



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

Pautas para el análisis del concepto a que responden los nuevos servicios públicos en el sector de las telecomunicaciones

Varios son los autores²⁷⁶ que concluyen que son muchas las definiciones que pueden hacerse del concepto de servicio público, con lo que parece más útil a nuestro propósito limitarnos a señalar sus líneas configuradoras a fin de averiguar si, en el nuevo entorno competitivo, éstas perviven²⁷⁷:

1. El Estado define una misión de servicio público: constituye esta acción el elemento teleológico del acto político por el que una determinada actividad se sustrae de la iniciativa privada para someterse a la ordenación pública.

Por lo general el paso previo al establecimiento de un servicio público requiere una reserva a favor del Estado, fenómeno que se conceptúa como publicación y que encuentra su base legal en el art. 128.2 CE que prevé que dicha reserva opere en tanto necesaria para procurar la defensa de los derechos fundamentales²⁷⁸.

De este modo la tradicional legitimación para el establecimiento de servicios públicos se ha anclado en la defensa y garantía de los derechos fundamentales, si bien, la determinación de qué actividades entraban dentro de la misión de servicio público no resultaba una cuestión pacífica, por cuanto el propio contenido de los derechos fundamentales tampoco

²⁷⁶ Una muestra de la controversia suscitada a la hora de determinar un concepto unívoco de servicio público es planteada por DE LA CUETARA, J.M., *La actividad de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1983.

²⁷⁷ *Ibidem*

²⁷⁸ Vid. ARIÑO ORTIZ, G., *Principios...*, *op. cit.*, Págs. 480-503.

resultaba, ni resulta, nítido.

Con la abolición de los derechos exclusivos en que se fundamentaba la prestación de servicios públicos, el concepto como tal desaparece y la pregunta que inmediatamente se formula es ¿en qué medida resultan ahora protegidos esos derechos fundamentales?.

En nuestro ámbito económico, hemos visto como las primeras directivas rehuyeron la tarea de determinar qué servicios públicos mantenían dicha calificación, para decantarse por el establecimiento de determinadas condiciones que debían darse en el mercado y que, por su especial configuración, no se presentaban de forma “natural” como eran, y siguen siendo, a título de ejemplo, el acceso al servicio y a las redes, la interconexión, las tarifas por uso de la redes del operador dominante o las condiciones de acceso al mercado, condiciones todas ellas que no serían sino manifestaciones concretas de la libertad de empresa que, a su vez, no es sino una de las facetas en que se manifiesta la libertad individual.

Esta situación nos conduce a pensar que la clave del nuevo tratamiento jurídico que se dispensa a los servicios públicos radica en que el acento ya no se pone en su gestión o prestación, -en la actividad misma- sino en la guarda porque el ejercicio de esa actividad se desarrolle en un ámbito ciertamente competitivo, es decir, libre.

Por ello, puede afirmarse que el hecho de que la prestación de servicios de comunicación haya dejado de considerarse un servicio a cargo del Estado no significa que los derechos inherentes a él hayan perdido su marco de

protección, sino que ese marco ahora formará parte de otro más amplio, cual es la libertad de mercado; de este modo, la protección que antes se brindaba por medio del control público, ahora se prestará a través de los mecanismos de autocontrol que ofrece el marco de la negociación privada.

El establecimiento de obligaciones de carácter público en este sector dirigidas a garantizar fundamentalmente tanto la libertad de entrada al mercado como el derecho a ejercer libremente la actividad se deben asimilar a la defensa pública que en su día cumplieron los servicios públicos, que pretendían garantizar el acceso a las prestaciones que entraban dentro de esta calificación, en condiciones no discriminatorias, al público en general.

El cambio opera desde el momento en que el destinatario de esta garantía ya no es tanto el usuario que, sin embargo, resulta indirectamente beneficiado, como el mercado en general, y es que la protección del funcionamiento libre del mercado garantiza que el consumidor acceda a los servicios en iguales o incluso mejores condiciones que las que le ofrece un servicio monopolizado y controlado por el poder público.

Descubrimos entonces que cuando nos referimos al “servicio público” ya no nos estamos refiriendo al control intervencionista de una actividad o sector en su totalidad, sino al mantenimiento de ciertas condiciones que lo caracterizaban, pero ahora bajo la forma de un prestación privada; el acceso a las comunicaciones sigue garantizándose del mismo modo que se hacía recurriendo a la prestación directa o indirecta por el Estado, sólo que ahora de esa garantía se corresponsabiliza también el mercado, y ésta

es la única vía para hacer compatible la necesaria responsabilidad del Estado con el ejercicio de la libertad individual.

2. Se establecen determinados privilegios cuya finalidad es la eliminación de todo obstáculo que impida la consecución de la misión que están llamados a cumplir los servicios públicos, dentro de dichos obstáculos se incluye la apuesta por un régimen de monopolio (consustancial al reconocimiento de un servicio público).

Esta es precisamente la nota característica que más polémica ha suscitado en la ciencia económica, si el mantenimiento de monopolios resultaba la mejor manera de garantizar que determinadas actividades se orientarían hacia su mejor uso.

Precisamente, las telecomunicaciones se caracterizan por ser una industria de efecto red y por ello, parece que la gestión monopolista sea la opción económica más beneficiosa, dado que el coste del establecimiento de redes alternativas no puede superar la ventaja que supone que un único operador sea el titular de la única red existente, dado que siempre tiene la posibilidad de extender el servicio a nuevos usuarios sin que ello le suponga un incremento de costes, no sólo a él, sino al sistema en general.

Ahora bien, pese a que esa realidad resulta innegable, la apertura a la competencia de las redes de telecomunicaciones ha supuesto una mejora de la situación, por cuanto los nuevos operadores han desarrollado una amplia labor de mejora del uso de recursos escasos como el espectro, así como la adopción de nuevos sistemas de transmisión de señales que

superan con creces la tecnología anterior (redes digitalizadas), mejoras que en definitiva, bajo el régimen anterior, o se habrían postergado o no se hubieran alcanzado.

Por tanto, los privilegios que acompañan a los servicios públicos, y en especial, las restricciones a la competencia, han perdido su razón de ser, por cuanto se ha primado el desarrollo tecnológico que el mercado ofrece sobre vetustas concepciones que no han resultado sino meras argumentaciones faltas de practicidad y sobradas de necesidad.

Desaparecida la justificación de la adopción de límites a la existencia de varios operadores, parece de recibo sostener que el mantenimiento de privilegios tenga que ser revocado de la misma manera.

¿Significa entonces que dichos privilegios han desaparecido de los actuales servicios de interés general?, la respuesta, aunque paradójica, es que no.

El primer argumento en el que sostenemos esta afirmación se basa en la propia regulación del sector, si bien es cierto que las disposiciones del Tratado establecían una excepción a la aplicabilidad del derecho de defensa de la competencia a los servicios públicos - en los casos en que la misma supusiera un impedimento a la consecución de los fines que estaban llamados a cumplir- no es menos cierto que esta disposición nunca ha supuesto una exoneración plena, sino en todo caso una manifestación de la necesaria conjugación de los determinados intereses que el derecho de la competencia protege con los intereses que protege el Estado como garante social.

Al igual que algunos acuerdos *a priori* anticompetitivos pueden verse exentos de un juicio negativo de concurrencialidad cuando los beneficios pro competitivos superen a los efectos negativos, las acciones adoptadas por un Estado en el marco de una política pública, si bien gozan de cierta presunción de carácter pro competitivo debido a su fuerte control de legalidad (en la gran mayoría de los casos), también deben someterse a dicho juicio de concurrencialidad, que en este caso, en lugar de manifestarse a través de exenciones, se manifiesta a través de la certeza de que las acciones del Estado responden a la consecución de determinados fines superiores que pueden identificarse en el art.2 del TCE y que, en ocasiones, precisan de una mayor vigilancia que la que le pueda proporcionar la normativa sectorial de defensa del mercado.

Esto supone que, mientras con anterioridad el perjuicio a esos intereses colectivos cuya defensa se encomendaba al Estado, se contemplaba como una suerte de externalidad²⁷⁹ no asumida por el mercado, justificándose así el establecimiento de un derecho exclusivo acompañado de la concesión de todo privilegio necesario para asegurar su ejercicio, ahora esa carencia es absorbida por el propio mercado cuyas normas no sólo deben procurar el beneficio económico de sus agentes, sino de toda la sociedad en su conjunto.

La defensa que antaño protagonizaba el Estado intervencionista, ahora será parte de las funciones del mercado, sin que resulte preciso establecer

²⁷⁹ En este contexto, la expresión externalidad debe interpretarse como fallo del mercado, en el sentido en que estamos ante determinados bienes jurídicos que quedan al margen de los intereses del mercado, pero no de la sociedad que es sobre quién deben volcarse los beneficios del sistema económico conforme a nuestro modelo de Economía social y de Mercado.

mayores privilegios que los necesarios para asegurar que las condiciones efectivas de igualdad formal se mantienen, luego por la vía de la defensa de la igualdad en el mercado en todas sus manifestaciones se consigue la defensa de aquellos intereses que antaño quedaban al margen del mercado, y en ese sentido deben interpretarse los arts. 81 y 82 del TCE.

