la posibilidad de negociar con las facultades que dichas licencias otorgan, es lo que determina el poder hablar de un mercado propiamente dicho⁷⁴.

De este modo, cuando nos referimos al mercado de las telecomunicaciones, lo característico no es tanto la prestación del servicio, como el cambio operado en su régimen jurídico. Lo que nos permite hablar de un mercado es la posibilidad de intercambio de la propiedad de los medios de producción, que es lo que genera competencia y no el mero reconocimiento de la titularidad de los recursos⁷⁵.

Junto a la necesaria constitución de un derecho sobre los medios, se hace preciso reconocer la autonomía de los sujetos que intervienen en el mercado y que, en el ámbito del derecho de defensa de la competencia, se identifica con la libertad.

- El segundo factor que posibilita la operatividad de un mercado es el establecimiento de un valor, que será el que rija como medida de cambio de

⁷⁴ Es por ello que las autorizaciones para desarrollar una determinada actividad en este ámbito económico se identifican más con los llamados *property right* del Common Law que con el derecho de propiedad de la tradición jurídica romanista.

⁷⁵ En este sentido, el término "competencia" no viene referido a la "lucha" económica, sino a la capacidad de desarrollar una actividad económica rentable. Así, los operadores no luchan tanto por obtener mayores beneficios que sus competidores, sino por adquirir mayor capacidad competitiva en el mercado, de otro modo los procesos de fusión de grandes corporaciones se verían reducidos a una mera suma de cuotas de mercado cuando el verdadero fin es el incremento de la presión competitiva.

los factores de producción. El recurso a los procedimientos de subasta y concurso para la concesión de licencias pretende asimilarse a la concesión de un valor, si bien estos mecanismos se han revelado ineficientes porque el valor asignado a la prestación de estos servicios se ha realizado en base a las expectativas de ganancias, sin una correcta valoración de los costes de la actividad. Esto conduce a pensar que en este sector el Estado no ha actuado como correcto sustituto de las operaciones de mercado, sino como mera arca pública. Esta situación se demuestra por el hecho de que los costes de inversión aún no han sido asimilados por el propio mercado, lo que comporta fuertes pérdidas a los nuevos operadores que se traducen en una inelasticidad de los precios.

- En tercer lugar, la institución de la propiedad de los factores productivos y la atribución de un valor posibilita la acumulación de capital y el crecimiento, no ya sólo de los propios agentes, sino también del mercado. En nuestro ámbito esa acumulación de capital se ha traducido en la creación de grandes corporaciones que han generado un importante fenómeno de concentración en el mercado que, por una parte es aceptado como consecuencia de los altos costes de la actividad y que por otro, es contemplado con cierto recelo, habida cuenta que corre el riesgo de dejar el proceso de liberalización en una mera sustitución de agentes. Ese proceso de concentración ha obligado a la Comunidad a rediseñar su política en esta materia, ya que los instrumentos con los que contaba hasta el momento resultaban insuficientes para resolver las actuales negociaciones de fusión.

- El precio viene a ser el mecanismo fundamental que permite que el mercado opere de forma independiente, sin embargo, en el sector de telecomunicaciones su control en determinados servicios se mantiene en manos del Estado, fundamentalmente por la necesidad de controlar la oferta del exmonopolista, que cuenta con una cuota de mercado preestablecida y con menores costes, con lo que los precios que pueda ofertar no son producto de la existencia de una situación de competencia en el mercado, sino el resultado de una posición que aún es muy privilegiada.

- La primera intervención del Estado en el mercado se manifestó por la necesidad de controlar la riqueza que éste generaba. En la actualidad, ese control de riqueza debe interpretarse como el control de la acumulación de capital que puede conllevar a un asfixia de la situación, desfavorable de por sí debido a la estructura del propio mercado, de los posibles competidores. En este punto es donde se requiere una mayor participación del Estado como garante de la libertad e igualdad de los agentes económicos, ya sean empresas o consumidores.

- Por último, controlado el poder de mercado y la concentración de recursos, el siguiente paso será la garantía de la eficiencia en los procesos de intercambio a los que éste conlleve. Se trata pues del control de las operaciones de mercado a fin de que los beneficios obtenidos tengan su conveniente aplicación en los recursos que el Estado, como responsable del mantenimiento del modelo de bienestar, considere precisos.

Esto supone que las decisiones de las autoridades en materia de competencia deberán abandonar los clásicos criterios económicos, aptos si se quiere cuando la integración de los diferentes mercados europeos sea la premisa fundamental, pero no una vez se haya logrado dicha integración, cuando esos criterios deberán ser sustituidos por otros en los que presida la idea de ventaja social (la mal entendida como eficiencia económica)

2. APROXIMACIÓN A LA COMPETENCIA COMO MANIFESTACIÓN DE LA ACTIVIDAD DE LOS SUJETOS: EL HECHO JURÍDICO Y ECONÓMICO

El modelo de competencia que refleja el actual derecho comunitario remonta sus orígenes a la reconstrucción de la industria alemana tras la II Guerra Mundial. El plan de ayuda americano exigía el establecimiento de un derecho capaz de controlar los monopolios⁷⁶ que habían dotado de infraestructura y recursos al gobierno nacionalsocialista, y la mejor arma contra éstos era la institución de un sistema de libertad económica bajo la tutela del Estado.

El resultado fue algo más que un mero reflejo de la Sherman Act, debido en parte a la influencia que la escuela de Friburgo tuvo en la concepción del mercado, lo que nos permite afirmar que el derecho del mercado único alcanzó un grado de desarrollo propio y desvinculado de aquélla.⁷⁷

Fue precisamente la doctrina alemana, la primera en intentar elaborar un concepto de competencia y, pese a que las dificultades para llegar a un

⁷⁶ La estructura monopolística estaba presente desde hacía años en el mercado alemán y así la primera regulación del sector en Alemania fue fruto de la Kartellverordnung u Ordenanza de Cárteles Alemana de 1923.

consenso hicieron que la tarea no acabara completándose, si fue posible delimitar las diferentes facetas en que puede ser contemplada⁷⁸, y que nos pueden ayudar en la determinación de su dimensión jurídica:

- 1 **COMPETENCIA ESTRUCTURAL O CONCURRENCIAL:** La competencia se concibe como una relación de pluralidad de sujetos económicos que actúan en el marco de un determinado mercado.

Desde este punto de vista, la competencia se identifica con la manera en que interactúan los sujetos en el mercado. Mientras que la ciencia económica se interesa por el análisis de las conductas empresariales que mayores beneficios reportan, el derecho concibe esas actuaciones como el ejercicio de derechos subjetivos frente a los cuales, su papel se limitaría a resolver las colisiones entre esos derechos y a limitar todo ejercicio que comporte una situación de abuso.

- 2 **COMPETENCIA DINÁMICA O COMPETITIVA:** La competencia se concibe como un proceso de actuaciones a través del cual aquella pluralidad de personas lucha entre sí por conseguir la misma meta económica en una misma unidad de tiempo y espacio.

Esta dimensión, según Font Galán, se identifica con la conducta competitiva que representa el hecho de que las empresas concurrentes actúan autónoma y libremente, poniendo en práctica sus parámetros de acción para conseguir sus objetivos.

⁷⁷ Sobre este aspecto Vid. GERBER, D.J. "Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus", *The Antitrust Bulletin*, vol. 45 (2000), Págs. 249-263.

⁷⁸ Vid. FONT GALÁN, J.I., *Constitución económica y Derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid, 1987.

A su vez, esta faceta es el resultado del reconocimiento de la autonomía de los agentes, cuya versión económica - el individualismo - constituye uno de los presupuestos básicos del sistema económico, y así se establece como parámetro de conducta, el hecho de que cada agente opera guiado por sus propios objetivos económicos.

El comportamiento competitivo de los agentes además, viene condicionado por la estructura del mercado que les obliga a ajustar esos objetivos individuales, no sólo a las posibilidades que ofrezca el marco en el que se mueven, sino también al hecho de que comparten el mismo espacio con otros agentes que persiguen unos mismos objetivos, forzándose así las relaciones de transacción entre unos y otros.

Por su parte, nuestra disciplina entiende la competencia como algo más que una mera lucha entre individuos puesto, que sus objetivos se orientan hacia la consecución de:

- El beneficio social que implica un estado competitivo y que se traduce en el crecimiento económico.
- La función social que tiene asignada la competencia y que se cumple con la extensión de ese crecimiento a todos los partícipes del mercado

Vemos por tanto cómo los objetivos económicos que se persiguen con el

mantenimiento del sistema competitivo difieren de los objetivos jurídicos.

Es por ello por lo que, mientras la ciencia económica estudia la oportunidad de las diferentes alternativas de actuación, el derecho establece un único patrón legal de conducta que no responde a una necesidad económica, sino jurídica - de mantenimiento de la libertad, la igualdad y el servicio a la sociedad - y que conforma un mínimo en el que el cumplimiento de esos objetivos resulta garantizado conforme a los modelos institucionalizados como son el "modelo" de economía de mercado y el modelo de Estado social.

Efectivamente, es la Constitución la que permite la asunción de esas dos metas que mantienen una perfecta relación de complementariedad, pese a referirse a ámbitos distintos y así, mientras que el Estado social representa un modelo político, el sistema de Economía de Mercado se asimila a un modelo económico.

El Estado no puede llevar a cabo su proyecto de Estado social sin una economía que tenga como principal instrumento de desarrollo la libertad de empresa⁷⁹ pero al mismo tiempo, la economía de mercado precisa, por los defectos intrínsecos que el modelo económico de competencia imperfecta presenta, de la acción del Estado, que es el único que dispone de poder coercitivo para sancionar determinadas conductas, no tanto porque impidan la consecución del interés público, sino porque impiden el funcionamiento autónomo del mercado.

La principal consecuencia de la interpretación conjunta de ambos modelos es lo que legitima la intervención estatal en el mercado, por cuanto no pudiéndose socializar ⁸⁰ la libertad de empresa, lo que sí se socializa es el mercado, que se transforma en un instrumento para lograr la riqueza en el ámbito nacional, así como su reparto equitativo.

De ahí que podamos afirmar que la intervención estatal no opera en el plano de la libertad de empresa o en la conducta de los empresarios porque ello supondría una flagrante violación del texto constitucional, sino en el mercado. El Estado no puede incidir directamente en las opciones empresariales, pero sí prohibir aquéllas que obstaculicen el funcionamiento de aquél. Sólo de este modo puede entenderse nuestro sistema económico.

- 3 COMPETENCIA IDEOLÓGICA O POLÍTICO SOCIAL:** aquí la competencia conforma un particular sistema institucional de vida social dentro del cual se ordenan las actividades de los sujetos económicos.

Esta dimensión es la que justificaría la defensa del interés público en la regulación ordenadora del mercado y la que cumpliría con el mandato del Estado social, siendo función que compete al derecho y no a la economía.

Asimismo, en este plano la competencia se identifica con la opción político-económica del Estado y constituye el principal modelo de evaluación de las normas por cuanto el legislador, a la hora de decidir cómo instrumentar su

⁷⁹ Libertad de empresa que no puede entenderse sin su correspondiente plataforma de ejercicio como es la existencia de un mercado.

⁸⁰ Vid. ROJO, A., "Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 160-179 (1983), págs 309 y ss.

intervención, deberá optar por aquélla que sea más acorde con el modelo de competencia institucionalizado.

A partir de estas tres dimensiones, la interpretación que se haga de la noción de competencia que recoge una norma concreta deberá tener en cuenta en cuál de aquéllas se sustenta y a cuál de ellas sirve, luego el fin de la norma en sí mismo es diferente según la dimensión a la que pretenda satisfacer, a título de ejemplo en nuestra legislación marco identificamos:

- La dimensión ideológica y estructural representada por la Constitución económica.
- La dimensión competitiva, que se desdobra en:
 - Las normas que salvaguardan la libertad en el mercado (LDC), que se refieren al mantenimiento de una determinada estructura institucional del mercado basada en la libertad conformada en el modelo constitucional.
 - Las normas que procuran la lealtad (LCD), que orientan las decisiones económicas de los sujetos estableciendo costes desincentivadores para aquellas conductas que se consideran ineficaces porque no sirven al juego competitivo, sino a los intereses individuales de los agentes, neutralizando la función social de la competencia.

La finalidad de cada bloque normativo es distinta en tanto cada uno se refiere a las diferentes facetas de la competencia antes mentadas y así:

- Los principios de la Constitución Económica pretenden establecer el marco en el que los derechos reconocidos por la propia Constitución ((a nuestros efectos el derecho de propiedad y la libertad de empresa) deben ser ejercidos, a la vez que sientan los pilares básicos de nuestro sistema económico y político-económico. En este caso, el derecho desarrolla la vertiente ideológica o político social de la competencia al constituir una verdadera declaración de principios que deben regir no sólo el sistema económico, sino también y a nuestros efectos, la acción política estatal.
- Por su parte, la Ley de Defensa de la Competencia desarrolla la vertiente estructural estableciendo los límites al ejercicio de la libertad de empresa, singularizando y penalizando su ejercicio abusivo.
- Por último, la Ley de Competencia Desleal pretende ordenar las conductas del mercado en torno a un modelo del beneficio o ventaja competitiva fruto del esfuerzo empresarial, expresando así su vertiente dinámica.

Por otra parte, la identificación de las diferentes dimensiones que presenta la competencia deberá tener en cuenta su patente conexión:

- Por una parte, la existencia y supervivencia de un mercado precisa de la concesión previa de derechos a los diferentes agentes por cuanto, en caso contrario, no podríamos hablar de relaciones jurídicas, ni siquiera de relaciones que puedan interesar al derecho. El estudio del marco jurídico

en el que esas relaciones se desenvuelven puede darnos un criterio para configurar un concepto jurídico de competencia.

Pero además, si se quiere que esas relaciones jurídicas alcancen un determinado grado de desarrollo, se hace preciso reconocer que, con el establecimiento de una relación jurídica, se crean unas posiciones jurídicas merecedoras de protección. Al derecho compete asegurar esa protección efectiva a fin de incentivar a los agentes a la realización de sus objetivos.

- Desde otra dimensión, aparece la necesidad de limitar la intervención estatal en tanto se desvíe de la promoción de un desarrollo del mercado en régimen de competencia.
- Pero además, la lucha entre los diversos agentes puede llegar a desestructurar el mercado, dado que determinadas conductas no se limitan a afectar a los competidores potenciales, sino que sus efectos van más allá perturbando o falseando el modelo de conducta competitivo que lo rige.

El juicio de valor que se haga sobre dichas conductas tomará como referencia la defensa de la competencia conforme al mandato constitucional que informa acerca de nuestro modelo de desarrollo económico.

Todo ello, nos permite afirmar la necesidad de considerar la competencia no sólo como fenómeno económico, sino también como un valor jurídico propio.

Ahora bien, el hecho de que los objetivos económicos y jurídicos respondan a finalidades distintas no significa que no exista cierta coordinación entre ellos, en primer lugar porque la competencia que estimulan las normas debe orientarse al mantenimiento de la libertad económica, y, en segundo lugar, porque el sistema económico debe corresponderse con el modelo institucional recogido por las normas.

Ese ejercicio de interpretación deberá tener en cuenta que nuestro modelo institucional es fruto de un pacto político que resultó en la adopción de un modelo económico mixto o abierto, por lo que el entendimiento jurídico del fenómeno competitivo no sólo derivará de nuestra norma suprema y leyes de desarrollo, sino que también se desprenderá de los objetivos de cada una de las políticas económicas adoptadas por el Gobierno. Es por ello por lo que, en el estudio de la política de nuestro Estado en materia de telecomunicaciones, deberemos retomar este punto para acabar de concertar el valor jurídico que representa la competencia en la actualidad.

Finalmente debemos advertir que frecuentemente, la dificultad de establecer los límites entre economía y derecho se manifiesta también en el ámbito de la política de competencia y la política industrial⁸¹, ambas se encuentran plenamente relacionadas ya que, mientras la política industrial determina en gran medida el crecimiento y el grado de competencia de un

⁸¹ Téngase en cuenta que como bien señala Immenga lo que debe entenderse por política industrial tiene dos acepciones, una amplia que incorporaría la política de competencia y otra estricta que se limitaría a las actividades estatales referentes a la economía comprendiendo todas las políticas dirigidas a un incremento general del rendimiento industrial. Vid. IMMENGA, U., *El mercado y el derecho: estudios de derecho de la competencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.

mercado, la estructura de un mercado influye en la manera en que el Estado lleva a cabo sus funciones económico-sociales.

Sin embargo, la política económica no debe asimilarse a la defensa de la competencia pues como ya hemos visto, sus objetivos son diferentes, es por eso que en el capítulo siguiente intentaremos determinar, dentro del marco de las actividades públicas en materia de telecomunicaciones, cuáles de ellas responden realmente a la necesaria defensa de la competencia y cuáles a decisiones de carácter estrictamente económico.

2.1. La competencia como manifestación de la actividad económica

Antes de intentar elaborar un concepto propio de competencia, merece la pena detenernos en el concepto económico. El consenso actual sobre el modelo de competencia perseguido por las normas recae sobre la llamada COMPETENCIA IMPERFECTA, PRACTICABLE (WORKABLE), O MONOPOLÍSTICA, que supone el abandono definitivo del esquema clásico teórico de la COMPETENCIA PERFECTA o pura y que viene a legitimar definitivamente la oportunidad de la intervención pública en el mercado.

Aquel modelo teórico se sustentaba en los siguientes postulados:

- libertad de acceso al mercado
- atomismo del mercado
- homogeneidad de productos
- ausencia de poder de control sobre los precios
- transparencia de mercado
- movilidad de los factores de producción

- finalidad del máximo beneficio y utilidad

Este modelo respondía a los principios del liberalismo clásico en el que la autonomía del mercado venía a ser la máxima garantía del crecimiento económico, haciéndose por tanto innecesario el control público del beneficio, puesto que la competencia no era sino una situación de equilibrio que se identificaba *per se* con la asignación más eficiente posible de los escasos recursos y por ende, con el mejor beneficio social. La constatación posterior de que algunas de esas condiciones no se daban de forma natural en el esquema del mercado provocaría su abandono.

En este apartado, nuestro interés se centrará en cuestionar ese modelo teórico⁸² más que en analizar sus condiciones, ya que nuestro objetivo es la búsqueda del momento en que las normas dejan de orientarse hacia la consecución del modelo teórico de competencia para adaptarse a la situación real del mercado, porque es precisamente ese momento en el que sientan las bases del control público de la economía actual. Para dicho cometido resultará necesario analizar la actuación de las normas que conforman el modelo actual y las diferencias que se plantean respecto al modelo anterior:

- Libertad de acceso al mercado: la libertad de acceso al mercado continúa configurando el punto de partida del actual modelo de competencia, de ahí que la Constitución reconozca la libertad de empresa. La diferencia respecto al modelo anterior es que, mientras el esquema clásico configuraba la libertad como una condición natural del mercado y un fin

⁸² Puede verse una crítica al modelo económico liberal en PASCUAL VICENTE, J., "Fundamentos y limitaciones de la defensa pública de la competencia", *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, núm. 224 (2003), Págs. 11-31.

en si mismo, el modelo actual concibe esa libertad como presupuesto jurídico cuyo contenido viene delimitado por las normas, de ahí que esa libertad no pueda entenderse de carácter absoluto, sino al servicio de un interés superior al de los agentes individuales.

No obstante, esta afirmación no supone una socialización de la libertad de empresa, sino su ejercicio respetuoso con el interés social. Las facultades reconocidas por el Estado a los operadores económicos no tienen una mera finalidad de satisfacer el interés individual, sino que se otorgan precisamente porque la competencia se institucionaliza como valor social.

El modelo clásico inscribía la libertad en las condiciones necesarias para favorecer el crecimiento económico, el nuevo modelo mantiene ese criterio pero ligando su ejercicio a la función social de la competencia como institución pública, lo que dota al crecimiento económico de un contenido social.

La ausencia de virtualidad de la libertad puede venir dada tanto por la imposibilidad de encontrar un marco en el que ejercer dicha libertad, como por la ausencia de mecanismos que velen por su ejercicio. Al derecho le compete no sólo la protección de esa libertad, sino sobre todo el procurar un ejercicio efectivo de tal derecho para que no quede vacío de contenido.

En este sentido, la doctrina del análisis económico del derecho ya manifestó la necesidad de instrumentar, previamente a la constitución del mercado, unas titularidades jurídicas que confirieran a sus propietarios,

no sólo seguridad en su ejercicio, sino sobre todo, su oportunidad de ejercicio.

- Atomismo de mercado: el modelo de competencia perfecta consideraba que era necesaria la existencia de un gran número de agentes en el mercado a fin de garantizar que ninguno de ellos pudiera influir en la oferta.

Además, ese atomismo quedaba garantizado en tanto el coste marginal de los productos era igual a su precio marginal, no apareciendo beneficios extraordinarios que atrajeran mayor cantidad de competidores y manteniéndose un reparto equilibrado de la demanda entre los oferentes ya existentes.

Si bien es cierto que la existencia de una pluralidad de agentes asegura la independencia de los procesos de negociación, ello no es una condición necesaria para considerar un mercado competitivo, de ahí que estructuras de mercado como el oligopolio tengan cabida dentro de una economía competitiva.

El modelo de competencia actual⁸³ dominado por una visión dinámica del fenómeno competitivo entiende que no hay estructuras de mercado anticompetitivas per se, sino que lo importante es cómo se haya adquirido el poder de mercado.

⁸³ Nos referimos básicamente al modelo europeo aunque cabría incluir el modelo americano puesto que las últimas tendencias del derecho antitrust se manifiestan en favor no tanto de la penalización de la estructura de monopolio como de su adquisición de forma ilícita. Vid. PASCUAL VICENTE, J., "La defensa de la competencia: un objetivo político de hoy", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm.207 (2000), Págs. 9-19.

Por ello, el derecho en modo alguno puede determinar la decisión empresarial de iniciar un negocio u otro, así como tampoco puede determinar cómo será la estructura de un mercado, ya que ello equivaldría a la vulneración de la libertad antes enunciada. Ahora bien, la imposibilidad de abogar por una estructura u otra no impide que podamos predicar la existencia de un cierto modelo de mínimos basado en la libertad y en la autonomía privada, que tendría que bastar por sí mismo para garantizar un desarrollo procompetitivo del mercado.

- Homogeneidad de los productos: la existencia de ofertas similares incentiva la competencia entre operadores por cuanto la lucha por la demanda empuja al desarrollo bien, de nuevos o mejores productos, bien de nuevas técnicas empresariales de captación de clientes. Sin embargo, el nuevo modelo no requiere tanto la homogeneidad de productos cuanto su sustituibilidad.

Es precisamente esa sustituibilidad la que permite la imitación de productos. Salvo que estén protegidos por un derecho de propiedad industrial, la competencia entre productos no puede limitarse a los que resulten iguales, por cuanto el factor diferencial entre ellos se reduciría prácticamente a su precio o a las condiciones de oferta, mientras que el criterio de la sustituibilidad de productos a la hora de valorar la existencia de competencia permite en mejor medida destacar las diferencias basándose en las condiciones del producto en sí mismo.

Esta condición permite apreciar en gran medida cómo ha cambiado el modelo competitivo ya que, mientras anteriormente parecía que la única

ventaja de la competencia era la variación de los precios, ahora se aprecian otros efectos como son la mejora de los productos en cuanto a su calidad.

Por otro lado, al mecanismo por el que habitualmente se ha fomentado la capacidad inventiva de los agentes como es la propiedad industrial⁸⁴ se le añade otro como son las normas de competencia, que premian la innovación en tanto revierte en beneficio de la comunidad en general al posibilitar exenciones a los acuerdos de I+D entre empresas.

- Ausencia de poder de control sobre los precios: a éste criterio se le añade el hecho de que para poder hablar de competencia imperfecta, no sólo se requiere libertad en la formación del precio de un producto, sino también en la configuración de la propia oferta.

De este modo, la legislación actual actúa en dos sentidos: por un lado penaliza la concertación de precios y estimula a las empresas a competir en este aspecto, considerado como uno de los efectos más positivos de la existencia de competencia, (calificándose por tanto como una materia que debe ser regulada por el propio mercado) y, por otro lado, garantiza que la oferta se corresponde con el esfuerzo propio de los agentes (conductas desleales punibles por ser contrarias a los intereses de los competidores) y que se respete la libertad de la demanda (conductas punibles por ser contrarias a los intereses de los consumidores).

⁸⁴ Así afirma Bercovitz, *“las patentes aparecen, por tanto, como una excepción al principio de libertad de industria y de supresión de los privilegios, justificada, por una parte, por la idea de impulsar el progreso industrial, y por otra, por la consideración de que toda invención es propiedad de su autor”*. BERCOVITZ, A., “La formación del Derecho de la competencia”, *Actas de Derecho Industrial*, núm. 2 (1975), Págs. 61 y ss.

Sin embargo, en materia de precios, existen algunos servicios sobre los que el control estatal se efectúa de forma indirecta al establecer ciertos costes fijos que necesariamente revierten en un precio mínimo, es el caso de las telecomunicaciones en las que las obligaciones de servicio universal, la necesidad de establecer acuerdos de interconexión con el operador dominante y el hecho de que éste mantenga relativamente indemne su posición ventajosa en el mercado, deja un escaso margen al juego de los precios.

- Transparencia de mercado: precisamente éste es uno de los aspectos en los que mayor justificación tiene la intervención estatal como garante del flujo libre de información.

Esta condición sigue manifestándose en régimen de competencia imperfecta sólo que, a la mera transparencia de mercado, se le añade la necesidad de abogar por una situación de democracia, condición que es más acorde con la opción político social de nuestra Constitución. No se trata tanto de impedir que la información sea manipulada, sino de garantizar el acceso a dicha información.

En este sentido, algunos autores como Stiglitz ya han dado la voz de alarma acerca de la falta de democracia en la información de los mercados, habitualmente dominados por un exceso incontrolado de información pese a los intentos del Estado por controlar las ofertas desde su origen.

- Movilidad de los factores de producción: la movilidad de los factores de producción tiene como finalidad facilitar que éstos sean explotados por aquéllos agentes que garanticen un mejor y eficaz uso.

El problema aparece cuando los factores de producción son escasos porque en dicho caso se requerirá un mayor control estatal de su destino, habida cuenta de que el mecanismo de los precios, no siempre garantiza la aplicación más eficaz⁸⁵.

A esta situación debemos añadirle los actuales procesos de movimiento de capital que dan lugar a situaciones de concentración y que replantean la consideración tradicional de estas estructuras a la luz de las necesidades del propio mercado⁸⁶. Si al derecho le interesa penalizar conductas anticompetitivas, que no estructuras empresariales, tal vez debiera dedicarse cierto análisis a las ventajas de esta figura.

- Finalidad del máximo beneficio y utilidad: tradicionalmente, la competencia entendida como lucha entre agentes tenía como resultado el incremento del beneficio, incremento que naturalmente no podía conseguirse sin perseguir al mismo tiempo una mayor utilidad en el uso de los factores de producción⁸⁷, por tanto la dinámica del mercado servía por sí misma al interés público, ya que no se concebía mejor servicio que la persecución del interés propio a través de la mejora en la explotación de los factores de producción.

⁸⁵ Un ejemplo claro de ello lo encontramos en el sector de la telecomunicaciones donde la oferta de licencias de determinados servicios (UMTS) se convirtió en una carrera por ganar espacio en el mercado sin que antes se asegurará la tecnología necesaria para su explotación, luego la oferta de un precio no se correspondió con la capacidad de hacer un mejor uso.

⁸⁶ Hay que tener en cuenta que el debate sobre las operaciones de concentración ha sido constante desde sus primeras manifestaciones.

Poniéndose de manifiesto que la suma de intereses individuales no tiene porqué resultar necesariamente en el servicio al interés general⁸⁷, se precisa una transformación del derecho que, de proteger en exclusiva al derecho individual, pase a proteger la libertad colectiva entendida como la protección del mercado en tanto institución.

Ese nuevo rol del derecho no debe entenderse como la garantía de desarrollo de las expectativas de beneficio, sino más bien como la garantía de la utilidad de las acciones de los agentes, que puede ser controlada por medio de la penalización de aquéllas conductas que redunden en perjuicio del mercado en general y que, por tanto, deban considerarse como ineficaces.

Por tanto, se predica con carácter general la intervención estatal en el mercado a fin de cumplir con los objetivos que éste, en el marco del modelo de economía constitucionalizado, tiene encomendados, sin olvidar aquéllos de carácter político como es el modelo de Estado de Bienestar, que no se identifica con un modelo económico, sino con uno político y que coordinado con aquél tiene como resultado el modelo de Economía de Mercado del Bienestar.

Abandonado definitivamente el modelo tradicional de competencia perfecta, el actual sistema económico capitalista se sustenta en la llamada competencia imperfecta o efectiva, y así, la doctrina mayoritaria considera que este modelo

⁸⁷ Este patrón de conducta es lo que se conoce como paradigma del "*homo oeconomicus*"

⁸⁸ Vid. KNIGHT, F.H., "Algunas falacias de la interpretación del coste social", *Hacienda Pública Española*, núm. 68 (1981), Págs. 234-244.

es el que inspira la política de los Tratados de la Unión, cuya noción la encontramos ya en el Memorándum de la Comisión de la CEE sobre el problema de las concentraciones en el mercado común de 1965⁸⁹.

Las razones que explican el cambio operado en el modelo de competencia que inspiraba la política pública en esta materia no sólo tienen una base económica, sino que se apoyan en la necesidad de desarrollar el actual modelo político de Estado en el que la competencia se convierte en un instrumento para la realización de un modelo social.

Veamos ahora los rasgos socioeconómicos que caracterizan el modelo de competencia imperfecta o practicable:

- Libertad de acceso y multiplicidad de empresarios pero con la posibilidad de existencia de operadores con poder económico y oligopolios.

El Estado puede influir en el tamaño y distribución de un mercado a través de la regulación de su acceso de manera que, cuanto mayores sean los requisitos de entrada, más concentrado será el mercado, ahora bien, eso no implica que pueda decidir cómo debe ser un mercado y cómo hayan de repartirse los medios de producción.

Pese a la claridad de este argumento, el actual tratamiento jurídico de los fenómenos de concentración de empresas presenta una contradicción⁹⁰, ya

⁸⁹ No es de extrañar que dicho concepto aparezca relacionado con el tema de las concentraciones, por cuanto uno de los fallos de mercado que el actual sistema de competencia pretende limitar y controlar es la acumulación de poder, y consecuentemente, el riesgo de posiciones de dominio que falseen la competencia en el mercado.

⁹⁰ Contradicción ya denunciada por REICHT, N., "Introducción a la edición española del libro "Mercado y Derecho", *Revista de Derecho Mercantil*, núm.178 (1985), Págs. 745-761.

que, por una parte se reconoce la necesidad de controlar estas superestructuras empresariales que no sólo pueden limitar la libertad del mercado sino que también anular el poder político del Estado y, por otro, se facilita su formación al limitar la entrada de operadores en un mercado.

Por lo que al mercado de telecomunicaciones de refiere, la situación se agrava teniendo en cuenta que los costes de acceso al mercado continúan siendo tan altos como al inicio del proceso de liberalización, lo que comporta la expulsión, no ya de los operadores no competitivos, sino de aquéllos que no cuentan con la estructura económica suficiente sino para soportar los costes de su actividad, sí para redistribuirlos en el seno de la propia empresa maximizando sus recursos.

- Falta de homogeneidad de los productos y servicios y carácter sustituible de los mismos.

Se considera que para poder diversificar la demanda e incentivar la innovación industrial los productos ofertados deben ser lo suficientemente diferentes entre sí y lo suficientemente alternativos como para que cada oferta encuentre su cuota de mercado, a la vez que pugne por acaparar la de los demás.

En el caso de determinados sectores como las telecomunicaciones, los productos en sí son bastante homogéneos, máxime cuando ya se han ido superando las limitaciones técnicas a la falta de cobertura, por lo que la inclinación por un producto u otro no viene en sí por las cualidades de

éste, sino por otros aspectos como pueden ser el servicio técnico, la atención al cliente y sobre todo el precio.

Garantizar que el operador dominante no haga uso de técnicas de fidelización que pongan en situación de discriminación a sus clientes en función de los servicios que tengan contratados, parece ser el nuevo objetivo a cubrir por el legislador.

- Presencia en cada mercado de los denominados poderes económicos o de mercado que controlan o manipulan directa o indirectamente la oferta o la demanda, los precios y en general las condiciones de cambio o la contratación de los bienes o servicios.

En este punto, se trata en todo caso de preservar la libertad de contratación de los agentes cuyas decisiones económicas deben venir conformadas por la propia dinámica del mercado, y no por el abuso de aquéllos que en mejor posición económica se encuentren⁹¹.

La clave puede estar en el enfoque que se le dé a la expresión “economía de mercado”, tal vez el sistema conlleve por sí mismo a esa ausencia de democracia económica, entonces, ¿cuál es el valor de la democracia en el mercado?

⁹¹ Como afirma Font Galán, “La existencia de estos poderes disipan toda ilusión acerca de la existencia de una verdadera democracia económica. No obstante, existen indicios de implantar, dentro de un nuevo orden económico, una democracia económica más ajustada a los principios de libertad e igualdad de todos los participantes en el mercado, cuyo funcionamiento pueda ser encauzado o corregido por el Estado cuando se produzcan disfunciones derivadas de la propia libertad económica o cuando se generen tensiones sociales que no puedan dominarse a través del propio mercado”. *Op. cit.*

En clave económica, resulta indudable suponer que la democracia está íntimamente ligada a la libertad, por lo que su garantía deberá asimilarse a la salvaguarda de la libertad en el mercado.

No obstante, si tenemos en cuenta que el modelo económico está orientado a la realización de un modelo social, las actuales normas de defensa de la competencia deberán orientar al mercado hacia la consecución de un sistema democrático pero no en su acepción económica, sino hacia el concepto propio de un Estado de Derecho y por tanto, hacia la efectiva igualdad formal de sus miembros, lo que implica que el desarrollo económico deberá tener en cuenta no sólo el criterio de eficiencia, sino sobre todo, el criterio de justicia.

Así pues, mientras el mercado por sí mismo y el precio como mecanismo que facilita el intercambio de recursos se bastarían para otorgar democracia al mercado, como quiera que esa democracia no siempre se ajusta a una relación de igualdad, el Estado interviene para procurar que el respeto a aquélla otorgue al mercado la cualidad de verdadera democracia.

En esa línea, el derecho únicamente tendría la misión de garantizar la democracia en el mercado controlando las situaciones de abuso de poder que anulen la igualdad material de los operadores, ya que toda estructura económica que conlleve la ostentación abusiva de poder resulta antidemocrática y por ende anticompetitiva.

La siguiente cuestión que se nos plantea es hasta qué punto el Estado puede garantizar la democracia cuando su propia actuación presenta diferentes problemas:

- El hecho de que la constitución de estructuras empresariales competitivas en el ámbito internacional se ha convertido en un recurso del poder político para el cumplimiento de sus objetivos de política económica general, lo que sería un supuesto de politización o ius-publicación de los objetivos privados, y lo que no resulta aceptable en un marco de iniciativa económica privada⁹².

Esto nos podría conducir a pensar que en realidad el Estado no puede imponer a un mercado como objetivo la competencia porque esta condición es algo que debe venir dado por el propio mercado, al Estado en todo caso, le es lícito aspirar a un determinado grado de competencia porque de ello se derivan beneficios para la comunidad en general, pero en ningún caso puede exigirla porque ello no es sino una coacción a la libertad de empresa.

- El hecho de que la intervención pública no está exenta de rendirse a los intereses de determinados sectores con lo que pierde la característica que la hace preferible a las operaciones de mercado cual es la neutralidad.
- Tendencia a la concentración de grandes empresas dando lugar a situaciones monopolísticas configuradoras de la estructura y

⁹² En este sentido se pronuncia Galbraith, *op. cit.*

funcionamiento del mercado en cuestión, en el que se aprecia, un abuso de poder por parte del capital.

La concentración de empresas comporta varias ventajas como son: la creación de estructuras empresariales más fuertes, la mejor reacción ante el riesgo, el mejor reparto de costes internos, etc.; pero por otra parte, la concentración ofrece efectos adversos como son: el estancamiento del mercado, la estructura oligopolística de la oferta, y el mayor riesgo de concentración de poder en el mercado y extensión hacia otros mercados conexos.

El problema que actualmente se cierne sobre el tema de las concentraciones es que los procedimientos de control *a priori* de las operaciones de fusión no permiten definir unos criterios estables y seguros⁹³ que permitan predecir cuándo la concentración resultante será o no perjudicial para el mercado, lo que no es sino consecuencia de la indeterminación del propio concepto de competencia en el que se basa la actual regulación tanto en el ámbito comunitario como en el estatal.

Si seguimos a aquéllos autores que proclaman la necesidad de mantener la democracia en el mercado resulta indudable suponer que las concentraciones la dejan prácticamente sin sentido.

Las empresas, ante el riesgo de ver anulada su posibilidad de crecer por medio de una concentración de recursos de diferentes competidores, han

⁹³ Si hasta el momento uno de los criterios determinantes ha sido la defensa de la integración del mercado único, no cabe duda de que finalizado ese proceso la Comunidad deberá pronunciarse sobre esta cuestión.

optado por una política de crecimiento interno ya que, mientras que en el primer caso la autoridad juzgará la estructura de la empresa resultante, en el segundo sólo entraría a juzgar, en su caso la existencia de un abuso de posición de dominio.

Pero además, la política del Estado en esta materia ha resultado contradictoria porque, mientras por un lado desconfía de aquellas estructuras empresariales que puedan conllevar a una situación de dominio en el mercado, en aquellos otros casos en los que entran en juego determinados objetivos económicos de carácter general, ha autorizado la creación de estas superestructuras.

La idea central, tanto en un caso como en otro, tiene que pasar necesariamente por la defensa del mercado como mecanismo de funcionamiento del sistema económico⁹⁴; cualquier control de la dinámica natural del mercado, ya sea por parte de la iniciativa privada, ya por la actuación pública, falsea la competencia al anular cualquier intento de transacción e intercambio de los medios de producción. ¿Cómo debe abordar el Estado el problema de las concentraciones de los medios de producción?, ¿Debe anular con carácter preventivo cualquier iniciativa que dé lugar a la adquisición de una posición de dominio o limitarse a evitar que dichas concentraciones falseen la libre circulación?

Varios son los autores que han criticado este modelo empresarial. Así Galbraith⁹⁵ apunta que las concentraciones no tienen por objeto la

⁹⁴ Esa misión de evitar el control del mercado se corresponde plenamente con la defensa de la propiedad y sobre todo de la libertad de actuación de los agentes.

⁹⁵ *The new industrial state*, Hamish Hamiston, London, 1967.

racionalidad y la eficiencia máximas⁹⁶, sino que su objetivo principal es ante todo el máximo poder, constituyendo una tecnoestructura donde el poder está en la cúspide y se transmite desde arriba. Ni que decir cabe que esa estructura de poder puede conllevar a una integración vertical de sectores que operen en un mismo mercado de producto y por ende, a situaciones de restricciones verticales a la competencia.

- Intervención del Estado en la economía del país tanto para regular la vida económica de sectores y mercados como para desarrollar directamente actividades económicas.

Téngase presente que el sistema económico influye en la actuación del Estado, bien sea porque su desarrollo demanda una regulación, bien porque la prestación de determinados servicios de interés general precisan de la actuación directa del Estado en aquellos casos en que el mercado por sí mismo no se presta a ofrecerlos o al menos, no en las condiciones socialmente demandadas, bien porque el precio sería excesivamente elevado, lo que excluiría el acceso de determinados sectores de población, bien porque los agentes privados no pueden ofrecer dichos servicios en unas condiciones mínimas de seguridad.

- Existencia de cierto grado de libertad o iniciativa privada en el quehacer económico sometida al control público

⁹⁶ Racionalidad y eficiencia se consideran los objetivos de la política de competencia. El mantenimiento de una conducta competitiva por parte de los agentes conllevará por sí misma a una racionalidad en el uso de los medios de producción tendentes a reducir costes y mejorar la producción, así como a la eficiencia en las transacciones del mercado de manera que los recursos irán a parar a aquél que mejor uso haga de ellos (lo que se conoce como eficiencia).

Para que exista competencia, no sólo es necesario el reconocimiento previo de un margen de libertad a la iniciativa privada, sino que además es preciso dotar a esos agentes privados de mecanismos que les permitan negociar sus derechos, entendidos como facultades⁹⁷.

El problema se plantea a la hora de determinar la esfera en que el poder público debe necesariamente intervenir para limitar posibles abusos en el ejercicio de esos derechos. Resulta necesario determinar cuál es el punto de equilibrio entre la misión de control del Estado, sobre todo en lo que se refiere a la función de dirección de la economía en general, y la necesaria autonomía de los derechos reconocidos que constituye la mayor garantía frente a las injerencias del poder público.

Las situaciones en las que se precisa una intervención del Estado se reconducen a dos:

- Aquellas situaciones de carácter transitorio en las que la demanda y la oferta no han encontrado su punto de equilibrio y se intensifica la competencia⁹⁸.
- Aquellas otras en que el sector a que se refiere se relaja produciéndose un cierto estancamiento del mercado.