Efectivamente, la nueva interpretación que debe darse a este artículo radica en que ya no resulta una especie de justificación del mantenimiento de servicios restringidos a la competencia en un entorno competitivo, sino una auténtica reinterpretación del papel que los intereses del Estado deben jugar en una economía de mercado.

De este modo, mientras los servicios públicos constituían una excepción necesaria para proteger aquellos bienes jurídicos que no resultaban suficientemente garantizados por las normas propias del mercado, la nueva realidad pretende que dichos fines se incorporen a los que per se defiende el ordenamiento concurrencial, de manera que lo que antes era una excepción a la regla general, ahora sea una parte más de esa regla.

Por otra parte, otra justificación a la afirmación de que los privilegios que acompañaban a los servicios públicos en cierta manera siguen estando presentes, resulta del hecho de que estos privilegios, al margen de su consideración como beneficios exclusivos que eran, no dejaban de representar las reglas de juego que regían estas actividades. Como tales “normas de organización” no han desaparecido, sino que se han adaptado al nuevo entorno en el que estas actividades se desarrollan y así, mientras en un entorno restringido de monopolio exclusivo la regla general es la

capacidad absoluta de determinar las condiciones en que se vaya a prestar un servicio, en un entorno competitivo la regla es que ninguno de los intervinientes en el mercado puede llegar a influenciar en la conducta del resto de agentes, y en general, del mercado.

Esto supone que lo que antes era un régimen de exclusividad sometido al derecho público, ahora es un régimen de libertad regido por las normas de competencia. Ahora son éstas las directrices que deben inspirar el desarrollo de los nuevos servicios, por tanto, no se trata tanto de que estas prestaciones ya no sigan regla alguna, sino de que las reglas sean distintas, acordes con la institución de un régimen de libre competencia, por ello, en este mismo sentido, todo proceso de liberalización se identifica con una re-regulación (mal llamada desregulación) del sector afectado.

De la interpretación conjunta de estas dos argumentaciones resultan varias conclusiones:

- En primer lugar que los fines que pretendían defenderse por medio de un sistema de derechos exclusivos no quedan “huérfanos” por el hecho de que el nuevo entorno prestacional sea de carácter competitivo.
- Que lo que antes eran fines propios del Estado, a alcanzar por medio de una política intervencionista, ahora son fines del mercado que, si bien están controlados por el Estado, lo están de la misma forma que se ha venido haciendo con otros fines que ya formaban parte del acervo protector propio de las reglas del mercado.

- Que los fines del mercado no deben distar de los propios de la política social pública dándose por tanto una perfecta simbiosis entre los fines sociales y los fines económicos.
 - Que la defensa de esos bienes jurídicos *ex commercium* ya no constituye una excepción a la aplicación de las normas de defensa de la competencia.
 - Que los únicos privilegios que a partir de ahora se podrán justificar derivarán del necesario mantenimiento de una situación de igualdad en el mercado, debiéndose por tanto abandonar su concepción como tales privilegios pasando a ser considerados como parte de las medidas que se adoptan en una política de discriminación positiva.
 - Que, definitivamente, la acción del Estado, no puede quedar al margen de la normativa concurrencial, máxime cuando sus intereses se van aproximando a los del mercado.
3. Se imponen obligaciones propias de los servicios públicos: cargas que se entienden como imposiciones exigibles a todos los sujetos que de una u otra forma se relacionan con el servicio.

Probablemente esta sea la nota característica que en mayor medida se ha mantenido. Si algo diferencia a este sector frente a otros es la imposición de cargas que limitan, en algunos casos, la libertad de actividad reconocida.

Dos son principalmente los tipos de obligaciones que encontramos en el mercado de telecomunicaciones:

1. Las derivadas de la prestación de servicios de interés general: constituyen éstas auténticas cargas de derecho público derivadas del sometimiento de la actividad a un régimen de obligaciones de servicio público²⁸⁰.
2. Las derivadas del mantenimiento de situaciones de dominio en el mercado a consecuencia de la ostentación anterior de derechos exclusivos: constituyen una nueva tipología de obligación de derecho público, basadas no tanto en el aseguramiento de las funciones anteriormente encomendadas al Estado (como es el caso de las primeras), como en la necesaria intervención del Estado, al margen de las disposiciones del derecho de la competencia, para garantizar que el mantenimiento de facto de las condiciones estructurales precompetenciales (dominio absoluto del mercado por parte del ex monopolista) se reduce para dar lugar a una auténtica situación de competencia.

Se ha optado por un tratamiento conjunto de ambos tipos de obligaciones pese a su distinta naturaleza, por entender que tanto unas como otras forman parte de una categoría más amplia como son las barreras del mercado, categorización que no distingue la naturaleza jurídica distinta que pueda encontrarse en sus diferentes tipos.

²⁸⁰ Vid. ARIÑO ORTIZ, G., *Principios*, op.cit., Págs 495-503.

Con ello se pretende dar una visión conjunta de los obstáculos (ya sean de carácter público o privado) con los que se encuentran los operadores y cuyo tratamiento jurídico aconseja primar un tratamiento sistematizado frente al respeto por las diferentes conceptualizaciones jurídicas, sin que ello obste, a tener presente que la diferente naturaleza jurídica de las barreras constatadas merece a su vez un tratamiento jurídico diferenciado que sí se respetará cuando se aborde en concreto cada una de ellas.

3.2.1. Obligaciones derivadas de la prestación de servicios de carácter universal

Estas obligaciones pueden caracterizarse como obligaciones de orden público, dado que el interés por la prestación de estos servicios mantiene la responsabilidad del Estado sobre ellos, y se espera, en un futuro, que la situación no manifieste cambio alguno.

A diferencia de la situación tradicional en que se circunscriben estas obligaciones de carácter público (esto es la gestión de un servicio público, o de una actividad de especial interés público), la nueva configuración de las mismas responde a un patrón de corte distinto por cuanto, como hemos visto anteriormente, los fines públicos que perseguía la política prestacional del Estado ahora han pasado a formar parte de los propios de la normativa reguladora del mercado.

Así pues, obligaciones propias del sector como es la contribución de todos los operadores al sufragio de los costes del servicio universal responden a una doble lógica como es, en primer lugar, que es necesario garantizar la

igualdad en la prestación del servicio (de ahí su caracterización como servicio universal), y, en segundo lugar, que la pretensión de que sean exclusivamente los operadores que efectivamente lo estén prestando, los únicos que soporten dichos costes no es conforme con las reglas de competencia, sino que resulta necesario evaluar la medida en que la participación en el mercado de cada uno de ellos, les permite contribuir a la financiación de estos servicios, de manera equitativa, garantizando la igualdad entre operadores, igualdad que no sólo se predica respecto de los nuevos entrantes en el mercado para con el operador dominante, sino también del operador dominante frente a aquéllos y eso es precisamente lo que debe entenderse por democracia en el mercado.

Del análisis concreto de medidas como la anterior se ve claramente cómo esta tipología de obligaciones combina fines públicos con fines propios del mercado, y así, mientras la garantía de financiación del servicio universal responde a la necesidad de continuidad del servicio público, el reparto equitativo de su coste no limitado al operador encargado de su efectiva prestación, constituye una medida necesaria en un marco de igualdad como se pretende sea el mercado.

De este modo, el establecimiento de obligaciones derivadas de la prestación de servicios públicos, ya no es tanto una contraprestación por el régimen de exclusividad concedido, como una garantía de que la prestación de esos servicios no contribuirá a entorpecer la ya por sí difícil competencia en el sector. Así pues, más que conceptuar estas obligaciones como cargas debiera conceptuárselas como medidas estructurales necesarias para garantizar tanto la prestación de estos servicios como la competencia en el mercado.

Se ha venido a decir que los servicios de interés general han sustituido a los tradicionales servicios públicos. Sin embargo, en la terminología comunitaria ambos conceptos deben ser diferenciados²⁸¹:

- Los servicios de interés general como tal no figuraban en el Tratado, pero en la práctica comunitaria este concepto derivaba de la expresión “servicios de interés económico general”, que son aquellos sometidos o no a la disciplina del mercado, que las autoridades públicas consideran de interés general y por ello están sometidos a obligaciones específicas de servicio público

- El servicio público por su parte, es un término ambiguo y puede hacer referencia tanto a un servicio que se oferta al público en general, como a un servicio al que se le atribuye una misión específica de interés público, como a un servicio caracterizado por su régimen de propiedad o estatuto de la entidad que lo presta.

Por todo ello, los servicios de comunicación electrónica ya no se identifican con servicios públicos, sino con servicios de interés general sometidos a obligaciones de servicio público cuyo objetivo es garantizar un interés público como es el hecho de que determinadas prestaciones que se venían asegurando bajo un régimen de prestación pública se seguirán prestando bajo iniciativa privada, y ello es así, incluso sin tener que recurrir a argumentos políticos o sociales como la inmensa categoría de derechos que se verían afectados. Basta con pensar qué ocurriría en nuestra economía si estos servicios no

²⁸¹ *Vid.* Libro Verde sobre los servicios de interés general. COM (2003) 270 final.

garantizaran su continuidad para darnos cuenta de que el primer interesado en su mantenimiento es el mercado, en el que actúan los operadores privados.