⁹⁷ En la terminología anglosajona estos derechos se identifican con los *property rights*.

⁹⁸ Esta situación podría ser la que definiera el actual estado del mercado de las telecomunicaciones móviles, en el que su relajación tal vez no se deba tanto a la madurez del mercado en sí, madurez que por otro lado no se explica en un mercado tan sometido a la innovación tecnológica como éste, sino a la inexistencia de ese punto de equilibrio entre oferta y demanda.

En el primer caso, la defensa del Estado se centra en el mantenimiento de las reglas básicas del juego competitivo, de la competencia como proceso dinámico.

La intervención del Estado, tanto en la defensa del mercado como en la represión de las conductas desleales, obedece a objetivos distintos: mientras que en el primer caso nos encontraríamos ante una situación en la que los operadores intentan encontrar una posición económicamente ventajosa o bien pretenden una reestructuración que favorezca su capacidad competitiva -pudiéndose de ese modo anular o restringir la libertad de competencia-; en el segundo, nos encontraríamos ante un mercado en el que la oferta supera a la demanda, por lo que los oferentes intentan atraerla por medio de conductas desleales que llevan implícito un abuso de libertad.

En ambos casos, la protección de la libertad económica deberá alcanzar dos dimensiones:

- Una de carácter institucional: la libertad debe ser ejercitada conforme al modelo de economía de mercado basado en el principio del esfuerzo propio, iniciativa privada e igualdad de los operadores, puesto que sólo en esas condiciones puede garantizarse su ejercicio.
- Una de carácter privado: la libertad debe extenderse a la contratación entre las partes, de manera que tanto oferta como demanda se organicen de

forma autónoma conforme a sus necesidades. En este plano destacará la protección del consumidor⁹⁹.

Otras veces, como en el segundo caso, la intervención estatal no obedece a la lesión de intereses jurídicos, sino a la defensa de la competencia como institución.

Ejemplo de ello lo encontramos en el problema de desaceleración económica que presenta actualmente el sector estudiado y es que, como la demanda está garantizada -ya que existe una necesidad real de comunicación- eso conlleva a crear por parte de la oferta una nueva demanda, materializada en la prestación de nuevos servicios y sobre todo en los servicios integrados que se acaba convirtiendo en una práctica generalizada en el sector y que dificulta la estimulación de la competencia entre los diversos operadores.

Vemos por tanto como el estímulo de la competencia es algo que depende de las propias circunstancias de un mercado, no sólo de las medidas que se adopten en el plano de la oferta o de la demanda, es precisamente esa imposibilidad manifiesta de controlar algo que sólo depende de circunstancias económicas lo que lleva a limitar el papel del Estado en la protección de la libertad ya que, no pudiéndose garantizar la conducta

⁹⁹ En condiciones de igualdad los contratantes no precisarían de intervención estatal por cuanto sus propios intereses contrapuestos garantizarían la mejor negociación, no obstante, dado que en multitud de situaciones el consumidor no se encuentra en paridad respecto del empresario, se hace necesario que el legislador adopte ciertas cautelas a fin de asegurar esa igualdad que el mercado por sí mismo no garantiza. A fin de evitar una excesiva intervención estatal en los procesos de intercambio que podría llegar a limitar en demasía la autonomía de la voluntad de las partes, es preferible que el legislador limite su acción a la regulación preventiva de aquellas condiciones del contrato que el consumidor, por su condición, no puede negociar.

competitiva de los agentes, sí que al menos se propician las condiciones para que ésta tenga lugar.

Pero además, hemos visto cómo el nuevo modelo económico no sólo se caracteriza por unas condiciones económicas distintas, sino porque responde a una filosofía político-social diferente caracterizada por:

- La necesidad de evitar que las empresas limiten de manera excesiva o artificial la venta o la producción porque ello conlleva al estancamiento del crecimiento económico del país.

En los últimos años asistimos a un proceso de revisión de los criterios que manejan las autoridades antitrust para calificar una conducta como contraria a la competencia o procompetitiva, y uno de los juicios que mayor importancia está adquiriendo es el de la eficiencia, que supone que aquellas conductas que resulten de una eficiente aplicación de los recursos disponibles presentan mayores ventajas y no deben ser limitadas por contribuir eficazmente al crecimiento económico general.

Así, toda limitación artificial al empleo de los recursos disponibles constituye un atentado contra la competencia dado que impide el desarrollo de las alternativas más eficientes.

- Que la producción sea capaz de satisfacer a la demanda: extremo que requerirá tanto una diversificación de productos (a diferencia de la homogeneidad predicada por el modelo teórico) como una transparencia en el mercado que permita a cada demanda localizar su oferta.

Esta condición viene a referirse a la capacidad del mercado de satisfacer las necesidades reales de la demanda, no se trata de que la competencia sea una mera lucha por el incremento de los beneficios, sino que esa lucha reporte beneficios reales para los consumidores como es una producción de mejor calidad.

- Que se haga participe a todos los intermediarios y consumidores o usuarios de las ventajas derivadas del progreso técnico y económico. Es en este punto en el que se presenta la principal divergencia de este nuevo modelo respecto al teórico patrón de competencia perfecta. Mientras que en el modelo clásico la finalidad que perseguía el sistema económico era la consecución de máximo beneficio para el empresario y la máxima utilidad para el consumidor, en el nuevo modelo, la finalidad es distinta, por cuanto se pretende que de los beneficios derivados de la existencia de competencia (en su sentido más dinámico) se beneficie el mercado en general.

Los intereses de los individuos se socializan por cuanto se abandona definitivamente la idea de que el egoísmo individual conduce al beneficio de la colectividad.¹⁰⁰ La eficiencia del sistema no se basa tanto en la satisfacción de los intereses individuales, sino en el aprovechamiento y absorción de los beneficios por el propio mercado.

Sin embargo, en este punto se nos plantea un problema ¿es esa distribución del beneficio en el mercado una consecuencia natural del nivel

¹⁰⁰ Afirmación propia del liberalismo clásico.

de competencia practicable o consecuencia de la intervención del Estado?¹⁰¹

Un ejemplo que puede ayudarnos en la resolución de esta cuestión lo encontramos en el establecimiento de un sistema objetivo de responsabilidad, por cuanto la adopción de un criterio basado en la deficiencia del producto causante del daño incrementa la seguridad en los procesos de fabricación y reduce los costes terciarios¹⁰², lo cual no sólo repercute en beneficio de la salud de los consumidores, sino también en beneficio de los empresarios que se ven incentivados a innovar en la búsqueda de productos más seguros.

Ahora bien, hay que tener en cuenta, dejando de lado la discusión acerca de qué sistema de responsabilidad cumple mejor con esa función de creación de una transacción ficticia de mercado, que esa medida es de carácter estatal, ha sido el Estado quien ha establecido las reglas de responsabilidad ¿hubiera hecho lo mismo el mercado?. ¿No se habría limitado acaso éste a expulsar del mercado al productor que causa el daño sin influir en la mejora del nivel de seguridad de los productos?

Según parece, el sistema de competencia practicable permite aunar en lo

¹⁰¹ Se puede ver esa conclusión en la diferente evolución que ha tenido la libertad de empresa en Europa y en EEUU, mientras que en la primera el paradigma de libertad se estudia desde la óptica de cuándo es necesaria la intervención estatal en el mercado, en la segunda el paradigma de libertad se estudia desde el punto de vista de hasta dónde llega la acción del Estado, cuáles son sus límites.

¹⁰² Según Calabresi estos costes terciarios se identifican con los de gestión del accidente en su sentido más amplio incluyendo los costes judiciales. CALABRESI, G., *El coste de los accidentes: análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, Ariel, Barcelona, 1984.

que se puede considerar interés de la colectividad¹⁰³, los diferentes intereses presentes dando como resultado una transacción de mercado que, a priori, no podría llegar a alcanzarse, luego no cabe duda de que ese nivel de competencia practicable no es un estadio del mercado en sí mismo, sino una creación jurídica.

En esta línea, la intervención estatal se encuentra obligada, en el estudio de las diferentes alternativas reguladoras, a optar por aquélla que reproduzca la operación de mercado, creando así una ficción que es la única compatible con la existencia de un mercado en las condiciones referidas. Esa obligación no deriva tanto de la tendencia natural del mercado a comportarse así, sino de la protección de la propiedad y la libertad que, sin género de duda, corresponde al Estado dado que es el único que posee el poder de coacción y el aparato judicial para exigirlo.

No se trata por tanto de limitar la acción estatal a la reproducción de las operaciones de mercado, sino de que el Estado, como mejor árbitro en el juego de los intereses públicos y privados, aporte las soluciones a aquellos problemas que el mercado no pueda afrontar por su propia naturaleza, teniendo siempre presente que su actuación también genera unos costes por lo que su opción deberá contemplar al mismo tiempo quienes serán los que asumirán tales costes, optándose, para el caso en que no puedan obviarse, por su socialización.

¹⁰³ No parece adecuado identificar este interés con el interés público por cuanto éste desprecia los intereses individuales en pos de aquello que es mejor para todos. De lo que se trata aquí es de que se satisfaga no el interés general, sino el interés individual de cada interviniente en el mercado.

2.2. La necesidad de determinación de una noción propia de competencia

Cuando se alude al fenómeno competitivo aparece una amalgama de conceptos jurídicos y económicos que han motivado una radical separación entre ambas disciplinas, lo que se ha traducido en diferentes conflictos a la hora de determinar cuál deba ser la finalidad de las normas de defensa de la competencia, si la promoción de la eficiencia de los mercados o la consecución de una distribución adecuada de sus beneficios.

Nuestra doctrina, preocupada en exceso por limitar el estudio de la competencia a la conducta de los agentes económicos, ha considerado tradicionalmente que los elementos que permiten definir cuándo un mercado es o no competitivo son de ámbito exclusivo de la ciencia económica, lo que ha llevado a la renuncia a definir un concepto propio¹⁰⁴.

Sin embargo, el nuevo papel del Estado en esta materia ha llevado a la necesidad de definir jurídicamente cuál es el modelo de competencia que se persigue con la acción pública dado que las normas que configuran los márgenes de actuación de los agentes no son sólo de carácter económico sino político. De lo que se trata por tanto es de determinar si esos mercados se ajustan al modelo político institucional que no es sino la representación de los valores jurídicos que inspiran nuestra sociedad.

¹⁰⁴ La doctrina jurídica sistemáticamente ha renunciado a elaborar una categoría propia a la hora de definir el fenómeno competitivo fundamentalmente por dos motivos, el uno es la limitación de dicho fenómeno al campo de las ciencias económicas pretendiendo por tanto que fueran estas ciencias las que prestaran dicho concepto a la ciencia jurídica, y el otro se basaba en el convencimiento de que lo único que resultaba relevante para el derecho eran las llamadas perturbaciones del mercado y su interpretación como conductas desleales.

Por otra parte, la fijación de unos criterios jurídicos permitirá evaluar el grado de competencia que fomenta el actual marco legislativo y las medidas que, en su caso, deberían adoptarse para asegurar el correcto funcionamiento del mercado libre de barreras artificiales.

Por ello, no podemos continuar como hasta el momento en aquél cómodo planteamiento que limitaba la competencia a la categoría de fenómeno metajurídico, ya que la competencia es un fenómeno complejo que no puede ubicarse exclusivamente en un solo campo científico, se precisa de una interpretación interdisciplinar que permita una mejor satisfacción de los intereses del propio mercado.

La razón que nos llevan a plantear hasta qué punto podemos abogar por la existencia de un concepto jurídico de competencia, sino distinto del concepto económico, sí propio de nuestra disciplina¹⁰⁵, es el hecho de que mientras que la finalidad de la economía se centra en la racionalización de los procesos de producción, la finalidad del derecho de la competencia es garantizar que esos procesos de producción se llevarán a cabo en régimen de libertad.

La importancia de este extremo no es baladí, la actual situación económica que presentan los recién estrenados mercados liberalizados y el escaso grado de competencia en ellos adquirido demuestran que la competencia, lejos de seguir interpretándose como un mero dato económico, debe defenderse como valor jurídico y ello se apoya fundamentalmente en dos motivos:

¹⁰⁵ No se pretende elaborar de *motu proprio* un concepto sobre el que la doctrina no es pacífica sino perfilar a partir del estudio de las normas cómo se entiende esa competencia en el sector estudiado y si el resultado responde a la finalidad de la ley.

- Que el desarrollo de la libertad de empresa encuentra su mejor marco en un sistema económico competitivo, no sólo porque esa libertad tiene como mejor aliciente y freno la dinámica competitiva, sino porque, en una situación de competencia, se reduce la intervención estatal en los mercados, permitiendo que sean los operadores privados los que, por medio de la negociación, contribuyan a su funcionamiento.

Si a ese mayor margen de autonomía del mercado le añadimos un fortalecimiento de la democracia en el mismo, el resultado sería notablemente satisfactorio, porque esta institución, libre de sus desviaciones, representa el mejor sistema de participación social en el crecimiento de la nación.

- Porque la competencia contribuye al crecimiento económico y éste a su vez al fortalecimiento del Estado que, en consecuencia, dispone de mayores fondos para cumplir con sus obligaciones asistenciales derivadas de un verdadero modelo de Estado social.

Una vez determinado en qué se concreta dicho valor jurídico el siguiente paso nos conducirá a determinar cómo debe ser la intervención estatal destinada a su protección, o lo que es lo mismo, cuáles deben ser las funciones del derecho de defensa de la competencia. En este sentido debemos distinguir dos órdenes normativos:

- La normativa reguladora del mercado: la que presenta mayor grado de intervencionismo, ya que se dirige de forma directa al mercado condicionando la conducta de los agentes privados.

- La normativa “de inspección” del mercado: que presenta un menor grado de intervención, ya que se limita a actuar en aquéllos casos en que la libre negociación entre operadores resulta imposible, bien porque la democracia del mercado se ve limitada (abuso de posición de dominio, acuerdos colusorios), bien porque la conducta de los agentes privados no responde al parámetro general de beneficio por propio esfuerzo (conductas desleales y en general, el abuso de derecho).

La interpretación de la competencia como valor jurídico facilitará el estudio y valoración posterior de la medida en que el nuevo marco regulador de las telecomunicaciones satisface el cumplimiento de los objetivos asignados a las normas de defensa de la competencia. De este modo, podrá comprobarse si los bienes jurídicos que interesa salvaguardar se encuentran efectivamente protegidos.

La asunción de la prestación de los tradicionales servicios públicos por el sector privado justifica un cierto control de las actividades desarrolladas en competencia en tanto puedan poner en peligro su pervivencia. La garantía de libertad en estos mercados debe desarrollarse en armonía con el interés público, es decir, debe evitarse el posible conflicto entre la libertad individual y el interés público reinterpretándose necesariamente éste último.

Además, la fijación de un concepto jurídico nos ayudará en la resolución de las principales cuestiones que se plantean a la hora de evaluar la actuación del Estado en la creación y fomento de la competencia en estos mercados como son:

- Determinar si el proceso de liberalización ha fomentado que el mercado alcance un grado de desarrollo similar a otros mercados que llevan años funcionando en régimen de libertad.
- Determinar en qué medida dicho proceso ha ido eliminando los obstáculos de entrada al mercado, así como si ha permitido la conformación de un espacio para el pleno desarrollo de la libertad de empresa.
- Determinar cómo el legislador ha sabido abordar un mercado tan técnicamente complejo como éste.
- Determinar los riesgos que el proceso regulador haya podido crear.
- Dilucidar si la intervención del Estado en el sector se encuentra correctamente formulada, en atención a los fines que persigue el actual modelo de defensa de la competencia.

2.3. La competencia como valor jurídico

Llegados a este punto, ya hemos visto como la competencia, entendida como aquella situación en la que varios sujetos pugnan por la obtención de una misma cosa, ha sido siempre contemplada por la ciencia jurídica como un fenómeno exógeno que, como tal, no es sino la consecuencia de la escasez de medios susceptibles de aprovechamiento por una pluralidad de agentes.

La ciencia económica, al tratar de determinar el alcance de este concepto, ha llegado a una doble lectura¹⁰⁶:

- Por una parte, que la competencia puede ser analizada desde un punto de vista estático como la situación en la que, de facto, se encuentra un mercado. Este análisis se correspondería con una descripción de las condiciones económicas que lo caracterizan.
- Por otra, que la competencia también ofrece un aspecto dinámico caracterizado por las conductas que llevan a cabo los operadores económicos y que le confieren la calidad de proceso susceptible de valoración jurídica.

Como hemos visto, esta disciplina se preocupa sobre todo, por la búsqueda de aquellos usos que comporten un mejor aprovechamiento de los escasos recursos de que dispone la sociedad para crecer, y metodológicamente, como ciencia empírica, elabora modelos que permitan predecir *a priori* el resultado de la adopción de las diversas soluciones posibles y, en lo que respecta al mercado encontramos:

- El modelo de competencia perfecta: se corresponde con una visión estática del mercado en la que el equilibrio competitivo es una situación a la que éste tiende naturalmente, por lo que el interés se centra en el descubrimiento de las condiciones que permiten alcanzarlo. Este modelo se

¹⁰⁶ Siguiendo a MASSAGUER, J, "Aproximación sistemática general al derecho de la competencia y de los bienes inmateriales", *Revista General del Derecho*, (1990), Págs 245-263. y GALAN CORONA, E., *op. cit.*, Págs. 35-36.

identifica con la ideología liberal que obvia la intervención del Estado en el mercado que naturalmente, se gobierna a sí mismo.

- El modelo de competencia imperfecta o efectiva: se corresponde con la visión dinámica del concepto, por cuanto la competencia se identifica con el proceso que tiene lugar en el mercado generado por la conducta concurrencial de los operadores económicos. Este modelo permite elaborar un análisis de mercado que ya no depende de unas condiciones abstractas, sino de la situación real de aquél. Teniendo en cuenta que el nuevo parámetro de valoración del estado de la competencia es la conducta de los agentes, se hace lógica la intervención del Estado, reorientando aquellas actividades que la pervierten a través de su aparato normativo.

Congruente con una concepción dinámica es entender la competencia como un proceso de rivalidad entre empresas motivado por el deseo de apropiación de una misma cosa, ya sean bienes o clientes. Esa rivalidad es propia de un sistema económico de recursos escasos, en esta línea la siguiente cuestión que se plantea es cómo se llega a juridificar la competencia y en qué medida las normas pueden incidir en ella.

El nacimiento del derecho de la competencia es relativamente tardío en comparación con otras ramas de nuestra disciplina y ello es así, precisamente por su naturaleza de orden público.

El punto de partida lo encontramos en la necesidad de dotar de una disciplina a las relaciones comerciales desarrolladas durante la Edad Media que hasta entonces, debían adaptarse a la rigidez que comportaba la relación

de propiedad y que, en cierto modo, limitaba las relaciones al mero intercambio de los derechos sobre las cosas, en esta fase por tanto, no podríamos hablar de competencia sino de mera concurrencia.

Con el individualismo cristiano y el desarrollo de una nueva filosofía durante el Renacimiento, se crearían las bases del futuro reconocimiento -con el advenimiento de los Estados liberales- de las libertades individuales y públicas y, entre ellas, la libertad de empresa, que opera como presupuesto fáctico y jurídico que nos permite hablar, ahora sí, de competencia.

La libertad, en efecto, es el valor jurídico que nos permite dejar de hablar de competencia como mero dato económico para referirnos a ella como presupuesto jurídico.

Este razonamiento conlleva la afirmación de que fue el reconocimiento de la libertad de empresa lo que motivó el planteamiento de la mejor manera de afrontar los conflictos derivados de su ejercicio, o lo que es lo mismo, cómo regular los conflictos de derechos que esa libertad creaba.¹⁰⁷

Se puede ver pues, como la competencia en sí misma es una manifestación de la actividad humana anterior a cualquier disposición normativa, la dotación de un valor jurídico a la libertad es lo que permite al derecho incidir en su ejercicio.

En este punto, el sentido económico difiere del jurídico, pues mientras al economista le interesa la competencia como fenómeno catalizador del

crecimiento económico, al jurista le compete determinar cuando el ejercicio de esa competencia, sea o no eficiente, se encuentra dentro de los límites de la libertad reconocida por nuestro ordenamiento.

Consecuentemente, mientras en el plano económico la preocupación se centra en la eficiencia o mejor explotación de los recursos, al derecho le interesa la equidad, la justicia en el sentido de respeto por la igualdad formal que debe presidir las relaciones de mercado y que se protege jurídicamente a través de la institucionalización de la libertad como mecanismo de actuación en el mercado.

De este modo, la libertad se erige en condición necesaria para la existencia de una competencia económica, pero esa libertad no es absoluta por lo que se plantean dos necesidades:

- Dotarla de unos mecanismos que aseguren su supervivencia¹⁰⁸.
- Definir cuándo esa libertad se está ejercitando en perjuicio del propio sistema, ello es consecuencia del papel que se asigna a la libertad en el sistema político, económico y social. De la misma manera que las antiguas corporaciones medievales establecían cómo debía llevarse a cabo una determinada actividad profesional, actualmente es el Estado quien protagoniza ese papel pero ya no en beneficio de la clase social que detenta los medios de producción, sino en representación de los intereses del conjunto de la sociedad.

¹⁰⁷ En este sentido *vid.* GALAN CORONA, E., *Acuerdos restrictivos de la competencia*, Montecorvo SA, Madrid, 1977, Pág.27.

Pero además, la libertad precisa de otros recursos jurídicos para operar en el escenario que representa el mercado como son:

- El reconocimiento de la igualdad formal de los operadores del mercado, por cuanto la ausencia de esta condición cercenaría el contenido jurídico de la libertad.
- El establecimiento de un sistema de responsabilidad y resarcimiento de los daños ocasionados por el uso o abuso de la misma, que a su vez garantiza la igualdad anteriormente mencionada.
- La adopción de un sistema de propiedad dotado de las facultades necesarias para preservar la libertad de empresa y que, al tiempo mismo tiempo, garantice el cumplimiento de la función económica que tiene asignada la competencia.

A lo largo de capítulo anterior se ha podido comprobar cómo el desarrollo económico ha forzado la dirección política en esta materia y cómo las necesidades sociales han ido desarrollando la parcela objeto de estudio.

Desde el reconocimiento del derecho de propiedad como extensión de la personalidad del individuo y el nacimiento del mercado como institución sobre la que debe actuar el Estado, hasta el planteamiento de la mejor manera en que deban asignarse los factores de producción a fin de garantizar un óptimo

¹⁰⁸ Como señaló ROTONDI, *“la libertad económica abandonada a sí misma tiende a aniquilarse”*. “Aviamento y concurrencia desleal (Contribución al estudio de la naturaleza de la acción de concurrencia desleal”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2 (1957), Pág. 127.

desarrollo económico, se han revelado diversos factores que sustentan la distinción entre el concepto económico y jurídico de competencia, entre los que destacamos:

- El hecho de que, si bien son los fenómenos económicos los que motivan los cambios normativos -por lo que el derecho siempre se encuentra en permanente necesidad de adaptación a las nuevas necesidades económico-sociales¹⁰⁹- son las normas, con su particular finalidad, las que orientan las actividades económicas hacia objetivos que por sí mismos éstos fenómenos no perseguirían.
- La realidad de que, mientras la ciencia económica analiza el mercado desde un punto de vista individual, partiendo de las facultades de actuación asignadas a los operadores económicos, la ciencia jurídica adopta un punto de vista más colectivo o social, dado que su propia naturaleza la configura como materia de estudio del modo en que se regulan las relaciones entre los sujetos y la previsión y eventual resolución de conflictos. Esta diferente concepción de la actividad económica parece ser, entre otros, uno de los aspectos que han motivado el debate acerca de la eficiencia o la equidad como objetivos del derecho de defensa de la competencia.

En este sentido, la eficiencia se identificaría con la selección natural del mercado según la cual, sólo se mantendrían en éste aquellos sujetos que mejor explotaran sus recursos dando como resultado el mejor

¹⁰⁹ Así Ascarelli ya planteó que estos problemas a los que se enfrentaba el derecho moderno derivaban de la discordancia entre (las nuevas formulas industriales) la producción en masa y las categorías jurídicas anteriores. *Op. cit.*, Pág.16.

aprovechamiento de la libertad de actuación que les es reconocida¹¹⁰. Por el contrario, la equidad viene referida a la justicia, justicia que debe identificarse, en el seno de los modernos estados democráticos, con la igualdad formal de los sujetos que es lo que les permite concurrir en el mercado con las mismas oportunidades.

- La particular visión que la ciencia jurídica tiene de las relaciones entre los individuos que intervienen en el mercado según la cual, su existencia parte de un necesario reconocimiento previo de derechos que permitan al sujeto operar en él, derechos que por otra parte deben redundar en beneficio de toda la colectividad hablándose en estos casos de función social.

Las referencias anteriores pudieran hacer pensar que el objeto jurídico y económico de la competencia se refiere a la misma realidad. Si bien esto no deja de ser cierto, no hay que olvidar que el objeto de ambas disciplinas difiere en cuanto a sus objetivos, por lo que la finalidad, en ambos campos es distinta.

Desde el punto de vista económico la competencia comprende:

- la concurrencia de diferentes demandantes y oferentes
- la existencia de un mismo plano de actuación:
 - mismo mercado
 - mismos o equivalentes productos

¹¹⁰ Pese a ello, no se puede afirmar sin más que la competencia por sí sola garantiza el uso más eficiente de los recursos de producción precisamente porque la libertad absoluta de los agentes puede llevar a una situación de anulación de la producción en beneficio de una única preocupación por establecerse como mejor o único en el mercado, es por ello que puede llegar a afirmarse que la eficiencia puede ser conseguida por la intervención de las normas en las conductas de los agentes estableciendo límites a éstas que, sin duda, pueden obligarles a buscar el mejor uso dentro de las posibilidades de actuación que las normas les brinden.

- el deseo de alcanzar los mismos objetivos económicos
- la posibilidad de diseñar estrategias de mercado de forma independiente
- la posibilidad de emplear libremente los beneficios obtenidos
- la posibilidad de determinar autónomamente los costes de la actividad

Todas estas facultades no son sino la expresión de dos planos distintos:

- El individual en el que la competencia económica se refiere primeramente, a la posibilidad de llevar a cabo una actividad económica basada en el propio esfuerzo empresarial que, al mismo tiempo, permite que sea el propio empresario quien determine cómo emplear sus medios de producción y sus beneficios, por lo que, en este primer sentido, la competencia se identificaría con la actividad industrial y económica. Desde el punto de vista jurídico, la actividad económica es la manifestación del ejercicio de los derechos reconocidos por el ordenamiento, derechos que a su vez, operan como primer límite a la autonomía de la voluntad.¹¹¹
- El colectivo: la conducta individual de los sujetos tiene una proyección externa en tanto las decisiones individuales se refieren al espacio en el que todas las actividades económicas se desarrollan - el mercado- esto supone la concurrencia de diversos agentes con idénticos objetivos, lo que plantea la necesidad de establecer un orden en este espacio de actuación. A este respecto, mientras la competencia económica persigue la eficiencia

¹¹¹ Téngase en cuenta que pese a que la doctrina ha reconocido que no puede hablarse de función social de la libertad de empresa, ello no obsta el afirmar que el ejercicio de todo derecho comporta la prohibición de su abuso, una de cuyas manifestaciones es el ejercicio antisocial. Aplicando esto a la libertad de empresa se deberá entender que no cabe su ejercicio contrario a la función social, no de la libertad, sino del mercado y de la competencia.

económica¹¹², la competencia jurídica tiene atribuida una función que va más allá de obtener la mejor aplicación posible de los recursos y que se relaciona directamente con la función social que tiene atribuido el mercado. Es precisamente esta función social lo que justifica la intervención de las normas en este ámbito.

Desde este punto de vista, mientras que en la relación económica prima la libertad de actuación de los sujetos, en la relación jurídica se pone el acento en la igualdad, que es la que asegura el equilibrio de derechos entre los diferentes operadores económicos y que precisa el establecimiento de un orden en la asignación y aplicación de los recursos. De esta manera, la competencia se juridifica desde el momento en que la libertad de mercado debe ser ejercida en la manera en que dictan las normas, por lo que el mercado resulta en cierto modo una creación jurídica a partir de las facultades de que se dota a esa libertad.

Consecuentemente, mientras que el objetivo económico se concreta en la necesidad de producción y distribución de los recursos (de consumo y de producción), objetivos que cumplen tanto el mercado como la competencia (entendida como condición prácticamente inherente a su existencia), el objetivo jurídico se centra en la necesidad de establecer un orden que, al tiempo que asegure la igualdad¹¹³ en el ejercicio de la libertad económica,

¹¹² En términos de eficiencia, se debe diferenciar entre la de carácter económico centrada en la eficaz asignación de recursos y la llamada eficiencia concurrencial que se identifica con la función política asignada al derecho de la competencia y que persigue la protección de la integridad del mercado único, lo que debe entenderse como la protección de la igualdad de los operadores económicos y, por tanto, con las libertades comunitarias. *Vid.* SOUTY, F., *Le droit de la concurrence de l'Union européenne*, Montchrestien, Paris, 1997, Pág. 27.

¹¹³ En este sentido y siguiendo a Rotondi, la libre concurrencia no es, en su sentido jurídico, la afirmación de una absoluta e inconcebible libertad en el ejercicio de la concurrencia comercial, incompatible por otra parte, con la existencia de un ordenamiento jurídico, sino la afirmación de la igualdad de todos los ciudadanos, por lo que más que de libertad de concurrencia, en el plano jurídico, se debería hablar de igualdad ante ésta. *Op. cit.*, Pág. 129.

favorezca también la asunción del objetivo último de obtener una sociedad más justa.

La competencia como dato económico operaría, desde el punto de vista jurídico, como principio político-institucional que permite la organización y ordenación del mercado, así como el desarrollo de actividades económicas y el establecimiento de relaciones comerciales en su seno¹¹⁴. No obstante, hay que tener presente que la institucionalización de la competencia como garantía y principio de nuestro sistema económico no significa que ésta exista sólo desde su reconocimiento jurídico, la actividad económica tiende por su naturaleza a la competencia -entendida como contienda o pugna por la consecución de intereses económicos individuales¹¹⁵- por lo que no deja de ser un fenómeno prejurídico; es el hecho de que las normas establezcan esa situación de concurrencia como el estadio normal en que se desarrollan las relaciones económicas lo que la juridifica.

Que la competencia sea el modelo de conducta institucionalizado es lo que permite afirmar su función social, si la libertad de empresa como facultad derivada del derecho a la propia personalidad¹¹⁶, no puede ser funcionalizada, sí los resultados de su ejercicio.

El encuentro entre la visión económica y jurídica de la competencia tiene lugar desde el momento en que la función económica se identifica con la

¹¹⁴ MASSAGUER, *op. cit.*, Pág.246 y GALAN CORONA, E., *op.cit.*, Pág. 25 quienes establecen que la normativa estudiada tiende a garantizar el correcto funcionamiento de la economía de mercado como sistema económico escogido.

¹¹⁵ ROTONDI citando a VALENTI, *Pincipii di scienza economica*, Florencia, 1920.

¹¹⁶ Precisamente el nuevo modelo económico supera el liberalismo clásico con la adopción de una disciplina pública de la economía que, si bien influye directamente en la libertad de iniciativa económica, no supone un regreso a la limitación de derechos subjetivos. ASCARELLI, *op. cit.*, Pág. 28.

función social, y esto a su vez, deriva de la particular concepción política del Estado, en la que la economía viene a jugar un papel destacado en el desarrollo de la propia sociedad. Este dato es el que nos permite afirmar que el mercado, como orden económico adoptado por el Estado, debe cumplir con unas determinadas funciones de carácter social y que por tanto, la libertad en él desarrollada, debe ajustarse al marco de la relaciones, que aquél considera adecuadas al fin por el que ha sido creado.

La consideración en el plano jurídico de la competencia como una garantía de igualdad en la concurrencia al mercado resulta más acorde con la necesaria intervención del Estado, por cuanto con su actuación no se persigue tanto proteger la libertad, en cuya esfera por otra parte sólo debe decidir el individuo -con los límites propios de su convivencia en sociedad- como en la igualdad de todos los participantes del mercado. Esta protección de la igualdad es lo que justificaría la existencia de límites a la libertad, límites que vendrían legitimados, no tanto por la protección del interés público en sí mismo como porque el interés público, en esta materia, vendría representado por la necesaria igualdad formal ante la concurrencia.¹¹⁷

Así pues, en su primer aspecto, la competencia se manifiesta como la propia actividad desarrollada por los agentes económicos. En esta línea, la competencia, como varios autores han reconocido, constituye un fenómeno prejurídico en tanto se interprete como la actividad de los sujetos, sin embargo

¹¹⁷ De esta manera podemos identificar una de las funciones del derecho de defensa de la competencia en la protección de la igualdad formal de operadores económicos que gozarán de libertad para el desarrollo de su actividad en tanto se proteja aquella primera, dado que la libertad es una condición inherente a la igualdad, teniendo todos las mismas posibilidades de actuación en el mercado, parece claro afirmar que en ese mercado existe libertad. *Vid* ROTONDI. *Op. cit.*, Pág.129 para quien la libre concurrencia significa, desde el punto de vista jurídico, igualdad respecto al fenómeno de la competencia y libre posibilidad de valerse de los efectos que ésta produce.

desde el momento en que existe la necesidad de establecer un orden reglado en la asignación y distribución de los recursos, orden que viene establecido no sólo por la propia dinámica de una actividad económica, sino también por la existencia de un ordenamiento jurídico que regula las relaciones entre la sociedad y el individuo, la competencia deja de ser una condición puramente económica para ser una manifestación del orden social impuesto por las normas que viene determinado por el reconocimiento de unos derechos a cada individuo que le otorga un determinado estatus en la sociedad, estatus que no puede entenderse sino como el ejercicio de esos derechos asignados.

Una clara muestra de esta afirmación se encuentra en el hecho de que el primer paso para el nacimiento de un mercado como tal fue el reconocimiento del derecho de propiedad. Mientras que inicialmente las actividades económicas perseguían el intercambio de factores para garantizar la propia subsistencia de los individuos, la ampliación de los fines de esas actividades económicas a lo que pudiéramos considerar como actividades comerciales con mero afán de lucro, motivó la necesidad de establecer una clara determinación de un derecho que hasta el momento se consideraba inherente a las cosas que se tenían.

De este modo concluimos entendiendo que, mientras la competencia económica representa la rivalidad entre los agentes, la lucha por la distribución favorable a cada uno de los medios de producción; la competencia en su sentido jurídico viene referida al hecho de que es cada ordenamiento jurídico el que determina los límites en que esa distribución, fruto de la autonomía de los agentes, puede operar y para lo cual se hace menester el reconocimiento jurídico de:

- Un derecho a la personalidad: lo que motiva el reconocimiento de otras entidades jurídicas más allá de la persona física, así como el reconocimiento de una serie de facultades que son las que dotan de contenido a este derecho, en particular, el derecho al ejercicio libre de una actividad económica.
- Un derecho que reconozca la titularidad de los bienes y las facultades de disposición sobre los mismos: derecho de propiedad.
- Un derecho que actúe como marco en el que los diferentes intereses de los operadores puedan llegar a conjugarse a fin de obtener un mayor provecho de las facultades individuales como es el derecho de la contratación.
- Un derecho que enmarque a los anteriores y permita que su ejercicio redunde en beneficio de la colectividad como es el derecho de defensa de la competencia.

3. APLICACIÓN DE CRITERIOS ECONÓMICOS AL DERECHO: INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

En el apartado anterior hemos podido comprobar cómo, al margen de la vertiente puramente económica del fenómeno competitivo, resultaba posible elaborar un concepto jurídico propio, en el que se incorporaran valores fundamentales del ordenamiento jurídico y que, por lo general, no están presentes en el resultado de la conducta competitiva de los agentes.

En este punto, de lo que se trata es de hacer el ejercicio inverso, es decir, de analizar cómo los criterios puramente económicos pueden incidir en el derecho y ofrecer una alternativa en la búsqueda de soluciones en las que el tratamiento jurídico no sea suficiente. Esta situación se hace patente en el sector de las telecomunicaciones, por cuanto muchos de los problemas que el derecho de la competencia se ve abocado a solucionar, no encuentran una propuesta jurídica apta, sino sometiéndose a la aplicación de los esquemas de análisis propios de la ciencia económica. Precisamente por este motivo consideramos conveniente introducir esta teoría a fin de proporcionar al legislador una herramienta más para elaborar su acción en el mercado.

3.1. Evolución teórica del Análisis Económico del Derecho.

El Análisis Económico del Derecho (en adelante AED) se define por la aplicación de la teoría económica, concretamente de la teoría microeconómica, al análisis y explicación del sistema jurídico.¹¹⁸

Para poder ver cuál ha sido la evolución conceptual de la doctrina que se propone como metodología, interesa referirnos a las tres grandes etapas que componen su formación¹¹⁹.

Una primera etapa, calificada de fundación simultánea, se situaría en dos trabajos aparecidos a principios de los años 60 de la mano de dos autores, Coase desde la ciencia económica y Calabresi desde la ciencia jurídica, ambos considerados como actuales pilares de esta corriente doctrinal.

¹¹⁸ Vid. MERCADO PACHECO, P., *El análisis económico del derecho. Una reconstrucción teórica*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1994.

¹¹⁹ Vid. PAZ-ARES, C., "La economía política como jurisprudencia racional", en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 2 (1981), Págs. 601-707.

Por una parte, el trabajo de Coase¹²⁰ se centró en poner de manifiesto la incoherencia del sistema económico de Bienestar, por cuanto el Estado a menudo ignoraba los costes que su intervención creaba a la hora de corregir los fallos del mercado que justificaban su adopción.

En este sentido, la intervención estatal sólo se justificaba en caso de que su coste fuera inferior al coste que suponía la presencia de dicho fallo en el mercado y que la intervención estatal pretendía corregir.

Para llegar a esta conclusión, Coase acogió varios sectores normativos y procedió al examen de los costes y beneficios de las diferentes alternativas sobre las que podía operar la norma jurídica.

Los puntos más destacados de su teoría pueden resumirse en dos:

- El concepto de externalidad¹²¹.
- La introducción del análisis coste-beneficio en el proceso de toma de decisiones jurídicas.

Por otra parte, Calabresi se centró en analizar el significado de la distribución del riesgo y en cuáles serían las normas más eficaces para conseguir sus fines¹²².

¹²⁰ COASE, R., "The Problem of Social Cost", en *Journal of Law and Economics*, 3 (1960), Págs. 1 y ss. Existe traducción española de este trabajo en la revista *Hacienda Pública Española*, núm.68 (1981), Págs. 245 y ss.

¹²¹ Se entiende por externalidad, el coste que supone que los efectos de una determinada operación de mercado recaigan sobre sujetos económicos que no tomaron parte en dicha operación.

¹²² CALABRESI, G., "Some thoughts on risk distribution and the law of torts". en *Yale Law Journal*, vol. 68 (1961), Págs.499 y ss.

Posteriormente, entraríamos en una segunda etapa denominada de recepción ecléctica de las tesis de Calabresi y Coase que desembocarían en dos orientaciones de calibre diverso: mientras que las teorías de Coase se verían desarrolladas fundamentalmente por la teoría de los *property rights*, las ideas de Calabresi serían abordadas por aquéllos que muestran un especial interés en la justa distribución de la renta.

Por su aplicabilidad al sector que se pretende abordar, el derecho de la competencia, y al mercado estudiado, resulta de mayor interés el análisis del alcance de la doctrina de los *property rights*, por cuanto el reconocimiento de la libertad económica en el sector de la telecomunicaciones ha venido planteando la manera en que esa libertad debe ser desarrollada, o lo que es lo mismo, el régimen jurídico de la titularidad de la actividad y de los recursos necesarios para su prestación.

El objetivo de esta corriente era analizar cómo los diferentes sistemas de derechos de propiedad creaban unos determinados incentivos en la conducta de los individuos y cómo producían unos resultados también diferentes respecto de la asignación de los recursos en una sociedad determinada.

El camino a seguir para su consecución pasaba en primer lugar, por evaluar el programa de incentivos y los efectos que producía un sistema de propiedad pública o un sistema de propiedad privada en el uso de un determinado producto. Este punto de partida implicaba un análisis del sistema regulatorio, en aras a determinar su funcionalidad para la consecución de los fines del mercado.

A partir de ahí, la segunda parte del análisis se centraba en descubrir cuál de los sistemas de derechos de propiedad posibles era el más adecuado para conseguir una asignación y distribución eficiente de los recursos. Con ello, desde ese momento se quiso enunciar una teoría económica del derecho que, traspasando el sistema de derechos de propiedad, se articulara como teoría capaz de explicar en términos económicos las más variadas ramas del derecho.

El punto de inflexión entre las diferentes vertientes en que se desarrollaba el AED se produce a finales de 1972, año en que Posner presentó su obra "El Análisis Económico del Derecho", en la que por primera vez se analizan todos y cada uno de los diversos sectores jurídicos bajo su prisma, y por tanto, la primera vez que se ensaya la verificación de la racionalidad económica en los sectores fundamentales del ordenamiento jurídico.