Con esto se quiere remarcar la idea de que bajo la tutela de los servicios públicos han venido amparándose situaciones injustificables de intervención pública. No resulta necesario defender el valor de una actividad cuando resulta del todo evidente que dicho valor ya existe, y ésta debiera ser la medida que valorara cuándo es necesaria la intervención del Estado y cuándo es prescindible. Por lo tanto, no resulta necesario justificar desde un punto de vista político-social el mantenimiento e imposición de determinadas obligaciones a los operadores, cuando no dejan de ser medidas que, en cierto modo, contribuyen a mantener una sana competencia en el sector.

Si un determinado servicio o bien tiene valor económico no resulta necesario que el Estado lo ponga de manifiesto, ya que el mercado cuenta con los mecanismos necesarios para adjudicarle el valor que le corresponde, por ello muchas de las regulaciones que hemos venido manteniendo en el pasado han perdido su razón de ser desde el momento en que el mercado se ha revelado no como un mal necesario, sino como una ventaja de nuestro sistema económico. Con esta idea se quiere poner de manifiesto que recurrir a la publicación no siempre constituye la única vía para garantizar la consecución de determinados objetivos²⁸².

Sin embargo, esta afirmación no debe entenderse como la aseveración de que todo sea mercadeable, ni de que el mercado sea la panacea de todo

²⁸² En este sentido puede aportarse la cita de ARIÑO "El servicio público ha muerto; lo que nos queda es darle un entierro digno". DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M., en ARIÑO ORTIZ, G., *El nuevo.., op. cit.*, Pág. 112.

problema económico, sino que por el momento, y hasta que aparezca una alternativa mejor, es lo único con lo que contamos para distribuir los bienes y, mal que bien, resulta el mejor mecanismo para ello.

No obstante, en la medida en que existan determinados bienes a proteger y que, por una circunstancia o por otra queden fuera de las consideraciones del mercado, será precisa la intervención del Estado como último garante y, en ocasiones última alternativa, por cuanto en principio, una correcta aplicación de las normas de defensa de la competencia debería resultar herramienta más que eficaz para corregir los excesos en el ejercicio de la libertad de empresa.

En ese sentido, toda medida que, pese a representar una limitación de la libertad de los agentes, sea necesaria para la preservación de las funciones de la competencia, no puede considerarse como una auténtica barrera del mercado por cuanto las ventajas que supone su establecimiento superan con creces las cortapisas que con ellas experimentan los operadores del mercado.

Por todo ello se propone un abandono de la tradicional tendencia a considerar como “público” todo ámbito en el que puedan entrar en juego los derechos de los individuos porque ni siquiera con ello puede garantizarse su absoluta protección.

En la medida en que el mercado pueda proteger los intereses en juego debe darse preferencia a su regulación frente a la intervención del Estado, y en tanto ésta sea necesaria, debe procurar el respeto por los mecanismos propios de aquél, porque en caso contrario se estarían creando barreras artificiales

que nada tienen que ver con los obstáculos propios que se derivan del ejercicio competitivo de actividades.

3.2.2 Obligaciones derivadas del mantenimiento de situaciones de dominio: análisis de las barreras al mercado

Esta segunda tipología de obligaciones destaca por su carácter transitorio y eventual, motivadas por el mantenimiento de facto de una situación de dominio en el mercado pese a la desmantelación jurídica del monopolio.

El motivo principal por el que estas obligaciones se manifiestan es la inexistencia de una situación de plena competencia. Si el mercado gozara de un grado de concurrencia comparable a otros sectores, probablemente la mayor parte de ellas desaparecerían.

Son las que en mayor medida limitan la iniciativa privada ya que la dificultad manifiesta en su supresión las configura como auténticas barreras al mercado, motivo por el cual parece que debieran tratarse en otro apartado destinado a analizar las características estructurales del mismo, sin embargo, en tanto han venido propiciadas por el régimen público anterior merece si quiera hacerles una breve referencia sobre la base de que no sólo constituyen barreras a la iniciativa privada, sino incluso remanentes de los servicios públicos anteriores y como tal vamos a tratarlas en este punto.

Un adecuado análisis de las mismas recomienda clasificarlas según su origen o naturaleza y así distinguimos entre barreras naturales y barreras artificiales

3.2.2.1. Barreras naturales: escasez del recurso

Aquí nos referimos a aquellas barreras que derivan de la especial configuración o estructura de un mercado, tales como la existencia de una única fuente de provisión o canal de distribución.

Se consideran connaturales al mercado de referencia y exigen por tanto la adopción de medidas desde el poder público a fin de evitar situaciones de abuso o acuerdo anticoncurrencial que puedan derivar en la creación de “cuellos de botella” en la entrada a un mercado.

En nuestro sector el supuesto más claro de la existencia de una barrera natural lo constituye el espectro radioeléctrico.

Las razones que aconsejan la regulación de su acceso son tanto de carácter técnico como económico, y así, en el uso del espacio radioeléctrico se aconseja una entrada reglada por el poder público que se manifiesta a través del recurso a un sistema de licencias o autorizaciones que permite, tanto su correcta aplicación a la prestación de los servicios de telecomunicaciones - habida cuenta de su escasez- como la prevención del uso incorrecto que se podría derivar de una situación en la que fueran los operadores privados los que determinaran quiénes podrían hacer uso del mismo y quiénes no.

La contención inicial del número de agentes que puedan prestar sus actividades haciendo uso de este bien a través de una medida de carácter estatal proporciona varias ventajas como son:

- Que, pese a que serán los agentes privados los que determinarán el modo en que vayan a prestarse los servicios, el contenido de la licencia o autorización permite que el poder público acote a priori las condiciones mínimas que estime conveniente que se deban cumplir a fin de garantizar determinadas finalidades de orden público²⁸³. De este modo la imposición inicial del marco en el que los operadores privados deban actuar se presenta como opción más beneficiosa frente a la implantación posterior de un sistema de obligaciones de carácter público.
- Que el reparto de las diferentes frecuencias entre los agentes privados en ningún caso afectará a aquellas comunicaciones esenciales de carácter público tales como los servicios de emergencias o marítimos.
- Que, aún manteniéndose el carácter público del bien referido, ello no impedirá su gestión privada, con lo que se establece una suerte de derecho de disposición que sortea los inconvenientes de la falta de recursos de los

²⁸³ Según la Comunidad dichos intereses de carácter público se identifican con la disponibilidad de los servicios para el público en general lo que determina tanto la imposición de obligaciones específicas como la propia limitación de las licencias disponibles. Las condiciones que puedan imponerse, si bien quedan a elección del Estado en concreto, sí que deben cumplir unos requisitos mínimos que se identifican con una acción pública lo menos intervencionista posible, como son requisitos de calidad del servicio, cobertura, acceso a servicios de emergencia o servicios adaptados para determinados consumidores. En cualquier caso, no serán admisibles aquellas condiciones por las que el Estado limite la capacidad económica que tenga un operador en un determinado mercado o su posición en el mismo, así como tampoco aquellas que limiten el número de competidores. Siendo cualquiera de estas condiciones necesaria, a juicio de las administraciones correspondientes, para la preservación tanto de la competencia en el sector como para el cumplimiento de determinadas obligaciones de carácter público, las autoridades deberán optar por su consecución a través de medidas menos restrictivas que las citadas. *Vid.* Libro Verde 1994. Annex D "Extension of the principles of EU Telecommunications policy to the mobile sector", Pág. 181.

agentes privados pero sin suponer, en ningún caso una privatización de los medios, lo que permite, por otra parte, la exigencia del cumplimiento de determinadas obligaciones de carácter público como pueda ser la prestación del servicio en determinadas áreas geográficas.

- Que, en caso de abuso de la concesión otorgada, el poder público pueda disponer su revocación sin ser necesario que los efectos de dicha conducta lleguen a afectar al mercado. Sin duda esta misma medida podría ser adoptada en el marco de un proceso concurrencial pero, indudablemente representa mayores ventajas, como es la celeridad en su adopción mejorándose así los inconvenientes que plantea la adopción de medidas cautelares.

El uso limitado a la obtención de la correspondiente licencia, así como la apuesta por el uso compartido de redes, vendría justificado tanto por la escasez del recurso, como por la ineficacia que representaría una gestión exclusivamente privada, lo que justifica la intervención regulatoria en este aspecto.