Desde entonces, el AED, lejos de presentarse como una doctrina homogénea, ha sufrido diversas fracturas tanto en el plano ideológico como metodológico.

En este sentido, podemos vislumbrar dos líneas de tendencia: por un lado, la llamada *liberal-reformista*, que considera la intervención pública como posible alternativa del mercado en la tarea de la redistribución social de los recursos; y por otro, la *liberal-radical*, que concibe al mercado como mecanismo preferible para la distribución de los recursos.

Es precisamente esta última orientación la que ha acabado implantándose como hegemónica.

3.2. La relación entre economía y derecho que propone el Análisis Económico del Derecho.

La relación que propone el AED es completamente nueva, no se puede calificar como una nueva rama jurídica que estudia aspectos económicos como sería el caso del Derecho Económico, sino como una doctrina que pretende ver el derecho como objeto de estudio desde un punto de vista económico, lo que supone: por una parte, analizar las normas jurídicas desde la base de los presupuestos de la teoría económica; y por otra, que la racionalidad de que se dota a las normas y al sistema jurídico en su conjunto, es de tipo económico.

Todo esto conlleva a una reformulación económica del derecho, lo que supone iniciar el estudio de temas hasta ahora desconocidos como la eficacia del derecho (desde un punto de vista económico), el coste de los instrumentos jurídicos empleados para la persecución de los fines o las consecuencias económicas de la intervención jurídica, entre otros.

El punto de partida del AED estriba en considerar que el derecho tiene una racionalidad económica, es decir, responde a una lógica racional que es la lógica de la eficiencia económica, o lo que es lo mismo, la racionalidad jurídica de la norma existe sólo en la medida en que traduzca en un la ley económica.

Esto supone que si todo problema jurídico puede ser traducido en términos económicos, se habilita a la teoría económica para explicar el sistema jurídico de forma casi automática.

Ahora bien, hay que tener presente que esa relación entre economía y derecho que propone el AED no es un tema nuevo, los juristas siempre han sido conscientes de la estrecha relación entre los postulados económicos y el derecho privado. Ambos, tanto el sistema de economía de mercado, como el sistema de derecho privado, constituyen métodos de organización social que pretenden, en última instancia, una distribución social de los recursos bajo la misma lógica: la maximización de la riqueza. Por tanto, sentado el objetivo común de ambas ciencias, es lógico pretender la colaboración entre ambas.

Desde ese punto de vista parece que nada nuevo puede aportarnos el AED, pero un repaso al tradicional estudio de las normas nos revela que mientras lo normal ha sido analizar las teorías económicas aplicando las categorías jurídicas, el AED propone una lectura diferente, constituir en objeto de la investigación el derecho desde un punto de vista económico. No se trata tanto de interpretar jurídicamente un fenómeno económico cuanto de someter a la norma a un estudio económico.

Tradicionalmente, el economista ha intervenido en la ciencia jurídica de diversas maneras: a) explicando las categorías económicas a las que se remite la norma y b) aconsejando las líneas de actuación más oportunas para conseguir el objetivo (económico) de la norma.

El AED nos propone un nuevo rol. El economista asume el papel del jurista que actúa como *policy-maker* y elabora la norma conforme a la economía y no al derecho.

Ni que decir cabe que esta visión puede producir un rechazo casi automático por parte del jurista, ya que, según nuestra formación, las normas no pueden limitarse a un objetivo meramente económico, sino que en el trasfondo de toda norma hay implícitos otros objetivos que, como veremos, no pueden explicarse desde la óptica del AED y que son precisamente los que han sustentado mayor crítica a esta teoría.

Pero a pesar del exceso de confianza de la que esta teoría rebosa al pretender explicar toda norma desde un punto de vista exclusivamente económico, no por ello debe desecharse sin más.

El análisis que propone puede resultar de interés para el jurista en la medida que proporciona una visión externa que nos permite superar la endogamia propia de toda ciencia y replantearnos la intervención estatal en el mercado.

Si tomamos como punto de partida el sector de las telecomunicaciones, el AED se revela como un instrumento capaz de estructurar el mercado hacia su máxima expresión: procurar una eficiente distribución de un recurso escaso (el espectro radioeléctrico o las redes fijas) entre los diversos operadores que garantice el desarrollo más eficiente del mercado.

3.3. El Análisis Económico del Derecho como teoría

3.3.1. La estructura del mercado según el Análisis Económico del Derecho

Según los dogmas del AED, el sistema de mercado se concibe como modelo de decisión óptima con la eficiencia económica como único valor social.

Para poder formular sus teorías, el economista debe partir necesariamente de una serie de presupuestos que, manteniéndose constantes, permitirán avanzar cuáles serán las respuestas del mercado ante determinados estímulos o reacciones del derecho.

Acerca de estos presupuestos, la mayoría de autores coinciden en la identificación de tres, que no son sino los postulados básicos de la Economía clásica, y que operan como conceptos económicos clave de esta doctrina¹²³:

1. *La relación inversa entre precio y cantidad demandada o ley de la demanda*, que implica que a menor precio se incrementa la demanda del producto.
2. *El concepto de coste de oportunidad*, que supone que el coste de un recurso es el valor de sus usos alternativos (su próximo mejor uso) en los que dicho recurso podría ser empleado.

En esta lógica, toda norma jurídica fija un precio, que es el coste de oportunidad del comportamiento ajustado al contenido de dicha norma.

Aplicando este concepto a la teoría jurídica, se nos revela que todo problema jurídico se traduce en un problema de elección entre diferentes alternativas que se valoran por su coste de oportunidad.

3. *Los recursos tienden a gravitar hacia su utilización más valiosa si el cambio de mercado está permitido.*

Es el derecho contractual el que permitirá esa traslación de los recursos a manos de aquél que procure su mejor uso.

Cuando los recursos se hayan transferido a manos de aquéllos que les proporcionen la mayor utilidad estaremos ante una situación de equilibrio perfecto, en la que el cambio ya no es posible, por cuanto el valor que han adquirido esos recursos es máximo, y por tanto se ha conseguido una situación eficiente desde el punto de vista del óptimo de Pareto, a saber, no existe ninguna distribución alternativa posible en la que alguien pueda mejorar sin que paralelamente alguien empeore su situación.

3.3.2. El paradigma del *homo oeconomicus*

Una vez se hayan establecido las reglas básicas del mercado, para poder ver en qué medida las normas influyen e inducen a determinados comportamientos del individuo¹²⁴ se hace preciso establecer unas líneas

¹²³ Vid. POLINSKY, A. M., *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 1985.

¹²⁴ La idea de la que necesariamente se debe partir, como base de cualquier razonamiento jurídico, es el hecho de que las normas crean incentivos que hacen que las personas se comporten de una forma o de otra lo que conlleva a un determinado resultado que puede ser bueno o malo desde el punto de vista social. El comportamiento del individuo se ve influenciado por el derecho, como tradicionalmente el jurista ha considerado, pero el AED dota a esa influencia de una naturaleza económica que hasta el momento no tenía.

básicas y constantes que nos permitan elaborar hipótesis de comportamiento.

Así aparece el concepto de *homo oeconomicus* al que el AED le dota de una serie de pautas de conducta:

- Los individuos tienen un interés y tratan de maximizar su bienestar dentro de ciertas restricciones lo que supone; por una parte, que son capaces de ordenar sus preferencias y optar por aquélla que más les satisfaga; y por otra, que su comportamiento responde a la hipótesis de realización del cálculo anterior.
- Los valores que los individuos asignan a sus costes y beneficios son estables y no varían rápidamente ni se ven afectados por la política del Estado u otro agente externo, así pues, la satisfacción por disfrutar de un río limpio no depende de que el Estado reconozca un derecho a ello.
- Son los individuos los que mejor determinan el valor de las cosas.
- Siempre que los individuos crean que su situación puede mejorar tenderán a cambiarla en ese sentido.

¿Cómo influye económicamente el derecho en el comportamiento humano?

El derecho básicamente influye en dos sentidos: a) fijando precios por determinadas conductas¹²⁵ y b) estableciendo diferentes estructuras de derechos que determinarán diferentes incentivos¹²⁶.

¹²⁵ *Vid.* Concepto de coste de oportunidad establecido anteriormente.

¹²⁶ Esta segunda acción del derecho se verá más desarrollada en el apartado de la teoría de los *property rights*.

El homo oeconomicus, como se ha podido observar, no se comporta según la norma por los motivos apuntados tradicionalmente¹²⁷, sino por motivos de naturaleza estrictamente económica.

¿Cómo encajar ese concepto de homo oeconomicus con el concepto de interés público?

Sabemos que el derecho persigue la defensa del interés público, pero según el AED la influencia que pretende el derecho se centra en la conducta del individuo ¿cómo se consigue defender el interés público influyendo en la conducta individual?

El hombre es un maximizador racional de sus objetivos en la vida, mientras que el derecho es lo que aprovecha al pueblo (Ihering). Estas dos máximas resultan en la conclusión de que, en tanto el derecho promueva el interés individual, conseguirá la defensa del interés público ya éste no es más que la suma aritmética de los intereses individuales.

Así pues, todas las acciones del Estado dirigidas al interés individual de los sujetos, redundarán en beneficio del interés público, luego no hay acción en defensa de éste último que difiera de aquél.

Esta reducción del interés público a la mera suma aritmética de los

¹²⁷ Así, la sociología jurídica en el estudio de los motivos que inducen al individuo a comportarse según derecho identifica entre ellos: el cumplimiento por mera correspondencia, por obediencia y por aceptación ya sea por convencimiento, por temor o por conveniencia. Vid. CORREAS, O., *Introducción a la sociología jurídica*, Signo, Barcelona, 1995.

intereses individuales fue objeto de críticas por el propio Coase y por otros autores como Knight¹²⁸, por cuanto no bastaba con la mera adición de intereses, sino que además se hacía precisa una justa composición del beneficio, es decir, que el resultado global a que condujeran las diferentes acciones tendentes a influir en el interés individual, fuera satisfactorio.

En este sentido no interesa tanto ver qué sujetos resultan beneficiados y qué sujetos perjudicados, el resultado, cualesquiera sea la opción regulatoria, será siempre el mismo, por cuanto que lo que prima es un resultado final eficaz, maximizador de la riqueza.

3.3.3. La intervención estatal y la norma jurídica según el Análisis Económico del Derecho

Son varias las teorías, que a lo largo de la historia han intentado explicar la base de la intervención estatal en el mercado y así distinguimos:

- **La teoría del interés público** que justifica la intervención estatal basándose en el interés público¹²⁹ dado que se concibe al Estado como único sujeto capaz de defender ese interés general.

- **Las teorías económicas** con sus diversas variantes, Teoría de los grupos

¹²⁸ KNIGHT, F.K., *Op. cit.*, Págs. 234-244.

¹²⁹ Ha sido precisamente la defensa del interés público lo que ha motivado la preocupación de los diferentes Estados por garantizar la prestación del servicio de telecomunicación, en España hemos evolucionado desde el concepto de servicio público acuñado por la antigua LOT que clasificaba los diferentes servicios y su régimen de prestación (no todos en régimen de libre competencia) hasta la actual LGT que acoge el concepto de servicio universal no tanto para identificar aquellas prestaciones que deben ser objeto de especial protección pública cuanto para justificar la imposición de determinadas obligaciones de carácter público a los operadores privados.

de interés (Stigler), Teoría de los buscadores de rentas (Krueger) o Teoría de la decisión colectiva (Buchanam), según la cual el Estado interviene al servicio de grupos de interés que operan como verdaderos buscadores de rentas de esta acción pública.

Esta teoría, partiendo de que la eficiencia de toda acción ha de basarse en la maximización de las rentas (que conforme a los postulados económicos tradicionales repercutirá en el incremento del bienestar social) pasa por considerar, como tradicionalmente se ha hecho, que el Estado por sí mismo no es capaz de localizar las fuentes que permitan la búsqueda de la maximización de la riqueza, de ahí que en su lugar, operen determinados grupos que sí son capaces de localizar esas fuentes y que en la búsqueda de su bienestar, conllevarán al bienestar del colectivo.¹³⁰

- **Las teorías marxistas** según las cuales el Estado interviene para asegurar el dominio de la clase o grupos dominantes, que son los detentadores de poder económico, sobre los dominados.

De las teorías apuntadas merecen especial atención las **teorías económicas**, también llamadas **teorías del mercado político**. Estas teorías aplican los postulados propios de la teoría del mercado al plano político y por tanto, explican la actuación del Estado como si de un mercado se tratase.

Partiendo de que el mercado es un proceso de intercambio entre los diferentes agentes, y que la base de su actuación se centra en la maximización

¹³⁰ Estas teorías conciben a esos grupos como auténticos sabuesos de caza de rentas de los que el Estado puede servirse para lograr una mayor eficiencia en su gestión.

de su bienestar¹³¹, estas teorías entienden que la acción pública no es el resultado de la acción de un sujeto benefactor (como lo entendería la teoría del interés público), sino de la intervención de unos sujetos interesados que persiguen su propio interés dentro de las limitaciones impuestas por el entorno en el que operan.

Serán esas limitaciones que conforman el marco de actuación de esos sujetos interesados las que permitan, en la búsqueda del interés individual, el hallazgo del beneficio para con el interés público.

Lo que tratan en definitiva de explicar estas teorías es el punto de equilibrio entre la libertad necesaria para el desarrollo natural de un mercado y la necesaria intervención estatal para garantizar el beneficio de la sociedad en su conjunto, por tanto, lo que se pretende es hallar el punto sostenible en que puedan convivir el legítimo desarrollo del interés individual, que se refleja como verdadero motor de la maximización de la riqueza¹³², con la necesaria asunción de determinados objetivos que sólo se comprenden en el ámbito de la acción estatal.

Ahora bien, pese a que el proceso de intercambio (como mecanismo propio del mercado)¹³³ se revela como el más eficaz, el mercado político no es un mercado de competencia perfecta, sino que la presencia de imperfecciones

¹³¹ Vid. Pautas de conducta del homo oeconomicus.

¹³² En todos los ámbitos es conocida la crítica a la que siempre ha estado sometida la gestión pública de la riqueza. Siempre se ha considerado que la gestión privada de un recurso resulta más eficaz que la pública, si bien, en ocasiones se sacrifica la mejor gestión en beneficio de otros valores que sólo son defendibles por la gestión pública como pueden ser la igualdad o la justicia.

¹³³ En palabras de Coase. *"las decisiones de consumidores y productores quedan reconciliadas por la teoría del intercambio"*.

hace que en muchas ocasiones no sea posible adaptar los bienes públicos a las preferencias de los ciudadanos.

Son diversos los fallos que pueden encontrarse en el mercado político:

- El mercado político está concentrado y favorece la actuación de grupos de presión.
- El carácter costoso de algunas decisiones motiva el abstencionismo electoral.
- La información que se posee es imperfecta y escasa.
- La legislación a veces configura márgenes de actuación rígidos.

Es precisamente la existencia de esos fallos en el mercado político, lo que hizo que autores como Coase pusieran de manifiesto que las decisiones políticas tienen un coste, y que la intervención estatal en el mercado no puede renunciar al análisis previo del coste-beneficio de su actuación frente a otras alternativas representadas por los propios mecanismos del mercado.

Las pautas que determinarán cuándo se precisa y cuándo no la intervención del Estado, parten de los siguientes presupuestos (tesis nucleares del AED):

- Funcionando el mercado en equilibrio perfecto y por tanto en un estado de competencia perfecta, el derecho resulta una estructura redundante por lo que no debe intervenir en el mercado, sino para garantizar las condiciones de libertad y seguridad del tráfico.

- Cuando en el mercado no haya dicho equilibrio por la presencia de fallos, que en opinión unánime de los economistas se producen por la presencia de externalidades¹³⁴, la función del derecho será eliminar esos fallos, minimizando los costes de transacción¹³⁵ que impiden que la externalidad sea interiorizada por el propio mercado.

Un ejemplo claro de esta intervención estatal se encuentra en el ámbito de la *Tort Law* en el que la existencia de determinados costes imposibilita la negociación entre los sujetos de mercado.

La acción de un individuo, como puede ser el ejercicio de una determinada industria, puede causar un coste a otro (así por ejemplo, la contaminación de un terreno), si entre ellos no puede llegarse a un acuerdo que distribuya los costes de esa contaminación (considerada como una externalidad), se hace necesaria la intervención del Estado reconociendo una serie de derechos (el derecho a contaminar y el derecho a ser indemnizado por los daños causados) que reducirán los costes de transacción y facilitarán la adopción de acuerdos.

- Pero puede darse el caso que dichos costes de transacción no puedan rebajarse y que por tanto la decisión del mercado sea imposible. En este caso la función del derecho será la de simular al mercado, actuar como él habría hecho de no mediar esos costes de transacción prohibitivos.

¹³⁴ *Vid.* concepto de externalidad.

¹³⁵ Se entiende como costes de transacción aquéllos que impiden contratar sobre el efecto externo.

Sentado cuándo ha de intervenir el Estado, lo que se propone seguidamente es analizar cómo debe ser dicha intervención, o lo que es lo mismo, cómo deben ser las normas por las que el Estado interviene en el mercado.

El AED, partiendo del principio de maximización de la riqueza, propone una reconstrucción del derecho que establezca:

- La constitución del mercado mismo mediante una asignación y distribución de los derechos sobre los recursos productivos.
- Una garantía efectiva de la libertad de mercado que permita que esos derechos pasen a manos de los individuos que más los valoren.
- Un conjunto de reglas que simulen operaciones de mercado cuando éste no pueda operar por la existencia de obstáculos.
- Un sistema de sanciones y remedios legales para disuadir y reparar las invasiones de derechos sobre el uso de los recursos.

Además, el AED propone una progresiva desregulación de amplios sectores y el retorno a instituciones que favorezcan la solución privada de los conflictos sociales.

Así pues, si lo que se pretende es valorar si una norma es o no eficaz se deberá operar como si de un análisis de mercado se tratara y someter la

intervención estatal a los mismos sistemas de medición que se utilizan en el mercado.¹³⁶

Para poder entender mejor ese grado de participación política en el mercado que propone el AED debemos acudir a la hipótesis central del AED: **EL TEOREMA DE COASE.**

Coase, partiendo de un examen crítico de la teoría económica ortodoxa desarrollada a partir de la obra de Pigou¹³⁷ mostró que la intervención estatal también es imperfecta y genera costes externos.

Además, puso de manifiesto que las externalidades pueden interiorizarse en el mercado, sin que sea necesaria la intervención del Estado siempre que los sujetos afectados pueden contratar libremente entre sí, ello se consigue partiendo de la idea de que llegará un momento en el que todas aquellas personas que desplazan costes sobre otras (externalidad) contratarán entre sí los beneficios y pérdidas de sus respectivas actividades, no siendo por tanto necesaria ninguna acción del Estado en dicho sentido.

Ahora bien, para llegar a la anterior situación deben concurrir dos condiciones:

- Que la asignación inicial de derechos y responsabilidades esté perfectamente definida en cuanto a titularidad y contenido.

¹³⁶ No cabe duda de la nueva lectura que el AED propone acerca de lo que se entiende por norma eficiente.

La doctrina jurídica clásica encabezada por la sociología del derecho califica a una norma como eficiente cuando con la misma se consiguen los objetivos políticos a que responde su redacción. Vid. CORREAS, *Op. cit.* Pág. 9.

¹³⁷ PIGOU, A.C., *Wealth and Welfare* (1912) y sobre todo *The Economics of Welfare* (1920)

- Que los costes de transacción sean igual a cero o despreciables.

La conclusión a la que llegó Coase era que esas condiciones no se daban, fundamentalmente por lo que respecta a los costes de transacción que, no siendo nulos, comportan que la asignación de recursos que haga el ordenamiento tenga gran trascendencia en la consecución de un nivel óptimo de eficiencia.

El Estado, a través del derecho, debe decidir el modo de asignación de los recursos más eficiente y para ello debe decidir como lo habría hecho el mercado si los costes de transacción se ajustaran a la hipótesis previa, es decir, fueran nulos.¹³⁸

Siempre que el Estado atribuya los derechos de la forma más eficiente posible, el sistema jurídico se anticipará a la transacción del mercado, que puede ser excesivamente costosa (altos costes de transacción) y orientará al mercado hacia su óptimo desarrollo, la maximización de la riqueza.

¹³⁸ Precisamente una de las políticas esenciales de la UE es la política de competencia cuyo objetivo básico es mejorar la asignación de recursos en el espacio europeo lo que justifica la aplicación de la doctrina del AED al sector del derecho de la competencia. Vid. REQUEIJO, J., "Privatizaciones de empresas públicas y convergencia real", *Economía Industrial*, núm. 328 (1999), Págs.17-56.

3.3.4. La asignación de recursos como punto de partida de la intervención estatal que propone el Análisis Económico del Derecho. La teoría de los *property rights*

Ya hemos visto cómo el objeto y contenido de las asignaciones de los derechos de propiedad (*property rights*) sobre los recursos afectan a las formas de comportamiento de las personas en un mundo de escasez.

Del mismo modo, hemos visto cómo para lograr que un mercado funcione eficientemente se hace necesario en primer lugar establecer un sistema definitorio de los derechos que sobre los recursos tengan los individuos.

En relación con los diferentes sistemas de derechos de propiedad, el AED entiende que diferentes sistemas configuradores de éstos generan incentivos diferentes y de distinto valor social, el optar por un sistema o por otro afectará al grado de aprovechamiento social de cualquier recurso escaso o al grado en que ciertos sujetos pueden afectar al disfrute de del derecho de otros.

Hasta Coase el marco conceptual imperante era el llamado “marginalismo clásico” que suponía la existencia de un determinado sistema de derechos de propiedad (privada), como algo dado que gobernaba el uso de todos los recursos y que en ese marco, los costes de transacción eran prácticamente nulos, lo que motivaba que no se entrara a cuestionar en qué medida diferentes estructuras de derechos de propiedad podrían inducir a distintos resultados económicos. Coase demostró que esta teoría era falsa y que se hacía necesario indagar en los diversos sistemas de propiedad posibles en aras a identificar aquél que reportara una mejor distribución de los recursos.

Así lo primero que interesa es determinar lo que debe entenderse por *property right*. El concepto necesario va más allá de la tradicional composición estática de los derechos de propiedad, el *property right* se concibe como la posición de cada individuo respecto a la utilización de recursos escasos.

En esta dirección, el *property right* determina una nueva concepción de la teoría del derecho subjetivo que ya no se limita a un conjunto de derechos y obligaciones, sino que determina las conductas que sobre el recurso puede llevar a cabo su titular¹³⁹. Esta concepción dinámica del derecho subjetivo permite orientarlo hacia utilidades alternativas más eficientes.

Para poder entender el alcance de esta nueva definición pongamos un ejemplo: según la concepción tradicional del derecho, habiéndome otorgado una frecuencia del espectro radioeléctrico, el ordenamiento me dota de una serie de derechos y obligaciones que me permiten hacer uso de la misma, evitando el abuso y por tanto la invasión de derechos ajenos (otras frecuencias), pero si de lo que hablamos es del reconocimiento de un *property right*, entonces lo que hace el derecho es algo más que dotarme de un conjunto de facultades, lo que hace el ordenamiento es incidir directamente en mi conducta de aprovechamiento de esa frecuencia y orientarla hacia su uso más eficaz. No interesa tanto lo que puedo o no hacer con la frecuencia, sino que de lo haga resulte, en su conjunto, el aprovechamiento más eficaz.

¹³⁹ Como bien indica Santos Pastor el concepto de *property right* no se corresponde con nuestro derecho de propiedad sino con nuestros derechos sobre las cosas o derechos reales. *Vid.* PASTOR PRIETO, S., *Sistema jurídico y economía. Una introducción al AED*, Tecnos, Madrid, 1989.

De este modo, los *property rights* surgen como instituciones necesarias para mejorar la eficiencia en la asignación de los recursos del mercado, y ello es así porque el derecho de propiedad tiene una serie de características que lo hacen especialmente apto para la contratación:¹⁴⁰

1. *Exclusividad*: el derecho de propiedad permite a su titular excluir a los demás del consumo sobre el recurso asignado de que se trate.
2. *Transferibilidad*: el derecho de propiedad es apto para facilitar que los recursos pasen de utilizaciones menos eficientes a aquéllas que lo son más.
3. *Universalidad*: si las dos condiciones previas mejoran el funcionamiento del mercado, resulta lógico pretender que se creen muchos derechos con esas características y que por tanto se universalice el sistema.

Esta teoría económica de los derechos de propiedad afirma que existe una interconexión entre los sistemas de derechos de apropiación, los incentivos y el comportamiento económico y no económico.

Aceptando esta interconexión, resulta fácil entender el hecho de que las diferentes formas de propiedad tienen consecuencias diversas y afectan especialmente a los siguientes extremos:

- Costes de transacción en el mercado.
- Eficiencia del intercambio de los derechos sobre los recursos.

¹⁴⁰ Vid. SCHWARTZ, P. y CARBAJO, A., "Teoría económica de los derechos de propiedad", *Hacienda Pública Española*, núm. 68 (1981), Págs.221-233.

- Distribución de la riqueza o renta en la sociedad.
- Asunción de otros objetivos como la justicia.

A continuación exponemos las reglas que nos permitirán elaborar un sistema de derechos de propiedad eficiente en el sentido del AED:

1. Si los bienes son privados y el intercambio de derechos es posible (porque los costes de transacción no son disuasorios o prohibitivos), siendo el objetivo la eficiencia de la asignación de recursos, no importa a quién se asigne la titularidad del recurso porque, de cualquier modo, dicho recurso irá a parar a manos de quien más lo valore por medio del intercambio voluntario.
2. Si el intercambio voluntario no es factible, la autoridad debe proceder como el mercado habría hecho, asignando la titularidad a quien más valore el recurso a cambio del pago de un precio que sería el libremente acordado por las partes.
3. En último lugar, para el caso que el sistema de propiedad privada se revele como ineficiente debería verificarse si no resultaría mejor optar por un sistema de propiedad pública.

A partir de este momento, lo que queda por hacer es verificar si en el sector que hemos establecido como objeto de estudio, el sistema de derechos por el que se ha optado, potencia esa mejor asignación de recursos y en su caso,

proponer alternativas. Ese estudio se irá realizando a lo largo del presente trabajo.

3.3.5. El Análisis Económico del Derecho como metodología

Como metodología, el AED puede proporcionar tanto a juristas como a economistas, un marco unificado que permita comprender cualquier clase de comportamiento humano caracterizado por la escasez.

En este sentido, el AED formula una serie de preguntas a las que pretende dar respuesta y que pueden ser aplicadas a cualquier sector del ordenamiento objeto de estudio:

1. ¿Qué incentivos y qué efectos (de eficiencia, distributivos) producen las normas jurídicas? ¿Inducen estas normas e instituciones a un comportamiento eficiente o equitativo?¹⁴¹ ¿Asignan las reglas jurídicas el riesgo de una manera eficiente?

Hay que precisar que la opinión predominante considera que las normas deben juzgarse más por el criterio de la eficiencia que por el criterio de la equidad.

¹⁴¹ Se debe hacer referencia al presunto conflicto entre EFICIENCIA y EQUIDAD, por cuanto un sistema eficiente persigue la maximización del beneficio ya sea porque no es posible encontrar una situación en que alguien mejore sin que otro empeore (eficiencia paretiana), ya sea porque lo que puede mejorar alguien es más de lo que puede empeorar otro (eficiencia potencial). Por el contrario, un sistema equitativo persigue la justicia en la distribución, es decir, igualdad para los iguales y desigualdad para los desiguales. *Vid.* PASTOR PRIETO, S., *Op. cit.*, Pág. 17.

2. ¿Son buenos los efectos o resultados a los que induce el entorno de incentivos que establece el sistema jurídico?¹⁴²

Basándonos en estas cuestiones podemos vislumbrar las dos bases del estudio económico de las normas jurídicas:

- Los efectos y consecuencias del sistema jurídico existente y razón de ser del mismo.
- Evaluación de los efectos de las normas a fin de determinar si sus consecuencias son socialmente mejores o peores que otras alternativas.

El criterio a seguir en cualquier planteamiento será la EFICIENCIA, de lo que se trataría es definitiva, sería de determinar cuando una norma tendente a influir en la competencia de un sector es o no eficiente y para ello se debería analizar:

- Los objetivos a que esa norma responde.
- Los resultados a que esa norma conduce en el mercado.
- Las alternativas más competitivas que nos ofrecería, en su caso, otra norma.

Se suele decir que una norma es eficiente cuando los resultados de su aplicación constituyen beneficios sociales totales, netamente positivos y superiores a cualesquiera otros obtenidos con la aplicación de una norma

¹⁴² La valoración de ese resultado debe hacerse comparando esos resultados con los objetivos pretendidos que pueden ser: la libertad, la seguridad, la redistribución de los recursos. En el sector de las normas de derecho de la competencia tendríamos que hacer referencia a otros objetivos como son el desarrollo tecnológico, el incremento de la competencia o la reducción de precios.

alternativa.

Ahora bien, este criterio, en opinión de Santos Pastor resulta limitado; en primer lugar, porque se fija sólo en la eficiencia y pierde de vista la obtención de otros valores¹⁴³ y en segundo lugar, por la imposibilidad de llevar a cabo una evaluación de los resultados.

El primer paso consistirá en determinar cuándo debe el Estado intervenir en el mercado y en qué grado, para luego valorar cómo se ha realizado efectivamente esa intervención y cuáles han sido sus resultados.

¿Debe limitarse la intervención estatal a aquéllos supuestos en que el mercado no pueda por sí sólo responder ante la existencia de un fallo (como parece limitarse el AED) o responde dicha intervención a algún otro objetivo imposible de asumir por el mecanismo propio del mercado?

En opinión de Santos Pastor una política económica sensible al valor de la libertad, de la equidad y de la eficiencia parece requerir tanto de mercados efectivamente competitivos, como de un potente y eficaz sistema redistribuidor.

Por poner un ejemplo, en el sector que nos ocupa, si bien es cierto que tanto la privatización, la desregulación como la liberalización¹⁴⁴ responden al

¹⁴³ Casi todos los economistas están de acuerdo en que estamos ante uno de los sectores que más influyen en la economía nacional, es lo que se ha venido a llamar la *nueva economía*, esto determina que este sector requiera de una especial atención, dado que las actuaciones que en él se lleven a cabo tendrán un reflejo directo en otros sectores, sirva de ejemplo el hecho de que actualmente la evolución de las tarifas telefónicas constituye uno de los elementos indicadores del IPC y el crecimiento del sector uno de los factores indicadores del PIB.

¹⁴⁴ Vid. AMADEO PETITBÓ, J., "Desregulación, liberalización y competencia. Tres instrumentos con los mismos objetivos", *Economistas*, núm. 82 (1999), Págs. 80-88.

objetivo de desarrollo del sector y dicho desarrollo sólo puede conseguirse en un entorno competitivo, sí que existen otros objetivos como la universalización del servicio, que el legislador ha considerado que no pueden obtenerse con las mismas reglas de juego y que por tanto precisan de una mayor intervención estatal.

No se trata por tanto de optar por un sistema más liberal o más intervencionista para con el mercado, por cuanto el conocimiento teórico y empírico disponible no permite afianzar la superioridad de uno o de otro, sino de combinar ambos en la medida en que su intervención mejore la eficiencia en su conjunto.

4. FUNCIONES JURÍDICAS DE LA POLÍTICA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La política de defensa de la competencia tiene como objetivo general el mantenimiento de un determinado modelo económico que toma como base el mercado en régimen de libertad, y la conducta competitiva como base de la actividad que en él se desarrolla.

En el punto anterior pudimos comprobar como del análisis del concepto de competencia resultaba posible extraer unos valores jurídicos propios, al margen de los económicos, que nos llevaron a afirmar la posibilidad de elaborar un concepto netamente jurídico.

Del mismo modo, en este apartado nos referiremos exclusivamente a las funciones jurídicas que cumple en la actualidad la política de competencia y

que pueden diferenciarse de las económicas porque, si bien la realidad sobre la que están llamadas a actuar es la misma, no así los objetivos que se pretenden alcanzar con cada una de ellas¹⁴⁵.

Así como la libertad jurídica y la igualdad han permitido que la competencia pueda ser considerada como algo más que la asunción de intereses exclusivamente económicos, la institucionalización del modelo de Estado social como parte del sistema político-social recogido en la Constitución conlleva una reinterpretación de las funciones que son propias de un sistema económico.

Estas funciones no son otras que las derivadas del modelo de Economía social de Mercado, modelo que comporta algo más que la previsión de un mero sistema económico, ello es así en tanto que:

- Mientras que la cláusula de Estado social se configura como un auténtico modelo de organización política, el sistema económico acogido en el art.38 de la nuestra Constitución no es un modelo, sino un marco en el que desarrollar la libertad de empresa adaptable según las circunstancias y la opción política del Estado.

Ya hemos visto como la libertad no puede ser funcionalizada, no así el aparato normativo que conforma el mercado, esto es, el marco de desarrollo del sistema económico. Mientras que la actividad económica como tal no puede, aunque de facto lo hace, someterse a una opción

¹⁴⁵ En la misma línea que ASCARELLI, T., *op. cit.*, Pág. 22, para quien la diferencia entre el concepto económico y jurídico se justifica sobre la base de que economistas y juristas responden a diversas finalidades cuando proceden al ordenamiento de la realidad.

político legislativa, no ocurre lo mismo con el modelo de organización social del Estado, que constituye el marco de convivencia social y que resulta inamovible, aunque sí interpretable.

- La cláusula de Estado social implica unas determinadas obligaciones para el Estado, mientras que el sistema de economía de mercado sólo señala los límites a la intervención estatal.
- Mientras que la economía de mercado no tiene porque servir necesariamente a los intereses públicos, el conjunto de normas que sirven a la cláusula de Estado social toman como principal fuente de legitimación el servicio que prestan a éste, y que viene determinado, en cada ocasión, por el contenido de las normas.

En este apartado, optaremos por una clasificación de las funciones que competen al derecho de defensa de la competencia basado en los valores jurídicos que pretenden protegerse, porque si bien no existe un acuerdo doctrinal que nos permita determinarlos de manera inequívoca, sí puede realizarse una inicial identificación con los llamados presupuesto jurídicos, no ya sólo de la existencia del mercado, sino de la propia intervención pública en éste, conforme al modelo económico adoptado por nuestro texto constitucional, así pues distinguiremos entre:

- Función de garantía institucional: el valor que representa un sistema económico competitivo se encuentra garantizado por la adopción del modelo de Economía de Mercado como sistema económico, que en clave social debe asimilarse a:

- La igualdad formal en el mercado
 - La democracia de los diferentes sujetos que intervienen en el mercado
- Función de garantía individual: la efectividad de la competencia como sistema económico requiere a su vez el reconocimiento de una esfera de actuación individual caracterizada por:
- La libertad e independencia de los agentes económicos
 - La legitimidad del beneficio propio

Debe advertirse que son precisamente estos presupuestos jurídicos los que permiten configurar como política autónoma, desvinculada de la política industrial, la actual política de defensa de la competencia.

Función de garantía institucional

Cuando se alude a la competencia como valor institucional nos estamos refiriendo a cuáles son los valores que conforman la competencia como régimen económico a defender por el poder público.

El primer elemento esencial del sistema viene conformado por la protección de la igualdad de todos los participantes del mercado.

Esa igualdad debe limitarse a su sentido formal, que es el recogido por nuestro sistema constitucional, dado que la búsqueda de una igualdad

material supondría un atentado contra la libre iniciativa económica privada y una funcionalización, no admisible, del principio de libertad de empresa.

En la protección de la igualdad, la política de competencia vela porque no se produzcan situaciones de abuso de derecho que, en esta materia, se identifican con las conductas de abuso de posición de dominio y con los acuerdos colusorios, que impiden ilícitamente la igualdad de oportunidades de los operadores al proporcionar una ventaja competitiva basada en la extralimitación en el ejercicio de su derecho y no en el resultado del natural proceso competitivo.

De igual modo, la aplicación del derecho de la competencia a las ayudas públicas permite controlar que la intervención estatal en estos casos venga motivada por necesidades de interés público, y no por vulneraciones de esa situación de igualdad.

Pero además, la igualdad es el valor que nos permite afirmar la socialización de la competencia, ya que obliga que los resultados de la dinámica competitiva se orienten a la consecución de un crecimiento económico beneficioso para la sociedad y no sólo para el mercado.

Asimismo, la necesaria situación de igualdad como punto de partida de una situación de competencia, precisa de un funcionamiento basado en el juego de la democracia como sistema de participación en la voluntad colectiva. El mercado constituye la versión económica de los actuales modelos de organización política por lo que, de igual modo que el derecho de sufragio

configura la voluntad política de la ciudadanía, el mecanismo de la oferta y la demanda refleja la voluntad de los diferentes operadores económicos.

La formación de la oferta y la demanda depende de la libre conformación de la voluntad individual, y en el mercado, esa libertad no puede garantizarse sino mediante el flujo libre de información.

A la política de defensa de la competencia le es reservada la función de garantizar que la voluntad económica responde a los mecanismos del mercado en situación de igualdad y libertad, por lo que debe garantizar que la información llegue a todos los sujetos implicados para poder así afirmar que las decisiones del mercado se han adoptado en régimen de democracia.

Función de garantía individual

No puede hablarse de una política de defensa de la competencia sin ligarla al reconocimiento de la libertad económica. Efectivamente, si atendemos a la naturaleza de esta política como instrumento de participación del Estado en el mercado, no puede entenderse una sin otra; en primer lugar, porque es precisamente la necesidad de mantener un régimen de libertad lo que justifica la intervención del Estado en el mercado; y en segundo lugar, porque esa libertad constituye la mejor garantía de que el mercado funcionará conforme al principio de iniciativa privada.

La libertad como manifestación de la autonomía del individuo debe mantenerse inmune a la actuación del Estado pero, dado que esa libertad juega un papel importante en el propio desarrollo del proyecto social de

nuestro sistema político, se legitima la intervención del Estado en tanto la libertad económica puede dar lugar a situaciones en las que el único resultado perseguido sea la ventaja económica.

Puesto que el Estado debe garantizar que el sistema económico conduzca a un incremento de la riqueza, y esta situación sólo se consigue con un mejor uso de los recursos disponibles y una distribución más justa del beneficio, la acción pública deberá desplegarse en tanto el ejercicio de la libertad anule la posibilidad de que la competencia se manifieste beneficiosa para todos los que forman parte del mercado.

Finalmente, y teniendo en cuenta que la despenalización del lucro constituyó una de las medidas imprescindibles para la formación de los actuales sistemas de mercado, el Estado debe garantizar el beneficio empresarial por cuanto no sólo constituye la garantía de funcionamiento del mercado, sino también, junto a la consecución de los objetivos anteriores, la mejor contribución al bienestar social.

PARTE II: LA LIBERALIZACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES:

DERECHO DE ACCESO AL MERCADO

INTRODUCCIÓN: EL PROCESO DE LIBERALIZACIÓN DE SECTORES

REGULADOS

1. CONTEXTO ECONÓMICO, POLÍTICO Y SOCIAL

Hablar de liberalización es hablar de algo más que una mera apertura a la iniciativa privada de sectores económicos "tutelados" por la acción pública, si bien por lo general aquel vocablo se ha venido limitando a esta acepción.

En todo proceso de liberalización subyace una determinada concepción política de cómo deben gestionarse las actividades económicas - entendida como una manera de "dirigismo" estatal cuyo protagonismo será más o menos acusado según el giro político a que responda - así como una determinada filosofía que explica cómo debe llevarse a cabo la intervención estatal a tal efecto.

Numerosos autores¹⁴⁶ coinciden en admitir que la liberalización de las telecomunicaciones no es sino la consecuencia necesaria del proceso de integración de los diferentes mercados nacionales europeos en un proyecto económico común como es la consecución del mercado único que, a su vez, forma parte de un marco político- social más amplio como es la construcción de la Unión Europea¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Vid. Por todos ARIÑO ORTIZ, G., *Privatizaciones y liberalizaciones en España: balances y resultados 1996-2003*, Comares, Granada, 2004.

¹⁴⁷ A título de ejemplo el comisario Monti declara que el propio fundamento de la Unión Europea es una Economía de Mercado abierta y que el deber principal de una política de competencia es

No obstante, al margen de esta primera motivación, obvia¹⁴⁸ por otra parte, se hace preciso indagar en el nuevo esquema económico-político (social y jurídico) en el que esa acción integradora se comprende, pues sólo de esa manera puede entenderse el proceso regulatorio y proponer, en su caso, medidas alternativas.

En la línea señalada por Fernández Ordóñez¹⁴⁹, el modelo de bienestar que justificaba el monopolio en la prestación pública de determinados servicios - fundamentales conforme al esquema organizativo social configurado por las constituciones de mediados del s.XX- suponía un "guiño" del liberalismo al sistema de planificación de tipo socialista.

En efecto, podemos afirmar que el concepto de "servicio público" resultaría consecuencia casi directa del proceso de recuperación económica y la conversión de ésta, a todos los niveles, en un proyecto común en el que se implicaban todos los aspectos que afectaban a la sociedad y que pretendía introducir en el esquema clásico capitalista, las ventajas de un nuevo modelo social que ya había sido puesto en práctica años antes en la Alemania de Bismarck.

garantizar el funcionamiento fluido de los mercados, "La nueva política europea de competencia" en BENEYTO PÉREZ, J.M y MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J. *El nuevo Derecho comunitario y español de la competencia*, Bosch, Barcelona, 2002, Págs. 15-26.

¹⁴⁸ La integración económica parte de la superación de las barreras que convierten los mercados nacionales en compartimentos estancos y una de ellas es precisamente el mantenimiento de derecho de exclusiva en la prestación de determinados servicios. A todo ello se le añade la conexión existente entre la función integradora reconocida al derecho de la competencia europeo y el proceso político-económico que implica la liberalización en tanto primer paso necesario para la creación de un estadio de competencia suficiente para poder decir que existe, si quiera, un atisbo de estructura de mercado y de unión económica entre los Estados miembros.

¹⁴⁹ Vid. FERNÁNDEZ ORDOÑEZ, M.A., *La competencia*, Alianza, Madrid, 2000, Pág. 8.

Sin embargo, la consecución de unos niveles efectivos de bienestar social dejó de funcionar desde los años 80 como motor de la iniciativa pública en materia económica y desde entonces se iniciaría una espiral que conduciría a la actual pérdida del valor de lo público como justificación del mantenimiento del hasta entonces modelo de servicio público, y que forzaría el cambio de algunos de los principios en los que se basaba tal regulación¹⁵⁰.

Por otra parte, desde una perspectiva política, la conquista de derechos llevó a la teoría política del liberalismo a su máxima expresión, la propiedad privada¹⁵¹ como valor que da sentido al ejercicio de la libertad económica. Esta máxima llevada a sus últimas consecuencias resultaría en la contraposición entre la libertad individual y el concepto de lo público que, hasta entonces, parecían convivir en estable armonía.

No podía ya entenderse el desarrollo de la libertad -que toma como base la propiedad- ante la presencia del elemento público¹⁵², dado que toda connotación a la "*res publica*" subordinaba la libertad individual a un interés superior como es el interés público que, como ya avanzamos en el capítulo anterior, no puede identificarse sin más con la suma de los intereses privados.

Lo que nos interesa en este sentido es indagar en el "*leitmotiv*" de ese

¹⁵⁰ Vid. ARIÑO ORTIZ, G., *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons, Madrid, 1993, Págs. 26-62.

¹⁵¹ En este sentido resulta de interés la opinión de Henri Lepage -citado por DE LA CRUZ FERRER, J., *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002, Pág. 95, cuando afirma que la propiedad es el soporte del ejercicio del resto de derechos fundamentales, en concreto la libertad y la igualdad.

¹⁵² Es decir, no nos referimos a que la propiedad exija necesariamente una titularidad pública, sino a que el desarrollo de la libertad privada no resulta compatible, salvo determinados casos como podría ser la tutela de los derechos de propiedad industrial, con el mantenimiento de derechos de explotación en exclusiva.

cambio, porqué esa convivencia entre lo público y lo privado, y más concretamente entre el servicio público y la iniciativa económica privada, se rompe y cómo el criterio de la eficiencia, que hasta entonces parecía limitarse a operar como criterio de actuación al ámbito de la economía privada, penetra en el sector público y fuerza al cambio en la gestión de los antiguos monopolios estatales.

Precisamente, si en la primera parte del presente estudio nos deteníamos en los elementos configuradores del mercado y en el modo en que se iba haciendo patente la intervención del Estado en él; en esta segunda parte la operación es la inversa, de lo que se trata es de descubrir cómo el Estado ha ido devolviendo las parcelas de actividad económica que le corresponden a la iniciativa privada y cuáles serán las bases sobre las que desde ese momento apoyará su acción en el mercado.

Con este fin, dividiremos esta segunda parte en dos capítulos:

- Un primero destinado a abordar el camino seguido en la liberalización de la actividad del sector de las telecomunicaciones: la liberalización de servicios, con especial interés en aquellos aspectos en los que la convivencia entre el interés público y los intereses privados resulte más problemática como son los límites a la iniciativa privada, que vienen representados por el modelo de servicio universal como heredero del antiguo servicio público y en el que deben incidir los criterios propios del derecho de defensa de la competencia para no convertirse en una nueva

forma encubierta de intervencionismo estatal¹⁵³ bajo el pretexto de la necesidad de mantener una vigilancia constante sobre este sector.

- Un segundo que se centrará en los mecanismos que aseguran la libertad de entrada al mercado y esa libre prestación de servicios: la oferta de red abierta y la obligación de interconexión.

Vemos así que, para entender el proceso de liberalización en su justa medida no basta con conformarse con una lectura económica (dejar que la iniciativa privada llegue donde la mano del Estado no alcanza), sino que se nos fuerza a hacer un ejercicio de interpretación multifocal que es lo que inspira la línea argumental que seguiremos en esta parte.

1.1. La tercera revolución industrial: contexto económico de la liberalización

El primer contexto en que debemos situar el proceso de liberalización es el marco económico; sin embargo, dado que profundizar en todas y cada una de sus características excedería del objeto de esta investigación, limitaremos este apartado a los principales hitos que nos permiten referirnos a la tercera revolución industrial y, si se quiere, económica.

La principal característica de los actuales escenarios económicos radica en su marcado carácter globalizador, es precisamente la capacidad que tienen hoy en día las empresas de actuar casi como si no existieran fronteras o

¹⁵³ En el mismo sentido DE LA CRUZ FERRER, *op. cit.*, Pág. 80 cuando limita la actuación del Estado a agente catalizador del crecimiento económico.

barreras en los distintos mercados nacionales, uno de los motivos que se han aducido para justificar el proceso de “*despublicatio*” de los actuales modelos de economía social de mercado.

En esta línea, el proceso liberalizador obedece a un claro objetivo económico, y es que la limitación que el Estado ejerce sobre los operadores privados, aún en defensa del interés público, no puede entenderse en un contexto en que las empresas nacionales deben adquirir tamaño suficiente para competir con las entidades extranjeras.

Por globalización se suele entender aquel proceso de acercamiento de las naciones en el que las fronteras, del tipo que sean, se desvanecen constituyéndose una “pseudo” macroestructura social conocida como “aldea global”.

Decir que la globalización es uno de los factores que han motivado el planteamiento del papel del Estado, no ya sólo en la economía, sino también en la sociedad sería decir poco; la verdadera aportación que ha hecho este fenómeno a nuestro objeto de estudio consiste en la ruptura de las barreras al conocimiento, conocimiento que ha venido a sustituir el papel que en su día desempeñaron las mercancías o los recursos¹⁵⁴.

Efectivamente, el conocimiento es la base de la futura economía y siendo esto así, no cabe imaginar al Estado, en su papel de mero prestador de actividades, como motor de generación de dicho conocimiento.

¹⁵⁴ En este sentido Vid. DE LA CRUZ FERRER, *op. cit.*, Págs. 38-41.

El capital intelectual que generan las actividades de I+D procede de la iniciativa privada que es quien dispone del mejor aliciente para desarrollarlas cual es el mercado y, a corto plazo, el beneficio. Esto explicaría porqué las actividades que resultan en bienes susceptibles de comercio disfrutan de una mayor labor de investigación, en tanto que otros bienes como pueden ser la defensa o la educación¹⁵⁵ se han venido dejando en manos del Estado.

Al Estado le corresponde en todo caso tutelar esa creación intelectual, fomentarla en los casos en que la iniciativa privada no actúe, pero en ningún caso puede sustituir la labor de la empresa privada. En este sentido, sí puede decirse que la actividad pública resulta ineficiente en los actuales marcos económicos, pues habitualmente no encuentra forma de llevar a cabo procesos de generación de conocimiento autogestionados o de aplicación del mismo, mientras que la empresa privada sí.¹⁵⁶

Mientras que en épocas anteriores el control de las materias primas o de los recursos escasos justificaba la reserva o el control por parte de poder público, el nuevo "input" –el conocimiento- no requiere de dicha tutela, al menos no en el sentido de dirigir su producción o distribución; esto explicaría por qué a la gestión de ese nuevo valor económico se le exige un nuevo marco dominado por la iniciativa privada.

La evolución de las telecomunicaciones, no ya sólo en España sino en toda Europa viene, en cierto modo, a corroborar la afirmación anterior. El

¹⁵⁵ Apuntar tan sólo, dado que no es objeto de nuestro estudio, que caso distinto sería la sanidad por la particular consideración de servicio público que tiene.

¹⁵⁶ Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en la telefonía móvil. Años antes de la apertura de este mercado y de la concesión de licencia al segundo operador, Telefónica ya había investigado en esta materia pero sin darle una aplicación de mercado, luego el desarrollo tecnológico existía pero el aliciente a su desarrollo -esto es el mercado- no.

desarrollo de sistemas más efectivos de aprovechamiento de recursos escasos como es el espectro radioeléctrico (banda ancha, tecnología LMDS o UMTS) o la convergencia de los diferentes sectores de comunicación, difícilmente se entenderían al margen del proceso de liberalización.

Otro de los planteamientos económicos que explican el nuevo modelo de gestión de estos servicios reside en la necesidad de contar con sistemas alternativos de financiación, sobre todo por lo que se refiere al desarrollo de las infraestructuras necesarias para la prestación de los servicios de telecomunicación.

España padecía una situación de escasez de redes de infraestructuras de telecomunicaciones en comparación con el resto de Europa, y el Estado, cuyos fondos provienen casi en su totalidad de las contribuciones públicas, no parecía ser el actor más indicado para llevar a cabo su necesaria reforma. ¿Quién mejor por tanto que los nuevos operadores para asegurar que, a la vez que los consumidores pudieran disponer de agentes alternativos y servicios diversos, nuestra geografía pudiera contar con una mayor cobertura de telecomunicaciones?¹⁵⁷.

Ya no es tan sólo la necesidad de mejorar este aspecto, sino de asegurar que esas infraestructuras seguirán ampliándose e incorporando elementos novedosos que mejoren la calidad del servicio prestado, lo que exige la reserva de actividad a la iniciativa privada.

¹⁵⁷ Precisamente las primeras licencias otorgadas preveían la realización de unas determinadas inversiones a fin de extender las infraestructuras de comunicación.

Junto a la necesidad de capital privado para asegurar la mejor inversión se sitúa la capacidad que dispone la empresa privada para llevar esas inversiones a su mejor aprovechamiento.

1.2. El nuevo Estado social: ¿pérdida del protagonismo del Estado?

Si en algo puede caracterizarse nuestro recién estrenado siglo es en la institución de un régimen de corresponsabilidad del ciudadano para con lo que hasta entonces habían sido obligaciones exclusivas del Estado.

Esta circunstancia se identifica con la llamada “*despublicatio*”¹⁵⁸ o cesión de la prestación de actividades públicas al ámbito privado, al mismo tiempo que presupone una nueva manera de entender la responsabilidad del Estado frente a éstas.

Este fenómeno ha comportado en la práctica dos consecuencias fundamentales: la primera, es la forma en que estos servicios se prestan y el nuevo rol que deberá adoptar el poder público; la segunda, consiste en la creación de instituciones específicas de regulación del sector.

En efecto, al Estado ya no le corresponde la prestación de servicios públicos, sino la garantía de que los servicios “privatizados” tendrán carácter universal, es decir, que todos los ciudadanos puedan tener acceso a los mismos en unas determinadas condiciones no discriminatorias pero en la medida que determinen las entidades privadas que los prestan. En esta

¹⁵⁸ Vid. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L. y ARIÑO ORTIZ, G., *La competencia en sectores regulados. Regulación empresarial y mercado de empresas*, Comares, Granada, 2003, Pág.14.

calificación radica precisamente la diferencia entre el régimen anterior y el presente: ahora son los operadores privados los que en cierto modo determinan la manera en que esos servicios se van a desarrollar¹⁵⁹, si bien al Estado le corresponde garantizar la igualdad en la oferta.

La universalidad se transforma de esta manera en un límite, a la par que en un referente para la iniciativa privada por cuanto, sin llegar a coartarla, la dirige hacia la consecución de fines estrictamente públicos que podrían calificarse como los remanentes del viejo concepto de servicio público, dándose de esta manera el cumplimiento de los objetivos que persigue el fenómeno de la *despublicatio*, esto es, el Estado, pese a renunciar a su prestación, mantiene la responsabilidad que tradicionalmente ha tenido sobre ellos.

Este proceso se manifiesta de formas diversas entre las que destacan, para lo que interesa a nuestro estudio:

- La imposición de obligaciones de separación de la gestión de los servicios o la propiedad de los medios: en el primer caso se prescribe una separación contable y de gestión de las diferentes actividades desempeñadas por una misma empresa, mientras que en el segundo caso las medidas afectan a la propia estructura empresarial, promoviendo una desintegración vertical de

¹⁵⁹ El marco normativo garantiza la universalidad del servicio pero sin hacer referencia expresa a la calidad exigible como mínimo en su prestación por lo que se deja la puerta abierta para que sea el avance tecnológico protagonizado por los operadores privados el que determine que calidad debe tener el servicio que como mínimo debe prestarse a todos los ciudadanos.

los operadores mediante la separación en la titularidad de las diferentes actividades. De esta situación resulta la creación de grandes conglomerados empresariales dedicados a las diferentes actividades relacionadas con un mismo sector, si bien limitando la participación en el capital de las distintas empresas entre sí.

- La prohibición de actividades. La existencia de un mismo capital en empresas que operan en distintos sectores estratégicos ha llevado a imponer limitaciones que incluyen la prohibición de prestación de actividades o la imposición de máximos de porcentaje accionarial.
- La adopción del principio de transparencia de actividades a fin de evitar la existencia de subvenciones cruzadas de las actividades reguladas a las no reguladas¹⁶⁰.

Con la liberalización, el Estado deja en manos de la competencia privada la estructura y el funcionamiento del mercado. El mayor protagonismo que irá adquiriendo en este sector el derecho de defensa de la competencia frente a la normativa de policía administrativa puede llegar a identificarse como la última parcela en la que la aspiración de fines públicos incide en la economía.

Recuérdese que en los últimos años hemos venido asistiendo a un proceso de pérdida de protagonismo del Estado en la determinación de algunas condiciones macroeconómicas, que se ha ido sustituyendo por una

¹⁶⁰ Este fenómeno se produce cuando los beneficios asegurados que proceden de los servicios a tarifa se imputan a las posibles pérdidas procedentes de la gestión de los servicios en régimen de competencia.

participación más directa en los ámbitos referidos como microeconomía¹⁶¹, en este sentido, siguiendo al comisario Monti, *“la política de competencia se ha convertido en un instrumento microeconómico que, a nivel general, se puede utilizar en el contexto de las políticas referentes a la oferta para promover la expansión de la producción y el empleo potenciales”*¹⁶².

La segunda consecuencia es de carácter institucional, la administración de estos sectores ha sufrido un proceso de especialización y tecnificación constituyéndose comisiones reguladoras especiales para cada uno de los mercados liberalizados (NRA) cuyas funciones van más allá de la mera verificación del cumplimiento de las condiciones técnicas requeridas para el ejercicio de la actividad.

Las potestades de que se ha dotado a estos órganos les hacen operar en la práctica como vigías del mercado, anticipándose incluso a las actividades que se llevan a cabo en él y que pueden entorpecer el desarrollo de la competencia. En este sentido es destacable la labor del legislador que, preveyendo algunos de los problemas que se han venido manifestando, dota a estos organismos de la cualidad de árbitro en la resolución de determinados conflictos ahorrando así la necesidad no ya sólo de acudir al proceso, sino también del coste de la ausencia de acuerdo entre las partes¹⁶³.

Interesará pues analizar el papel que desempeñan estos organismos en la

¹⁶¹ La difícil relación entre estos dos tipos de política ya ha sido puesta de manifiesto en la Parte I.

¹⁶² Esta afirmación debe relacionarse con el carácter instrumental que tiene el derecho de la competencia europeo que, a diferencia del derecho antitrust americano que considera la competencia como un fin en sí misma, le otorga un papel fundamental en la consecución de los verdaderos fines de la Unión, como son el crecimiento económico o el fomento del empleo.

¹⁶³ Así ocurre por ejemplo en el marco de las negociaciones privadas de los acuerdos de interconexión.

vigilancia del mercado y sobre todo las relaciones de estos órganos con otras instituciones como son el Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio, puesto que será menester establecer una acción coordinada de ambos a fin de evitar duplicidades en las tareas de investigación y prevención de conductas anticoncurrenciales.

1.3. La democracia económica como nuevo valor del Estado: revalorización del Derecho de defensa de la competencia y liberalización de mercados

Si bien no puede decirse que la democracia como valor jurídico sea una creación de finales del S.XX, sí puede llegar a afirmarse que, con el progresivo abandono de la influencia socialista en Europa, la democracia como valor del Estado y sobre todo, a nuestros efectos, como principio inspirador de la intervención estatal en el mercado, ha venido ganando terreno a otras consideraciones como son la tutela del interés público o la sustitución de la iniciativa privada, bastiones de la intervención estatal.

La necesidad de dotar de un margen de actuación a la libertad individual se ve satisfecha con la adopción del valor de la democracia en la creación de nuevos mercados.

Efectivamente, si nos fijamos en las características que definían determinados sectores como las telecomunicaciones o los recursos energéticos, todas ellas nos conducen a pensar que, en tanto era el Estado quien determinaba cuánto se producía, cómo se producía y en qué manera se

distribuía¹⁶⁴, no podía afirmarse en ese contexto que en dicha actuación se tuviera en cuenta la tutela de la democracia por lo que de respeto a la iniciativa privada se refiere.

La democracia implica un previo reconocimiento de derechos individuales que, a su vez, operan como base de toda estructura de mercado¹⁶⁵. La liberalización, que implica el reconocimiento de una facultad de actuar¹⁶⁶, siempre tendrá como resultado la consecución de un estadio de competencia, si quiera incipiente, que permita a los nuevos entrantes poder llegar en su día a encontrarse en condiciones de sustituir a los productos que hasta el momento venía suministrando el monopolista.

Se ha llegado a decir que los procesos de liberalización tienen como principal objetivo la generación de competencia, mas realmente lo que debe implicar este proceso es la extensión de la democracia entendida como respeto a los derechos individuales y concesión de parcelas oportunas en las que éstos puedan desarrollarse.

La competencia no es por tanto un valor que pueda perseguir el Estado por la mera adopción de una regulación determinada frente a otra, porque aquélla siempre será el resultado de la acción privada no pública; el Estado no puede imponer patrones de conducta que entienda competitivos porque la

¹⁶⁴ Ejemplo clarísimo de lo anterior resultaba el sistema de gestión de la energía eléctrica dominado por un sistema de planificación que poco a poco fue cediendo protagonismo a la iniciativa privada culminando con la creación del mercado ibérico de la electricidad en el 2004.

¹⁶⁵ *Vid.* Parte I.

¹⁶⁶ Facultad, que no derecho. Éste preexiste desde el momento en que de alguna manera se haya reconocido la libertad de empresa, lo que varía con el tiempo, es la extensión de las facultades derivadas de su reconocimiento y que es lo que nuestra propia Constitución prevé al afirmar junto a su existencia, su ejercicio supeditado a lo que en cada momento se interprete como Economía de Mercado y a los límites derivados de la potestad planificadora del Estado.

competencia no es un estadio, sino un proceso¹⁶⁷ y, como tal, ha de venir definido por la actuación, que en el marco de las facultades reconocidas por el Estado puedan desarrollar los operadores privados.

Fruto de esta nueva valoración “evolutiva”, si se quiere, del proceso competitivo, debe entenderse la reciente reforma del derecho sustantivo y procesal comunitario de la competencia.

La nueva valoración de las conductas que pretende la Comisión está presidida por la necesidad de otorgar al juicio concurrencial de un mayor tratamiento económico basado en los efectos reales que las conductas sancionables producen en el mercado y no en la mera constatación del cumplimiento de unas condiciones técnico-jurídicas que parecían más la traducción legal del paradigma de la competencia perfecta que la respuesta a los problemas que plantea la ausencia de una situación de competencia efectiva.

De esta manera, cuando afirmamos que la legislación antitrust tiene como finalidad la defensa de la competencia como base de nuestra Economía de Mercado, en realidad no nos estamos refiriéndonos a un valor jurídico como tal, sino a un resultado económico cuyo grado dependerá: por una parte, de la capacidad de reacción del propio mercado ante las conductas de los operadores privados; y por otra parte, del margen de autonomía que la normativa económica conceda a la libertad privada.

¹⁶⁷ Precisamente uno de las fracturas reconocidas a la teoría económica de la competencia perfecta era el considerar que podía establecerse un modelo que las normas pudieran tomar como referencia y que, con los años, se demostró como principal fracaso de las políticas económicas, entre ellas el considerar que el monopolio como estructura de mercado resulte *per se* dañino, hecho que llevó a la jurisprudencia a matizar la extensión de su penalización con

El verdadero valor jurídico que las normas de defensa de la competencia representan es la democracia en los mercados y hacia su preservación debe enfocarse la actuación del Estado. Es precisamente en ese contexto en el que pueden entenderse las diferentes funciones que se reconocen a este sector normativo¹⁶⁸.

Si, por otra parte, la normativa de defensa de la competencia siguiera interpretándose limitadamente a la defensa de la competencia como valor económico y social, no resultaría en una categoría propia y diferente de la tradicional regulación económica interventora¹⁶⁹.

El nuevo papel que desde esa perspectiva adquiere nuestra disciplina implica no sólo la superación de viejos desacuerdos como es el propio concepto sobre el que recae, sino que además permite una continua adaptación de la normativa sobre la base de que su valor jurídico, esto es la democracia, un término que debe interpretarse de manera evolutiva a la par que el propio modelo de organización social se adapta a los nuevos tiempos.

Un ejemplo del nuevo enfoque que debe darse a este conjunto normativo lo encontramos en el mismo proceso de liberalización. El legislador comunitario y, por ende el español, partían de la base de que el mantenimiento de derechos exclusivos en sectores estratégicos y susceptibles de crecimiento económico impedía, no sólo el desarrollo de un mercado europeo de las

criterios de medida como la *rule of reason*. Para ver la evolución desde el modelo de competencia perfecta al modelo de competencia practicable *Vid.* Parte I.

¹⁶⁸ *Vid.* FIKENSTCHER, W., "Las tres funciones del control de la economía", *Revista de Derecho Mercantil*, (1984), Págs. 459-486. Traducción a cargo de FONT RIBAS, A.

¹⁶⁹ Una adecuada clasificación de la diferente naturaleza de esta normativa la encontramos en DE LA CRUZ FERRER, *op. cit.*, Pág. 135-145.

telecomunicaciones, sino también el de otros sectores más “maduros” (como la radio, la televisión, editorial) que, con la creación de aquellos mercados se han llegado a beneficiar de las novedades tecnológicas que en un principio se habían desarrollado para ser explotadas en estos sectores (televisión digital, mercado de servicios audiovisuales).

Con la liberalización de las telecomunicaciones no sólo se ha beneficiado el mercado de los servicios de comunicación, sino otros mercados que guardan conexión tecnológica con éstos y que tal vez por sí solos no hubieran sido capaces de crear otros mercados “derivados”.

Esta traslación de los beneficios propios de un sector a otros, directa o indirectamente relacionados con él, es fruto de una auténtica democratización de mercados, puesto que las ventajas derivadas del esfuerzo de unos pocos revierte en el beneficio de unos muchos o, lo que es lo mismo, toda la sociedad participa de forma casi directa de las concesiones individuales.

Por otra parte, la adopción de la búsqueda de la democracia como finalidad de las normas que inciden en el mercado nos permitirán alejarnos definitivamente del modelo económico de competencia perfecta que sustentaba su existencia en la presencia de “fallos” en el mercado que nadie, aparte de la intervención pública, era capaz de solventar.

Lo que justifica ahora el mantenimiento de la regulación económica no es la existencia de fallos en el mercado, sino la garantía de la democracia en los procesos de transacción, máxime cuando una de las partes - el consumidor - se encuentra con su poder de negociación prácticamente anulado por la

necesidad perentoria de contar con unos servicios cuyo suministro antes estaba totalmente garantizado por el Estado.

Prescindir de un modelo teórico sobradamente descalificado permite al legislador actuar de manera más acorde con las necesidades reales del mercado en cada momento en que se requiera su previsión.

Ahora bien, pese a que en líneas generales podría decirse que el proceso de liberalización opera como buen botón de muestra de lo que es este nuevo modo de entender la intervención estatal en el mercado, son varias las cuestiones que aún deben ser examinadas para verificar si verdaderamente la nueva línea democrática se ha impuesto en la manera en que el legislador aborda la regulación de los factores que inciden en el ejercicio de la libertad de empresa.

Una de esas cuestiones, a la que dedicaremos el capítulo I de la presente parte, es la conveniencia de la introducción escalonada de factores que fomentan la competencia en este sector. Para ello haremos un breve repaso de los momentos que pueden definir el cambio de voluntad legislativa y sobre todo, las razones que han llevado al legislador a optar por diferentes medidas regulatorias que en modo alguno, como veremos más adelante, pueden llevarnos a concluir que estos mercados alcanzarán un nivel de competencia y autonomía comparable a los niveles que presentan otros sectores.

Igualmente, referenciaremos otro de los factores jurídicos que, junto con la extensión del valor que representa la democracia a los mercados, configura los

nuevos principios sobre el que se articula el proceso de liberalización, como es el nuevo significado que adquiere la concepción de lo público.

Junto al reconocimiento de la libertad económica en el sector, adquirirá mayor importancia si cabe, la necesidad de asegurar su ejercicio, y que será objeto de estudio en el segundo capítulo. Analizaremos cómo ha contribuido la intervención pública a la conformación de esos factores y, en su caso, propondremos reformas que puedan satisfacer las diferentes lagunas que se presenten.

CAPITULO I

HISTORIA DEL PROCESO DE LIBERALIZACIÓN

En este punto se pretende abordar los pasos legislativos que se han venido sucediendo hasta el actual marco regulatorio con el que se completa el proceso de liberalización del sector.

Dado que la finalidad del presente trabajo de investigación es presentar la manera en que se manifiesta actualmente la convivencia entre Estado y Mercado y la mejor comprensión de la participación de aquél en éste, a través del análisis de su responsabilidad para con los tradicionales servicios públicos, debe advertirse que en este apartado tan sólo se hará una especial observación de las decisiones y medidas legislativas que afectan a los que se consideran los dos puntos esenciales en que se basa el nuevo modelo regulatorio del sector de las telecomunicaciones, como es la gestión de la red e infraestructuras de comunicación, y la prestación de los tradicionales servicios públicos.

1. Primer marco regulatorio: 1987-1990

Tradicionalmente, la importancia económica que representaba la gestión de los servicios de telecomunicación y, en general, la prestación de todos los servicios propios de los sectores recientemente liberalizados, hizo de Europa un mosaico de mercados estancos sobre los que existía un fuerte nivel de intervención estatal, no sólo en lo relativo al suministro del servicio (derivado

de su carácter público), sino también en lo referente a las necesidades a satisfacer y los medios de que se disponía para ello.

La Comunidad era consciente de que el crecimiento del sector pasaba por la liberalización de los mercados y la redefinición del papel interventor del Estado, sin embargo, debía optarse por una política prudente, que estableciera diferentes fases en la consecución de un verdadero mercado y así:

- En 1988 se aprueba la liberalización del mercado de equipos terminales.
- En 1990 los servicios de valor añadido.
- En 1994 y 1995 se añadirían al marco liberalizado las comunicaciones móviles y las comunicaciones por satélite.
- En 1996 se produciría la liberalización integral del sector que afecta especialmente al servicio de telefonía básica y las infraestructuras

Los grandes objetivos a que obedece el cambio de orientación en la consideración de estos servicios son los siguientes:

- La necesidad de obtener una mayor integración de los mercados nacionales.
- La desregulación del sector como medio para incrementar su rendimiento económico.
- La limitación de la intervención pública a lo estrictamente necesario para salvaguardar el interés y el bienestar público.
- La garantía de un desarrollo continuado del sector.
- El beneficio del consumidor.

- La mejora en la cohesión económica y social de los Estados miembros al fomentar el rendimiento de aquellos sectores que lo hacen posible.

De esta serie de objetivos se deduce que la nueva orientación del sector pretendía compaginar la competitividad como motor económico con la seguridad en la prestación del servicio, lo que obliga a replantearnos qué debe entenderse por esfera pública, por cuanto de ello dependerán las funciones que se reserven al Estado en estos nuevos mercados.

Para poder entender cómo ha seguido este proceso se hace preciso realizar, en primer lugar, un repaso a los diferentes marcos normativos.

La Declaración¹⁷⁰ del Consejo de la CE de 1984 fue el detonante del proceso de reconstrucción del sector de las telecomunicaciones en Europa que se inicia con la introducción de un régimen de desarrollo armonizado de los servicios de telecomunicaciones, reducidos al tratamiento y transmisión de datos numéricos y la necesidad de una actuación conjunta de las diferentes administraciones de los Estados miembros, a fin de crear un mercado dinámico limitado, en este estadio, a los equipos de telecomunicaciones.

Años más tarde, en 1987 aparecería el primer gran documento en materia de política comunitaria en el sector, el Libro Verde de las Telecomunicaciones¹⁷¹ que, además de hacer realidad la previsión de un mercado de equipos y terminales de telecomunicaciones, vendría a señalar las

¹⁷⁰ Declaración del Consejo 84/549/CEE DOCE L núm.298, de 16 de noviembre de 1984.

¹⁷¹ COM (87) 290 final (30 de junio de 1987). No publicado en el Diario Oficial. A falta de un documento oficial, la versión utilizada en este trabajo se basa en el resumen contenido en la documentación elaborada y publicada por los servicios jurídicos del Congreso de los Diputados para la elaboración del Proyecto de Ley General de Telecomunicaciones.

líneas básicas de la nueva regulación, y cuyas declaraciones serían llevadas a la práctica con la aprobación del primer paquete normativo destinado a la creación de este mercado, dentro del cual destacarían:

- La Directiva sobre competencia en los mercados de terminales de telecomunicaciones¹⁷².
- La Directiva sobre la Oferta de Red Abierta¹⁷³, en adelante Directiva ORA.
- La Directiva sobre liberalización de servicios de valor añadido¹⁷⁴.

Resulta de interés analizar las previsiones contenidas en este documento porque constituyen las piezas fundamentales, no ya sólo del proceso legislativo posterior, sino incluso del marco regulatorio actual¹⁷⁵.

Téngase en cuenta que dichas previsiones arrojan luz sobre cuáles eran los objetivos finales de este proceso de modificación, no ya sólo del régimen jurídico del sector, sino de la propia estructura del mercado, como son: el fomento del desarrollo económico de la Comunidad, la creación de mercados competitivos y la consecución de un mercado interior, para lo que resultaba condición ineludible fortalecer las telecomunicaciones europeas.

Asimismo, la acometida del sector debía tener en cuenta una serie de circunstancias de base como eran:

- La diferente reglamentación existente en los distintos Estados miembros.

¹⁷² DIR 88/301/CEE DOCE L núm.131, de 27 de mayo de 1988.

¹⁷³ DIR 90/387/CEE DOCE L núm.192, de 24 de julio de 1990.

¹⁷⁴ DIR 90/388/CEE DOCE L núm.192, de 24 de julio de 1990.

¹⁷⁵ En este sentido, Pierre Laroche concibe las declaraciones del Libro verde como las bases (hardcore) o núcleo de la política comunitaria en materia de telecomunicaciones. LAROCHE, P., *Competition Law and regulation in european telecommunications*, Hart Publishing, Oxford, 2000, Pág. 4.

- La necesidad de emplear los medios previstos en los Tratados para conseguirlo (disposiciones relativas a las medidas de armonización y aplicación del derecho de defensa de la competencia).
- El contexto internacional.
- Las consecuencias sociales de la nueva estructura del sector.

Siendo por tanto necesaria una reforma, el primer punto a determinar era el futuro contexto en el que se iban a desarrollar las actividades de telecomunicaciones. Las alternativas resultaban claras, o se mantenía el marco regulatorio existente –sometiendo por tanto estas actividades a un entorno reglamentado– o se creaba un entorno competitivo en el que, sin desaparecer totalmente la intervención estatal, se limitara su presencia allí donde fuera estrictamente necesaria (como era el caso de la gestión de la red y la explotación de los servicios básicos).

La Comunidad optó por un sistema mixto, combinando la intervención reglamentaria del Estado, con la incipiente aparición de actividades sometidas a la disciplina del mercado, y por tanto, al derecho de defensa de la competencia.

De este modo, las futuras medidas a adoptar por la Comunidad se sometían a dos grandes referentes: por una parte, la presencia pública en el sector, y por otro, la introducción de un régimen de competencia en determinados servicios.

1.1. La necesidad de mantener la presencia pública en el sector

El incipiente proceso de liberalización no podía pretender crear sin más un mercado partiendo del contexto referido anteriormente. El alcance gradual de un sistema competitivo requería la cesión progresiva de competencias del Estado a los operadores privados. En esta primera fase, representada por el Libro verde de 1987, se combinaría la necesaria participación del poder público en el pulso por llevar la competencia al sector, con el dinamismo que caracteriza a los operadores privados.

La vinculación pública al sector se mantendría a través de:

- El mantenimiento de derechos de exclusiva en lo que se refiere a la gestión (tanto oferta como explotación) de la red
- La prestación de determinados servicios básicos

1.1.1. La gestión de la red

En relación con el régimen jurídico de la red de telecomunicaciones, la intervención pública se mantendría en cuanto a la gestión planificadora y prestadora de servicios de infraestructuras por entenderse, que sería el Estado el mejor garante de un desarrollo ordenado de estos recursos, esenciales para el funcionamiento del mercado.

Ahora bien, como quiera que la intervención privada en estos nuevos mercados podía encontrar puntos de fricción con el mantenimiento de estas situaciones de monopolio (público), los principios a los que hasta entonces

respondía la intervención pública tradicional debían modificarse, orientándose hacia un modelo *cuasiprivado* de gestión. En efecto, el nuevo modelo resultaría de la combinación:

- Por un lado, en lo referente a la gestión de la red nacional, de la pervivencia de los monopolios estatales sometidos al cumplimiento de determinadas obligaciones públicas¹⁷⁶, a fin de salvaguardar la participación en el mercado de los agentes privados

Así pues, en materia de gestión de la red nacional, desde el momento en que la infraestructura en que se apoyaban los servicios, no sólo los considerados básicos (públicos), sino también los nuevos servicios que se desarrollarían en un régimen de competencia, se mantenía bajo el control público, se garantizaba la salvaguarda de objetivos de servicio público que tuvieran encomendados los distintos Estados.

Pero por otra parte, como la prestación de servicios dejaba de limitarse al sector público para dar entrada a la oferta de los agentes privados, se requería establecer unos requisitos mínimos¹⁷⁷ que aseguraran, por un lado, que la gestión pública de la red no entorpecería la prestación privada de servicios y, por otro lado, que la posición dominante de los monopolios públicos no constituiría una rémora al desarrollo competitivo del mercado, máxime desde el momento en que la administración podía ofrecer los

¹⁷⁶ Resulta curioso observar cómo las obligaciones públicas, que por lo general se imponen a sujetos privados, en este caso, se exigen a entidades públicas, lo que las califica como instrumentos de auténtico servicio al interés general, más allá de la función pública asignada al Estado.

¹⁷⁷ Requisitos mínimos que se esbozarían en la Directiva ORA y que se dirigirían a garantizar la relación paritaria entre los monopolios de infraestructuras y los proveedores privados de servicios, fundamentalmente por lo que se refiere a las condiciones de acceso a la red y las tarifas de uso de la misma.

mismos servicios que los agentes privados en los servicios no reservados exclusivamente a ésta¹⁷⁸.

Distinto régimen se requeriría más adelante, cuando se manifestara que la infraestructura, que estaba en manos de los monopolios públicos¹⁷⁹, quedaba en el futuro panorama privatizador, controlada por operadores privados, lo que comportaría una extensión del régimen de acceso (más adelante interconexión) ideado para un marco de gestión pública de la red, a los nuevos titulares privados.

Esta situación podría llegar a plantearnos como auténticos servicios públicos la obligación de interconexión de redes y el acceso a las mismas, conclusión que se deduce del hecho de que en este documento esos servicios se mantuvieran bajo gestión de los operadores públicos, no privados.

Si los gestores públicos de red estaban obligados a prestar esas actividades, quedando la red en manos privadas por efecto de la privatización, ¿cómo no exigir el mantenimiento de los servicios públicos a los agentes privados, siendo como es uno de los principales objetivos de la nueva regulación del sector, el desarrollo de una infraestructura paneuropea?

- Por otro lado, en lo referente al desarrollo e implantación de un sistema de red paneuropea, se seguiría una política de intervención mínima mediante

¹⁷⁸ Así pues, se recomienda la separación jurídica, en el seno de las administraciones, de las actividades de reglamentación y las de prestación de servicios.

¹⁷⁹ Téngase en cuenta que la elaboración del libro verde responde a un momento anterior a la política de privatizaciones llevada a cabo en la inmensa mayoría de los Estados miembros.

la aplicación de medidas de armonización combinadas con una acción de apoyo a la investigación privada.

De este modo se planeó, por una parte, el inicio de una política de armonización en materia de nuevas tecnologías¹⁸⁰ e infraestructuras paneuropeas y, por otra parte, el despliegue de una actividad de investigación, en este ámbito, sometido al marco de una actuación conjunta de los Estados.

En este sentido, se destacaba la necesidad de llevar a cabo una armonización de:

- Las condiciones técnicas de los equipos.
- Los mecanismos de determinación de las tarifas de los servicios de comunicación.
- Las condiciones de desarrollo y despliegue de la red (fundamentalmente con visos a la creación de una red paneuropea de telecomunicaciones).

Resultado de esta acción sería la posterior aprobación de un marco normativo¹⁸¹ (Directiva 96/19/CE) que regularía las nuevas infraestructuras de red como la banda ancha, las comunicaciones móviles digitales (GSM) o la red digital de servicios integrados (RDSI, y que se suponía que surgirían al amparo de esa política de intervención mínima en la inversión.

¹⁸⁰ Entre éstas destacamos: la red integrada de servicios digitales (ISDM), las comunicaciones móviles digitales paneuropeas (GSM), el *Pan European Paging* (ERMES), las telecomunicaciones digitales inalámbricas europeas (DECT) y, posteriormente, las comunicaciones móviles de tercera generación (UMTS).

¹⁸¹ Se acostumbra a decir que el derecho surge como respuesta a las necesidades del tráfico mercantil, en este caso el desarrollo de nuevos productos (redes) se debería realizar en un marco normativo que anticiparía las condiciones en que los operadores privados harían uso de ellos.

La oferta armonizada y controlada técnicamente del aprovechamiento de la red, que fue representada por el sistema de licencias como principal barrera de acceso al mercado, provocó que el desarrollo de nuevos servicios vinculados a mejores usos de la red básica, que en principio no deberían haber tenido más límite que las disposiciones del mercado, estuvieran condicionados por el contenido de estas licencias, que no han pretendido tanto precisar las condiciones de los servicios, como el uso de la red. El régimen impuesto por el paquete normativo 2002 ha venido a eliminar con acierto esa limitación al reconocer como mecanismo único de acceso la autorización, y al establecer el principio de neutralidad tecnológica en la regulación de redes y servicios.

El resultado de esta línea política no ha sido sino paradójico, porque resaltándose la necesidad de abrir a la competencia los nuevos servicios, al mismo tiempo se condicionó su efectiva consecución. El límite al desarrollo de nuevas redes pudo limitar también esos servicios, ya que la vinculación entre ambos resulta evidente.

Esta observación nos lleva a pensar que la Comunidad, si bien convencida de la necesidad de que el desarrollo económico del sector pasara por el sector privado, no extendía dicha confianza a la consecución de una infraestructura europea, y por tanto, al desarrollo tecnológico. La intervención del Estado seguiría presente en la determinación del grado de crecimiento del sector¹⁸².

¹⁸² Ejemplo claro de esta afirmación lo encontramos en las licencias de comunicaciones móviles de tercera generación que, habiéndose otorgado durante el año 2001, no han comenzado a extender su aplicación comercial hasta el presente 2004

Probablemente la importancia de alcanzar un desarrollo consensuado por todos los Estados hacia más conveniente mantener el control en este sector, de manera que la progresiva adopción de nuevas tecnologías de red alcanzara un grado suficiente de armonización en la Comunidad. Sin embargo, si bien adecuada en ese momento, esta técnica de intervención estatal debería haberse adaptado antes a la competencia incipiente en el sector, máxime cuando el mercado ha demostrado una gran rapidez en el desarrollo de nuevos servicios.

1.1.2. La Prestación de servicios básicos

El Libro Verde de 1987 señala la importancia de mantener el principio de exclusividad o régimen de derechos especiales en la prestación de un número limitado de servicios básicos, siempre que resulten esenciales para la salvaguarda de objetivos de servicio público.