En este caso, el mantenimiento de la barrera de mercado consiste en la prevención del reparto más justo del bien, no se trata tanto de considerar el espectro como un bien público²⁸⁴ (en el sentido demanial), sino de asegurar

²⁸⁴ En este sentido compartimos la teoría de Coase cuando admite que lo que interesa no es tanto quien sea el titular del recurso como que la configuración del mercado sea tal que permita que éste se oriente hacia un uso eficiente a partir de la negociación que lleven a cabo los sujetos entre sí por su uso. A nuestros efectos la relevancia sobre la titularidad del espectro como recurso básico en este sector es menor que la tenga la posibilidad de que se dote a los agentes de proporcionar el mejor servicio a través del recurso al espectro, por tanto lo que debe interesar a efectos de analizar si la regulación del acceso al espectro es o no la más indicada no es tanto si se respeta la titularidad reconocida sobre éste, sino las posibilidades que tengan los operadores del mercado de hacer uso del mismo y esa capacidad de acción diferirá en función de si se opta por un sistema de titularidad pública con la concesión administrativa reglada de derechos de uso a los operadores privados, o bien se opta por un sistema de propiedad privada

que de su disponibilidad se beneficiará la totalidad del público, hecho que por otra parte, ha venido justificando el mantenimiento erróneo de la titularidad pública de determinados bienes.

Desde ese punto de vista las licencias no pueden ser consideradas como una limitación a los derechos de los operadores, sino como la justa exigencia a la contrapartida que representa el uso de un bien que no les pertenece a ellos sino al público general²⁸⁵, y como tal bien *extra commercium* resulta lógico que sea el Estado quien determine el uso de de él deba darse.

Efectivamente, los título habilitantes juegan un papel fundamental en la constitución de estos mercados porque vienen a representar la condición ineludible para que pueda llevarse a cabo la actividad en el mercado, es por ello que el legislador debe prestar especial atención a su contenido de manera que resulte una combinación tanto del fundamental respeto por los fines que, con la adopción de un sistema reglado de entrada al mercado, se pretenden alcanzar, como del imprescindible margen de actuación que se debe dar a la iniciativa privada.

Así pues, mientras que un exceso regulatorio puede llevar a coaccionar de

con el establecimiento de determinadas obligaciones que garanticen la libertad de contratación y la continuidad del servicio. En ambos casos el parámetro a valorar no es quien posee la red sino qué sistema resulta más respetuoso con la autonomía de la voluntad y redundante en beneficio de una mejor explotación del recurso.

²⁸⁵ Precisamente, el aprovechamiento del espectro en favor del interés general justifica la exigencia de una duración específica de las licencias, de manera que su titularidad no se extienda tanto en el tiempo, como para impedir la entrada en el mercado de nuevas tecnologías que supongan un uso más eficiente del espectro, ni tan poco como para impedir la justa retribución de las inversiones realizadas y el desarrollo de redes transeuropeas. En este sentido las licencias se deben entender como cualquier otro derecho de exclusiva de carácter legal, por lo que, podría llegarse a aplicar lo previsto en otras áreas de nuestra disciplina como es la propiedad industrial, especialmente por lo que respecta al régimen de licencias obligatorias y caducidad. *Vid.* Libro Verde 1994. Annex D "Extension of the principles of EU Telecommunications policy to the mobile sector", Pág. 181.

tal manera la actuación de los agentes que anule su iniciativa empresarial ahogando así al mercado, una escasa regulación puede provocar un uso ineficiente del recurso que se traduzca en un desgaste de los agentes y un atraso tecnológico de la innovación en el sector.

En nuevo régimen jurídico donde la autorización constituye el único procedimiento de acceso exigido en el sector, ya no es tanto un título habilitante como una carga en su sentido técnico-jurídico²⁸⁶. Su justificación vendría dada por la propia naturaleza del recurso. La previsión de las circunstancias en que el uso del espectro puede ser limitado junto con la posibilidad de transmitir determinados derechos de uso del espectro constituyen medidas adecuadas con la gestión pro competitiva que debe adoptar el Estado.

3.2.2.2. Barreras artificiales: conductas de abuso de la posición de dominio derivadas de la titularidad de la red

El acceso a las redes fijas constituye otra de las barreras naturales del mercado, por cuanto de las circunstancias que caracterizan la entrada al sector destaca el hecho de que el operador dominante es también el titular absoluto de toda la red pública conmutada.

Un análisis técnico de la situación de redes revela que la aplicación necesaria para convertir la señal vocal (de naturaleza física) en una señal eléctrica susceptible de ser transmitida de un punto a otro, necesariamente viene a sustentarse en una red analógica, lo que significa en la práctica, que la

red originaria desplegada por el ex monopolista desde su constitución continúa siendo imprescindible, por cuanto no existe tecnología alternativa que permita la transformación antes indicada al margen de la tecnología anterior.

Esta situación supone que, pese a que el desarrollo del sector ha permitido que las señales sean cada vez más amplias, permitiendo de esta manera que el volumen de información transmitida sea cada vez mayor -aún siendo las líneas, en definitiva, las mismas- el ex monopolista continúa desempeñando un papel clave en la entrada al sector por operar como punto de paso necesario para conectar el servicio con el consumidor.

De este modo, el problema que aquí se plantea no es sólo el hecho de que la extensión de redes paralelas resulte ineficiente, por cuanto una sola red ya establecida permite el desarrollo de la actividad, sino también de que a pesar que los otros operadores pueden desplegar sus propias redes, necesariamente deben abocar en la tecnología dominada por el ex monopolista.

El control de este acceso al domicilio del usuario²⁸⁷ se convierte así en el punto crítico a partir del cual dependerá la existencia misma de competencia en el sector, cuyo control, ya sea a partir de los mecanismos del mercado, ya de la intervención estatal, resulta más que necesario.

Frente a la problemática que plantea el sistema de acceso a las redes móviles como barrera de entrada al mercado basada fundamentalmente en la

²⁸⁶ Vid. LAGUNA DE PAZ, J.C., *Telecomunicaciones: regulación y mercado*, Aranzadi, Pamplona, 2004, Pág. 80.

²⁸⁷ Este acceso se conoce como bucle del abonado.

cuestión de la determinación de la mejor manera de proveer el uso de un recurso escaso, el acceso a las redes fijas versa sobre una cuestión en cierto modo distinta; y es que la base de los inconvenientes que aquí encontramos no se reduce al hecho de que sólo haya una red disponible (cuestión fácilmente abordable con la misma técnica empleada en el caso anterior) sino al hecho de que esa red es de titularidad del operador dominante con lo que las cuestiones que se nos plantean en este sentido, no son sólo abordables desde el punto de vista de la técnica intervencionista, sino también, y sobre todo, desde el punto de vista del derecho de defensa de la competencia.

En el control de esta barrera existen determinadas alternativas:

1. Dejar que sean los propios operadores los que determinen el modo en que haya de gestionarse la interconexión y acceso entre redes, con los consabidos costes (conocidos como costes de transacción) que ello puede provocar como son la imposibilidad de controlar que todos los agentes tengan opción a acceder a la redes en igualdad de condiciones, o que la prestación del servicio, en cualquier caso, esté garantizada.

Precisamente, es la existencia de costes de transacción lo que motiva la intervención estatal conforme a la teoría presentada en el teorema de Coase²⁸⁸.

²⁸⁸ Coase, partiendo de un examen crítico de la teoría económica ortodoxa desarrollada a partir de la obra de Pigou mostró que la intervención estatal también es imperfecta y genera costes externos, poniendo 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 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 debían concurrir dos condiciones: que la asignación inicial de derechos y responsabilidades estuviera perfectamente definida en cuanto a titularidad y contenido, y que los costes de transacción fueran igual a cero o despreciables. La conclusión a la que llegó Coase era que esas condiciones

2. Imponer las condiciones de acceso bajo riesgo de limitar sobremanera la libertad de los agentes y acrecentando los costes de gestión pública al tener que ser el Estado, en definitiva, el que lleve a cabo la transacción sobre el uso de la red.
3. Establecer un marco de referencia al que puedan acudir los operadores y en que tan sólo se determinen determinadas condiciones básicas -que se corresponden con los principios que han de regir un funcionamiento libre del mercado- como son el principio de transparencia, el principio de objetividad y el principio de subsidiariedad de la intervención pública, dejando por tanto que sean los agentes los que negocien el acceso a las redes pero en un contexto determinado por el principio de legalidad.

En los tres casos la opción del legislador debe someterse a un análisis de costes a fin de garantizar que la opción regulatoria sea lo más eficiente posible:

1. En el primer caso se identifican distintos costes de transacción atendiendo a si efectivamente hay o no acuerdo entre las partes:

no se daban, fundamentalmente por lo que respecta a los costes de transacción que, no siendo nulos, comportaban que la asignación de recursos que hiciera el ordenamiento tuviera gran trascendencia en la consecución de un nivel óptimo de eficiencia. El Estado, a través del derecho, según este autor, debe decidir el modo de asignación de los recursos más eficiente y para ello debe actuar como lo habría hecho el mercado si los costes de transacción se ajustaran a la hipótesis previa, es decir, fueran nulos.

Siempre que el Estado atribuya los derechos de la forma más eficiente posible, el sistema jurídico se anticipará a la transacción del mercado, que, por otra parte, podría resultar excesivamente costosa (altos costes de transacción), y de este modo, orientaría al mercado hacia su óptimo desarrollo, esto es, la maximización de la riqueza. Vid. COASE, R.H., *La empresa, el mercado y la ley*, Alianza, Madrid, 1994.