Así pues, los servicios públicos, en este contexto de liberalización, no desaparecerían como tales, máxime cuando la gestión de las infraestructuras básicas se mantenía bajo el control público.

Pese a ello, hubiera sido deseable que la Comunidad se pronunciara acerca del concepto de servicio público. La consciente laguna que encontramos se justifica en tanto estos servicios entroncan directamente con las funciones del Estado en la economía, y por tanto, con el ámbito más privado de relación entre el Estado y su sociedad, extremo en el que la Comunidad no puede

intervenir, ya que constituye una parcela de la soberanía de aquéllos no renunciabile.

El marco político que justificaba la prestación pública de determinados servicios no se vería alterado por el marco normativo proyectado; no así los principios que regirían la actividad pública en el sector, principios que se resumen fundamentalmente en:

- Una interpretación restringida del concepto de servicio básico (de hecho, sólo se manifestó acuerdo respecto del servicio de telefonía vocal).
- Una revisión regular de su extensión en atención al grado de desarrollo tecnológico del sector.
- La necesidad de que la prestación de estos servicios no sirviera para que se extendieran monopolios incompatibles con lo dispuesto en los Tratados (de hecho, si bien se estaba pensando en monopolios de carácter público, la aplicación de esta previsión se ha venido centrando en la actuación de los operadores privados).

1.2. La introducción de un régimen de competencia compatible con la actuación del Estado en el mantenimiento de los servicios públicos.

En este punto interesa destacar varias cuestiones:

- En primer lugar, si bien la competencia o creación de condiciones de mercado parecía limitarse en esta primera fase, a los equipos y terminales, de la lectura de este texto, se hace patente la necesidad de crear un entorno competitivo para los servicios de comunicación que no se limite a

los ya existentes, sino que previera la incorporación de futuros servicios de valor añadido, fruto del desarrollo de nuevas tecnologías (servicios digitales y banda ancha), así como los derivados del proceso de convergencia de tecnologías (telecomunicación, audiovisual e informática).

- En segundo lugar, resultaba necesaria una convivencia entre servicios abiertos a la competencia y servicios públicos. De la lectura de las premisas establecidas en este documento parece desprenderse, como de hecho ya ha manifestado reiteradamente la Comunidad, que la actuación de las administraciones no constituye un obstáculo para la creación de mercados; luego la liberalización del sector no excluye *per se* la participación del Estado, bien como prestador de servicios públicos, bien como proveedor en régimen de competencia.

Así se entiende cuando el documento se refiere a la conveniencia de que las administraciones puedan ofrecer, junto con los proveedores privados, servicios abiertos a la competencia, o cuando se recalca la importancia de proteger el papel que tienen aquéllas, como proveedores de la infraestructura de red, o cuando se establece la necesidad de separar jurídicamente las actividades de reglamentación del sector y las de explotación.

También se hace preciso destacar cómo se pretende combinar ambas iniciativas – pública y privada – cuando, mientras que la oferta de redes parece que convenga mantenerse bajo gestión pública, las actividades de investigación se ceden al protagonismo de los operadores privados.

- En tercer lugar, se hace patente la dificultad que representa optar por un régimen en el que se diferencie entre servicios públicos y servicios abiertos a la competencia, dado que a la larga, puede implicar la cautividad de posibles mercados a manos de las administraciones públicas.

Esta observación trasluce de la necesidad manifiesta de tener en cuenta, en la elaboración del nuevo marco regulatorio, el proceso creciente de convergencia de tecnologías que impide establecer claramente qué debe entenderse por servicio básico y por ende, servicio público.

Finalmente, de todas estas medidas apuntadas anteriormente, se desprende que la propuesta regulatoria se orientaría hacia:

- El mantenimiento de derechos exclusivos del Estado por lo que se refiere a:
 - La gestión de la red, con la previsión de que, si en virtud de la autonomía concedida a los Estados para determinar el régimen de liberalización implantado en sus mercados, estos derechos quedaran afectados por la competencia, se debería salvaguardar ante todo la integridad de la red.
 - La prestación de determinados servicios “públicos” cuya interpretación deberá ser restringida, existiendo acuerdo de la Comunidad respecto al servicio telefónico vocal.
 - La apertura del resto de servicios a la competencia, en especial los denominados de valor añadido.

Veamos ahora el concreto desarrollo jurídico de las previsiones políticas del Libro verde de 1987.

La Directiva 88/301/CEE de 16 de mayo de 1988 relativa a la competencia en los mercados de terminales de telecomunicaciones.

En su aprobación, la Comisión puso de manifiesto dos circunstancias:

- Que el mantenimiento de derechos especiales o de exclusiva en el establecimiento y explotación de la red, había dado lugar a la creación de un monopolio insostenible sobre la base del Tratado de la Comunidad, por cuanto, el necesario respecto por los servicios de interés general, no podía utilizarse como argumento para defender la existencia de barreras a la libre circulación de los terminales de telecomunicación, siendo por tanto posible, la constitución de un mercado.

- Que dicho monopolio en el mercado de aparatos terminales incurría en una conducta de abuso que se manifestaba, por una parte, en la imposición de prestaciones suplementarias que no guardaban relación alguna con el objeto del contrato de uso de la red pública (imposición del alquiler del equipo frente a la posibilidad de compra que resultaba a la larga más ventajosa), y por otra, que se estaba limitando el mercado y el progreso del sector, al impedir a posibles competidores la oferta de sus productos (necesariamente el uso de la red estaba vinculado a la adquisición del terminal del mismo proveedor).

De este modo, con esta Directiva se pretendía imponer un mercado comunitario de los servicios terminales a fin de poner fin a las discriminaciones entre ciudadanos de los Estados miembros y a los impedimentos a las importaciones intracomunitarias y para ello resultaba imprescindible:

- Liberalizar el mercado de equipos terminales suprimiendo los derechos especiales o exclusivos que sobre los mismos gozaran los proveedores de red.
- Armonizar las condiciones técnicas de dichos servicios a fin de garantizar que no se impondrían restricciones al comercio intracomunitario, y que las transacciones de mercado de efectuarían en un marco transparente
- Constituir organismos independientes a cuyo cargo quedaría el establecimiento de las condiciones técnicas de los productos, la concesión en su caso, de autorizaciones para comercializar dichos productos, y los permisos necesarios para el ejercicio de la actividad.

La Directiva 90/388/CEE de 28 de junio de 1990 relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones

Ya hemos visto anteriormente cómo la liberalización de mercados se inicia con el mercado de terminales de comunicaciones, con esta nueva directiva, ese proceso se extiende por fin a los servicios, si bien en los términos que en este momento procedemos a examinar.

1. Gestión pública: en relación con los ámbitos en los que sigue presente la misma se debe distinguir:

- Derechos exclusivos o especiales sobre la gestión de la red: la situación no varía para el establecimiento y mantenimiento de la red, sin embargo este régimen no puede operar como límite a la libertad de servicios proyectada, debiendo ponerse fin a determinadas prácticas como son: la prohibición de conectar los circuitos arrendados a la red telefónica conmutada mediante concentradores, multiplexores y otras instalaciones, la imposición para esta conexión de derechos de acceso desproporcionados en relación con el servicio prestado, la prohibición de enviar señales desde o hacia terceros mediante circuitos arrendados, o en la aplicación de una tarifa en proporción a la utilización sin justificación económica, o en la negativa al acceso a la red de ciertos prestadores de servicios¹⁸³.

Por otra parte, se viene a reiterar la necesidad de que las limitaciones a la libertad de mercado respondan a exigencias esenciales de interés general y que sean aplicadas de forma no discriminatoria, señalándose de forma expresa, que la protección del consumidor no puede justificar restricción alguna. Asimismo, sólo se admiten como exigencias esenciales que puedan justificar posibles restricciones al uso de la red, su integridad, la seguridad de su funcionamiento, la interoperabilidad y la protección de datos, estableciéndose al mismo tiempo cuáles hayan de ser las interpretaciones de estos conceptos.

¹⁸³ Considerando 6ª Directiva 90/388/CE.

Es de destacar el hecho de que la Comisión considere que el suministro de servicios, consistente en la puesta a disposición de los usuarios de la red y los servicios de telecomunicaciones, constituye un mercado diferente respecto de la propia disposición de la red, basando su criterio en la sustituibilidad de productos.

Esta declaración nos lleva a pensar que desde el primer momento parecía descartarse la constitución de un mercado de redes. El mercado se centraría en los servicios que se hacen efectivos a través del uso de la red conmutada pública.

Esta situación llevaría en el futuro a que, mientras en el sector de servicios de valor añadido, los operadores se esforzaran por desplegar sus propias redes, en el ámbito de los servicios de telefonía fija, para evitar duplicidades ineficientes de infraestructuras, se impusieran obligaciones de interconexión (obligaciones de acceso).

Otra de las carencias importantes que se destacan en esta primera regulación del sector, es el anuncio de la innecesariedad de armonizar las condiciones de acceso a la red, a las que únicamente se le exigen que sean de carácter público, objetivo y no discriminatorio.

Esa ausencia de previsión daría lugar, por una parte, a la aplicación de diferentes sistemas de adjudicación de las licencias que trataremos más adelante y, por otra, a diversos problemas en relación con el uso compartido de redes, lo que obligaría a elaborar unas directrices generales para los futuros contratos de interconexión.

- Servicios públicos, si bien se reconoce su incompatibilidad con las disposiciones del Tratado, dado que no sólo limitan el desarrollo tecnológico, sino que acostumbran a imponer prestaciones suplementarias que no guardan relación con el objeto del contrato, se admite su persistencia sobre la base de que resultan imprescindibles para la consecución de determinados objetivos públicos como es el establecimiento y explotación de una red universal. En este ámbito se incluirán todos aquellos motivos de interés general que no tengan naturaleza económica.

Al mismo tiempo, se reconoce que los recursos de que disponen los titulares de las infraestructuras para su financiación proceden en su mayoría de la explotación del servicio de telefonía vocal, lo que lleva a pensar que resulta necesario su mantenimiento, hasta que no aparezcan mecanismos alternativos de financiación.

Esta situación nos conduce a una conclusión clara, el servicio de telefonía vocal retrasará su apertura a la competencia, como de hecho ha ocurrido, no tanto por considerarse un servicio público, sino porque resulta imprescindible que siga financiando el desarrollo de infraestructuras, que, en este momento, como recordaremos, constituye una de los objetivos esenciales del proceso de liberalización de las telecomunicaciones.

- Armonización técnica: se sigue la línea anterior tendente a la creación de un marco tecnológico común en los Estados miembros que garantice la competencia entre los mismos
- Creación de organismos autónomos que dirijan el proceso de armonización y la reglamentación del sector: el art. 7 exige a los Estados su constitución.

2. Liberalización de servicios

En el marco de esta Directiva se liberalizarían los servicios de telecomunicaciones distintos de los servicios de telefonía vocal¹⁸⁴, por lo que en este punto sólo se beneficiarían de la supresión de derechos exclusivos o especiales los llamados servicios de valor añadido deducibles¹⁸⁵, por exclusión, de la propia definición de servicio de telefonía vocal, y así:

- Servicios de transporte de datos incluyendo aquéllos que combinen voz y datos.
- Servicios no comerciales.
- Servicios en los que no haya un transporte a tiempo real de la comunicación (servicios telemáticos).
- Servicios que no hagan uso de la red pública conmutada (uso de otras redes, comunicaciones por satélite).

¹⁸⁴ En los términos definidos por la Directiva, se entiende por telefonía vocal, la explotación para el público del transporte directo y de la comunicación de la voz en tiempo real desde y con destino a las terminales de la red pública conmutada, que permite a cualquier usuario utilizar el equipo conectado a su terminal para comunicar con otra terminal

¹⁸⁵ En este sentido *Vid. LAROCHE, P., op. cit., Pág.10.*

- Servicios no disponibles para el público en general (grupos cerrados, intranets).

Se observa pues, cómo la liberalización se concentra en el ámbito de los nuevos servicios, habida cuenta que el servicio de telefonía vocal continúa en la consideración de servicio público. De esta manera se satisfacen dos objetivos, por una parte se garantiza que los titulares de red dispongan de tiempo suficiente para amortizar sus inversiones por medio de los ingresos recaudados con la prestación exclusiva de este servicio, preparándose así a los exmonopolios para la entrada de competencia en el sector, y por otra se incentiva el desarrollo de nuevas aplicaciones.

Esta opción no resulta sino criticable, pues la medida que sirve para determinar cuándo un determinado servicio debe quedar bajo el amparo del Estado, y cuándo a las fuerzas de la competencia, es ante todo el aseguramiento de su prestación.

El marco competitivo hubiera servido pues para lograr los objetivos del proceso de liberalización: mantenimiento y mejora del servicio, ya que por una parte, el servicio de telefonía vocal contaba con un mercado estable, lo que constituía un aliciente suficiente para que los operadores privados se interesaran por él, y por otra, la propia saturación del mercado, junto con el rápido avance de la industria del sector, hubiera resultado *per se* en la oferta de nuevos y mejores productos que incorporaran las nuevas aplicaciones previstas en el Libro Verde de 1987.

En otro sentido, si bien no se imponen condiciones para llevar a cabo esa creación de mercados, la Directiva prevé una especificación respecto del régimen del servicio de conmutación de datos por circuitos o paquetes¹⁸⁶, y es que los operadores no podrán ofrecer al público la simple reventa de capacidad de circuitos arrendados¹⁸⁷ hasta el 31 de diciembre de 1992.

Como quiera que dicho proceso de apertura de mercados resulta prácticamente libre para los Estados miembros, ya que no se prevé un sistema común de acceso reglado a los nuevos mercados, sí que al menos se obliga a los Estados a comunicar dichos procedimientos a la Comisión, así como garantizar su adecuación a los principios de objetividad, transparencia y no discriminación.

Además, como medida de garantía de que los servicios de valor añadido podrán acceder a las redes públicas se exige la garantía de supresión de toda restricción al respecto, así como la publicidad de las condiciones técnicas precisas para hacerla efectiva.

Finalmente, habiéndose puesto de manifiesto la existencia de contratos a largo plazo que impedían la contratación del servicio con otros operadores, se prevé que los Estados establezcan las condiciones necesarias para proceder, en su caso, a su resolución.

¹⁸⁶ Definido como la explotación comercial para el público del transporte directo de datos desde y con destino a las terminales de la red pública conmutada.

¹⁸⁷ Se entiende por tal, conforme a la Directiva 92/44/CEE, la explotación comercial para el público, a través de líneas arrendadas, de la transmisión de datos como servicio independiente, que incluya únicamente la conmutación, el tratamiento, el almacenamiento de datos o la conversión de protocolo en la medida necesaria para la transmisión en tiempo real a la red pública conmutada y desde ésta.

La Directiva 90/387/CEE de 28 de junio de 1990 relativa al establecimiento del mercado interior de los servicios de telecomunicaciones mediante de realización de la oferta de una red abierta de telecomunicaciones

El objetivo central de esta Directiva era asegurar que el mantenimiento de derechos especiales o exclusivos en la gestión de la red y en la prestación del servicio de telefonía vocal no impediría el desarrollo de una oferta de servicios de valor añadido en régimen de competencia.

Debe advertirse, que la presente medida no busca tanto regular las condiciones de acceso a los servicios monopolizados, como limitar la acción pública en un mercado incipientemente privado. Ello resulta del hecho de que en la misma Directiva se contemple tanto el acceso a la red como a los servicios públicos¹⁸⁸ de esta manera, se quiere establecer una pauta de comportamiento de los entes públicos (que en un principio eran los titulares de la red y del servicio de telefonía vocal) para con los competidores privados y los consumidores de servicios públicos. En esta línea sólo se admitirán como restricciones:

- La existencia de razones de interés general, denominadas “requisitos esenciales”, que vendría a determinar cada Estado y que debían ajustarse al principio de proporcionalidad, esto es:
 - La seguridad en el funcionamiento de la red
 - El mantenimiento de la integridad de la red

¹⁸⁸ Así resulta de la definición de las condiciones de oferta de la red abierta como conjunto de condiciones armonizadas que se refieren al acceso abierto y eficaz a las redes de telecomunicaciones y, en su caso, a los servicios públicos de telecomunicaciones, así como la utilización eficaz de dichas redes o de dichos servicios

- La interoperabilidad de los servicios
 - La protección de datos
- El ejercicio de derechos especiales o exclusivos: servicios de interés general y servicios no liberalizados.

Junto con la elaboración de un marco comunitario que regulase las condiciones generales de acceso a la red, se desplegaría una profusa actividad legislativa en materia de armonización técnica, imprescindible para asegurar no ya sólo el acceso no discriminatorio, sino también la competencia efectiva entre las diversas ofertas de los operadores. El cumplimiento de dichas medidas de armonización supondría la aptitud de los operadores privados y de las administraciones públicas de telecomunicaciones para la prestación de servicios.

Los servicios que se incluyen dentro de esta oferta de red abierta son:

- Líneas alquiladas¹⁸⁹
- Servicios de transmisión de datos por conmutación de paquetes y por conmutación de circuitos
- Red digital de servicios integrados
- Servicio de telefonía vocal
- Servicio de télex
- Servicios móviles

¹⁸⁹ Una línea arrendada, también llamada privada o dedicada, es aquella que ofrece un operador de telecomunicaciones para proveer la comunicación entre dos instalaciones que pueden estar en edificios separados en una misma ciudad o en ciudades distantes. La tarifa que cobra el operador depende de la distancia que haya entre las localidades conectadas.

De la anterior enumeración resulta destacable el hecho de que se incluyan por una parte, el servicio de telefonía vocal y, por otra, el servicio de télex.

En primer lugar, la inclusión del servicio de telefonía vocal puede explicarse sobre la base que, no existiendo una definición exacta de cómo opera éste bajo la categoría de servicio público, si que al menos quiere establecerse unos criterios mínimos comunes en su prestación.

En segundo lugar, respecto al servicio de télex, resulta curiosa su inclusión, teniendo en cuenta que la Directiva 90/388/CEE lo excluye expresamente de su ámbito de aplicación, por lo que no se entiende que se establezcan sus condiciones de uso y acceso a la red, cuando no hay manifestación alguna del régimen de prestación de este servicio.

En cualquier caso, las condiciones de oferta de red¹⁹⁰ deberán cumplir los siguientes principios:

- Deberán basarse en criterios objetivos
- Deberán ser claras y gozar de publicidad
- Deberán garantizar la igualdad de acceso y no discriminar

Pero además, junto con la adopción de esos principios básicos se preveía la continuidad de los trabajos de la Comunidad al respecto, mediante la elaboración de un programa de trabajo anual por el que se incorporaran las condiciones de Oferta de Red Abierta a los diferentes servicios que se irían liberalizando paulatinamente.

¹⁹⁰ Como se observa estas condiciones no difieren de las proyectadas, en general para cualquiera de los ámbitos en que se localice la intervención del Estado, en el Libro Verde de 1987.

Por último, resultaba destacable el hecho de que si bien *a priori* la Comunidad no parecía plantearse elaborar un modelo común de acceso al mercado, el art. 7 previera la posibilidad de que el Consejo adoptara medidas para armonizar los procedimientos de declaración o concesión de autorizaciones para la prestación de servicios a través de las redes públicas, lo que, a la vista de la posterior evolución del sistema de acceso al mercado, no sería tenido en cuenta sino a través de la imposición de unos principios comunes que deberían resultar en la igualdad formal de los procedimientos de acceso adoptados por cada Estado.

La adopción del régimen de Oferta de Red Abierta, en la que el operador de la red debe ofrecer acceso a terceros siendo al mismo tiempo operador de servicios, supondría el abandono de otros sistemas de gestión de redes como el que caracteriza a los *common carriers*, que son aquellos operadores que, siendo los encargados de gestionar una infraestructura básica, no pueden prestar directamente servicios al usuario final, limitándose por tanto su actividad, al ámbito de operador de infraestructuras¹⁹¹.

El desarrollo pormenorizado de los principios de ORA se realizará más adelante con ocasión del análisis de la liberalización de los servicios de comunicación móvil, por cuanto no fue hasta la ampliación progresiva del catálogo de servicios que se prestarían en régimen de competencia cuando se plantearía el problema de la regulación del acceso al mercado a través de acceso a las infraestructuras.

¹⁹¹ *Vid.* ARIÑO ORTIZ, G., DE LA CUÉTARA J.M y AGUILERA, L., Las telecomunicaciones por cable. Su regulación presente y futura, Marcial Pons, Madrid, 1996, Pág. 145.

**2. PRIMERAS MODIFICACIONES AL PRIMER MARCO REGULATORIO:
1990-1996**

El marco regulatorio establecido sobre la base de las declaraciones del Libro Verde de 1987 puede diseñarse de este modo:

INFRAESTRUCTURAS DIR 90/387/CEE	NACIONALES <ul style="list-style-type: none"> - Bajo monopolio de operadores en su mayoría públicos - Redes analógicas
	INTERNACIONALES <ul style="list-style-type: none"> - Redes digitales y nuevas redes - Sometidas a un proceso de armonización - Garantía de acceso por medio de la ORA
SERVICIOS DIR 90/388/CEE	RESERVADOS <ul style="list-style-type: none"> - Servicio de telefonía básico (servicio de interés general)
	LIBERALIZADOS <ul style="list-style-type: none"> - Servicios de valor añadido
	NO REGULADOS <ul style="list-style-type: none"> - Comunicaciones móviles y infraestructuras de televisión por cable

Las primeras críticas a este modelo no tardarían en aparecer, aprobándose de este modo las primeras modificaciones encaminadas a la elaboración de un segundo marco regulatorio, entre las que destacarían el tratamiento jurídico de las comunicaciones móviles, y la tan esperada liberalización de las infraestructuras.

En aras a facilitar el seguimiento de las posteriores modificaciones del marco regulatorio, resulta de interés ampliar nuestro cuadro de la etapa inmediatamente anterior con las nuevas modificaciones, y así:

<p>INFRAESTRUCTURAS</p> <p>DIR 90/387/CEE</p> <p>Oferta de Red Abierta</p>	<p>MODIFICACIONES:</p> <ul style="list-style-type: none"> - DIR 92/44/CE por la que la ORA se extiende a las líneas arrendadas. Posteriormente modificada por Decisión de la Comisión 94/439/CE - DIR 96/10/CE liberalización de las infraestructuras - DIR 97/51/CE y DIR 98/10/CE modifican el régimen jurídico de la ORA - DIR 97/33/CE relativa a las obligaciones de interconexión
<p>SERVICIOS</p> <p>DIR 88/301/CEE</p> <p>DIR 90/388/CEE</p>	<p>RESERVADOS</p> <ul style="list-style-type: none"> - DIR 98/10/CE y DIR 97/33/CE que regulan los servicios de carácter universal
	<p>LIBERALIZADOS</p> <ul style="list-style-type: none"> - DIR 96/19/CE plena competencia
	<p>NO REGULADOS</p> <ul style="list-style-type: none"> - DIR 94/46/CE incluye en el marco regulatorio las comunicaciones por satélite. Modificada por DIR 98/308/Ce - DIR 96/2/CE incluye en el marco regulatorio las comunicaciones móviles - DIR 95/51/CE incluye en el marco regulatorio las redes de televisión por cable - DIR 97/13/CE regula sistema armonizado de licencias

Ya hemos visto cómo, hasta la aprobación de la DIR 96/10/CE que determina el 1 de enero de 1998 como fecha última de supresión de cualquier derecho especial o exclusivo, la DIR 90/388/CEE que establecía el marco básico del entorno de mercado en el que desde entonces se desarrollaría el

sector, había ido sufriendo una serie de modificaciones a fin de ampliar el régimen de libertad de servicios a algunos de los que inicialmente habían sido excluidos, bien por consideraciones técnicas, bien por consideraciones económicas, así como se habían realizado los primeros planteamientos sobre la conveniencia de liberalizar las infraestructuras y estructurar un nuevo régimen para los servicios de interés general.

La nueva política¹⁹², iniciada con la progresiva apertura de determinados sectores del mercado como las comunicaciones móviles se caracterizaría por la previsión de las siguientes medidas:

1. Liberalización plena de los servicios e infraestructuras
2. Adaptación del régimen de ORA al nuevo entorno competitivo
3. Establecimiento de las líneas básicas que regirían la prestación del servicio universal, así como su régimen de financiación
4. Establecimiento de un marco común para la interconexión de redes y servicios
5. Aproximación del régimen de autorizaciones y licencias

El proceso de liberalización se había limitado injustificadamente en el celo por proteger los antiguos servicios públicos y ello había supuesto el retraso de la instauración de un régimen de competencia en el sector, se hacía necesario entonces una reestructuración del régimen jurídico de las actividades y servicios ofrecidos en este mercado, reestructuración que obligaría a replantearse, no ya sólo la manera en que se integrarían en el marco

¹⁹² La misma se deduce de diferentes actos del Consejo entre los que destacan la Resolución de 18 de abril de 1995 sobre la implantación del futuro marco regulatorio para las telecomunicaciones. DOCE C núm. 258, de 3 de octubre de 1995.

liberalizado aquellos servicios y actividades que habían sido hasta ahora excluidas, sino también, y en el fondo, como paso fundamental para reformar desde sus cimientos todo el tratamiento jurídico del sector, a cuestionar el papel que en adelante debería cumplir el Estado con el mantenimiento de su intervención.

A partir de este momento, se descubren los grandes temas que constituirán la base de la futura regulación del sector y en los que en mayor medida se manifiesta el conflicto entre el interés público que pervive en la intervención del mercado de telecomunicaciones y la iniciativa privada en cuanto nuevo responsable en la prestación de los diferentes servicios y que se identifican con los puntos señalados anteriormente, a saber:

1. La apertura de servicios de telecomunicación e infraestructuras a la competencia: régimen de acceso a la prestación de servicios en el mercado: autorizaciones y licencias como barreras al mercado.
2. La creación de un marco (ORA) que garantice los principios de acceso a las redes y los servicios.
3. La nueva configuración de los servicios públicos, el servicio universal, y la imposición de obligaciones de carácter público: interconexión de redes y servicios.

La Directiva 94/46/CE de la Comisión de 13 de octubre de 1994 por la que se modifican las Directivas 88/301/CE y 90/388/CEE especialmente en relación a las comunicaciones por satélite¹⁹³

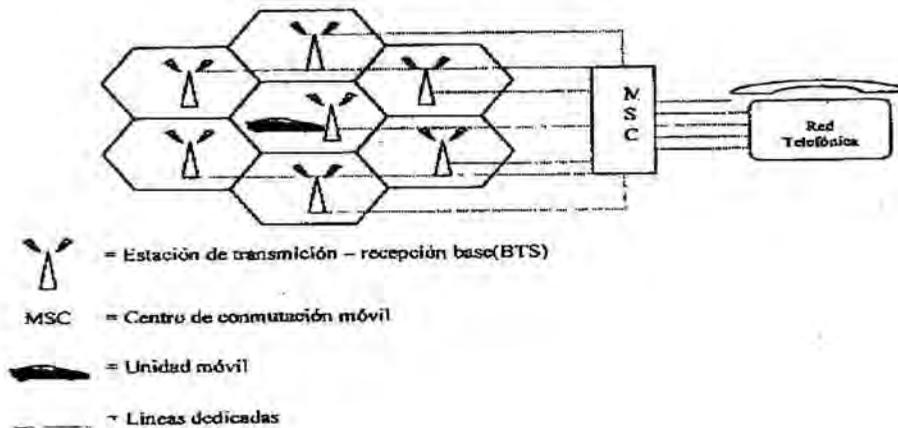
En cumplimiento con las previsiones establecidas en el Libro Verde sobre un planteamiento común en el ámbito de las comunicaciones por satélite de 29 de noviembre de 1990, la Comisión adopta la decisión de integrar en el proceso de liberalización:

1. Por una parte las estaciones terrenales (sic) que sirven tanto para la recepción de las señales de comunicación procedentes de los satélites como para establecer unos futuros servicios de comunicación móvil terrestre, las cuales, a partir de este momento quedan asimiladas a los equipos terminales.

Se parte de la consideración de que el mantenimiento de derechos exclusivos sobre este tipo de equipos terminales resulta incompatible con las disposiciones del Tratado, máxime cuando ni las características específicas de las estaciones terrenas, ni de los mercados de venta o mantenimiento de las mismas, justifican un trato legal diferente al de otros equipos terminales de telecomunicaciones. De hecho, las estaciones terrestres operan como cualquier otro dispositivo de recepción y difusión de señales. El funcionamiento de las mismas se puede resumir como sigue, cada estación tiene un área de cobertura que teóricamente se entiende como una suerte de red formada por hexágonos regulares o celdas en la que se divide el número de frecuencias que tiene asignada cada estación.

¹⁹³ DOCE L núm. 268, de 19 de octubre de 1994.

La comunicación tiene lugar mediante la asignación de un par de frecuencias a cada llamada (una para cada canal de comunicación: emisor, receptor), de manera que en cada una de las celdas, que se identifican con una determinada zona de cobertura, se están utilizando sólo determinadas frecuencias¹⁹⁴.



Fuente: <http://fuente.8m.com/Satelites.htm>. Leopoldo de la Fuente Silva.

La liberalización de estas terminales abriría el mercado de distintas comunicaciones como son: las comunicaciones móviles terrestres, las comunicaciones móviles vía satélite y las comunicaciones fijas vía satélite (llamadas larga distancia), entre otras.

La mayor utilidad que se ha dado a estas estaciones ha sido en el campo de las comunicaciones móviles, dado que las comunicaciones por satélite son excesivamente caras salvo cuando se combina la transmisión por satélite con sistemas terrestres, minimizando así el número de canales de

¹⁹⁴ El recurso a micro células permite un alto nivel de reutilización del espectro radioeléctrico dado que conlleva un incremento de los canales de comunicación disponibles que junto con el desarrollo de redes inteligentes posibilita que en cada una de las células se asignen mejor las frecuencias y se amplíe el número de usuarios.

que deben disponer los satélites para llevar cabo la comunicación. De este modo, se aprecia la necesidad de liberalizar estos equipos como paso previo ineludible a la liberalización de las comunicaciones móviles personales.

Sin embargo, en la conciencia de que resultaba necesario garantizar una organización eficaz de las frecuencias de que hacen uso estas terminales, se abogó por el establecimiento de un sistema de licencias que permitiera no sólo garantizar un eficaz uso del espectro, sino también que no se producirían interferencias entre los sistemas de comunicación por satélite y otros sistemas de comunicación terrestres o espaciales, así como que, en su establecimiento, se cumplirían unos mínimos técnicos¹⁹⁵.

A su vez, dado que la liberalización de estos equipos terminales tenía por objetivo el futuro establecimiento de servicios competitivos en este sector, se estableció el reconocimiento del derecho de conexión de los operadores de estas estaciones con las redes conmutadas de las entidades de telecomunicación, o lo que es lo mismo, los ex monopolistas.

Esta interconexión operaría para todas aquellas comunicaciones que necesariamente tuvieran que desembocar en la red pública conmutada, bien porque la comunicación por red móvil terrestre o por satélite finaliza en ésta, bien porque las comunicaciones entre estaciones terrenas deben hacer uso de la citada red para evitar interferencias o el colapso de las frecuencias.

¹⁹⁵ Directiva 93/97/CEE del Consejo. DOCE L núm. 290, de 24 de noviembre de 1993.

De este modo, se adivina que la liberalización de estos equipos terminales resultó básica no ya sólo para la integración en el mercado de nuevos servicios de valor añadido, sino también para que estos servicios se configuraran en el futuro como una alternativa a los servicios reservados cuando éstos perdieran su carácter exclusivo.

2. Por otra parte, los propios servicios de comunicación por satélite, que quedarían asimilados a los servicios de valor añadido y que se desdoblarían en:

- Servicios de comunicación: La Comisión reconoció que los derechos exclusivos que se mantenían en ese momento en el ámbito de las comunicaciones por satélite correspondían a entidades que ya gozaban de una posición dominante en el ámbito terrestre.

Esa situación, no sólo se entorpecía la competencia en las comunicaciones por satélite (sin justificación alguna derivada de la protección de algún interés de carácter público), sino que además otorgaba una ventaja competitiva intolerable a los operadores dominantes en el sector de las comunicaciones terrestres (en este momento referidas exclusivamente a las comunicaciones fijas, ya que las comunicaciones móviles aún no estaban liberalizadas), ventaja que se manifestaba sobre todo, en la prestación de los siguientes servicios:

- Los servicios de llamadas internacionales, que pueden hacer uso de estas comunicaciones por satélite

- Los servicios derivados de la futura e inminente liberalización de las comunicaciones móviles. Y es que, en las comunicaciones móviles, tanto el emisor como el receptor se encuentran en movimiento, por lo que se excluye *a priori*, la posibilidad de su prestación a través de redes por cable. La transmisión de la señal debe hacerse necesariamente por el aire, y por tanto, haciendo uso del espectro radioléctrico.

Pero la ventaja competitiva del operador dominante aún era más extensa; la reserva del servicio de telefonía básico, la restricción al despliegue de redes (lo que obligaba a hacer uso de las redes del ex monopolista) y la reserva (en proceso de modificación) de las estaciones terrenas hacían que el ex monopolista conservara su posición no sólo en el mercado de las comunicaciones fijas, sino también el futuro mercado de telefonía móvil.

Además había que tener en cuenta que mientras en el sector de la telefonía fija el mantenimiento de derechos exclusivos, tanto en la gestión de la red como en la prestación del servicio de telefonía básica, encontraba una cierta justificación tanto por el necesario desarrollo de las redes existentes como por la recuperación de las inversiones históricas. El nuevo sector que se proyectaba, el sector de las comunicaciones por satélite, no encontraba justificación alguna al establecimiento de límites a la libertad.

Por otra parte, el mantenimiento de derechos exclusivos en este sector provocaba que el operador (el mismo, tanto en comunicaciones por satélite como en comunicaciones terrestres) concentrara sus inversiones en aquel sector del mercado en el que se mantenían sus derechos exclusivos (comunicaciones terrestres fijas), y que además resultaba ser el sector en el

que sus inversiones se rentabilizaban más fácilmente, a tenor de que las inversiones en el sector de las comunicaciones por satélite eran más gravosas, y que por el momento reportaban una utilidad limitada a la prestación de servicios a un número reducido de usuarios.

Esta limitación de las inversiones redundaba en perjuicio de los servicios que se ofrecían a los consumidores y de la gestión del espectro, ya que como las únicas redes desarrolladas eran las analógicas, los servicios de comunicación móviles se reducían a los conocidos como sistemas de telefonía móvil terrestre o móviles de 1ª generación.

Resultaba preciso desarrollar nuevos y más eficientes servicios, y para ello la Comunidad contaba en su agenda con el desarrollo del mercado de nuevas redes digitales. Pero si se quería desarrollar esa nueva tecnología, resultaba imprescindible crear un mercado, ya que como se ha puesto de manifiesto, la gestión exclusiva no resultaba el mecanismo adecuado para potenciar la innovación. De este modo, adoptando como ejemplo la situación del mercado español, la apertura del mercado se realizaría de forma pareja a la introducción de los servicios digitales, a través de la concesión de licencias de comunicaciones móviles de 2ª generación. Al mismo tiempo, para evitar que la liberalización no fuera una cortina de humo, la primera licencia que se otorgó a Telefónica para operar en este mercado fue una licencia para sistemas analógicos (conocida con el nombre comercial de Moviline) que conviviría durante un plazo con la segunda licencia de comunicaciones móviles concedida a Airtel, hasta la concesión de una segunda licencia a Telefónica pero para comunicaciones digitales (comercializada bajo la firma Movistar).

Todo esto nos lleva a concluir que, la liberalización, no ya sólo de los terminales terrestres, sino también de las comunicaciones por satélite, propiciaron la aparición del mercado de telefonía móvil que debe su despegue, entre otras razones, a la aplicación de nuevas tecnologías desde el primer momento de su constitución.

Si, por el contrario, no se hubiera posibilitado la competencia en el establecimiento de bases terrestres para difundir las señales de comunicación, el operador dominante, por entonces monopolista, hubiera seguido anclado en la antigua tecnología.

Ahora bien, la desaparición de derechos exclusivos no suponía la creación de un sistema de acceso libre al mercado. El Estado mantendría cierto control en la prestación de estos servicios que se realizaría a través del recurso a un sistema de licencias.

Resulta destacable el hecho de que la Comisión, en este punto del proceso de liberalización, atendiera minuciosamente a la aclaración de los servicios que, por el momento, aún quedarían sometidos al sistema de derechos exclusivos; y es que, en previsión de que la introducción de competencia en el sector, procuraría nuevos servicios en los que no sólo se interconectarían redes diferentes (fijas, móviles terrestres y por satélite), sino en el que se produciría de forma natural la interoperabilidad de servicios (puesto que el punto de origen de la comunicación puede ser distinto del punto de terminación, no sólo en cuanto a su tipología, sino también en cuanto a la red que utiliza como soporte), resultaba más que nunca necesario acotar

los servicios limitados por un derecho de exclusividad, a fin de no extender un régimen que progresivamente se iba desmantelando.

De este modo debe entenderse la previsión de que sólo se concedería un trato especial a la telefonía vocal, excluyéndose otros servicios que, sin embargo, hacían uso de la red conmutada, como era la prestación comercial para el público de los servicios de transmisión directa de la voz a través de estaciones terrenas.

Por otra parte, la Comisión era consciente de que pese a que estas comunicaciones quedarían liberalizadas, subsistirían limitaciones de carácter intracomunitario e internacional que podían cercenar la reciente competencia en estos servicios, como eran:

- Por una lado, el hecho de que en algunos Estados miembros, las transferencias de capacidad del segmento espacial de sistemas de satélite privados o internacionales realizadas por los operadores de satélite seguía estando sujeta a restricciones diferentes de las acordadas internacionalmente.

No es competencia de la Comunidad disponer el uso que los Estados quieran dar a la porción de espectro radioeléctrico que éstos tengan bajo su jurisdicción, pero ello no obsta a que la existencia de acuerdos internacionales e intereuropeos opere como barrera a la prestación de los servicios de comunicación por satélite.

La aplicación comercial del espectro radioeléctrico corre a cargo de entidades internacionales que, en exclusiva, cuentan como únicos clientes a los Estados, que son los únicos que tienen el poder adquisitivo suficiente para comprar un segmento del espectro.

Esta situación desemboca en un fraccionamiento del mercado entre los Estados que, pueden ver peligrar su posición de dominio fáctico sobre el mercado territorial, en tanto la libre prestación de servicios por un operador requiera ampliar el uso del espectro a más de un Estado. Una solución planteada sería la posibilidad de que organizaciones intergubernamentales pudieran acceder al mercado del espectro para así no limitar la aplicación de los segmentos de aquél al territorio de un Estado.

Al margen de las disposiciones internacionales dictadas para coordinar la acción de los distintos satélites, los Estados, en cumplimiento de las disposiciones liberalizadoras de la Comunidad, quedarían obligados a eliminar todos aquellos obstáculos que pudieran afectar al comercio intracomunitario; no se trataba de limitaciones derivadas de la gestión del espectro, sino de límites públicos a la prestación de dichos servicios.

Un ejemplo claro de la situación anterior eran las limitaciones que los Estados establecían a los operadores para que ofrecieran servicios de comunicación en territorios que no fueran aquellos para los que se les había otorgado una licencia.

- Y por otro, el hecho de que las pruebas de conformidad de los operadores de estaciones terrenas de comunicaciones por satélite estuvieran encomendadas, en la mayoría de los Estados, a la entidad pública del país en cuyo territorio funcionaba la estación y que, en la práctica, era la misma que prestaba los servicios de comunicación a través de estaciones terrenas, con el consiguiente riesgo de limitar la futura competencia, dirigiendo el proceso de armonización de las condiciones técnicas de estos equipos.

Por todo ello, se recomendaba que dichas pruebas de conformidad se encomendaran a una futura organización gubernamental, que operara como figura independiente pero integrada en la Administración y entre cuyas funciones se encontraría la verificación del cumplimiento de los requisitos técnicos exigidos en el sector¹⁹⁶.

- Servicios de difusión: en este punto, tan sólo nos interesa mencionar, puesto que el objeto de la presente investigación se limita a los servicios de transmisión en tiempo real de la voz, que, al margen de los servicios propiamente de telecomunicación, el empleo de comunicaciones por satélite ofrece otro tipo de servicios como son la difusión de programas de radio y televisión, que pese a que la propia Directiva incluye en el ámbito de servicios de telecomunicación, quedan excluidos de su regulación¹⁹⁷.

El motivo aducido para ello, pese a la liberalización de los equipos de

¹⁹⁶ Esta medida no es sino el resultado del principio general según el cual, en un entorno de progresiva competencia, los organismos de telecomunicaciones deben separar las funciones reguladoras, de las funciones prestacionales de servicios de carácter público.

¹⁹⁷ Esta misma línea se ha seguido hasta el día de hoy. El único elemento de los servicios de difusión que se somete a la Ley 32/2003 General de Telecomunicaciones de 3 de noviembre es la red.

recepción (estaciones terrenas) es su especialidad (puesto que no se limita a la transmisión de voz sino que incluye contenido), lo que aconseja su relegación a normas específicas.

Libro Verde de 1994 sobre una posición común en torno a las comunicaciones móviles personales en la Unión Europea¹⁹⁸

Ya hemos visto anteriormente cómo la Comunidad consideraba que la clave de la unión entre el despegue de estos mercados y la introducción de un régimen de libre prestación de servicios descansaba en la apuesta por el desarrollo de los servicios de valor añadido.

No obstante, pese a que dentro de esta consideración debería haberse tenido en cuenta el papel de las comunicaciones móviles, estas no fueron incluidas en un primer momento, por considerar, por una parte, que previo a su despliegue resultaba necesario una acción coordinada que garantizase la uniformidad de estos sistemas (sistema GSM), y por otra - probablemente la más importante - que estas comunicaciones podían representar una alternativa factible a los servicios de telefonía básica que, como sabemos, seguían sometidos a un régimen de reserva en favor de los operadores públicos.

En efecto, en tanto las comunicaciones móviles podían tener como punto inicial o final de la llamada la red conmutada pública (red fija analógica), a

¹⁹⁸ COM (94) 145, abril de 1994. No publicado en el DOCE.

través de la cual se prestaba el servicio público de telefonía básico, hubieran tenido que calificarse como servicios de interés general y por tanto, sometidos al sistema de derechos especiales o exclusivos que ostentaban los operadores públicos¹⁹⁹.

La cuestión que entonces se nos plantea resulta obvia: ¿por qué no optar por liberalizar desde un principio las comunicaciones móviles por cuanto constituían servicios de valor añadido en el sentido de la Directiva 90/388/CE? La razón se desprende por sí misma, estos servicios resultaban claramente sustitutivos del servicio de telefonía básico.

No se trataba por tanto de asegurar un servicio que se consideraba de interés general o público, para lo que hubiera bastado con garantizar que junto a la oferta de comunicaciones móviles existiría una oferta de comunicaciones fijas, sino de afianzar la financiación de las infraestructuras analógicas, que como hemos visto en el apartado anterior, se desarrollaban a cuenta de las tarifas de este servicio, manteniéndose la exclusividad en su prestación por parte de los titulares de la red.

Por otra parte, téngase en cuenta que ya en el Libro Verde de 1987 se puso de manifiesto la dificultad de establecer claramente qué servicios quedaban bajo reserva del poder público, y qué otros serían susceptibles de ser liberalizados, por lo que, al no definirse cuáles eran los objetivos de interés general a que servían los servicios reservados, tampoco quedaba excesivamente claro cuándo otros servicios podían satisfacer esos objetivos y

¹⁹⁹ *Vid.* Green paper on a common approach in the field of mobile and personal communications in the EU. COM (94) 145 final, 27 of April of 1994.

ser substitutivos de los primeros.

Pero las razones abogadas para evitar un tratamiento jurídico extensivo a las comunicaciones móviles se extiende también a la necesaria coordinación en el desarrollo y aplicación comercial de la tecnología digital, razones que, por otra parte, no puede seguir sosteniéndose, dado que resultan contradictorias con el principal objetivo de la reforma: la mejora de los servicios de telecomunicación.

Una acción de armonización no puede obstaculizar el desarrollo técnico; si bien resulta preciso garantizar la constitución de un mercado de servicios homogéneo en la Comunidad, ello no impide que al mismo tiempo se posibilite la introducción de incentivos a la competencia, como hubiera sido la aplicación comercial de los desarrollos técnicos en esta área a través de la libre prestación de los servicios de comunicación móviles.

Otra de las razones que ayudan a comprender el retraso en la liberalización de los servicios móviles de telecomunicación es la necesidad de que, junto a la libre prestación de los servicios, se permitiera a los posibles operadores desplegar sus redes, máxime cuando las infraestructuras de estos servicios no planteaban el problema de las redes fijas: la ineficiencia de la duplicidad de redes.

Efectivamente los avances de la ciencia en materia de digitalización de redes permitían expandir el escaso espectro eléctrico procurando un mejor uso del mismo y una mayor capacidad. Si los servicios móviles se liberalizaban, el siguiente paso lógico sería otorgar licencias a los operadores para el despliegue

de redes propias, lo que comportaba la existencia de una red alternativa a la red fija dominada exclusivamente por el operador público nacional. Precisamente, la existencia de esas redes alternativas hubiera supuesto la posibilidad fáctica de que los servicios reservados al operador público se prestaran a través de otras redes, con lo que ya no se sostenía la defensa de una red única para garantizar la prestación de su servicio.

Lo anterior nos lleva a la conclusión de que, en un primer momento, fue la reserva del servicio de telefonía básico lo que impedía tanto la liberalización de los servicios móviles de telecomunicación como de redes, tanto fijas como móviles. No sería hasta la previsión de una fecha aproximada para la puesta en marcha de la liberalización de los servicios reservados cuando se replantearía la liberalización del mercado de telefonía móvil y de las redes.

En este sentido, la Directiva 90/387 ya incluía dentro de los servicios comprendidos en la Oferta de Red Abierta, los servicios móviles, con lo que, si se garantizaba el acceso a la red pública de las comunicaciones móviles, nada impedía que determinadas funciones, que estaba llamada a prestar esta red, fueran cumplidas con otro tipo de comunicación.

Finalmente podemos establecer que las consecuencias de la postergación de la liberalización de las comunicaciones móviles se resumen en dos: la existencia de fuertes diferencias en los precios de las comunicaciones fijo-móvil, que en su día fueron denunciadas ante el TDC, y el retraso en la introducción de nuevas redes e infraestructuras, así como el coste ineficiente de despliegue de redes analógicas, destinadas en el futuro a desaparecer.

No sería hasta la aprobación de la Directiva 96/2/CE cuando las comunicaciones móviles se integrarían en el marco regulatorio diseñado por la Directiva 90/388/CEE, que a su vez, recogería conceptos de específica aplicación a este mercado como son la interconexión²⁰⁰, las licencias de red de comunicaciones móviles y el empleo de infraestructuras alternativas. Veamos ahora cuáles fueron las medidas que influyeron en la definitiva liberalización de las comunicaciones móviles.

Fruto de las consideraciones²⁰¹ efectuadas por el Consejo de la Unión con ocasión del análisis de la situación del sector de las telecomunicaciones, encontramos el Libro Verde de 1994, documento de trabajo que si bien centra su atención en el campo de las comunicaciones móviles, revela también las líneas de lo que finalmente sería la actual política de telecomunicaciones.

Los primeros objetivos a que responde la necesaria liberalización de las comunicaciones móviles se resumen en:

- Extender este sector al campo de las comunicaciones personales, de manera que se pueda hablar de un mercado de masas (mass personal communications services) en lugar de un mercado selecto reservado a un determinado grupo de usuarios.

²⁰⁰ Aunque el sistema anterior ya se refería a la interconexión de redes, en realidad, el concepto apropiado en su ámbito era el acceso a las redes públicas por parte de los operadores privados, el concepto interconexión en aquel régimen, venía a referirse a la ampliación del régimen de acceso a todos los operadores europeos de red. A partir de este momento por interconexión deberá entenderse la conexión de redes del tipo que sean y cualesquiera sea la naturaleza jurídica de su titular, esto es, sujeto de derecho privado o de derecho público.

²⁰¹ Council Resolution of 22 July 1993 on the Review of the situation in the telecommunications sector and the need for further development in that market. 93/C 213/01.

- Superar los límites que acompaña la actual situación y estructura de las infraestructuras en Europa, especialmente por lo que se refiere a las redes del servicio Universal Mobile Telecommunications System.
- Dotar de un mercado a las iniciativas empresariales en este sector, las cuales se encuentran en un nivel comparable al de otros países.
- Extender un sistema armonizado de comunicación en Europa²⁰².
- Facilitar la expansión y crecimiento del mercado de las telecomunicaciones haciendo frente a las limitaciones que plantea el uso de las redes fijas y los servicios proporcionados a través de las mismas, cuya previsión de crecimiento del mercado no supera la expectativa de un 50% frente al 80% que representan las comunicaciones móviles, según datos manejados por la Comisión.
- Dotar de un nuevo sentido a las comunicaciones adoptando el concepto de comunicaciones personales²⁰³.
- La previsión de una fecha concreta en que tuviera lugar la plena liberalización del sector. Téngase presente que la plena aplicación de las

²⁰² El Consejo ya había venido adoptando medidas específicas para la promoción de unos servicios paneuropeos coordinados en el seno de la Comunidad tales como el sistema GSM, ERMES o DECT. *Vid.* Recomendación del Consejo 87/371/CEE de 25 de junio de 1987 y Directiva 87/372/CEE (DOCE L núm. 196, de 17 de julio de 1987); Recomendación del Consejo 90/543/CEE de 9 de octubre de 1990 y Directiva 90/544 de 9 de octubre de 1990 (DOCE L núm. 310, de 9 noviembre de 1990); Resolución del Consejo 90/263/CEE de 14 de diciembre de 1990 (GSM) (DOCE C núm. 263, de 31 de diciembre de 1990); Directiva 91/287/CEE de 7 de junio de 1991 (DECT) y Recomendación del Consejo 91/288/CEE de 3 junio de 1991 (DECT) (DOCE L núm. 144, de 8 de junio de 1991).

²⁰³ *"Personal communications means moving from terminal-to-terminal calling concept to a person-to-person calling concept"*. *Vid.* Libro Verde 1994. Annex A "Review of technology and market developments", Pág. 87.

disposiciones del Tratado en materia de competencia excluyen, salvo excepciones, el mantenimiento de cualquier tipo de derecho exclusivo o especial, por lo que, con la fijación del 1 de enero de 1998 como fecha para la eliminación de los derechos exclusivos que aún pervivían sobre los servicios de telefonía vocal, se hacía imperativo proceder a la liberalización de las comunicaciones móviles²⁰⁴.

En dicho cometido, la Comisión es consciente de que el enfoque de esta nueva política necesariamente debe considerar:

- Las condiciones precompetitivas caracterizadas por²⁰⁵:
 - Una rígida estructura de mercado derivada del sistema de licencias que se había seguido en la Comunidad hasta el momento y que por su duración podían retrasar la sustitución de sistemas analógicos por digitales.
 - La existencia de limitaciones a la combinación de diferentes sistemas y tecnologías derivada también de las licencias vigentes y que podía impedir la prestación futura de servicios combinados.
 - La integración vertical del sector, manifestada por el hecho de que determinados operadores concurrieran en el mercado tanto

²⁰⁴ Vid. Annex D, Libro Verde 1994. "Extension of the principles of EU Telecommunications policy to the mobile sector", Pág. 175. Además esta previsión había sido confirmada tanto a raíz de la revisión efectuada por la Comisión en 1992 como en la Resolución del Consejo 93/C213/02.

²⁰⁵ Vid. Libro Verde 1994, Annex D "Extension of the principles of EU Telecommunications policy to the mobile sector", Pág. 183.

en el papel de gestores de red como de prestadores de servicios (situación por tanto similar a la del mercado de telefonía fija)

En estos casos, la solución propuesta por la Comunidad pasaba por la aplicación de las soluciones aplicadas en materia de contratos de distribución: no importa tanto que el número de operadores se limite, como que la oferta de acceso a los recursos, y por tanto a la prestación de servicios, se haga en condiciones no discriminatorias y sin más limitaciones que las derivadas de las condiciones físicas de la red.

- El grado de innovación desarrollado en el sector. En este sentido, la Comisión reconoce que el estado de la técnica en esos momentos se reduce a los sistemas de comunicación analógicos, si bien la tecnología digital empezaba a ganar terreno.

El hecho de que la apertura del mercado de comunicaciones móviles coincidiera con la extensión del nuevo sistema de comunicación no es casual ya que, por una parte, la identificación de un mercado potencial constituye el mejor aliciente para que el capital privado invierta en innovación, y por otra, la innovación proporciona nuevos productos que resultan más aptos para comercializarse, creándose de esta manera, un proceso que se retroalimenta.

Las razones que llevaron a la Comunidad a plantear las primeras modificaciones al marco básico por el que se habría de regir el mercado de las telecomunicaciones fueron básicamente dos: por una parte,

proporcionar sistemas de comunicación comunes²⁰⁶ en Europa como paso necesario para poder llegar a competir con otros mercados como el estadounidense, y por otra, alentar el desarrollo tecnológico del sector creando un mercado en el que pudieran ofertarse los servicios que llevaba aparejado dicho desarrollo.

Aunando el deseo de la iniciativa privada de explotar nuevos mercados, y el deseo de los Estados de potenciar el crecimiento tecnológico resultó la supresión de las barreras que impedían la consecución de ambos intereses.

- La necesidad de adoptar una acción estatal y comunitaria pro competitiva.

Como quiera que el panorama anterior destacaba por la fragmentación del mercado, no ya sólo en el aspecto económico sino también tecnológico, no se trataba tanto de imponer un determinado modelo de desarrollo, como de tener en cuenta los factores que debían determinar la actuación del Estado y, en este caso, ese factor era por encima de todo la tecnología y la innovación por lo que, respetando la facultad de innovar propia de la iniciativa privada, necesariamente se debía abocar en una acción pública pro competitiva.

- El estado de los mercados internacionales y, sobre todo, la posibilidad de extender la presencia de las empresas europeas en terceros países.

²⁰⁶ Los nuevos sistemas de comunicación digital que se desarrollaban en la Comunidad se basaban en el sistema digital *Global System for Mobile Communications*, destacándose el estándar DCS 1800 y GSM de 900 MHz.

No se trataba tan sólo de posibilitar el crecimiento del mercado interior, sino de conseguir que las empresas europeas pudieran competir en condiciones de igualdad con las empresas de otros Estados como medida de crecimiento de la propia economía de la Comunidad.

- La línea política que, hasta el momento, se había seguido en los procesos de liberalización ya completados.

Dicha acción se refiere, sobre todo, a la necesaria acción pareja que debe llevarse a cabo en cuanto a la armonización y la liberalización del sector.

La Comunidad no se conformaba con llevar a cabo la apertura del sector, sino que quería llevar a cabo una completa transformación del mercado, aprovechando la oportunidad de crear un espacio para desarrollar la tecnología del futuro. Por ello, no resulta extraño que, al margen del necesario control del sistema de asignación de frecuencias, las licencias estuvieran llamadas a cumplir un importante rol en cuanto a mecanismo para asegurar que el nuevo mercado aprovechaba la innovación desarrollada.

Un ejemplo de ello, al que precisamente hace referencia la propia Comisión es la tecnología GSM que, no sólo supera el problema de la fragmentación tecnológica de la Comunidad resultante de la incompatibilidad entre los distintos sistemas analógicos, sino que también permite el desarrollo de un sistema de red armonizada a través del recurso a un sistema de licencias basado en dicha tecnología.

Pero además, la previsión de un período de convivencia entre servicios reservados y servicios liberalizados obligaría a la adopción de especiales precauciones destinadas a evitar que la reserva de derechos exclusivos pudiera perjudicar la creación del mercado en ciernes y viceversa, que la prestación de servicios reservados se viera afectada por la previsión de nuevos servicios en régimen de competencia²⁰⁷.

Un supuesto referencial lo encontramos en la necesaria reafirmación del estricto significado de los servicios reservados conforme al sentido adoptado por la Directiva 90/388/CEE que limita el servicio de telefonía vocal al transporte directo y la conmutación de señales a través de una red pública entre dos puntos de terminación de la misma. La importancia de limitar el ámbito de los servicios reservados no es banal, dado que hasta la implantación de un parque considerable de terminales móviles, la mayoría de las llamadas a través de redes móviles finalizaban en la red pública conmutada.

Para ello, y en virtud del principio de subsidiariedad de la acción comunitaria respecto de la actuación de los Estados miembros, se optó por la identificación de aquellas áreas que pudieran resultar más críticas para la consecución de los citados objetivos y así:

1. Los procedimientos de asignación de frecuencias y el sistema de licencias
2. La interconexión de redes, servicios y sistemas de comunicación

²⁰⁷ Vid. Libro Verde 1994. Annex D "Extension of the principles of EU Telecommunications policy to the mobile sector", Pág. 182.

3. Las condiciones de acceso al mercado y más concretamente el marco de Oferta de Red Abierta vigente

Asimismo, estas áreas se identifican con las barreras a la libertad de empresa patentes en este sector:

- La falta de flexibilidad en la prestación de los servicios
- La configuración de las licencias como mecanismo de acceso al mercado
- Las dificultades manifiestas de explotación de la propia red, de acceso a las redes de terceros o de su uso compartido

Las propuestas que recoge la Comisión, llevan a la conclusión de que la liberalización de este sector habría de permitir en un futuro no muy lejano, llegar a una auténtica convergencia de redes a través de la convergencia de servicios²⁰⁸, lo que sin duda ha prestado un buen servicio a la revisión de los criterios que se siguen en materia de interconexión y uso compartido de redes.

Un botón de muestra lo proporciona la propia Comisión al afirmar que los servicios de comunicación personal se basarán en combinaciones de los actuales sistemas que operaran conjuntamente tanto con redes fijas que ofrecen cobertura a las comunicaciones móviles, como con sistemas de comunicación por satélite²⁰⁹.

²⁰⁸ Citando a la Comisión *"Mobile services are then likely to become more integrated with the fixed networks. The regulatory regime must therefore make provision for these changes"*. Vid. Libro Verde 1994.

²⁰⁹ Precisamente y con carácter previo a la liberalización de las comunicaciones móviles, se procedió a la liberalización de las bases terrenas que sirven a estas comunicaciones y a las comunicaciones por satélite en general.

Pero además, la liberalización de estos servicios debía ir acompañada de una nueva política en materia de redes y es que, mientras que en el proceso de liberalización de los servicios ofrecidos a través de redes fijas se negaba a los operadores la posibilidad de desarrollar sus propias redes, los operadores de comunicación móvil no sólo podrían, sino que además deberían desarrollar sus propias infraestructuras y ello era así, fundamentalmente por dos motivos:

- Porque la comunicación móvil planteaba mayores posibilidades de aplicación de la labor de innovación desarrollada por los operadores privados.
- Porque tal vez el despliegue de nuevas redes de comunicación fija no resultaba de interés frente a las redes de comunicación móvil, habida cuenta de que las posibilidades de una gestión eficaz de aquel recurso eran menores que en el caso de la comunicación móvil en aquel momento.

Esto sin duda explicaría el por qué la liberalización de redes fijas tardaría en llegar. Resultaba necesario en un primer momento permitir que fuera la tecnología de comunicación móvil la que se desarrollara para entonces, y con efecto de favorecer también a aquel otro mercado, liberalizar esas otras redes.

Ya hemos visto como los puntos que se ofrecen más conflictivos se resumen en tres áreas clave que vamos a analizar por separado:

2.1. Gestión del espectro radioeléctrico: Licencias

Como ya vimos con ocasión del estudio de las Directivas 90/388/CE y 90/387 la Comunidad, lejos de plantear un sistema común de acceso al mercado mediante la asignación de las diferentes frecuencias en que operaría cada uno de los servicios, optó por el establecimiento de unas condiciones mínimas destinadas en todo caso a garantizar la igualdad tanto en la gestión como en el acceso al mercado.

Esta opción dio pie a que cada Estado desarrollara su propio sistema de licencias en función del ritmo distinto que adquiriría el proceso comunitario de liberalización en cada uno de ellos²¹⁰.

Pero además, la intención de la Comunidad era posibilitar que cada miembro pudiera ir adaptando progresivamente su mercado a las diferentes tecnologías desarrolladas en el sector, si bien bajo un cierto marco uniforme derivado de las exigencias de compatibilidad de los distintos sistemas empleados²¹¹.

Mas el resultado, en ese momento, no fue sino un sistema de adjudicación de frecuencias discontinuo tanto geográfica como tecnológicamente, lo que conllevó la creación de un mercado fragmentado y el establecimiento de sistemas de comunicación incompatibles entre los Estados. Si bien esto representaba la ventaja de permitir que cada Estado imprimiera al mercado la

²¹⁰ Llegándose incluso a la práctica del automatismo en la concesión de las licencias.

²¹¹ Las limitaciones técnicas que presenta el espectro supone en la mayoría de los casos optar no ya sólo por quiénes serán los operadores que podrán prestar sus servicios en el mercado, sino también optar por cuáles hayan de ser las tecnologías que lo exploten. *Vid.* Libro Verde 1994; Annex D "Extension of the principles of EU Telecommunications policy to the mobile sector", Pág. 197.

velocidad de despegue que considerara necesaria, no resultó menos cierto que también realizó una flaca contribución al desarrollo de una red paneuropea.

Si a esta situación se le añadía el hecho de que en la prestación de servicios de comunicación móvil tampoco se siguió un planteamiento común, el resultado no fue sino la dificultad de obtener un desarrollo común del sector en Europa, así como el retraso en la adopción de nuevas tecnologías como el sistema UMTS.

Se requería por tanto eliminar todo derecho exclusivo en materia de oferta de servicios de comunicación móvil y comunicaciones personales que pasaría a ser sustituido por un marco común de licencias. Pero además, se hacía necesario desarrollar una auténtica acción comunitaria en el establecimiento de satélites de comunicación y una buena base para ello sería la liberalización de las estaciones que recogen la señal de éstos como punto de partida para la implantación de las comunicaciones móviles digitales terrestres.

Con todo ello se pretendía facilitar el acceso de los operadores de comunicación móvil a las infraestructuras necesarias para la prestación de sus servicios que son básicamente de tres tipos:

- redes fijas
- redes móviles terrestres
- redes móviles por satélite

Solamente la procura de un acceso libre, aunque restringido técnicamente por razones obvias, podía permitir que un mercado como éste generase economías de escala que permitieran la creación de nichos de actividad que

atrajesen la actividad privada y redundasen en la ampliación de estos servicios a todo el público en general.

Téngase en cuenta, que si bien las economías de escala constituyen una de las principales barreras de entrada en estos mercados, en el momento de despegue de los mismos su creación resultaba imprescindible para que los operadores apostaran por realizar las inversiones necesarias para establecer el mercado, dado que debían contar siquiera, con la posibilidad de poder rentabilizar sus inversiones en forma de cuota de mercado ampliable.

Ahora bien, las particularidades que presentaba esta área del mercado no justificaban en modo alguno que la política a seguir fuera estructuralmente diferente a la hasta entonces desarrollada, especialmente por lo que se refiere a la:

- Libertad de circulación de mercancías: ya hemos visto como con la liberalización de los terminales de comunicación y de los equipos terrestres asimilaba plenamente estos productos a cualquier otros. Los requisitos de estandarización de los diferentes sistemas y tecnologías aplicadas son circunstancias meramente técnicas, que no justifican en medida alguna un trato diferente en este sector. Esta afirmación adquiere mayor sentido si se tiene en cuenta que en la labor de armonización juegan un papel preponderante los acuerdos que, en dicho sentido, adopten los operadores privados.

- Libertad de establecimiento: como quiera que el objetivo último de todo proceso de liberalización es la constitución de un mercado en el que intervengan diversos agentes, resulta imprescindible limitar las

restricciones a la libertad de comercio a aquéllas que correspondan a la salvaguarda de intereses de carácter público como son, en este sector, la garantía de prestación del servicio o el uso adecuado del espectro radioeléctrico. Precisamente a este fin se dirige el reconocimiento de la total libertad de acción de los operadores privados y la garantía de que las condiciones de acceso en todo mercado de la Comunidad se ajustarán a unos principios que, en definitiva, tienden a la protección de esta libertad comunitaria, pero además, esta libertad viene también a instituirse como principio de la actuación de los poderes públicos, tal y como manifiesta el establecimiento de sistemas de reconocimiento recíproco de las licencias y sus procedimientos de concesión en los diversos Estados.

- Libertad de prestación de servicios: al igual que en materia de licencias la defensa del interés público justifica el seguimiento de un proceso de carácter administrativo, o lo que es lo mismo, el protagonismo del Estado, en materia de prestación de servicios la máxima debe ser su libertad. Si de lo que se trata es de posibilitar la superación de las tecnologías existentes (analógica) y su sustitución por otras más eficientes (digitalización), no tiene sentido justificar en este punto ningún tipo de intervención estatal que no esté justificada por medidas de armonización.

- Normas de defensa de la competencia: La función que el derecho de defensa de la competencia tiene en este sector va más allá de las tradicionales funciones identificadas anteriormente, dado que de lo que se trata no es tanto de proteger un mercado, sino de crearlo desde la base de su defensa. Es por ello por lo que resulta justificado que se identifique el conjunto de sus normas con la consecución de determinados objetivos,

algunos de los cuales habitualmente se ubican en otros tipos de intervención estatal. La Comunidad²¹² identifica varias de esas funciones: la primera y más destacada es la gran contribución que hará la competencia al avance tecnológico del sector, no ya sólo a un mercado concreto, sino también a otros mercados que aparezcan como conexos a éste; la segunda es la ventaja que una situación de competencia aporta al consumidor que ve como sus posibilidades de elección aumentan; y la tercera y última, la protección de la propia institución del mercado que, en este punto, debe identificarse con el mercado único cuya viabilidad pasa por la creación de un entorno competitivo en las comunicaciones.

- Política de armonización de la Comunidad: la Comunidad era consciente de su papel subsidiario en determinados aspectos del mercado, lo que implicaba una limitación de las medidas de armonización frente a la libertad de los operadores. Hasta tal punto se respeta dicho principio que, en materias como los procedimientos de concesión de las licencias, más que de una tarea de armonización debe hablarse de una política de bases comunes que, en este caso, se identifican con los principios de acceso no sólo a la red, sino al mercado en general, que, como hemos visto reiteradamente, son de aplicación por igual a entidades privadas y a organismos públicos.

Ya hemos visto los motivos que llevaron a la Comunidad a optar por el mantenimiento de los derechos exclusivos en la gestión de las redes fijas. Esta situación no se da en cuanto a las comunicaciones móviles, donde el criterio

²¹² Vid. Libro Verde 1994. Annex D "Extension of the principles of EU Telecommunications policy to the mobile sector", Pág.176.

básico pasaba por el respeto a la libertad de los operadores, y ello es así por varios motivos:

- Porque pese a que un porcentaje elevado de las comunicaciones móviles en ese momento desembocaba necesariamente en las redes fijas, su libre establecimiento no supondría poner en peligro las “obligaciones” de los diferentes Estados para con las inversiones históricas realizadas por los operadores tradicionales.
- Porque el establecimiento de redes propias y el inicial despegue de este mercado no representaría en ese momento una amenaza de sustitución de las comunicaciones fijas.
- Porque la posibilidad de que los servicios de comunicación se prestaran a través de otras tecnologías y otras redes contribuiría también a la garantía de universalidad del servicio ya que permitiría el acceso al público allí donde las comunicaciones fijas no llegaran, y porque prestaría también un adecuado valor a los servicios de emergencia.
- Finalmente, porque la libre prestación de estos servicios, así como el uso que los mismos hicieran de las redes fijas, no constituía un peligro para el normal mantenimiento de las obligaciones de carácter público que estaban llamados a cumplir determinados operadores de redes fijas.

Junto a la libertad en el establecimiento de redes, en materia de servicios la Comisión, pese a apostar por un marco libre de toda limitación que no fuera la establecida por las partes, sí que era consciente de que las licencias que se

otorgasen para su prestación debían respetar las condiciones en las que se basaba la oferta al público en general²¹³, que no era otra que la derivada de los principios fijados en el marco de la Oferta de Red Abierta²¹⁴.

En este punto merece la pena considerar el papel que el entorno regulatorio de la ORA cumple como marco para elaborar el puente de entrada al mercado a través de las licencias. Mientras que tradicionalmente el régimen de licencias ha constituido una limitación a la libertad económica en aras al respeto de determinados intereses de carácter general que variaban en función del mercado en el que resultaban aplicadas, el nuevo papel que cumpliría este instrumento de control de la actividad privada debía entenderse dentro de un nuevo planteamiento político en el que se circunscribía la acción estatal en el mercado.

Hemos podido dilucidar a la largo de estas páginas cómo el Estado ha replanteado su intervención en la libertad individual y más concretamente en la libertad económica, desde un rol dirigista hasta un rol orientador, lo que ha comportado principalmente que la presión pública se haya reducido a su mínima expresión. Hasta ahí parece que no debe sorprendernos el devenir de los acontecimientos, por cuanto esa posición tarde o temprano se hubiera

²¹³ Adviértase que además de la Directiva ORA que en su art. 2.10 ya preveía la extensión de su ámbito de aplicación a la oferta de frecuencias, se debía tener presente las disposiciones del Libro Verde de 1987 que en esta materia resultarían aplicables.

²¹⁴ La Directiva ORA no se limita a establecer cuáles hayan de ser las condiciones de acceso al mercado tanto de redes como de servicios, sino que además establece límites a las restricciones de carácter público a la libertad de acceso que puedan establecer los diferentes organismos de telecomunicaciones, a saber: requisitos esenciales como son la seguridad y la integridad de la red, la prevención de interferencias en las frecuencias, el uso efectivo del espectro, la interoperabilidad de servicios o la protección de datos; requisitos en la prestación del servicio como son su disponibilidad, permanencia o calidad; o la necesidad de preservar derechos exclusivos conformes al derecho comunitario. Estas condiciones tienen una naturaleza compleja por cuanto si bien constituyen principios básicos de defensa del interés público presente en el sector, también en cierto modo se corresponden con lo que sería el funcionamiento normal de un mercado en condiciones de competencia, parece pues que en su formulación se ha partido del primer interés público que le corresponde defender al Estado como es la competencia como institución y como proceso.

seguido, ya que es una de las consecuencias lógicas de la adopción de un sistema de mercado.

Lo realmente sorprendente es cómo el Estado ha logrado hacer suyos los objetivos del mercado, lo que no sólo requiere dejar que la actuación privada funcione normalmente, sino también que la acción estatal sea ante todo pro competitiva, o lo que es lo mismo, que sea *pro libertatis*, situación que, si tenemos en cuenta la evolución histórica que se ha seguido en esa labor y que se corresponde con el primer capítulo del presente estudio, constituye un verdadero salto cualitativo en las relaciones entre el Estado y el Mercado.

De este modo, las licencias en este sector del mercado no son sino consecuencia del necesario respeto que debe el Estado a la libertad del mercado, lo que no obviaba que, en tanto el operador de comunicaciones móviles y el operador de comunicaciones fijas coincidieran, se adoptasen específicas previsiones en aras a garantizar la competencia.

Junto a las licencias, otro tema clave que debía abordar la Comisión era el régimen de acceso a las frecuencias. Estas se encuentran incluidas en el marco de la facultad de la Comunidad para determinar las condiciones de red abierta (ORA), y se basan en un proyecto común de ámbito comunitario de distribución de las distintas frecuencias sometido de nuevo a los principios que rigen toda oferta de uso de redes.

El deseo de la Comunidad se centraba en ofrecer al mercado licencias de uso de las frecuencias que se correspondieran con las tecnologías desarrolladas en ese momento, por lo que la liberalización de servicios ha

venido también marcada por las licencias que cada Estado ha ofrecido a los operadores²¹⁵.

En materia de coordinación del uso de las frecuencias se debía estar a lo dispuesto en las Resoluciones del Consejo 90/C166/02, 92/C318/01, y las Conclusiones del Consejo de 7 de diciembre de 1993²¹⁶ que elaboran un marco de decisión en el que intervenían organismos independientes tanto europeos como internacionales, como son el Comité Europeo de Radiocomunicaciones, la Oficina Europea de Radiocomunicaciones y la International Telecommunications Union (ITU), así como también expertos en la materia.

Al mismo tiempo la Comisión elaboraba una nueva estrategia de coordinación del sistema de frecuencias en Europa que establecía sus condiciones de uso, pero sin limitarse a aquéllas de carácter técnico, por lo que se incluían también previsiones destinadas a garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Tratado como puede ser la creación de un mercado único²¹⁷.

²¹⁵ Como afirma la Comisión, *“las condiciones de las licencias pueden ejercer una presión directa o indirecta sobre los operadores de telefonía móvil en orden a que hagan uso de las frecuencias que estén menos congestionadas, así como las tecnologías que aporten un uso más eficiente del espectro, al mismo tiempo que permiten la transición de unas tecnologías a otras”*. Vid. Libro Verde 1994. Annex D “Extension of the principles of EU Telecommunications policy to the mobile sector”, Pág. 180.

²¹⁶ Las líneas básicas de dicha coordinación se resumen en: respeto al principio de separación de las funciones regulatorias y operativas (de prestación de servicios reservados) por parte de los operadores públicos; promoción del uso más eficiente del espectro; y respeto por los trabajos a nivel internacional.

²¹⁷ Dentro de esas otras previsiones destaca como tema clave el precio de las licencias, así como las tasas que deberían pagar los operadores de telecomunicaciones en concepto de uso del espectro. El criterio que debe presidir en esta materia es de carácter mixto atendiendo tanto al coste de la actividad administrativa y gestión del espectro, como al valor comercial del recurso. Resulta imprescindible atemperar el deseo recaudatorio de los Estados en esta materia por cuanto unos precios excesivamente altos constituyen una auténtica barrera artificial de entrada al mercado que disuade a los nuevos operadores. Vid. Libro Verde 1994. Annex D “Extension of the principles of EU Telecommunications policy to the mobile sector”, Pág. 182.

La primera decisión en esta materia era la determinación de las futuras frecuencias en que debían operar las comunicaciones móviles terrestres y por satélite, esto es, la banda DCS18000, UMTS y los sistemas de baja órbita terrestre (LEO)²¹⁸

Junto a la previsión de un nuevo marco para la prestación de servicios de comunicación móvil, del despliegue de nuevas redes y de la modificación de la ORA, se debía establecer un sistema de numeración, que si bien no iba a dejar de estar bajo la coordinación de las autoridades nacionales, sí que precisaba de cierta armonización en el ámbito de la Comunidad en aras a la creación de un espacio de numeración europeo.

Finalmente, y como previsión de una segunda etapa de liberalización, se hacía necesario permitir que los operadores de redes móviles y los proveedores independientes de servicios pudieran concursar para la obtención de licencias para proveer el servicio de telefonía vocal a través de redes fijas, fase que debía llevarse a cabo conforme al calendario de liberalización de los servicios de telefonía vocal del Consejo (Resolución del Consejo 93/C213/01).

De la misma manera que los operadores de telefonía móvil podrían competir en el mercado de la telefonía fija, los operadores de telefonía fija no debían *ab initio* ser excluidos de los procesos para la obtención de licencias de telefonía móvil²¹⁹.

²¹⁸ De conformidad con el diseño de frecuencias acordado en la *World Administrative Radio Conference* de 1992 celebrado por la ITU, cuyos acuerdos tienen la fuerza de un tratado internacional.

²¹⁹ *Vid.* Libro Verde 1994. Annex D "Extension of the principles of EU Telecommunications policy to the mobile sector", Pág. 210.

Esta advertencia viene a significar que inicialmente el trato que se debía dar a ambas categorías de operadores (telefonía fija/telefonía móvil) tenía que ser la misma, puesto que en caso contrario estaríamos quebrantando la igualdad que debe imperar en el mercado. Cuestión distinta es que, como esa igualdad en realidad no existe, ya que los operadores de telefonía fija (exmonopolistas) partían con la ventaja de tener una clientela preestablecida y disponían de unas redes amplias, se pueda justificar la adopción de ciertas medidas, no tanto orientadas al establecimiento de la igualdad de los participantes, sino a evitar *a priori* que esa desigualdad se manifestase en forma de abuso de posición de dominio.

2.2. Interconexión de redes, servicios y sistemas

Las principales dificultades a las que se enfrentaba la Comunidad en materia de uso de redes en las comunicaciones móviles eran:

1. Las conductas competitivamente desleales que se presentan en la consecución de los acuerdos de interconexión con los operadores de redes fijas, principalmente por lo que se refiere al coste de la interconexión y de las líneas arrendadas²²⁰.
2. Las prohibiciones o restricciones impuestas a los operadores de telefonía móvil para usar sus propias infraestructuras, las de terceros o el uso compartido de redes tanto fijas como móviles.

²²⁰ Se entiende por líneas arrendadas o privadas aquellas que se obtienen de un operador de comunicaciones para proporcionar un medio de comunicación entre dos o más instalaciones en un mismo o distinto espacio geográfico. Frente a éstas, encontramos las líneas conmutadas que permiten la comunicación con todas las partes que tengan acceso a la red telefónica pública conmutada

3. Las conexiones con otros operadores de telecomunicaciones móviles tanto las operadas dentro del territorio de un único Estado como entre varios, procedimiento conocido como *roaming*.

2.2.1. Conductas desleales

A fin de evitar conductas desleales que podían llegar a impedir la consecución de los tan necesarios acuerdos de interconexión, se hacía preciso recurrir a la elaboración de unos principios que, sirviendo de base a los operadores privados, procuraran también la consecución de los intereses generales a cargo del poder público.

Estos principios no serían otros que los elaborados en las previsiones generales de la Directiva 90/387/CEE relativa a la Oferta de Red Abierta, no pareciendo en este momento que fuera necesaria la previsión específica de otras condiciones particulares.

Hay que tener en cuenta, que los criterios de la ORA (objetividad, transparencia, no discriminación y precios orientados a los costes reales) no sólo se aplicarían a las autoridades regulatorias responsables de su adopción²²¹, sino también a cualquier acuerdo que se adoptase en el marco de un proceso negociador en el mercado. El deseo de que tanto la intervención del poder público en la libertad privada fuera lo más similar posible a una operación de mercado, como de que la negociación privada salvaguardase el interés público, se veía así totalmente cumplido.

²²¹ Intervención en todo caso supletoria ya que, como afirma la propia Comisión “ *..the Open Network Provision emphasizes voluntary commitments and comercial negotiation between the parties concerned, with regulatory intervention only as the last resort*”. Vid. Libro Verde 1994.

Sin embargo, resultará necesario analizar posteriormente el régimen de interconexión como mecanismo de entrada en el mercado, a fin de evaluar la medida en que resulta, no sólo necesario, sino también complementario o sustitutivo de la Oferta de Red Abierta.

Junto a la previsión de conductas desleales en el mercado debía potenciarse el régimen de libertad de los operadores y así, por lo que se refiere a las infraestructuras, los operadores de comunicación móviles debían gozar de libertad para desarrollar sus propias redes y así proveer los servicios previstos en sus correspondientes licencias y autorizaciones, libertad que se extendía también a la libre opción de los recursos (*facilities*) necesarios para ello.

El marco que habría de servir para regir el despliegue de redes y el uso de infraestructuras sería nuevamente el régimen de ORA²²².

Como quiera que dicha libertad debía incluir necesariamente la posibilidad de utilizar redes de terceros, este uso tendría como limitación las exigencias derivadas de las licencias, dado que el uso de otras redes que no fuesen las propias no podía servir como mecanismo para ampliar el espectro de actividades autorizadas.

²²² En la aplicación de la ORA al sector de las comunicaciones móviles destacan cuatro aspectos como son: la interoperabilidad que viene a garantizar la calidad de las comunicaciones con independencia de las tecnologías y las redes utilizadas; la interconexión que deriva de las precisiones de la ORA, el acceso a las líneas arrendadas cuya base regulatoria se encuentra en la Directiva 92/44/CEE relativa a la aplicación de la ORA a la oferta de líneas arrendadas, (DOCE L núm. 165 de 9 de junio de 1992) y que pretende sobre todo asegurar que en el arrendamiento de líneas, los operadores de red fija siguen los mismos criterios tanto en su aplicación a su propio negocio de comunicación móvil, como a los servicios prestados por terceros; acceso a las redes fijas accesibles al público, que sería objeto de un posterior desarrollo con la aprobación de la Directiva 95/62/CE, de 13 de diciembre de 1995 relativa a la aplicación de la ORA a la telefonía vocal, y la Directiva 97/33/CE relativa a la interconexión de las telecomunicaciones en lo que respecta a garantizar el servicio universal y la interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de la ORA. Vid.. Libro Verde 1994.

La interconexión con otras redes móviles debía permitirse tanto de forma directa como a través del uso de redes públicas fijas, siendo este último supuesto de mayor interés por cuanto sobre ellas se mantenía una gestión exclusiva.

La diferencia entre un tipo de interconexión y otro radica en el distinto tratamiento jurídico que la Comunidad pretendía dispensarles por entender que los problemas que se plantearían en uno y en otro caso serían distintos, con lo que el grado de intervención del Estado también debía serlo.

De este modo, en materia de interconexión de redes móviles, la eliminación de cualquier derecho exclusivo hacía innecesaria la aplicación del régimen ORA²²³ por lo que la misma quedaba sometida a los acuerdos que a tal efecto concluyeran los operadores privados²²⁴.

Por el contrario, en materia de interconexión de redes fijas con redes móviles, el mantenimiento de servicios reservados presentaba mayores riesgos de perturbación de la competencia, por lo que, a la espera de una futura

Annex D "Extension of the principles of EU Telecommunications policy to the mobile sector", Págs. 192-194.