- Si no existiera acuerdo:
 - En primer lugar debería tenerse en cuenta que la existencia en el mercado de operadores con capacidad de ofrecer sus servicios y que no hayan obtenido el acuerdo necesario con el operador dominante para prestarlos a través del uso de sus redes afectaría negativamente tanto a los consumidores como al mercado en general.
 - En segundo lugar, el sistema judicial debería atender los supuestos en que hubiera desacuerdo entre las partes negociadoras con el consiguiente coste de gestión para el Estado.
 - Y en tercer lugar y como derivación de los anteriores, el mercado debería afrontar el coste que supone la ausencia de competencia efectiva derivada de la negativa del operador dominante a negociar derechos de acceso a su red.
- Si existiera acuerdo:
 - Las condiciones desiguales en que se encontraran ambas partes para negociar, habida cuenta la dependencia de la actividad del uso de la red, comportaría la aceptación del acuerdo de acceso por parte de los nuevos agentes con independencia de las condiciones que se negociaran. El exceso de precio que debieran pagar los agentes repercutiría en una disminución de los recursos destinados al desarrollo tecnológico y la innovación con efectos negativos que se extenderían a la propia evolución del mercado.

- Asimismo, esa diferencia de precio se traduciría en un incremento de los costes del servicio que acabarían siendo asumidos por el consumidor y que, a la larga, comportaría la preferencia por las prestaciones ofrecidas por el ex monopolista y la reducción tanto de las posibilidades de atraer nuevos agentes al mercado –restringiéndose así la competencia- como de la competencia efectiva entre los que aún subsistieran en el mercado.

2. En el segundo caso también se identifican dos tipos de costes tanto presentes como futuros y así:

- Los principales costes acarreados por este sistema serían los de gestión de los derechos de uso de la red encomendados al poder público, esta situación a su vez comportaría dos costes más: en primer lugar supondría que el cuerpo administrativo del que se dotara al sector destinaría casi todos sus medios casi exclusivamente a la consecución de acuerdos de acceso, descuidando otras áreas en las que su actuación resultara más necesaria y, en segundo lugar, el resultado de los acuerdos no sólo padecería de la “eternización” endémica de la gestión administrativa, sino que también, con toda probabilidad, ofrecería soluciones que no siempre se ajustarían a las necesidades de la partes interesadas.
- Un segundo coste vendría determinado por la imposibilidad de desarrollo de nuevas redes que podría representar, tanto el hecho de que el acceso a las redes estuviera bajo control público, como el hecho

de que no existiera libertad a la hora de disponer de las propias redes, puesto que su gestión se sometería necesariamente a la decisión pública, con la desincentivación empresarial que ello comportaría, ya que el desarrollo de nuevos y mejores servicios se condicionaría al ofrecimiento por parte del poder público de derechos de acceso a la red adecuados para su prestación.

Pero además, en relación a este otro coste aparecería el grave problema que representa siempre dejar que sea el poder público el que determine el uso que deba hacerse de la tecnología, es decir, ya que el Estado sería quien determinara cómo se haría uso de las redes, ello supone en definitiva, dejar que sea él también quien determine los servicios disponibles al público, así como también el ritmo al que avanza la tecnología, circunstancias, que bajo ninguna duda, deben quedar siempre en manos de los operadores privados que son al final los que determinan la medida en que un mercado crece o se estanca.

Como puede observarse de este análisis de costes, tanto una opción como otra parecen ser las menos convenientes ya que, en ambos casos los costes del sistema de uso de la red se cargan exclusivamente en alguno de los agentes del mercado, bien sean los operadores privados, bien el Estado, por lo que parece más conveniente optar, como de hecho así se ha producido, por un sistema mixto, en el que los costes queden repartidos según la responsabilidad que ostente su titular, alternativa que por otra parte está en mayor consonancia con la finalidad última del proceso de constitución de estos mercados, como es un sistema de gestión privada pero con responsabilidad pública.

De este modo resulta que, en beneficio tanto de los consumidores como del mercado y, en atención a un justo reparto de los costes entre los agentes, el sistema que parece más eficiente a la hora de determinar el uso que haya de hacerse de la red sea el establecimiento de un marco jurídico general respetuoso tanto con la libertad de negociación de los sujetos privados, como con el papel que el Estado, como garante último de la operatividad del sistema debe cumplir.

Mientras que los costes de la estructura básica de la negociación del acceso a la red (la elaboración del marco previo de negociación) corren a cargo del Estado como corresponde a su función reguladora, los operadores, como principales beneficiarios, a la par que interesados en la existencia de acuerdos de acceso, deben hacerse cargo de los costes de la efectiva operación, al efecto de garantizar que la existencia de diferentes operadores se traduzca efectivamente en una situación de competencia.

Ahora bien, junto a estas alternativas que parten de la propiedad privada de la red aparece otra que, no ha sido considerada por el legislador, pero que en cierto modo se manifiesta como una solución eficaz en otros mercados de características similares como es el mercado eléctrico.

De la experiencia obtenida en la liberalización de este mercado podemos extraer dos ejemplos de eficaz gestión que merecerían ser tenidos en cuenta en el sector de las telecomunicaciones, si bien salvando las diferencias que se aprecian entre ambas y a las que nos referiremos a continuación.

3.3. Tratamiento de los servicios públicos en otros sectores de red: mercado eléctrico

Un ejemplo de gestión de redes²⁸⁹

Las consideraciones efectuadas en este apartado, si bien se han realizado tomando como base la experiencia seguida en el mercado de la electricidad, también podrían haberse extraído del modelo seguido en la apertura del sector del gas, por lo que las conclusiones, a efectos de realizar una valoración comparativa entre mercados, habrían sido *mutatis mutandi* las mismas, dado que el modelo de gestión de infraestructuras en el mercado del gas y de la electricidad son muy similares.

La apertura a la competencia de este sector²⁹⁰, supuso la liberalización de las actividades de comercialización y producción, lo que obligó a diseñar un

²⁸⁹ La oportunidad de la elección de este mercado como ejemplo de gestión encuentra uno de sus avales en la declaración del Ministerio de Economía recogida el 20 de marzo de 2002 en La Vanguardia Digital, según la cual, la clave del debate en torno a la liberalización de mercados se encuentra en la tipología de acción sobre infraestructuras adoptada. Así, en todas las industrias de red, **lo primero es definir el tratamiento que se da a las infraestructuras y después abordar la producción, distribución y comercialización de esos bienes**. En ese sentido, el mercado del gas se toma como ejemplo, pues la transparencia, objetividad y no discriminación en el acceso a su infraestructura se consigue encomendando su gestión a una entidad, Enagás, gestionada por todos los competidores.

²⁹⁰ Hasta 1944, la producción y distribución de energía eléctrica en nuestro país se realizaba bajo un modelo básicamente de gestión privada, en ese año tendrían lugar dos cambios importantes en el modelo de mercado, por una parte el Estado comenzaría a intervenir en la planificación de las actividades de distribución mediante la creación de UNESA (UNIDAD ELÉCTRICA ESPAÑOLA SA), empresa destinada al desarrollo de una red de transporte de la energía eléctrica que uniera los hasta entonces sistema eléctricos aislados, y por otra parte, intervendría de forma plena en las actividades de producción y comercialización mediante la constitución de ENDESA (empresa pública de producción de energía eléctrica). En la década de los 60 y 70 aparecerían grandes grupos empresariales en el sector que conllevaría al engrandecimiento de UNESA con empresas tanto públicas como privadas. Tras la crisis energética de los 70 se crearía ASELETRICA (Asociación de Empresas Eléctricas para la explotación del sistema eléctrico), integrada por las grandes empresas de ciclo completo del sector cuyo objetivo era la coordinación de la explotación del sector eléctrico a fin de asegurar el máximo aprovechamiento de los recursos. Inicialmente esta asociación seguía el Plan de producción previsto por el Estado y verificado a través de la participación en la misma de la figura del Delegado de Gobierno. Posteriormente, en 1982 se nacionalizaría la red eléctrica que pasaría a estar bajo gestión de REDESA, sociedad estatal con un 49% de capital privado, conforme a las líneas aprobadas en el programa de gobierno iniciado por el PSOE. La aprobación de la Directiva 90/547/CEE relativa al tránsito de electricidad por grandes redes y

cuadro de gestión que garantizara la libre compra y venta de energía eléctrica, y en el que se distinguen: por una parte, el conjunto de actividades que pueden desarrollarse en régimen de libertad como son la producción y comercialización a todo tipo de usuarios; y por otra, aquellas actividades sometidas a reglamentación en beneficio de la viabilidad del mercado como son la gestión del sistema, el transporte y la distribución²⁹¹.