²²³ Pese a que el régimen general de interconexión de redes móviles se basaba en la libertad de los operadores, ello no obstaba al establecimiento de previsiones especiales a fin de garantizar el acceso a las futuras redes inteligentes (Intelligent Network) como eran: la garantía de acceso no discriminatorio cuando el operador de redes fijas operase también como operador de servicios de comunicaciones móviles, y la aplicación del régimen ORA cuando fuese un operador de red fija el que desease acceder a los sistemas de red inteligente de los operadores de redes móviles. *Vid.* Libro Verde 1994. Annex D "Extension of the principles of EU Telecommunications policy to the mobile sector", Págs. 196-197.

²²⁴ Sin embargo, distinta situación se planteaba en materia de uso de redes móviles por terceros operadores suministradores de servicios, en cuyo caso se aplicaban también los principios de ORA.

liberalización del servicio de telefonía vocal, se hacía preciso extender el régimen de ORA a la interconexión de estas redes en aras a evitar²²⁵:

- Por una parte, que la interconexión entre redes operase como un cuello de botella en el mercado de la telefonía móvil, habida cuenta que la obligación que tenían los operadores de red fija de facilitar una conexión directa recaía solamente en las llamadas que tenían su terminación en otra red móvil (la red fija entonces operaba sólo como medio de conexión entre redes móviles), por lo que las posibilidades de desarrollar servicios de conexión entre terminales móviles y terminales fijos se reducía a la par que se desincentivaba la entrada en el mercado de nuevos operadores de telefonía móvil.
- Y por otra parte, habida cuenta que los operadores de telefonía fija no podían ser privados *ab initio* de licitar en los procesos de adjudicación de las licencias de telefonía móvil, se creaba una situación de integración vertical del sector, dado que aquellos operadores prestaban servicios de comunicación tanto fijas como móviles haciendo uso tanto de las redes móviles que desplegaban, como de la red fija gestionada de forma exclusiva por ellos, y que a su vez constituía un recurso básico para los operadores de comunicación móvil.

En ambos casos la solución pasaba por el desarrollo de redes inteligentes que redujeran la dependencia de los interfaces, así como por los acuerdos privados a que llegaran los operadores, y todo ello, al margen de la aplicación

²²⁵ *Vid.* Libro Verde 1994. Annex D "Extension of the principles of EU Telecommunications policy to the mobile sector", Págs. 190-191.

de los principios de ORA que vendrían a sustituir otras medidas más intervencionistas del Estado.

También se recurrió al fomento del uso compartido de infraestructuras por parte de los operadores de redes móviles, uso que debía preverse mediante la constitución de acuerdos entre las partes sometidos a los principios de transparencia, no discriminación y objetividad, en los mismos términos que hemos visto con anterioridad.

Este uso compartido podía llegar incluso a ser impuesto por las administraciones cuando se tratase de cumplir con la política en materia medioambiental, siempre que se aplicase sobre la base del principio de proporcionalidad, a fin de no restringir la actividad de los operadores privados ni el necesario respeto a las normas de defensa de la competencia.

Por último, resulta de interés destacar cómo la Comunidad pretendía llevar a cabo la evolución del sector de las telecomunicaciones hacia un espacio en el que se pasara a hablar exclusivamente de comunicaciones personales, sin distinguir entre sus diversas manifestaciones, lo que no sería sino el resultado de la total convergencia de redes y servicios.

En este sentido debe entenderse la convergencia de las comunicaciones, no tanto como la posibilidad de combinar diversos servicios, sino como que el marco que regula cada uno de ellos se aproxime cada vez más a un modelo único, con independencia del punto en que cada uno de ellos se haya liberalizado.

En este sentido, las primeras dificultades se manifestaron en relación a las restricciones a la combinación de múltiples tecnologías o de servicios bien derivadas de la conducta de un operador de servicios, bien de los impedimentos a la combinación de redes fijas y redes móviles, y precisamente a su superación irían dirigidas las primeras medidas regulatorias.

2.2.2. Prohibiciones o restricciones al uso de redes

Ya hemos visto como algunas restricciones a la libertad en el área de las comunicaciones por redes fijas se mantenían. La Comisión era consciente de que ello, si bien necesario, podía llegar a constituir una barrera para el normal desenvolvimiento del futuro mercado de las comunicaciones móviles, lo que le llevó a establecer que, en tanto los nuevos servicios combinen múltiples tecnologías y hagan uso de diferentes redes, debía ponerse especial acento en que la contención de la plena liberalización no redundase en perjuicio de los nuevos mercados, y así, toda barrera que implicara la imposibilidad de combinar las tecnologías existentes debía ser eliminada, especialmente:

- Las restricciones a que los operadores de servicios hicieran uso de diferentes tecnologías o combinaciones de servicios.
- La utilización de distintas redes tanto móviles como fijas para la prestación de servicios²²⁶.
- Las barreras aún existentes en el mercado de líneas arrendadas fijas, y especialmente²²⁷:

²²⁶ En la combinación de diferentes redes destaca como barrera natural del mercado la especificación de los distintos interfaces (uno para las conexiones entre redes fijas y móviles y otro entre redes móviles) necesarios para ello.

²²⁷ *Vid.* Libro Verde 1994. Annex D "Extension of the principles of EU Telecommunications policy to the mobile sector", Págs. 206-207.

- Las exigencias de uso por parte del arrendador: como es su uso obligatorio en las conexiones internas de la red (la estación base con el centro de control) y en las llamadas de larga distancia entre redes móviles sin que exista justificación técnica para ello.
- La inexistencia de precios orientados a costes en este sector (el coste de la interconexión representaba del 30 al 50% de los ingresos de los operadores móviles).
- La falta de aplicación de los progresos técnicos a la red fija como era el caso del sistema de señales necesario para prestar los servicios de GSM.

En este punto se nos aparece un interrogante, si la finalidad de esta nueva acción liberalizadora era básicamente el desarrollo de nuevas tecnologías que facilitaran un mejor uso de las redes de comunicación, ¿no hubiera sido deseable potenciar también en este momento el desarrollo de las redes fijas y no limitarse a la liberalización de las redes de comunicación móviles?

La respuesta no sólo se halla en las ya apuntadas al analizar los motivos por los que se mantuvieron los derechos exclusivos en la gestión de la red, sino también en la previsión que la Comunidad hizo de las conductas que desempeñarían los operadores ante la posibilidad de desplegar libremente redes fijas.

Por lo que parece, el desarrollo de nuevas tecnologías que aprovecharan mejor los actuales mecanismos de transmisión de la comunicación, tenía

técnicamente hablando, mayores posibilidades en la aplicación de las comunicaciones móviles que en las fijas.

Esto se debía principalmente a que, en el mercado de comunicaciones fijas, la posición de dominio que ostentaba el ex monopolista desincentivaría, desde el primer momento, a los recién llegados agentes para dotarse de una infraestructura propia, con lo que, el resultado sería que ni estos nuevos agentes aprovecharían el potencial del cambio tecnológico para crear nuevas redes, ni el propio operador dominante se sentiría lo bastante amenazado como para mejorar y establecer nuevas redes.

Resultaba por tanto más sencillo que el despliegue de nuevas redes tuviera lugar en un nuevo escenario, esto es, el futuro mercado de comunicaciones móviles en el que, si bien el operador dominante podía gozar de cierta ventaja, la situación no era ni mucho menos comparable a la del mercado de comunicaciones fijas, mercado que ya de por sí presentaba un grado elevado de maduración.

Pero además, los efectos de la regulación pro libertad en el desarrollo de las redes móviles digitales no sólo beneficiarían propiamente a los servicios móviles, sino también al mercado de las comunicaciones fijas, ya que estaba en previsión de la Comisión que el crecimiento del mercado de comunicaciones móviles replantearía los servicios prestados en el mercado de las comunicaciones fijas, forzando a sus operadores a pasar de ser meros prestadores de servicios de comunicación por redes fijas, a auténticos operadores de servicios de comunicaciones personales, servicios que integrarían todo tipo de comunicaciones con independencia de las tecnologías

utilizadas, mejorándose de esta manera los servicios ofertados en este mercado²²⁸.

Por otra parte, la natural evolución del mercado hacia un entorno de comunicaciones personales exportaría el concepto de movilidad a las redes fijas mediante la adopción de sistemas como el *Universal Personal Telecommunication*, que implica que el usuario puede ser identificado con independencia del terminal de comunicación que utilice a través de un número personal²²⁹.

Lógicamente, la instauración de un régimen de movilidad de las comunicaciones fijas requería la creación de un marco europeo coordinado de numeración, tanto fija como móvil, que permitiera la portabilidad de esa numeración y la consecución de un sistema de comunicaciones personales²³⁰.

De este modo, el incentivo para ocupar una posición en ese mercado, junto a la parcial inducción de la conducta del operador dominante podría resultar, como en cierto modo *de facto* así ha sido, en un desarrollo satisfactorio de las comunicaciones.

²²⁸ De hecho, en algunos Estados se venía restringiendo la prestación de servicios incluso cuando el operador dominante no podía satisfacer la demanda o lo hacía insatisfactoriamente. Vid. Libro Verde 1994. Annex D "Extension of the principles of EU Telecommunications policy to the mobile sector", Pág. 207.

²²⁹ Ni hace falta insistir en las ventajas que una total aplicación del concepto de comunicaciones personales tendría en el mercado. La ventaja más destacable sería la reformulación del concepto de servicio universal. El antiguo servicio público se transformaría en una suerte de derecho personal a disponer de un número identificador en el mercado que permitiera a su titular, a través de la garantía de la existencia de terminales apropiados con cobertura suficiente, recibir o realizar los distintos servicios de comunicación.

²³⁰ Vid. Libro Verde 1994. Annex D "Extension of the principles of EU Telecommunications policy to the mobile sector", Pág. 206.

Ahora bien, precisamente por el hecho de que el sector de las redes fijas continuaba siendo territorio reservado a un operador, debían extremarse, si quiera más que en el ámbito de las comunicaciones fijas, las limitaciones que esta exclusividad pudiera representar para el futuro de las comunicaciones móviles.

2.2.3. Conexiones entre diferentes Estados: servicios de *roaming*

En línea con el interés por asegurar que el acceso al mercado quedase garantizado, la Comisión pondría especial atención a los servicios de *roaming* (cambio de red) que son los que posibilitan la continuidad en la comunicación a través del territorio de los diversos Estados miembros.

La importancia de este servicio radicaba no sólo en la necesidad de asegurar la existencia de una red paneuropea, en el sentido más técnico que físico, sino también en que a su vez, con ello se garantizaba el ejercicio de la libertad de prestación de servicios.

Precisamente en ese afán, la Comunidad pretendía potenciar el valor de las comunicaciones por satélite, puesto que eran éstas las que en mejor medida podían asegurar la comunicación a nivel global, y en ello, jugaba un papel preponderante el desarrollo de la tecnología UMTS.

La tecnología UMTS abría nuevas expectativas en el mercado por cuanto, además de posibilitar la combinación de servicios diversos que abarcan más allá de lo que es la mera transmisión de la voz, combina el uso de las diferentes redes en servicio.

De este modo, el usuario permanece constantemente conectado al sistema empleándose tanto redes terrestres como inalámbricas o enlaces por satélite, sin que resulte preciso que efectúe operación alguna, dado que es el propio sistema el que detecta la red disponible en cada momento.

Esta tecnología revolucionará no sólo los servicios y su sistema de tarificación (que pasará a basarse en el volumen de datos y no en el tiempo de conexión), sino también el marco en el que las redes son explotadas.

Efectivamente, la puesta en práctica de esta tecnología obligará necesariamente, y en base a un sistema de reconocimiento recíproco, a que los operadores compartan sus redes a fin de prestar sus servicios.

Así pues, el problema de la titularidad de redes y sobre todo de su acceso compartido o de la interconexión pasarán en un futuro no muy lejano a ser cuestiones de menor interés frente al reforzamiento de la necesaria concesión de las redes de cada operador a una suerte de mancomunidad que permita la operatividad plena de los servicios basados en la tecnología UMTS.²³¹

Hasta entonces, uno de los mayores problemas a los que se enfrentaba la futura prestación de servicios de comunicación móvil era el uso combinado de redes fijas y redes móviles²³², con especial atención al hecho de que, hasta el momento, las redes fijas seguían sometidas a un sistema de propiedad exclusiva y excluyente.

²³¹ Esta idea de la creación de una mancomunidad de redes se deduce del hecho de que la Comunidad reconozca que no existen impedimentos tecnológicos para que las redes fijas y móviles sirvan a unos servicios comunes. *Vid.* Anexo A. Libro Verde 1994, Pág. 93.

Junto a éste se apreciaba la necesidad de una acción coordinada en la introducción de nuevas tecnologías en el mercado europeo, tanto por lo que se refería a los servicios como a las redes. Habida cuenta que la base de los nuevos servicios que se iban a ofertar en el mercado estaría orientada hacia la consecución de unas auténticas comunicaciones móviles que permitieran al usuario la conexión en cualquier punto geográfico, el desarrollo de nuevas redes pasaba por la consideración de las comunicaciones por satélite como mejor sistema para obtener esos servicios.

La combinación de distintas redes tendería a eliminar otras barreras que podían presentarse en el mercado como son la atribución de costes no justificados a las tasas de interconexión, o las exigencias técnicas para el acceso a las redes que, en ocasiones, impiden o dificultan la interconexión.

El tratamiento de estas barreras era diferente, y así, mientras en el primer caso se requería una mayor intervención del poder público en atención a la efectividad de los principios de acceso a la red (objetividad, proporcionalidad, y no discriminación); en el segundo supuesto, la solución pasaba por la acción de los propios operadores que eran los que, en los acuerdos para gestionar el acceso compartido a las redes, debían procurar que los interfaces cumplieran con la normativa en materia de armonización de sistemas y no imponer más condiciones que las requeridas por las exigencias de compatibilidad técnica.

De este modo, los principales puntos de la reforma orientada por la

²³² Precisamente, derivado de esta situación se explica el hecho de que el precio de los servicios de comunicación móvil-fijo y viceversa sean aún tan elevados.

Comisión recaían sobre las siguientes cuestiones:

- La abolición de los derechos exclusivos o especiales que aún subsistieran en el sector.
- La eliminación de todo obstáculo que impidiera la puesta en marcha de los servicios móviles, tanto en el caso en que fueran prestados por un operador sin red, como por uno que dispusiera de su propia infraestructura. Esta previsión incluiría también la superación de las posibles limitaciones derivadas del recurso a diferentes mecanismos de asignación de frecuencias.
- El reconocimiento de la libertad plena a los operadores de comunicaciones móviles para desplegar sus propias redes. Esta libertad de acceso a las redes se extendía también al uso de redes de terceros y uso compartido de infraestructuras.

La Comunidad, si bien tenía presente que el inicio del despegue del mercado de comunicaciones estaría ligado más a la prestación de servicios que no a las diferentes redes utilizadas, también sabía que el acceso a las mismas no estaría exento de dificultades que, con el tiempo, se irían diluyendo hacia un uso común de todos los tipos de redes derivado no tanto de imposiciones legales como de la propia libertad de los operadores.

- La supresión de cualquier impedimento a la oferta de servicios a través de redes móviles y fijas, fijándose al mismo tiempo como fecha límite para hacer efectiva esta previsión, la dispuesta por el Consejo como fecha límite para la liberalización de los servicios de telefonía vocal.

El alcance de dicha fase de liberalización total del sector supondría a su vez la posibilidad de que los distintos operadores tanto de telefonía móvil como de telefonía fija pudieran obtener las licencias correspondientes para operar en cualquiera de los dos mercados, estableciéndose expresamente como único límite el respeto por las normas de defensa de la competencia.

De este modo, una vez desarrollado el mercado de las comunicaciones móviles, y liberalizado plenamente el mercado de comunicaciones fijas, no cabría límite alguno a la libertad de prestación de servicios en el sector que no fuera el derivado del necesario respeto por las reglas del mercado.

- El establecimiento de un sistema de reconocimiento mutuo²³³ de las diferentes tecnologías, así como la coordinación de los procedimientos de concesión de licencias, lo que facilitaría la transición de unas tecnologías a otras y el establecimiento de un punto de partida para la creación de un mercado de comunicaciones personales que combinase todo tipo de aplicaciones.

El sistema de reconocimiento mutuo debía adaptarse a los diferentes procedimientos de concesión de las licencias y así, mientras resultaría de plena aplicación en el caso de las licencias otorgadas bajo el procedimiento

²³³ El objetivo de la Comunidad trasciende a la mera apertura de servicios a la competencia para promover la creación de un auténtico espacio de ejercicio de las libertades comunitarias en este sector, por ello se promueve el mecanismo del reconocimiento mutuo como herramienta eficaz para la superación de la barrera al mercado que representa un sistema nacional de concesión y reconocimiento de licencias. La única excepción admisible a este sistema se basa en la defensa del interés público, labor que corresponde a cada uno de los Estados, y que supone negar el reconocimiento de las licencias que, a juicio del Estado receptor del operador, no cumplan con una satisfactoria protección de dichos intereses. *Vid.* Libro Verde 1994, Annex D "Extension of the principles of EU Telecommunications policy to the mobile sector", Pág. 202.

de “*first come, first served*”, en otros supuestos como el concurso su plena aplicación sería más discutible²³⁴. La Comisión se mantendría respetuosa con los diferentes mecanismos de asignación de licencias siempre y cuando los procedimientos no implicaran en ningún caso la exclusión del principio de no discriminación²³⁵.

Finalmente, advertir que estas dificultades no hacían sino poner de manifiesto la necesidad de superar la anterior configuración del sector y en concreto:

- La distinción entre servicios reservados y servicios liberalizados. A pesar de que el Libro verde de 1986 ya puso de manifiesto las dificultades que comportaría el establecimiento de un sistema de catalogación de servicios en función de su naturaleza jurídica, muchos fueron los Estados, como el caso de España, que basaron su legislación en dicha distinción.

Desde el momento en que las nuevas tecnologías permiten combinar servicios se hacía más que nunca necesario romper con ese esquema so pena de imposibilitar su prestación, y adoptar uno nuevo que abarcara todas las comunicaciones, lo que se lograría en tanto los operadores cooperasen entre sí para prestar sus servicios.

²³⁴ Aunque la Comunidad respeta la libertad de los Estados a la hora de decidir cuál es el mejor mecanismo para otorgar las licencias, es consciente de que en algunos casos bien los procedimientos existentes no respetan las garantías mínimas que requiere la prestación de estos servicios, bien no respetan la necesaria igualdad entre los diferentes operadores. Este es el caso del concurso, en el que en ocasiones priman las condiciones económicas sobre otras más convenientes para la prestación del servicio.

²³⁵ Vid. Libro Verde 1994. Annex D “Extension of the principles of EU Telecommunications policy to the mobile sector”, Pág. 202.

- El mantenimiento de derechos exclusivos en la gestión de la red. En este aspecto la Comunidad se encontraba en una disyuntiva, y es que, mientras resultaba del todo deseable que los operadores de telefonía móvil desarrollasen sus propias redes móviles, no ocurría lo mismo con las redes fijas.

El problema no se planteó sino hasta el momento en que las comunicaciones móviles hicieron uso de las redes fijas, bien porque las precisaban para conectar entre sí otras redes móviles, bien porque las llamadas de origen o las de destino se originaban en estas redes fijas.

Si de lo que se trataba era de seguir manteniendo los derechos exclusivos, se debía incorporar un marco para que dicho monopolio no impidiera la evolución de las comunicaciones móviles, máxime cuando en este sector, sí que se reconocía la libertad para el establecimiento de redes.

En cualquier caso, nada hubiera obstado a que se liberalizase la gestión de las redes fijas destinadas a las comunicaciones móviles. Si de lo que se trataba era de ayudar a su despegue, la situación no hubiera sido sino transitoria y justificada por las necesidades del mercado.

Así pues y para finalizar este punto, de lo hasta ahora dispuesto se puede afirmar que los objetivos indirectos que perseguía la Comisión en esta nueva fase del proceso de apertura de estos mercados eran: ,

- El futuro desplazamiento de las comunicaciones fijas en beneficio de las comunicaciones móviles²³⁶. Dicho desplazamiento encubre también el deseo de abandonar la clasificación estricta de los diferentes servicios de comunicación en beneficio de una sólo categoría que se conocería como comunicaciones personales, donde la única particularidad estribaba en su disponibilidad para el público en general y no en el sistema de comunicación o tecnología utilizada.
- El abandono definitivo de tecnologías obsoletas como los sistemas analógicos. Precisamente la Comunidad reconoció que en este momento el mercado se encontraba en un proceso de transición de la tecnología analógica a la tecnología digital.

La apuesta correcta del poder público debía suponer el incentivo -que no imposición- de la aplicación de esos nuevos sistemas de telecomunicación y para ello, que mejor ocasión que aprovechar la puesta en marcha de un nuevo mercado y el instrumento de control que representaba el sistema de licencias, como mecanismo de acceso al mismo

- La pérdida de protagonismo de los operadores dominantes tanto en materia de prestación de servicios como, sobre todo, en materia de gestión de redes.
- Adviértase el hecho de que la apuesta por la tecnología UMTS y las comunicaciones por satélite restarán importancia en el futuro a la tipología

²³⁶ Sirva como ejemplo la introducción del concepto de movilidad en las redes fijas referido anteriormente.

de redes utilizadas frente a la obtención de un auténtico sistema global de comunicación.

- La convergencia real de las diferentes comunicaciones a favor de unas auténticas comunicaciones personales. No le interesaba a la Comunidad limitar el desarrollo de servicios, por lo que desde un primer momento se apuesta, a través de la consideración de las diferentes licencias que pueden otorgarse a los nuevos operadores, por aquellas tecnologías que faciliten, tanto en un primer momento como en el futuro, la prestación de unos servicios de comunicación no limitados exclusivamente a la transmisión de la voz.

Pero además, el fenómeno de la convergencia de las comunicaciones interesa también en tanto puede afectar de manera beneficiosa a la estructura de mercado, y es que la convergencia de servicios:

- Abre nuevas áreas en el mercado, lo que a su vez comporta un reclamo para la entrada de nuevos competidores.
 - Permite configurar una oferta de servicios más personalizada en función del tipo de usuario (empresas, particulares), lo que comporta una estructura de mercado más dinámica.
 - Uniforma cada vez más la estructura de los agentes del mercado que, en lugar de buscar su “parcela” dentro del mismo, se ven forzados a contribuir a la oferta de servicios integrados.
- La combinación y explotación comercial de todas las posibilidades de servicio que ofrezcan las nuevas tecnologías.

En esta consideración, resultaba imprescindible que se eliminase cualquier tipo de barrera a la convergencia de servicios. Así pues, veremos como al marco regulador inicial se le van añadiendo nuevas aplicaciones que amplían paulatinamente la categoría de servicios que dejan de estar bajo reserva exclusiva.

- El desarrollo de un sector innovador y económicamente saludable.

2.3. Condiciones de acceso al mercado y Oferta de Red Abierta

El principal reto que encontramos, no sólo en materia de comunicaciones móviles sino en general para todas las comunicaciones, son los obstáculos del tipo que sean al acceso al mercado.

El punto de partida lo constituye la Directiva 90/387/CEE de la Oferta de Red Abierta cuyo objetivo último era evitar que el mantenimiento de derechos exclusivos en la gestión de la red impidiera la prestación, en su día, de los servicios de valor añadido en régimen de libre competencia.

De lo que se trataba en este momento era de garantizar la libertad en los servicios que se iban a ir liberalizando progresivamente, tomando como base los principios de la citada Directiva (proporcionalidad, transparencia y no discriminación).

Téngase presente que estos principios, por el hecho de intentar resolver los posibles conflictos que planteara la prestación libre de servicios en un entorno

de gestión exclusiva de redes, no se circunscribían sólo al área de la política pública, sino que se extendían hasta abarcar la actuación de la iniciativa privada. Resulta por tanto destacable que, por primera vez en un sector, tanto la acción privada como la acción pública deba responder a las mismas motivaciones, lo que representó un primer paso en la necesaria adaptación de la acción pública a las reglas del mercado.

Pero además, la Comisión, que en otras ocasiones había manifestado su indiferencia por el procedimiento que escogiera cada Estado para la concesión de derechos en este sector, en este aspecto sí que lo hizo, y es que, mientras en materia de asignación de frecuencias acuerda el recurso al procedimiento de licencias como medio para verificar el cumplimiento de requisitos de orden público; en materia de provisión del servicio concluye que lo más adecuado es recurrir a un procedimiento de autorización, lo que resulta lógico, teniendo en cuenta que, como hemos observado anteriormente, este sector no planteaba especialidad alguna que justificase la limitación de la libertad en la prestación de servicios.

Con ello, la Comisión, pese a no declarar su preferencia por un sistema o por otro parece considerar que, mientras en aquellas áreas donde no existan especiales intereses a proteger no resulta de recibo la imposición de limitaciones que no sean meramente técnicas -optándose entonces por el sistema de la autorización administrativa- en aquellas otras en la que sí estén presentes dichos intereses, se impone la adopción de mayores cautelas, y por tanto el recurso un sistema de licencias.

De este modo, en la prestación de servicios se partía de dar mayor juego a la iniciativa privada y por ello se sugería la adopción de Códigos de Conducta²³⁷ que, junto con la aplicación del derecho de defensa de la competencia, constituyeran instrumentos suficientes para procurar el respeto a la lealtad en el comercio, y especialmente respecto a los consumidores (la continuidad, disponibilidad y calidad de los servicios ofertados)

Al margen de la conveniencia del sistema de acceso escogido, tanto en materia de asignación de frecuencias como de prestación de servicios, interesa analizar en profundidad la significación de estos principios de acceso al mercado ya que constituyen unas reglas neutras que pretenden establecer un marco común de actuación, con independencia de los sujetos sobre los que vaya efectivamente a recaer; de este modo, la intervención estatal se liberaba de los tradicionales prejuicios frente a la libertad privada, y la iniciativa privada volcaba también sus esfuerzos en la consecución de intereses que iban más allá de los propios. Estos principios consiguen poner fin a la dicotomía entre competencia imperfecta y regulación perfecta porque permiten introducir criterios de competencia allí donde resulte posible, creando un mercado que si bien a veces resulta ineficiente, siempre será más eficaz que la gestión pública directa²³⁸. Veamos ahora en detalle el alcance de cada uno de ellos.

²³⁷ Estos Códigos de Conducta versarían principalmente sobre medidas de seguridad en la prestación de los servicios (permanencia, disponibilidad, calidad del servicio y prácticas técnicas, financieras y comerciales), así como en materia de protección de los consumidores (transparencia en los precios de los servicios). Resulta destacable el papel que habrían de adquirir estos Códigos de conducta, máxime cuando la adhesión a uno de ellos podía constituir uno de los elementos a valorar en la concesión de autorizaciones para el ejercicio de la actividad por parte de la administración competente. *Vid.* Libro Verde 1994. Annex D "Extension of the principles of EU Telecommunications policy to the mobile sector", Pág. 184.

²³⁸ En este sentido *Vid.* LAGUNA DE PAZ, J.C., *Telecomunicaciones: regulación y mercado*, Aranzadi, Pamplona, 2004, Págs. 167-169.

En su análisis se han contemplado tanto sus efectos en la conducta privada como en el acto público, dado que como ya sabemos la ORA resulta aplicable a todos los operadores del mercado, ya sean públicos o privados, y aunque referidos inicialmente a un mercado en el que convivían servicios reservados con servicios liberalizados resultan igualmente aplicables al régimen actual.

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Tradicionalmente este principio ha venido actuando como límite de la actuación pública por cuanto supone que ésta debe ceñirse a los objetivos por los que fue diseñada, o lo que es lo mismo, que la actuación pública debe ser proporcional en intensidad a la medida que pretende conseguirse. En ese sentido, este principio debe identificarse en el contexto general del principio de legalidad de la actuación pública que toma como base los arts. 53, 128.2 y 131.1 de nuestra Constitución, el art.53.2 de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo Común, y el art.5.3 del TCE.

Hasta ahí, parece pues que la aplicación de este principio no manifiesta particularidad alguna cuando se refiere al mercado de la telecomunicaciones, pero ello no es así.

Como hemos visto, el nuevo papel que están llamadas a cumplir las autoridades se corresponde más con la figura del árbitro, o incluso “mano invisible” según la teoría smithiana, que no con la tradicional figura dotada de poder coercitivo, y es que, tomando como parámetro la actuación que se

espera tenga lugar en el mercado, a partir de ahí cualquier decisión pública, incluso la que afecte a los intereses públicos, debe ir orientada a la preservación de las reglas del mercado; ya no se trata tanto de sustituir a las operaciones de mercado como de coadyuvarlas²³⁹.

Decimos que el papel de las autoridades se asemeja a esa “mano invisible” en tanto cualquier medida tiene como límite la proporcionalidad, que no se identifica sino con el respeto más riguroso al mercado. Luego entonces, todas las medidas que en cierto modo restrinjan la libertad privada deben ser lo menos invasivas posible.

Con ello asistimos a nuevo parámetro que debe guiar la conducta del poder público, y es que el principio de proporcionalidad había tomado siempre como referencia los límites legales que cada medida tuviera previstos en su marco de ejercicio, encontrando como último anclaje la Constitución. Pues bien, a partir de ahora esa legalidad debe interpretarse con las reglas del mercado, y por tanto, la proporcionalidad se da en tanto la actuación pública se adapta a lo que se espera sea una operación de mercado, independientemente de que esté o no en juego algún tipo de interés público, dado que el último de ellos siempre será la propia preservación de la institución del mercado. Este criterio se aprecia claramente en el actual marco normativo, en tanto:

- Se establece la obligación de los Estados de velar por la independencia, la imparcialidad y la transparencia de las autoridades nacionales de

²³⁹ Esta afirmación se deriva de hecho de que todo el marco jurídico, y en especial el paquete normativo 2002, está presidido por el principio de subsidiariedad de la actuación pública. Sirva de ejemplo lo dispuesto en el Considerando 27 de la Directiva 2002/21/CE (Directiva marco), *“Resulta esencial que las obligaciones reglamentaria ex ante sólo puedan imponerse cuando no exista competencia efectiva y cuando las soluciones previstas en la legislación nacional y comunitaria no basten para remediar el problema”*

reglamentación (art. 3 de la Directiva marco²⁴⁰), velando así por evitar la discrecionalidad administrativa.

- Se establece la necesaria cooperación entre las autoridades de reglamentación y las autoridades de defensa de la competencia, y se fijan nuevos criterios basados en el análisis de la competencia en el sector a fin de determinar la imposición de obligaciones específicas a determinados operadores (capítulo IV Directiva marco y Considerando 12 de la Directiva de servicios).

- Se adoptan criterios conformes al desarrollo del mercado como límites de la actividad pública: garantía de interoperabilidad de servicios, neutralidad tecnológica de la regulación (Considerandos 17 y 31 Directiva marco), adopción del régimen de autorización que pasa a sustituir al régimen de licencias (Considerando 9 Directiva de servicios²⁴¹).

Por otra parte, en virtud del principio de proporcionalidad se garantiza que la actuación pública sólo se requerirá en aquellos servicios que deban ofrecerse al público en general, por cuanto sobre dichos servicios recaen las obligaciones de universalidad.

Pero además y como auténtica novedad en la materia, ese principio de proporcionalidad resulta también aplicable a la actividad privada.

²⁴⁰ Directiva 2002/31/CE de 7 de marzo. DOCE L núm. 108, de 24 de abril de 2002.

²⁴¹ Directiva 2002/77/CE de 16 de septiembre relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas). DOCE L núm. 249, de 17 de septiembre de 2002.

No resulta menos cierto que esta consideración se deriva de forma natural de la conceptualización de la acción privada en el marco económico y político diseñado por el Tratado, y en detalle, de la figura del abuso propio de los sistemas romanistas. No obstante, que esa declaración se contenga de forma expresa en una acción política como es la liberalización resulta del todo novedoso.

Que las relaciones *inter partes* tienen que regirse por el principio de la proporcionalidad no resulta nada nuevo, pero que esa proporcionalidad resulte la base para la consecución de intereses públicos a través de operaciones de mercado constituye un paso definitivo en las relaciones entre el Mercado y el Estado.

De este modo, las relaciones entre los diversos operadores privados se someten al principio de proporcionalidad, pero no sólo como derivación natural del necesario equilibrio que preside todo negocio jurídico, sino también - y desde el momento en que a la conducta de los operadores privados se le atribuyen determinadas finalidades de carácter público - como base para una actuación orientada hacia el cumplimiento de esos particulares deberes públicos en el marco de sus negocios jurídicos privados.

Junto a ello, en el ámbito de la acción pública, el principio de proporcionalidad no se limita a prescribir los límites de la intervención estatal, sino que transfiere a la relación administrativa lo que es propio de la relación privada, esto es, el equilibrio entre los diferentes intereses en juego, en este caso, la función del Estado y la función del mercado.

Finalmente afirmar, que todo ello no es sino consecuencia lógica del abandono de la conceptualización de la intervención del Estado como única respuesta del Estado a las necesidades del mercado.

PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA

Al igual que en el caso anterior, el principio de transparencia tiene una doble lectura aplicable tanto a las relaciones privadas como a la actuación del Estado.

Por una parte, este principio, si bien no es sino una máxima lógica dentro de la democracia que preside un mercado, viene a asegurar especialmente la igualdad de los diferentes agentes, sobre todo cuando en estos mercados la presión que antes venía ejerciendo el operador monopolista ahora se centra en las actuaciones del operador dominante, por lo que resulta necesario garantizar que las diferentes operaciones que realice este operador en el mercado serán las que tendrían lugar en un entorno libre desde el punto de vista jurídico.

Ejemplo de la afirmación anterior lo encontramos en la reestructuración de la composición económica y jurídica del operador dominante con una separación de las diferentes áreas de actividad, destacándose la operada en la prestación de servicios de red y servicios destinados a la comunicación, con la imposición de una gestión y contabilidad separadas²⁴².

²⁴² Idéntica finalidad persigue la separación jurídica de las funciones regulatorias y las funciones prestacionales que desempeña la administración competente.

Además, esta afirmación resulta más necesaria cuanto menor es la intervención del Estado en el mercado, llegándose incluso a poder compararse con ésta, de manera que allí donde el Estado no deba actuar para asegurar el correcto funcionamiento del mercado, debe asistir si quiera algún derecho - al margen de aplicaciones analógicas - al que puedan acogerse los sujetos que puedan resultar lesionados en el ejercicio de su libertad económica.

Pero además, a ello se le suma el hecho de que la aplicación de este principio constituye también una forma de asegurar que el necesario contrapreso que deba imponerse al operador dominante no se va a traducir en la concesión injustificada de ventajas a los nuevos operadores por el mero hecho de serlos. Si bien es cierto que resulta preciso establecer de antemano medidas que impidan que el operador dominante obstaculice el desarrollo del mercado, también lo es que en un futuro, cualquier tipo de obstáculo tendrá que ser detectado y subsanado por el derecho de defensa de la competencia, y no por el derecho económico-administrativo.

Además, el principio de transparencia viene a cumplir una función determinante en la gestión del mercado, y es que, desde el momento en que los nuevos operadores deben hacer uso de las redes del operador principal, resulta imprescindible garantizar que el acceso a las mismas no se va a ver restringido, bien en forma de negativas injustificadas basadas en supuestos inconvenientes técnicos, bien por tarifas de acceso que no se corresponden con el coste del servicio, bien por limitaciones improcedentes a la interconexión.

Por otra parte, desde la vertiente pública, el principio de transparencia debe asimilarse, al igual que el caso anterior, con el principio de legalidad²⁴³ de la actuación de la Administración, pero una vez más, desde la óptica de las operaciones de mercado, y es que, dado que la Administración tiene en numerosas ocasiones el doble rol de agente privado y de interventor del mercado, deben extremarse al máximo las cautelas para evitar que los intereses de la Administración se confundan con los intereses que debe perseguir un participante del mercado.

Ejemplo claro de la afirmación anterior lo constituye el sistema *price cap* o precios máximos en el sector de la telefonía básica, la limitación de los precios en aras a garantizar la universalidad del servicio no debe actuar en detrimento del debido beneficio que pueden esperar los operadores privados, no pudiendo sustituir indefinidamente la oferta libremente fijada en el mercado.

La eliminación del sistema de licencias con la aprobación del paquete normativo 2002 simplifica la actividad de los agentes que simplemente deberán comunicar a la administración su deseo de iniciar su actividad. Esa simplificación permite una gestión más transparente de la intervención pública en la libertad de los operadores privados.

PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

Desde el momento en que el acceso al mercado viene determinado tanto por el sometimiento a un procedimiento de habilitación público, como a la

²⁴³ Este principio ha tenido varias manifestaciones en este sector como eran la publicidad de las condiciones de otorgamiento de las licencias con carácter previo, el establecimiento de períodos de tiempo razonables para la resolución de los procedimientos o la existencia de adecuados recursos para el caso de denegaciones de licencias.

negociación del acceso a la red, resulta imprescindible incorporar este principio a la actuación pública y privada para garantizar la libertad.

De este modo, cualquiera que sea el proceso que se siga, tanto para la concesión de los títulos habilitantes, como para el concierto de los contratos de interconexión, debe garantizar en todo caso que las condiciones exigidas serán igualmente aplicables a todos los demandantes sin tener en consideración cuestiones subjetivas²⁴⁴.

En este punto nos limitaremos a la consideración de la aplicación de este principio al régimen de habilitación pública del acceso al mercado en ese momento histórico, las licencias²⁴⁵, por cuanto el régimen de interconexión no se haría efectivo hasta la liberalización de las redes y al que dedicaremos especial atención en el segundo capítulo de la presente parte.

En el caso de las licencias, parecía que por su propia naturaleza debían llevar implícita esta garantía de no discriminación, ya que su obtención presupone el cumplimiento de unas condiciones aplicables y exigibles a cualquier solicitante. Sin embargo, desde el momento en que este régimen permitía la inclusión de condiciones específicas para cada operador, y que podía darse el caso de que existieran varios licitantes con idénticas condiciones y que la Administración hubiera de decidir sólo por uno de ellos, debían establecerse garantías que justificaran la limitación o la exclusión.

²⁴⁴ Libro Verde 1994. Annex D "Extension of the principles of EU Telecommunications policy to the mobile sector", pág. 198

²⁴⁵ Dentro del antiguo marco de títulos habilitantes, nos referiremos en exclusiva a las licencias, ya que son ellas las que en mayor medida limitaban la actividad privada, puesto que el régimen de autorización se configuraba como una suerte de procedimiento "residual" para los supuestos no contemplados en el régimen general de las licencias, operando en la práctica como un cajón de sastre. Vid. LLANEZA GONZÁLEZ, P., *Nuevo marco regulatorio de las telecomunicaciones*, Bosch, Barcelona, 2002, Págs. 175-190.

En este sentido, la Comisión pretendía respetar al máximo la libertad de los operadores, garantizando que no se impondrían más condiciones que las derivadas del marco regulatorio básico (cumpliendo así con el principio de legalidad de la actuación administrativa) y que tienden en general, a permitir una dulce transición de un sistema de gestión pública a un sistema de gestión privada de los tradicionales servicios públicos. Por tanto, todas estas condiciones sólo serían de aplicación en los supuestos de servicios abiertos al público en general, concepto que como hemos visto anteriormente no debe identificarse con el histórico servicio público.

Particularmente, dichas condiciones se referían a la seguridad de las comunicaciones (integridad de la red, compatibilidad), a la garantía del servicio (universalidad, interoperabilidad entre los sistemas), así como al respeto por el derecho a la intimidad (protección de datos). Para el caso de aquellos otros servicios de carácter restringido a determinados usuarios, las condiciones exigidas se limitarían a la gestión de las frecuencias y la compatibilidad de las diferentes tecnologías. Vemos por tanto, como el contenido de las licencias no debía limitar la actuación privada, dado que las condiciones referidas constituyen requisitos esenciales para el propio funcionamiento del mercado.

Además se preveía que las licencias tuvieran una duración determinada, basada en el tiempo necesario para la amortización de las inversiones precisas para ofrecer los servicios previstos en el título habilitante. Esta previsión resultaba conforme con la actuación pro mercado, ya que con ella se aseguraba, por una parte, que el contenido de la licencia no limitaría la

capacidad de innovación de los operadores privados, y por otra, que éstos no dejarían de llevar a cabo la investigación tecnológica necesaria para desarrollar nuevos productos.

Particular atención merecían determinadas limitaciones que podían acompañar a los procedimientos de concesión de licencias:

- Límites a la prestación de servicios en un Estado miembro por parte de operadores nacionales de otro Estado de la Comunidad. Ya hemos visto como los Estados conservan su soberanía en materia de gestión del espectro, pero en atención a la constitución tanto de un mercado único en el sector, como de un sistema de redes transeuropeas, debía procurarse que los intereses nacionales no implicaran una limitación de las libertades comunitarias por medio de una discriminación de los operadores de otros Estados.
- Límites al acceso de terceros Estados a los mercados comunitarios. El régimen nacional de acceso de terceros Estados a los diferentes mercados que componen el mercado único debía tener presente los acuerdos internacionales adoptados por la Comunidad y que aseguraban el trato igualitario a operadores de esos Estados.
- Límites derivados de la cantidad de frecuencias que podían asignarse. La restricciones en este caso, debían ceñirse exclusivamente a las necesidades derivadas de la gestión eficiente del espacio radioeléctrico, o a los requisitos

para la prestación de servicios para el público en general, y siempre bajo el más riguroso respeto a las normas de defensa de la competencia²⁴⁶

- Límites derivados del propio mecanismo de concesión de las licencias. Ya hemos visto como la Comunidad dejaba en manos del Estado la elección del sistema de atribución de licencias, ahora bien, esta libertad no significaba podía implicar una dejación del cumplimiento de los requisitos mínimos impuestos a los servicios de carácter público (disponibles para el público en general).