La gestión de la red en este sector está encomendada a una sociedad independiente y autónoma en la que está presente tanto el capital público como el capital privado (compuesto tanto por los principales productores del mercado eléctrico como por accionistas minoritarios) en proporciones suficientes para garantizar que ninguno de ellos pueda ostentar una participación significativa (limitada por otra parte, por la Ley 53/2002 de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y de orden social por el que

la Directiva 96/92/CE relativa al mercado interior de la electricidad supondrían el abandono definitivo de un sistema de planificación estatal tanto de los medios de generación y transporte como de las actividades de comercialización y fijación de tarifas del servicio, en favor de un sistema de planificación indicativa basada en el mantenimiento de la seguridad y viabilidad del sistema que ha permitido la constitución del mercado mayorista de electricidad que tiene como marco la Ley del Sector Eléctrico de 1997, este mercado conforma un conglomerado de varios mercados entre los que destacan: un primer mercado de producción conocido como "mercado diario" en el que se determina diariamente el precio de compra y venta de la energía conforme al sistema de oferta y demanda, un segundo mercado denominado "intradiario" en el básicamente se gestionan las ofertas y demandas que por motivos de ajuste al programa viable provisional han quedado fuera del mercado diario, y un último mercado que es el de servicios complementarios destinados a garantizar que el suministro de energía eléctrica se haga en condiciones de seguridad, fiabilidad y calidad adecuadas. La gestión del sistema corre a cargo del operador de sistema que es Red Eléctrica Española cuya composición accionarial a fecha de cierre de ejercicio de 2003 se correspondía en un 28,5 % perteneciente al SEPI, un 3% respectivamente correspondiente a Endesa, Iberdrola, Unión Fenosa e Hidrocantábrico, un 1% ostentado por Eléctrica de Viesgo y un 58,5% repartido entre diversos accionistas minoritarios.

²⁹⁰ La oportunidad de la elección de este mercado como ejemplo de gestión encuentra uno de sus avales en la declaración del Ministerio de Economía recogida el 20 de marzo de 2002 en La Vanguardia Digital, según la cual, la clave del debate en torno a la liberalización de mercados se encuentra en la tipología de acción sobre infraestructuras adoptada. Así, en todas las industrias de red, **lo primero es definir el tratamiento que se da a las infraestructuras y después abordar la producción, distribución y comercialización de esos bienes.** En ese sentido, el mercado del gas se toma como ejemplo, pues la transparencia, objetividad y no discriminación en el acceso a su infraestructura se consigue encomendando su gestión a una entidad, Enagás, gestionada por todos los competidores.

²⁹¹ Vid. DE LA CRUZ FERRER, J., *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico. Modelos y análisis de la Ley 54/1997*, Marcial Pons, Madrid, 1999; DOMINGO LÓPEZ, E., *Régimen jurídico de las energías renovables y la generación eléctrica*, INAP, Madrid, 2000; ARIÑO ORTIZ, G., *Derecho de la competencia...*, op.cit.

se modifican el art.34 y la DTª 9ª de la Ley 54/1997 de 27 de noviembre del Sector Eléctrico).

Las posibilidades que manifiesta un sistema de gestión privada de la red, pero compartida entre los diferentes usuarios de la misma y el poder público comporta varias ventajas:

- En primer lugar, la ventaja más clara se manifiesta en el hecho de que todos los agentes del mercado participan de la propiedad de la red lo que comporta que ninguno de ellos pueda controlarla exclusivamente ni impedir el uso que puedan darle los demás.
- En segundo lugar, los terceros que no sean propietarios de la red encuentran menos inconvenientes para hacer uso de la red de los efectivos titulares, dado que ninguno de ellos tiene capacidad suficiente para influir en la decisión final de la sociedad al limitarse su participación accionarial tanto individual como colectivamente.
- En tercer lugar, la dispersión del accionariado fomenta un menor peso de la propiedad del recurso en favor de su aprovechamiento. Si esta situación se le añade el hecho de que lo que determina la extensión de red que se va a utilizar para la provisión del servicio son las operaciones que se fijen diariamente en el mercado, resulta que lo que finalmente influye en la explotación de la red es el efectivo destino de los servicios que se fije en el mercado.

De este modo, la explotación de la red se corresponde con los servicios negociados en el mercado y no con la mera previsión de uso contenida en la autorización de actividad, por lo que la eficacia en la gestión del recurso no depende tanto del titular del mismo como de las necesidades reales del mercado.

Planteadas estas ventajas aparece la cuestión de si no hubiera sido conveniente fijar un sistema de explotación similar para la red de telecomunicaciones.

Una explotación conjunta determinada por una sociedad independiente, que represente a los principales agentes del mercado y que oriente la eficacia en su uso hacia las verdaderas necesidades del mercado, podría resultar la solución para la escasez de redes de telecomunicaciones y sobre todo para asegurar la racionalidad en su gestión.

Sin embargo, pese a que ambas redes presentan características similares son muchas las discordancias entre un mercado y otro por lo que a características de la red se refiere; el mercado eléctrico tiene como principal desventaja el hecho de que la energía eléctrica no es susceptible de ser acumulada, lo que obliga a que necesariamente haya de determinarse de forma diaria la cantidad de energía que debe producirse en función de la demanda y, una vez determinada, en función de las características de la red de transporte (viabilidad de las operaciones para evitar caídas del sistema nacional), se determina el tramo de red concreto que se utilizará para transportar la energía desde la central de producción a la de distribución.

Por el contrario, las telecomunicaciones son un servicio cuya demanda puede variar sin que necesariamente dicha variación tenga que estar prevista y no por ello se ocasionan perjuicios al sistema en general, así, un fallo de cobertura derivado de la saturación de líneas no afecta sino al operador que está ofreciendo el servicio concreto, luego no se corre el riesgo, en ningún caso, de una interrupción generalizada de las comunicaciones en las diferentes redes.

Así pues, mientras que el transporte de la energía eléctrica requiere en todo caso una coordinación de las operaciones a fin de garantizar el funcionamiento del sistema, la red de telecomunicaciones no requiere ningún tipo de actuación conjunta.

A pesar de esta situación diferencial, sí que resulta cierto que este modelo nos plantea la conveniencia de haber mantenido en su día la escasa participación accionarial del Estado en la empresa dominante Telefónica o la titularidad pública de Retevisión (titulares de las únicas redes de distribución de señales de telecomunicación y televisión en España) a fin de añadir mayores garantías de transparencia en la gestión de los derechos de uso sobre dichas redes.

Esta pretendida transparencia en las operaciones de interconexión se ha tratado de garantizar mediante la prescripción de la separación jurídica y económica de las diferentes actividades de explotación (red y servicios), y si bien es cierto que en algo ha contribuido a una mejora en la gestión de los derechos de uso de la red, no ha supuesto un descenso de la intervención pública en el sector, sino todo lo contrario.

De esta situación resalta un hecho que indiscutiblemente resulta cierto, y es que en la gestión de un recurso escaso parece que siempre haya de ser necesaria cierta intervención del poder público en calidad de árbitro entre las partes, aunque los grados en que pueda manifestarse dicha intervención varían²⁹².

Del análisis conjunto de la experiencia liberalizadora en estos sectores se desprende una diferente calidad en la intervención pública:

- Una primera tipología de intervención que se manifiesta en la presencia del Estado como capitalista en el sector: si bien su posición no difiere de la de cualquier accionista privado, no así su finalidad, y es que mientras el inversionista privado tiende al beneficio, el Estado debe tender a una finalidad de orden público, bien sea al mantenimiento del control del sector (lo que de hecho ocurre con las controvertidas *golden shares*), bien al aseguramiento de la protección del interés público en un entorno privado.

Precisamente, esta segunda opción es la que se manifiesta en el sector eléctrico y es, en todo caso, la que en mayor medida mantiene el debido respeto al derecho de la competencia.

Efectivamente, sin ánimo de abordar más que en su justa medida el debatido tema del control público de las grandes sociedades que operan en sectores estratégicos de un Estado, se puede afirmar que, mientras que la participación pública en determinadas sociedades dirigida únicamente a

establecer cortapisas a la inversión extranjera constituye una clara muestra de límite intolerable a la libertad de circulación de capitales en la Comunidad, la participación pública limitada tanto en cuantía como en poder de decisión, establecida con la única finalidad de garantizar la representación pública en la sociedad de que se trate, en principio no resultaría incompatible con lo dispuesto en el Tratado de la CE²⁹³.

Esta afirmación aún adquiere mayor certeza cuando se tiene en cuenta que la Comisión en repetidas comunicaciones ha reconocido que la titularidad pública o privada de un agente del mercado no tiene porqué afectar per se a la competencia²⁹⁴, lo que en principio lleva a la conclusión de que lo que determina una distorsión de la competencia no es la participación del Estado en el mercado, sino el apoyo que éste pueda hacer a determinados operadores y que pueda resultar en la adquisición de una posición ventajosa en el mercado, posición derivada no de los propios méritos sino de la intervención estatal²⁹⁵.

Si a esta afirmación le añadimos el hecho de que, como hemos visto anteriormente, resulta lícito que los Estados persigan la protección de determinados intereses públicos en un marco de economía de mercado, y

²⁹² Vid. Análisis de los costes/beneficios de las alternativas en el tratamiento de las barreras artificiales. Apartado 3.2.2.2.

²⁹³ Vid. ARIÑO ORTIZ, G., *Derecho de la..*, op.cit., Págs. 314-343.