Si bien el Estado podía controlar la entrada en el mercado a través de un procedimiento administrativo, ello no podía menoscabar la libertad en la prestación de servicios, lo que implicaba:

- Que debía reconocerse libertad para prestar servicios combinados en base a las licencias otorgadas. Esto suponía que la concesión de una licencia no se debía agotar en los servicios en ella contemplados, sino que debía posibilitarse la prestación de nuevos servicios combinando las facultades otorgadas en las diferentes licencias de que fuera titular el operador en cuestión.

²⁴⁶ De esta manera no se pueden admitir restricciones en el número de licencias basadas en una valoración subjetiva de la situación económica de los operadores. Si bien, dicha valoración puede resultar necesaria cuando se trata de garantizar la calidad del servicio durante el tiempo en que se disfrute de la licencia, valoraciones más generales sólo pueden justificarse cuando se trate de cumplir con obligaciones de servicio establecidas en forma de regulaciones administrativas. *Vid.* Libro Verde 1994. Annex D "Extension of the principles of EU Telecommunications policy to the mobile sector", Pág. 199.

- Que la licencia debía reservarse como mecanismo de acceso a aquellos recursos en los que debieran protegerse intereses de carácter público, optándose en otros casos por la autorización.
- Que debía contemplarse la posibilidad de que los distintos proveedores de servicios aprobaran códigos de conducta con la finalidad de asegurar tanto el cumplimiento de los requisitos de seguridad de las propias comunicaciones, como las condiciones de continuidad, disponibilidad y calidad de los servicios.

Téngase presente que, mientras en los ámbitos en los que aún se requería la participación pública, esas condiciones constituyen en cierto modo obligaciones impuestas por el Estado y exigibles, no sólo inicialmente a través de las condiciones fijadas en las licencias, sino también posteriormente bajo la forma de obligaciones de carácter público; en el ámbito de la actividad concreta de los operadores, esas mismas condiciones pasaban por el compromiso libre y privado de los agentes del mercado.

En este sentido se puede concluir que el procedimiento de licencia se debía circunscribir a aquellos extremos sobre los que el Estado aún mantenía algún tipo de responsabilidad, como era el caso del espectro radioeléctrico, en todos los demás supuestos, el procedimiento más conveniente para asegurar el ejercicio de la libertad económica era la autorización.

- Que debía facilitarse la prestación de servicios fuera del territorio del Estado en que se hubiera autorizado la actividad, técnica conocida como *roaming*, sin más limitaciones que las derivadas del coste del servicio

El resultado de la aplicación de este principio y la elaboración jurídica de estas previsiones resultaría en la Directiva 97/13/CE que resumiría las citadas previsiones en la aplicación del principio de intervención mínima de la Administración, y que sería ampliado posteriormente por la Directiva 2002/20/CE (Directiva autorización) que establece el procedimiento de autorización como único título habilitante.

La introducción del sistema de autorización como mecanismo general de acceso a la prestación de los servicios de comunicación modifica nuestro planteamiento inicial de aplicación del principio de no discriminación. De lo que se trata ahora no es de garantizar que las licencias no limitarán la actividad privada, sino de que siendo ésta la regla general, se deben articular mecanismos que aseguren la oportunidad de acceso a todos los operadores.

En ese sentido, como quiera que el nuevo régimen jurídico recoge un catálogo de requisitos exigibles a los operadores en la concesión de los títulos habilitantes muy parecido al anterior²⁴⁷, la cuestión que mayor relevancia presenta en este punto es cómo estructurar la entrada en el mercado cuando el recurso necesario para el que se presta la habilitación es escaso, y en este

²⁴⁷ Vid. CREMADES J. y RODRÍGUEZ-ARANA, J., *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones, Aprobada por la Ley 32/2003 de 3 de noviembre*, La Ley Actualidad, Madrid, 2004. Págs.133-158.

sentido particular detalle merecen los sistemas de asignación del uso de las frecuencias del espectro radioeléctrico²⁴⁸.

En la práctica dos, son básicamente los sistemas que se siguen en la provisión de las llamadas “*essential facilities*” que facilitan el tratamiento de la congestión de redes y que pueden cumplir con el principio de no discriminación:

- Por una parte está el sistema tradicional, conocido como “*first come first served*” o “quien llega antes, se lo queda”²⁴⁹. Este sistema ofrece la ventaja de reproducir más fielmente una operación de mercado, por cuanto, independientemente de los criterios que apoyen la elección por uno u otro operador, la rigurosidad del momento en que se acepte la oferta no deja lugar a dudas de ser la condición más objetiva posible²⁵⁰.
- Por otra parte, encontramos el sistema de “uso o pérdida”²⁵¹ de reciente adopción en sectores como el gas y que, si bien como en el caso anterior, también se corresponde con los mecanismos propios del mercado,

²⁴⁸ En este sentido, la Directiva 2002/20/CE (Directiva autorización) establece que cuando la demanda de radiofrecuencias supere las disponibles, deberán aplicarse procedimientos adecuados para la asignación de tales frecuencias, a fin de evitar cualquier discriminación y optimizar el uso de estos recursos escasos (art.7.3)

²⁴⁹ Asuntos Marathon/Thyssengas (IP/01/1641 de 23 de noviembre de 2001), Marathon/Gasunie (IP/03/547 de 16 de abril de 2003 y Dong/DUC (IP/03/91 de 24 de abril de 2003). Estos asuntos han sido objeto de análisis por la doctrina. Vid. SCHNICHELS, D. y VALLI, F., “Vertical and horizontal restraints in the European Gas sector. Lessons learnt from the Dong/DUC case”, *Competition Policy Newsletter*, núm. 2 (2003), Págs. 60-63, así como LINDROSS, M. [et al], “Liberalisation of european gas markets. Commission settles GFU case with Norwegian gas producers”, *Competition Policy Newsletter*, núm 3 (2003), Págs. 50-52.

²⁵⁰ Pese a ello, no faltan críticas a este sistema. Vid. Mentor Group, “Applying EU competition law to the newly liberalised energy markets”, *Forum for EU-US legal economic affaires*, Brussels, 13th of May 2003.

Disponible en http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/index_theme_26.html

²⁵¹ Este sistema pretende asegurar en última instancia el efectivo uso de la infraestructura, de manera que, en el caso del sector del gas, los tramos no utilizados de la red de gasoductos para la efectiva distribución del gas de un operador puedan ser asignados a otro operador que lo solicite, por lo que el operador que no los emplee los acaba “cediendo” obligatoriamente a otros agentes.

introduce el criterio de la racionalidad en el uso de los recursos o la llamada eficiencia²⁵².

Conviene en este punto analizar cuál de ellos representa en mejor medida una adecuada gestión de los recursos y, por ende, una atribución no discriminatoria de las facultades de uso del recurso en cuestión.

Al margen de las ventajas o inconvenientes que cada uno de estos sistemas presenta, a la hora de optar por uno u otro, el primer dato a tener presente es el tipo de mercado ante el que nos encontramos, concretamente, si se trata de un sector en el que además de los intereses privados confluyen también determinados intereses públicos.

Este es precisamente el caso en el que se encuentra el mercado de las telecomunicaciones, y es que, la titularidad y uso de las diferentes redes es una cuestión que no sólo debe competir a los operadores privados, sino que trasciende y se convierte en una cuestión de interés público desde el momento en que los servicios que se prestan a través de ellas deben necesariamente cumplir los requisitos de continuidad, calidad y efectividad.

Con ello, no se está afirmando que las redes constituyan una cuestión de orden público, puesto que lo mismo equivaldría a reclamar una gestión estrictamente pública de las redes, sino que, en tanto el mercado, como institución económica, represente algo más que el punto o lugar de

²⁵² Vid. SHAUB, A., "Emerging competition in european energy markets", *Institute of European Studies/ Centre for Competition Policy*, Madrid, 2002. Pág. 17. Disponible en <http://europa.eu.int/comm/competition/publications/>

convergencia de las operaciones privadas, se hace preciso garantizar que la gestión que resulte en el mismo, sea, en general, la más eficiente.

No se trata de determinar en qué deben resultar las negociaciones privadas, sino de que, habida cuenta que estamos ante la gestión de un recurso escaso, sus titulares hagan el mejor uso posible.

El mecanismo de "*first come, first served*" aunque dotado de objetividad, resulta el más controvertido desde el punto de vista del derecho de defensa de la competencia porque puede favorecer a los operadores dominantes, como ocurre en el caso de que el agente que se vea beneficiado por la oferta concluya un contrato de suministro a largo plazo que imposibilite el uso del recurso a terceros (como fue el caso de Gas Natural/Endesa²⁵³), o cuando la estructura del mercado no favorezca la objetividad del procedimiento de asignación, como es el caso de sectores verticalmente integrados en el que el oferente de la red es a la vez un competidor en el mercado de servicios, lo que le lleva a favorecer a sus propias empresas en perjuicio de terceros competidores²⁵⁴.

Por todo ello, la eficiencia parece ser el criterio que debe operar en la articulación de los procedimientos de acceso a los recursos. Este criterio no está reñido con la libertad privada, sino que resulta de la nueva expresión de la intervención del Estado en el mercado, y es que, si al Estado ya no le corresponde dirigir las conductas privadas, sí al menos que su resultado sea

²⁵³ IP/00/297 de 27 de marzo de 2000.

²⁵⁴ Vid. SCHAUB, A., "Competition policy and liberalisation of energy markets", *European Utilities Circle 2000*, Brussels.

Disponible en http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/index_theme_13.html

eficiente, por propio interés de la institución del mercado, y por interés de todos sus partícipes.

Que en los últimos años se hayan introducido criterios tradicionalmente económicos como la eficiencia o la competencia efectiva no debe atribuirse en exclusiva a la penetración de las ciencias económicas en la racionalidad jurídica, sino a la necesaria respuesta que debe dar el poder público a las exigencias del mercado²⁵⁵.

Cuando se alude al término eficiencia debe tenerse presente que las connotaciones aparejadas van más allá de una economización de la gestión o de los recursos, se trata de que esa racionalización sea la respuesta a las necesidades de carácter general, por lo que aquí la eficiencia debe ser identificada con su vertiente asignativa y no meramente económica²⁵⁶

Un sistema como el de pérdida o uso se hace necesario para garantizar que de la concesión de derechos resultará un uso efectivo de los mismos.

Tradicionalmente la concesión de derechos no exigía, por respeto a la libertad individual, un uso efectivo, fuera de determinados casos como en la concesión de derechos de propiedad industrial -concretamente en el sistema de patentes- e incluso estos supuestos no resultan comparables con la

²⁵⁵ En este mismo sentido *Vid.* LOPEZ DE CASTRO GARCÍA MORATO, L. y ARIÑO ORTIZ, G., *Derecho de la competencia en sectores regulados*, Comares, Granada, 2001, Pág. 29, cuando afirman que "el modelo de competencia adoptado en los sectores liberalizados responde a la doctrina jurídica de las *essential facilities* que suponen la ruptura del concepto tradicional de propiedad en el que ya no se habla de uso o disfrute en exclusiva de todo recurso, sino de la existencia de una propiedad afecta al uso público, que aparece como un nuevo tipo de propiedad vinculada a su destino". De este modo, los recursos en este sector estarían destinados a un uso necesariamente eficiente, por la propia naturaleza del derecho de uso que los explota.

²⁵⁶ La eficiencia asignativa se define como la cualidad de un sistema o sujeto económico, en nuestro caso la regulación del acceso al mercado, para lograr el cumplimiento de un determinado objetivo minimizando el empleo de recursos. *Ibidem*, Pág. 263-272.

situación de nuestro sector, dado que en la medida que la patente otorga un monopolio resulta lógico exigir su uso, ya que en cualquier otro caso nos hallaríamos ante un supuesto de abuso de derecho.

Con la institución del mercado aparece un concepto fundamental para el avance en la constitución de derechos como es la contratación o negociación. Desde ese momento, la naturaleza de los derechos que entran en el mercado debe mutar hacia un régimen de uso, por cuanto es su uso lo que les otorga valor.

Si se quiere seguir protegiendo la función del mercado como fuente de creación de valor resulta lógico exigir que los derechos se usen, lo que no ocurre cuando no existe medio alguno para exigirlo, pero no como sanción, sino como exigencia derivada del juego del mercado.

La institución del abuso del derecho a veces no puede resolver esta situación porque aún no limitándose a los supuestos de lesión de derechos ajenos, sí al menos requiere un ejercicio antisocial, pero ejercicio al fin y al cabo, y constituye una interpretación excesivamente forzada aplicar analógicamente esta figura a los supuestos de no ejercicio de un derecho, que no ejercicio ineficiente.

Si partimos de que la protección del mercado corresponde en primer lugar al Estado, si se trata de garantizar que sus operaciones procuren valor a los derechos que en él se negocian, resulta claro que su función es procurar que

el marco jurídico en el que estos se desenvuelven incite a los titulares a su ejercicio efectivo²⁵⁷.

De todo ello se desprende que no es necesario recurrir a argumentaciones basadas en el valor de lo público o en los intereses de la sociedad en general. Basta con aplicar la racionalidad última del mercado, esto es crear valor, para poder exigir que los instrumentos mediante los cuales los derechos se trasladan de unas manos a otras, les conduzcan a su vez a un destino en que se procure su uso.

De este modo, un sistema como el de uso o pérdida, incluso puede adoptarse en el régimen de títulos habilitantes, sin miedo alguno a que la revocación pueda provocar una falta de servicio a los usuarios del operador en cuestión. Bastaría con exigir al nuevo operador que mantuviera las mismas condiciones o posibilitar un sistema transitorio para que éstos últimos decidieran si cambiar de operador o mantenerse con el nuevo²⁵⁸.

Tal vez pueda objetarse, que las soluciones aportadas podrían provocar una inseguridad en el mercado difícil de evitar, pero los beneficios derivados de un sistema de cesión obligatoria o revocación por uso ineficiente de las licencias no dejan de ser la respuesta que habitualmente da el mercado a este tipo de situaciones.

²⁵⁷ El objetivo de las dos políticas aplicadas a este sector, la política de liberalización y la política de defensa de la competencia, es el mismo: buscar la eficiencia económica a través de la introducción y defensa de la competencia y no a través de la determinación y planificación estatal. *Ibidem*. Pág. 297.

²⁵⁸ En este sentido la Comunidad manifiesta que las posibles restricciones al cambio de titularidad de las licencias deben ser justificadas sobre la base del aseguramiento de requisitos esenciales (de la red) o de la prestación del servicio universal. Libro Verde 1994. Annex D "Extension of the principles of EU Telecommunications policy to the mobile sector", pág. 183. Un ejemplo del carácter condicionado que deben tener las licencias lo encontramos en la actual situación que atraviesa la compañía Telefónica que perderá algunas de las licencias que le fueron otorgadas en algunos países por incumplimiento de las condiciones de concesión.

Si de lo que se trata en definitiva es de garantizar la prestación del servicio, no interesa tanto quién lo efectúe sino que se preste, pero además no de cualquier modo sino de forma eficiente.

Precisamente, esa necesidad de uso eficiente de los recursos asignados es una de las condiciones que pueden asociarse a los derechos de uso de las frecuencias y que estaba contemplada tanto en el régimen anterior como en el actual.

Por último, la aplicación del principio de no discriminación al acceso a las redes precisaba del establecimiento de procedimientos de armonización técnica, con lo que resultaría prever una estandarización de los interfaces que posibilitarían dicho acceso y que varían según el tipo de líneas ante las que nos encontremos y así:

- En el caso de las líneas arrendadas se debía estar a las condiciones establecidas en la Directiva 92/44/CEE²⁵⁹ cuyo objeto era el aseguramiento de la existencia de una oferta mínima en toda la Comunidad de este tipo de líneas, oferta que a su vez cumpliría unos requisitos mínimos de publicidad, y cuya prestación sólo admitiría como límites los derivados de: la seguridad en la explotación de la red, el mantenimiento de la integridad de la misma, la interoperabilidad (sic) de servicios y la protección de datos.

²⁵⁹ Directiva 92/44/CEE del Consejo, de 5 de junio de 1992, relativa a la aplicación de la oferta de red abierta a las líneas arrendadas. DOCE L núm. 165, de 19 de junio de 1992.

- En el caso de redes de comunicación móviles para uso propio o para servicios de grupos cerrados, la interconexión a la red pública seguiría las indicaciones previstas en la Directiva 90/387/CEE, la Directiva 92/44/CEE y la propuesta de Directiva para la aplicación de la ORA a los servicios de telefonía vocal. En todas ellas, al margen de quien sea el sujeto que efectivamente fije las condiciones en que deba operar dicha interconexión (autoridad nacional o proveedor de la red), la condición ineludible siempre será la publicidad de las condiciones en que ésta deba efectuarse.

- En otros casos, al margen de la publicidad de las normas técnicas que rigen los diversos supuestos de interconexión, la Comunidad elaboraría unas condiciones²⁶⁰ a las que los Estados podrían hacer referencia, salvo en los casos en que peligrase la interconexión entre Estados, en cuyo caso la referencia a las normas comunitarias sería obligatoria.

En resumen y para concluir, fruto de todas las reflexiones posteriores, la Comisión propondría las siguientes modificaciones:

1. Modificación del marco legislativo existente:

- Directiva 90/388/CEE: eliminar cualquier derecho exclusivo en materia de comunicaciones móviles, introducir los principios de ORA en los procedimientos de concesión de licencias y asegurar la transparencia en

²⁶⁰ Vid. Regulación actual en Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva Acceso). DOCE L núm.104, de 24 de abril de 2002.

las operaciones de mercado, fundamentalmente por lo que se refiere a la futura interconexión de las distintas redes.

- Directiva 90/387/CEE: inclusión de los principios de proporcionalidad, igualdad en el acceso, transparencia y no discriminación en el ámbito de dicha directiva.

- Directiva 91/623/CEE: inclusión de los terminales móviles no aptos para conectarse a la red pública, así como un sistema de reconocimiento mutuo de los equipos terminales.

2. Fijar un marco común para el procedimiento de concesión de licencias:

A fin de promover la creación de una auténtica red paneuropea, la Comunidad se planteó la necesidad de establecer mecanismos de coordinación de los procedimientos de concesión de licencias para así evitar situaciones de fragmentación del mercado como las que, de hecho, ya se plantearon en el mercado de las comunicaciones fijas.

La coordinación de dichos procesos no iría destinada a la armonización de la actuación de los Estados en esta materia, sino a la garantía de que las licencias se basarían en un technology-based approach que garantizara la concesión de al menos dos licencias para cada tipo de tecnología, dejando que posteriormente fuera el mercado quien determinara el número final de operadores.

Esta coordinación incluiría entre otros puntos, la adopción del criterio “first come, first served” cuando resultara apropiado, así como un sistema de reconocimiento mutuo que permitiría el desarrollo de las comunicaciones intracomunitarias. Ambos criterios se seguirían sobre todo por lo que respecta a las comunicaciones móviles por satélite²⁶¹.

3. Proporcionar un marco adecuado para el establecimiento de unas comunicaciones personales.

Este objetivo precisaba flexibilidad en el régimen de prestación de servicios tanto en sede de redes fijas como móviles²⁶², pero también respecto al uso de infraestructuras, procurando en éste último caso que las restricciones en el uso de las redes fijas no provocaran una ineficiente utilización de las otras redes.

4. Fomento de la aprobación de códigos de conducta para los operadores de servicios de telecomunicación.

En aras a la reducción de la intervención pública a las áreas en las que ésta resultara prescindible, la Comunidad abogó por la celebración de Códigos de Conducta que abarcasen materias tales como: estandarización de equipos y sistemas²⁶³, guías técnicas de actuación y prácticas financieras y comerciales.

²⁶¹ En este sentido, la Comunidad ya se encontraba en vías de tramitación de una propuesta de Directiva para el reconocimiento mutuo de las licencias para la prestación de servicios por satélite.

²⁶² *Vid.* Anexo A. Libro Verde 1994, Pág. 99.

²⁶³ Al margen de la actividad que desarrollaran los operadores privados en esta materia, la Comunidad centró sus esfuerzos para la creación de un mercado común de telecomunicaciones en la implantación de una tecnología común en toda Europa y el aseguramiento de la futura interconexión de redes, por ello desarrollaría un amplia labor de especificación de las

Al mismo tiempo, dichos Códigos debían ser aprobados conforme al marco de defensa de la competencia y la necesaria obtención de un grado satisfactorio de protección de los consumidores

5. Elaboración de un marco que adaptara la nueva política de coordinación en materia de radiofrecuencias.

Ya hemos visto como la competencia de los Estados en materia de gestión del espectro radioeléctrico no era óbice para la implantación de mecanismos de coordinación en el uso de las distintas frecuencias en el seno de la Comunidad.

Desde este momento se planteó la necesidad de establecer un marco de cooperación entre las diversas autoridades competentes a nivel comunitario como son el European Committee for Telecommunications Regulatory Affairs (ECTRA) o la European Telecommunications Office junto con la opinión de diversos expertos.

6. Acompañar las medidas propiamente dirigidas al mercado de telecomunicaciones con medidas tendentes a regular posibles efectos colaterales que llevara aparejado su establecimiento y desarrollo.

tecnologías en que debían basarse las licencias de actividad, así como la descripción de las condiciones que debían cumplir los interfaces de interconexión de redes, tanto fijas como móviles. Con ello no se pretendía restar importancia al papel que pudieran desempeñar los agentes privados, sino ofrecer un marco técnico común para que a partir de él los operadores se esforzaran por conseguir un desarrollo común tanto de redes como de sistemas de comunicación.

Aquí encontramos como primer tema base la protección de los datos personales, en particular el manejo que se hiciera de los mismos en el uso de servicios de red inteligente, tanto redes fijas como móviles. En este punto la Comunidad versará sus trabajos posteriores tanto en el respeto del derecho a la intimidad de los usuarios de dichos servicios, como en el control del posible abuso de posición de dominio que pudiera hacerse mediante la apropiación en exclusiva de datos de los usuarios²⁶⁴.

El segundo punto de interés se centró en la protección de determinados intereses de carácter público como son: la coordinación en el uso del espectro y de la numeración a fin de evitar interferencias en las comunicaciones, la extensión del desarrollo de los sistemas de comunicación a las zonas menos favorecidas, o la reducción de los riesgos de contaminación electromagnética.

7. Promover el acceso de los operadores europeos a los mercados de terceros Estados en las mismas condiciones que en la Comunidad conforme a lo previsto en la Resolución del Consejo 93/C213/01.

3. EL CAMINO HACIA LA LIBERALIZACIÓN TOTAL DEL SECTOR: BARRERAS A LA LIBERTAD EN LA PRESTACIÓN DE LA ACTIVIDAD

La excepción a la liberalización protagonizada por el mantenimiento de derechos exclusivos o especiales en la explotación de la telefonía vocal se basaba en la necesidad de que dichos servicios proporcionaran los recursos

²⁶⁴ Precisamente uno de los primeros problemas que se plantearon a tal efecto fue el derivado de la oferta de servicios de guía telefónica, hasta el momento bajo dominio exclusivo del operador dominante de redes fijas.

necesarios para el desarrollo de la red²⁶⁵ y la estabilidad financiera necesaria para que los operadores siguieran cumpliendo con los objetivos de interés general que justificaba el mantenimiento de una situación de monopolio.

Además, el retraso en la liberalización de estos servicios encontraba otra argumentación en la ausencia de un sistema uniforme para establecer las tarifas, basado en la orientación hacia los costes del servicio. Efectivamente, la existencia de una estructura distorsionada de tarifas, causante de que mientras los servicios básicos debían orientarse hacia los costes, los servicios liberalizados se orientaban hacia los beneficios, presentaba el riesgo de que los operadores concentraran sus operaciones en aquellos segmentos del mercado que les proporcionaran una mayor rentabilidad estableciendo unas tarifas injustificadas, es decir, la liberalización de la telefonía básica sujeta a tarificación, podía conllevar una subida generalizada de los precios libremente establecidos de los servicios liberalizados.

No obstante, en la evolución de la política del sector, la Comisión reconoció que la salvaguarda del sistema de precios en el mercado de telecomunicaciones podía hacerse a través de otros sistemas menos restrictivos que la concesión de derechos exclusivos o especiales²⁶⁶.

Quedaba por tanto claro, la necesidad de proceder a la liberalización de estos servicios. El paso siguiente sería su régimen jurídico y en especial cómo se mantendría la satisfacción del interés público en unos servicios que dejarían de estar reservados. Esos intereses pueden clasificarse en dos categorías: intereses derivados de la consideración de los servicios de

²⁶⁵ Considerando 4º DIR 96/16/CE

comunicaciones como servicios de interés general; e intereses que se identifican con la imposición de un servicio universal

3.1. Los servicios de comunicaciones como servicios de interés general

Esta primera posible limitación a la actividad viene identificada con el interés porque esos servicios cumplan con determinados objetivos, que no son otros que los relacionados en el catálogo de condiciones previstas en el anexo de Directiva 2002/20/CE (Directiva marco) y que pueden ser impuestas en los procedimientos de concesión de las autorizaciones para prestar los servicios de comunicación.

En este primer caso, desde el momento en que estas actividades son declaradas como servicios de interés general, resulta justificable orientarlas hacia el cumplimiento de determinadas condiciones que representan el interés general al que sirven. En este punto pues, la acción del Estado no puede ser objeto de crítica alguna, pero no así el mecanismo por el que se exigía el cumplimiento de las condiciones mentadas.

Bajo el régimen jurídico anterior, y pese a que la Comunidad recomendaba el recurso a las licencias sólo en los casos en que el interés general requiriera un mayor grado de intervención, como era el caso del uso espectro radioeléctrico, los Estados optaron por su aplicación en todo supuesto, y así, en la prestación de actividades, se renunció a otros títulos habilitantes como la autorización.

²⁶⁶ *Ibidem*.

La diferencia general entre un sistema y otro radica en que, mientras que la licencia comporta un mayor riesgo de discrecionalidad administrativa por la posibilidad de imponer obligaciones específicas a cada solicitante, la autorización garantiza que las condiciones de prestación de la actividad serán iguales para todos los operadores, con lo que su empleo garantiza en mayor medida su libertad e igualdad.

Pese a la previsión de la Comunidad de que el contenido específico de estas licencias, si bien determinado exclusivamente por los Estados, debía limitarse al cumplimiento de las misiones específicas de servicio público o a la garantía de contribución a la financiación del servicio universal, estableciéndose además la obligación de comunicar a la Comisión todo requisito que quisiera introducirse a fin de evaluar su compatibilidad con lo dispuesto en el Tratado, la práctica reveló que este título resultaba excesivamente oneroso para los operadores y no garantizaba el trato igualitario que se esperaba.

El actual marco normativo cambia esa situación, y acertadamente consagra la autorización como único título habilitante exigido, lo que no implica que las condiciones, cuyo cumplimiento antes perseguían las licencias, se abandonen, sino que se incorporarán al marco general que instrumente la concesión de las autorizaciones, con lo que no sólo se garantiza la defensa del interés público que persiguen, sino además la menor invasión en la libertad de los agentes del mercado.

3.2. Los servicios de comunicaciones como servicio universal: pervivencia del servicio público.

En este punto encontramos el interés porque esos servicios se presten en determinadas garantías que vienen representadas por el concepto de servicio universal.

En tanto se mantuvo un régimen de monopolio en la prestación del servicio de telefonía vocal como servicios público, las garantías en su prestación no presentaban problema alguno. Esta situación cambiaría desde el momento en que ese servicio reservado se abriera a la competencia.

Para conocer el alcance que este concepto tiene en la consecución del interés público, se hace preciso en un primer momento analizar cuál era el concepto de servicio público de telecomunicaciones

La Directiva 90/388/CEE (Directiva de liberalización de servicios) no se refería a servicios públicos sino a servicios de telecomunicaciones, conceptuándolos como actividades de transmisión y encaminamiento de señales a través de la red pública (que de facto se reducía a la gestionada por operadores de naturaleza pública o en régimen de concesión pública). Estos servicios, si bien de naturaleza diferente en cuanto a actividad, compartían la característica de ser servicios explotados comercialmente para el público con independencia de la naturaleza del operador que los prestara.

Probablemente la omisión a cualquier connotación de servicio público tal y como nosotros lo entendemos estribaba en el hecho de que, al margen del

reconocimiento de la existencia de determinados intereses públicos a garantizar, no se consideraba conveniente marcar una línea divisoria entre servicios reservados al poder público (servicios públicos) y servicios abiertos a la competencia, en la línea ya expuesta por el Libro Verde de 1987.

Por el contrario, la Directiva 90/387/CE (Directiva de ORA) sí que diferenciaría entre servicios de telecomunicaciones y servicios públicos de telecomunicaciones, que son aquellos cuya oferta hayan concedido los Estados a un operador en particular, servicios que deben limitarse, tal y como se desprende de la interpretación del art.2 de la Directiva 90/388/CEE (que elimina los derechos exclusivos o especiales), al servicio de telefonía vocal.

Las razones que pueden explicar dicha diferencia en la apreciación de los diferentes servicios entre dos normas prácticamente simultáneas se explica por el propio contenido de la Oferta de Red Abierta y así:

- Si bien el Libro Verde de 1987 no llega a definir qué debe entenderse por servicios públicos, sí que considera que existen determinados servicios de telecomunicación que deben mantener el régimen de prestación bajo concesión de derechos exclusivos. Como quiera que la Directiva de liberalización de servicios se reduce en la práctica a los servicios que pasan a estar bajo gestión privada, no tiene sentido referirse a aquellos otros servicios que seguirán bajo el marco determinado por cada uno de los Estados miembros.
- La finalidad de toda Directiva es armonizar las diferentes legislaciones nacionales. En este sentido, ambas directivas se limitan a hacer referencia

a la naturaleza “nacional” de los derechos exclusivos o especiales que legitiman la prestación monopolista de determinadas actividades, sin entrar en su contenido, por cuanto es una cuestión que compete a las autoridades de cada Estado miembro.

- La determinación de cuáles sean los servicios que permanezcan reservados y los que se liberalicen quedará sometida, en tanto no se apruebe el marco comunitario correspondiente, a la voluntad de los Estados, con lo que se da cumplimiento al deseo de la Comunidad de que el proceso de liberalización se haga de forma gradual y atendiendo al distinto grado de evolución de las tecnologías y de los mercados en cada Estado.

- La finalidad última de la Directiva ORA es permitir que, en el contexto de un mantenimiento de determinados derechos exclusivos o especiales, y por tanto de un monopolio público, pueda desarrollarse un entorno competitivo y todo ello en un mismo mercado, de ahí que los principios en ella recogidos sean igualmente aplicables a la red y a los servicios públicos, y en ese sentido, interesa si quiera dar una mínima nota definitoria de aquéllos, como es el régimen jurídico de su prestación, esto es, en calidad de monopolio.

Por su parte, La Directiva 96/19 marcará un giro en esa concepción, en un contexto en el que la Comunidad aboga por la supresión de cualquier limitación a la competencia en el mercado de telecomunicaciones, los servicios públicos ya no serán tales, por cuanto lo que interesa no es tanto quién los presta sino cómo.

De este modo serán servicios públicos aquellos accesibles al público, y con ello la referencia al mantenimiento de derechos exclusivos desaparecerá del contexto de las telecomunicaciones, por lo que, en el mantenimiento de los servicios de interés general, será necesario elaborar un nuevo concepto que venga determinado por la finalidad -en el sentido de función social- de la actividad, no por su régimen jurídico, esto es, de derecho público o de derecho privado.

En el nuevo marco en que se desarrollarán las telecomunicaciones, esto es un mercado prácticamente liberalizado, la pervivencia del servicio público se manifestará en la sumisión legal de los operadores privados, a ciertos principios que constituyen el fundamento de la institución del servicio público.

No se trata tanto de considerar que el servicio público haya desaparecido, como de que, en el contexto de una gestión privada, se lleva hasta sus últimas consecuencias la función pública de la propiedad de los medios, entendida como una suerte de responsabilidad social en la prestación de determinadas actividades económicas, de cuyo buen desarrollo depende algo más que el propio mercado que generan.

Esta nueva orientación responde a un nuevo modelo de entendimiento de la relación entre el Estado y el mercado en la línea que apuntamos en el primer capítulo. Al Estado ya no le es dable intervenir en los sectores en los que la iniciativa privada puede contribuir a la mejora general del país y al mercado ya no se le permite actuar sin corresponsabilizarse del bienestar general, de

otro modo no puede entenderse la evolución del modelo de Economía Social de Mercado²⁶⁷.

Del análisis normativo efectuado anteriormente se ha puesto de manifiesto la carencia consciente de un concepto de servicio público, no ya sólo en nuestro ámbito de investigación, sino en general en el contexto del Tratado constitutivo de la Comunidad²⁶⁸.

Efectivamente, la única referencia que encontramos en el Tratado de Roma es a los servicios de interés general. Indudablemente el primer interrogante que se nos plantea es si esta referencia se corresponde con el concepto tradicional de servicio público.

Para poder responder a esta pregunta se hace necesario acotar someramente las características que definen al servicio público como tal²⁶⁹:

- La amplia libertad de que goza el poder público para declarar un servicio como tal, sin perjuicio del cumplimiento de las correspondientes formalidades legales.
- La libertad de organización de la propia gestión del servicio.

²⁶⁷ En un sentido similar se pronuncia Martínez López-Muñoz cuando afirma que la atención al bien común efectivo y a la dignidad, junto con el despliegue máximo de la libertad en condiciones en régimen de igualdad son las notas que deben presidir la acción de un estado en la economía. *La regulación económica en España*, en ARIÑO ORTIZ, G., *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, Pág. 210.

²⁶⁸ La ausencia de un concepto comunitario de servicio público puede entenderse sobre la base de la concepción y finalidad misma de las normas administrativas que, como afirma Ariño, se fundamentan en una determinada concepción de histórica del Estado y de la Administración, si tenemos en cuenta que la configuración de un supra Estado político que agrupe a los diferentes Estados de la Comunidad Económica no ha sido el objetivo de la misma, sino que se ha venido manifestando indirectamente a través de la cesión de competencias nacionales a los órganos comunitarios, no debe extrañarnos la falta de previsión de las potestades inherentes al establecimiento de un aparato administrativo. *Ibidem*. Pág. 24.

²⁶⁹ En este sentido seguimos la disposición efectuada por GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., "El derecho comunitario ante el servicio público y la competencia", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 124 (1997), Págs. 17-21.

- La sumisión plena al derecho público

De las mencionadas características podemos concluir que la nota característica de un servicio público es el régimen jurídico al que se somete su prestación, un régimen caracterizado por la amplia discrecionalidad de la Administración en su configuración, y por el sometimiento a los principios fundamentales que rigen toda acción de carácter público, ocupando un lugar preeminente el principio de legalidad.

De este modo, el concepto de servicio público enlaza con la relación más directa que mantiene el Estado con sus ciudadanos, con la forma más palpable de manifestación de la acción política y por tanto, con la mejor prueba de la responsabilidad de la acción de aquél, por lo que no es de extrañar, que en el ámbito de la Comunidad, la forma en que esta directa relación entre el Estado y sus ciudadanos se manifiesta, permaneciera bajo la soberanía de cada uno de los Estados miembros.

Sin embargo, en tanto la acción de los Estados se llevara a cabo en el contexto del mercado, resultaba necesario prever la mejor manera en que la acción pública estaría limitada por la aplicación del derecho de la competencia. No se trataba sólo de asegurar que la acción del Estado no fuera a impedir el buen desarrollo del mercado, sino también de asegurar que éste también se sometía a la disciplina de las normas que lo defienden.

De este modo, no es de extrañar que llegara un momento en el que las normas de defensa de la competencia llegaran a influenciar de tal modo en la gestión pública de servicios que pudiera llegar a hablarse de un derecho

administrativo privado²⁷⁰, de igual modo que tampoco extraña que la traslación de los principios que inspiran la defensa del mercado infundan actualmente el marco normativo básico de la prestación de los antiguos servicios públicos.

¿Pero cómo ha llegado a producirse dicho cambio? Si nos detenemos un poco en el proceso histórico que ha seguido esta institución no será difícil comprender que nos encontramos ante un retorno al punto de partida. Efectivamente, hasta mediados del s.XIX estos servicios permanecieron en la esfera de la actividad privada por entenderse que la competencia del Estado en esta materia se debía limitar a un control de policía administrativa sobre la actividad económica privada.

Con la Revolución Industrial y el incremento de las necesidades sociales se puso de manifiesto la necesidad de garantizar la prestación de determinados servicios que venían a configurarse como un mínimo asistencial exigible al Estado, y por ello el poder público vino a hacer suyas actividades que per se no le correspondían, por cuanto no eran actividades intrínsecamente públicas sino que el Estado las publicó²⁷¹.

Ahora bien, como quiera que el contexto político social y económico en el que estos servicios públicos se gestaron, se correspondía con un modelo liberal, apareció la figura de la concesión administrativa que conjugaba, por un parte, el mantenimiento de la titularidad de los servicios por parte del Estado, y por otra, la traslación de la efectiva prestación de aquéllos a la

²⁷⁰ Terminología adoptada por GONZÁLEZ-VARAS. *Ibidem*.

²⁷¹ Vid. ARIÑO ORTIZ, G., *Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (hacia una nuevo modelo de regulación)* en *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, Pág. 19.

actividad privada. De este modo no dejaban de ser operadores privados los que realizaban esas actividades, pero siempre bajo un marco jurídico dominado y determinado por la iniciativa pública.

Sin embargo, en la medida que el liberalismo fue perdiendo protagonismo y se expandió la intervención del Estado, los servicios públicos dejaron de estar bajo la gestión privada y el Estado asumió no sólo la responsabilidad sobre ellos sino también su prestación.

Durante los años 20 y 30 ya aparecieron las primeras quiebras en el sistema del Estado asistencial, iniciales cuestionamientos que, si bien quedaron aparcados durante décadas, máxime en los periodos de recuperación de la I y la II Guerra Mundial, se recobraron con fuerza durante los años 80 coincidiendo con las etapas de florecimiento económico²⁷².

Con la implantación del mercado único europeo, la necesidad de fomentar su crecimiento y la reformulación de las competencias de los Estados, sobre todo en materia económica, se ha procedido a la devolución de actividades a la iniciativa privada, y en ese sentido, deben entenderse los procesos de privatización, como una devolución a la sociedad de las libertades que hasta entonces habían sido dirigidas y diseñadas por el Estado²⁷³.

Ahora bien, el hecho de que aquellas actividades, otrora reservadas a la gestión pública, actualmente se encuentren como bienes de mercado no

²⁷² En este sentido DE LA CUETARA concluye que mientras *"las crisis económicas o bélicas incrementan casi automáticamente las prestaciones colectivas, en épocas de paz, el libre comercio, la interacción privada, es lo normal"*, *Perspectivas de los servicios públicos españoles para la década de los 90 (un ensayo de prospectiva jurídica)*, en ARIÑO ORTIZ, G., *El nuevo.., op.cit.*, Pág. 61.

²⁷³ ARIÑO ORTIZ, G., *Ibidem.*, Pág. 22.

significa que las bases que en su día justificaron el establecimiento de un sistema de reserva al poder público hayan desaparecido, sino que se han reformulado.

Efectivamente, la nueva política en materia de intervención del Estado en lugar de recurrir a la previsión de excepciones en materia de servicios públicos -que no dejan de ser en cierto modo un quiebra de la coherencia del sistema²⁷⁴ produciéndose así, la paradoja del mantenimiento de derechos exclusivos en un sistema de libre competencia- opta por combinar el mantenimiento de ciertas garantías de servicio económico en beneficio del interés general con un sistema económico competitivo. De este modo, no se trata tanto de considerar que el servicio universal es un nuevo concepto que sustituye al tradicional servicio público, como de que ese viejo concepto ya no colma las necesidades y preferencias de la sociedad a la que sirve, por lo que se requiere un nuevo concepto de servicio público y un nuevo modelo de regulación económica²⁷⁵.

El primer problema que se nos plantea a la hora de analizar la pervivencia de la esencia de los servicios públicos en el tan cambiante panorama normativo del sector, no sólo nacional, sino también comunitario, se revela a la hora de conformar un concepto pacífico de lo que debe entenderse por servicio público.

²⁷⁴ En este mismo sentido se pronuncia DE LA CUETARA, al reconocer la pervivencia de los servicios públicos en el mercado común como una excepción. *Op. Cit.* Pág.65.

²⁷⁵ *Vid.* ARIÑO ORTIZ, G., *Principios de derecho público económico*, Comares, Granada, 1999, Pág. 511.