²⁹⁴ Postura que se pondrá de manifiesto en el apartado relativo la necesidad o no de privatización de los agentes que operan en el sector de las telecomunicaciones

²⁹⁵ Este apoyo puede materializarse tanto en forma de ayudas públicas directas que son objeto de regulación expresa en el Tratado, como en forma de subvenciones indirectas, (como podría ser la concesión de ventajas derivadas de la participación del poder público en la entidad), si bien en éste último caso la jurisprudencia del Tribunal difiere respecto su consideración de ayuda pública. Un ejemplo de ello lo encontramos en la Sentencia del TJCE de 13 de marzo de 2001, asunto C-379/98 "PreussenElektra". Para un comentario de esta sentencia vid. ORTEGA BUENO, R. y ORTEGA FERNÁNDEZ, R., "La STJCE en el asunto PreussenElektra: la necesidad de una interpretación en función de los efectos en materia de ayudas publicas", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 222 (2002), Págs. 86-97.

que además dicha protección puede operar desde la óptica de las acciones de defensa de la competencia, resulta que el interés que dicha intervención procura debe adaptarse al mercado y por ello, la vía más adecuada sería, en todo caso, la presencia del Estado en determinadas sociedades cuya actividad económica recaer, como en este caso, en bienes que resultan de interés público (que no de propiedad) , como es la red eléctrica.

- Una segunda clase de acción pública interventora se manifiesta en la constitución de órganos de naturaleza administrativa específicos para el sector de que se trate, sometidos a su propia disciplina pero integrados en el aparato administrativo del Estado.

Esta segunda clase de intervención se correspondería con la constitución de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, heredera de la Dirección General de Telecomunicaciones, que ha pasado a convertirse en un organismo autónomo regulador del mercado.

Sin ánimo de entrar ahora a analizar las diferentes competencias de este órgano, y a los efectos que nos interesa en este punto de la investigación, tan sólo se quiere reseñar que la constitución de estos organismos reguladores representa en cierto modo la desconfianza manifiesta en que sean los órganos de defensa de la competencia los que conozcan de los eventuales desacuerdos que se puedan producir en el sector.

En estos días y con motivo de la futura deslocalización de distintos órganos de la administración, tal vez debiera plantearse la conveniencia de la cesión

de las competencias de estos órganos a los encargados de la defensa de la competencia.

Téngase presente que la liberalización de éste y otros sectores preveía la constitución de órganos que, sin tener asignada directamente la defensa de la competencia, sí que combinaban en su ámbito competencial, la prestación de servicios puramente administrativos, con una actividad de vigilancia del estado precompetitivo en que se encontraba el mercado, que se podría llegar a identificar con la actividad que *a priori* desempeñan también los órganos de defensa de la competencia.

Ahora bien, pese a los esfuerzos tanto regulatorios como de los propios operadores, la competencia en este sector se encuentra en tela de juicio²⁹⁶, lo que supone que el pretendido estado precompetitivo se está dilatando en exceso y ello justifica el mantenimiento de estos órganos.

La cuestión que se plantea a continuación es si la actual ausencia de competencia en el sector se debe a que aún no se ha conseguido superar la fase precompetitiva, o a que las medidas regulatorias pro competitivas no han sido las más adecuadas, la respuesta a favor de una situación u otra no es baladí.

En el primer caso, es decir, que el mercado se encuentre aún en fase precompetencial, los motivos que expliquen esta situación pueden variar

²⁹⁶ Precisamente el Gobierno en fecha 11 de agosto del presente 2004 ha comunicado su decisión de mantener el sistema de precios regulados (*price cap*) durante el año 2005 contra las previsiones del ejecutivo anterior. Esta decisión responde a la pretendida necesidad de mantener controlado el máximo nivel de los precios en el sector so pena de experimentar una subida generalizada de precios que afecte no sólo a los consumidores sino también a la propia competencia en el sector.

entre la acción estatal a tal efecto o la estructura del mercado. Si de éste último supuesto se tratara, la solución vendría por la adopción de medidas específicas que favorezcan la aparición de competencia en el sector y que podrían llegar a justificar el mantenimiento de la intervención pública en el mismo.

Así pues, en este caso, estaría justificado el manteniendo de esos órganos puesto que lo que en definitiva se quiere proteger no es tanto la competencia (función que corresponde a los órganos de defensa de la competencia), como la creación de una estructura de mercado proclive a que los operadores privados puedan llegar a competir entre ellos.

Por el contrario, en el segundo caso, esto es, ausencia de competencia debida a una ineficaz regulación, el planteamiento pasa por considerar otra línea de intervención estatal que puede llegar incluso a recomendar la abstención de la acción pública, si con ello el beneficio obtenido por el mercado resulta mayor.

En ese sentido, la intervención estatal que supone la actividad de estos órganos que imponen condiciones que, por otra parte, en la mayoría de las ocasiones no se corresponden con las operaciones que se desarrollarían en un mercado no intervenido, supone que la competencia, en caso de que se pudiera hablar de su existencia, no se da por sí en el mercado, sino que depende de la actividad desarrollada por este órgano regulador.

Si verdaderamente llegara a afirmarse que el sector de las telecomunicaciones es competitivo, debería encomendarse su defensa a los

órganos que naturalmente tienen confiada esta misión. En otro caso, la competencia es un estado que se está imponiendo administrativamente, luego realmente no puede llegar a predicarse la existencia de un mercado competitivo.

Esta afirmación, sin embargo, no debe interpretarse como la advocación de la desaparición de todo órgano regulatorio, como ya hemos afirmado anteriormente. La estructura del sector recomienda el mantenimiento de cierto control administrativo, lo que no obstante, no debe identificarse con el sostenimiento de límites a la libertad de los operadores en beneficio de una pretendida defensa de la competencia que, de seguir así, puede llegar a extenderse por años, debilitando los esfuerzos de los operadores privados por permanecer en el mercado²⁹⁷.

Si realmente la competencia, dejada a su libre voluntad, representa tamaño peligro para la adecuada satisfacción de los intereses públicos, realmente es que el diseño del proceso de liberalización del sector se ha realizado a espaldas del mercado.

De todo lo anterior se desprende que, si bien se presenta la necesidad de una intervención del Estado en materia de gestión de red, no resulta menos cierto que debe procurarse que dicha intervención sea lo menos “invasora”

²⁹⁷ Un ejemplo de ello lo encontramos en los procesos de adjudicación de licencias UMTS. El problema que se plantea no es tanto la eficiencia o no del sistema de adjudicación de las licencias como su conveniencia. A fecha de hoy 2004, no sólo no se han desarrollado las infraestructuras necesarias para la prestación de dichos servicios, sino que incluso las operadoras empiezan a incurrir en incumplimientos de las condiciones de las licencias otorgadas, lo que lleva a pensar en si el momento en que dichas licencias (para favorecer la competencia en el sector) era el apropiado. Si a esta decisión se le añade el hecho de que la introducción de la competencia en el sector español de la telefonía vocal se retrasó en favor del despliegue de la red analógica de Telefónica (mientras en Europa se desplegaban las redes digitales), se puede concluir que la pretendida intervención pro competitiva, no ha sido tal.

posible. Es por ello por lo que, analizada la experiencia en el sector eléctrico, aparece como alternativa al actual sistema de gestión de la red de telecomunicaciones, el mantenimiento de la presencia pública en el sector, exclusivamente limitada a la actividad de gestión de la red.

Esta posición hubiera permitido, por una parte, mantener la liberalización de actividades ajena a la intervención estatal, puesto que ello hubiera entorpecido sin duda la apertura del mercado, y por otra parte, la constitución de un gestor de red similar en cierta medida al gestor de la red eléctrica.

Por lo demás, la presencia del poder público en esta actividad hubiera justificado el mantenimiento de ciertas acciones de subvención, que en otro caso hubieran resultado del todo incompatibles con el marco conformado por la normativa de defensa de la competencia, subvenciones que no serían tales sino el natural destino que le da el Estado a sus bienes en la gestión de sus empresas.

Con ello, no se está abogando por una acción de expropiación de la titularidad de los recursos, sino por trasladar los costes de negociación de los acuerdos de interconexión al sector público, por medio de un sistema de gestión de red que permita una auténtica separación de la actividad de prestación del servicio de acceso a la red, y la actividad de prestación de servicios de telecomunicaciones.

Un ejemplo de prestación de servicios universales

El suministro de energía constituyó, al igual que el sector de las telecomunicaciones, un tradicional servicio público que justificaba la exclusión de la iniciativa privada en el sector.

El sistema actual no ha supuesto una desaparición del antiguo servicio público en cuanto a garantía de prestación y tarifa máxima orientada a costes y ello se ha conseguido a través del mercado.

Efectivamente, el consumidor actual de energía eléctrica puede optar por dos tipos de suministro:

- El que le ofrece un distribuidor asignado por zona a precio determinado por las tarifas que regularmente aprueba el Estado.
- El que le ofrecen nuevos operadores del mercado al precio que se fija en la operaciones en él desarrolladas.

De este modo la prestación del servicio público de suministro de energía eléctrica se integra dentro del mercado ofreciéndose conjuntamente con el suministro libre por lo que la opción por un servicio competitivo o un servicio público le corresponde al usuario.

El servicio público se mantiene desde el momento en que los usuarios así lo precisen por preferir el pago de una tarifa que se mantiene estable (sin necesidad de tener que adoptar mayores precauciones para su mantenimiento) durante el año, y el mercado privado aparece desde el momento en que dichos

usuarios deciden contratar con otro agente, llegando incluso en ocasiones a negociar (tomando como referencia los precios de mercado) con el nuevo proveedor el precio que están dispuestos a pagar por el suministro.

Sin embargo, pese a la “genialidad” de esta fórmula debe reconocerse que el mercado aún está lejos de ser competitivo. El escaso margen de negociación que *de facto* poseen los consumidores supone que la negociación individual del precio del servicio se limite en realidad a los grandes consumidores, pese a que la liberalización se haya extendido a todo tipo de consumo. Es por ello por lo que los operadores en este sector se están concentrando en los llamados “multiservicios”, de manera que un solo operador ofrece varios tipos de suministro que no se limita al de su sector.

Trasladar esta experiencia al sector de las telecomunicaciones resulta una solución un tanto compleja principalmente porque el suministro de energía eléctrica constituye un servicio “cerrado” frente a la experiencia en nuestro mercado de referencia en el que cada día surgen nuevos servicios con los que competir.

La experiencia en el mercado eléctrico nos sugiere una alternativa al proceso llevado a cabo en el sector de las telecomunicaciones, y es que, en una primera fase de liberalización de los servicios, se hubiera podido optar, por un sistema de convivencia entre servicios liberalizados a precio de mercado (ofrecidos por los nuevos operadores), y servicios reservados a tarifa (prestados por el ex monopolista).

Esta alternativa que no deja de ser plausible cuando de lo que se trata es de garantizar un servicio público a un precio determinado. Sin embargo, no fue considerada pero por otros motivos no limitados a su supervivencia, sino a otras cuestiones puramente económicas, que ya hemos tenido oportunidad de desgranar anteriormente y que se resumen en la recuperación de los costes incurridos en el despliegue de la red.

Pudiera pensarse que esta opción ocasionaría un agravio comparativo al operador dominante, por cuanto sería de esperar que los nuevos operadores ofrecieran sus servicios al precio más bajo posible a fin de obtener cuota de mercado. Sin embargo, teniendo en cuenta que el servicio “público” a tarifa debía orientarse a costes, su precio seguiría siendo igualmente reducido en comparación con los que podría ofrecer el mercado (al menos así sería durante el tiempo en que los nuevos agentes pugnarán por encontrar un nicho en el mercado), lo que conllevaría, que bien los nuevos agentes optaran por reducir su margen de beneficio, o que bien ofrecieran nuevos servicios junto con el servicio básico a fin de atraer al consumidor.

En cualquier caso las ventajas aparecen de una forma clara, pues el precio de los servicios que ofertasen los nuevos operadores debería ser o bien aproximado a los que ofreciera el proveedor habitual (a tarifa), con lo que se estaría garantizando que el consumidor dispusiera del servicio a un precio razonable, o bien superior pero justificado sobre la base de que el servicio suministrado incorporara algún tipo de prestación adicional, lo que mejoraría la calidad del servicio, condición que, aunque olvidada, también debe ser tomada en cuenta en la provisión de servicios públicos.

Una primera crítica a esta propuesta vendría de la mano del principal argumento por el cual la liberalización de los servicios básicos (públicos) se postergó, y es que la posibilidad de que operadores privados pudieran ofrecer también esos servicios reservados, podría haber provocado una falta de medios con los que los ex monopolistas amortizaran los gastos ocasionados por la necesidad de ampliar las infraestructuras del país.

Como ya observamos en su momento, este argumento no sirve al respeto por el mantenimiento de los servicios públicos, sino al deseo de que los ex monopolistas no pierdan posiciones en el nuevo mercado.

Las preguntas que a continuación se nos formulan son las siguientes: ¿realmente el freno a la liberalización total del sector ha servido para financiar las inversiones históricas?, ¿acaso los costes que conlleva el inicio de una actividad, máxime en este sector que exige un nivel elevado de inversión inicial, no son suficientes para considerar que el punto de partida de los nuevos operadores se asimila al del operador establecido?

Al margen de su respuesta y atendiendo a las últimas noticias en las que el actual ejecutivo planea extender el concepto de servicio universal a otro tipo de comunicaciones como es la telefonía móvil²⁹⁸, el gran interrogante que se nos plantea de cara a definir una verdadera política de telecomunicaciones que favorezca la creación de un mercado verdaderamente competitivo es cuál debe ser el límite en el que lo público deje paso a la iniciativa privada; no se trata sin más de suplantarse la actividad privada bajo un erróneo entendimiento

²⁹⁸ La Vanguardia, 11 de agosto de 2004, Pág 44. “ el ministro José Montilla avanza la intención del gobierno de implantar un servicio universal también para la telefonía móvil”.

de la acción pública, sino de actuar sólo y cuando se manifieste que el esfuerzo privado no se corresponde con un beneficio para el interés público.

Así pues, respecto a los problemas manifiestos del sistema, lo que debe plantearse no es la sustitución de los actuales mecanismos que operan en el mercado, sino su mejora a fin de que determinados intereses, como en este caso, la garantía de universalidad del servicio, puedan ser satisfechos desde la actuación privada. Esto conlleva a pensar que la publicación ha comportado el riesgo de convertirse en la solución para la falta de competencia en estos mercados, y eso es precisamente lo que se había tratado de evitar con su liberalización.

Precisamente hemos podido comprobar como la postergación de la liberalización plena del sector de la telefonía fija supuso un retraso generalizado en el desarrollo del mismo. Esta experiencia debe bastarnos como ejemplo de lo que no debe hacerse en el futuro.

3.4. Los costes de una inadecuada intervención pública en el mercado

No toda decisión del poder público de intervenir en el mercado para poner fin a las barreras existentes tiene porqué producir exclusivamente efectos beneficiosos, por cuanto los costes generados por dicha acción pueden recaer sobre sujetos a los que en principio no iba dirigida dicha regulación, generándose en este caso una externalidad que puede no llegar a ser asumida por el mercado y por tanto un problema a la hora de garantizar su correcto funcionamiento.

Un ejemplo de nuestro sector lo encontramos con las propias licencias de comunicaciones móviles de 3ª generación. El excesivo coste que nuestro Estado les ha otorgado por medio de su adjudicación a través del sistema de subasta ha comportado costes excesivos no sólo para los operadores que las han obtenido sino para el mercado en general, dado que los agentes que en mejor disposición se encontraban para destinar sus recursos al desarrollo de nuevos y mejores productos han tenido que desviarlos a la obtención de permisos para poder llegar a darles aplicación como productos.

Si bien la escasez de un recurso justifica la articulación de un procedimiento de adjudicación de su uso, no todo mecanismo es deseable. El sistema de subasta de licencias ha determinado excesivamente cuál deba ser la manera en que esos operadores orienten sus decisiones económicas, lo que en definitiva ha causado costes innecesarios al sistema de mercado retrasando su crecimiento en beneficio de un mero ánimo recaudatorio, ya que los recursos que los operadores han destinado a las licencias de esos nuevos servicios no existentes, se hubieran podido destinar a la mejora de los que ya se venían ofreciendo.

Otro ejemplo de los costes que supone una mala decisión regulatoria lo encontramos en las dificultades que han tenido los nuevos operadores para desplegar sus propias redes. Como vimos anteriormente la decisión de liberalizar las redes se postergó hasta asegurar que los servicios públicos no sólo se prestarían en régimen de continuidad, sino que los gastos incurridos tanto en su prestación como los costes históricos de despliegue de las redes básicas estarían más que cubiertos. Esta decisión no fue sino un grave error por varios motivos:

- En primer lugar, porque en su momento desincentivó la entrada de algunos operadores que sin duda vieron muy difícil llegar a competir con el exmonopolista, cuando éste no sólo era su competidor directo, sino también su proveedor (y ello pese a la prescripción de la separación jurídica y económica de actividades).
- En segundo lugar, situó al exmonopolista en una situación ventajosa frente al público, en general reacio a cambiar de operador sobre todo en telefonía fija, de ahí que el índice de penetración en el mercado de los nuevos operadores fuera tan bajo, máxime cuando los servicios con los que se competía eran los mismos. El único aliciente con el que han contado los consumidores para decidirse por otro operador ha sido el precio, precio que viene referenciado por la oferta del operador dominante y que, como informan las últimas decisiones del ejecutivo, seguirán bajo su control durante el próximo 2005.

Finalmente nos queda afirmar, que la experiencia en la liberalización de otros sectores como el eléctrico, nos aportan alternativas a la regulación efectuada en nuestro mercado, y pueden servirnos para cuestionar el grado de liberalización seguido. Un modelo de gestión totalmente separada de las redes parece ser más conveniente que una mera separación contable de actividades.

3.5. Los servicios de comunicación como servicios de titularidad privada: privatización ¿necesidad o conveniencia?

Junto con el deseo de romper con la tradicional gestión monopolística de los servicios de telecomunicación durante la década de los 80 y fundamentalmente de los 90, a la progresiva apertura de los mercados se le unió una auténtica oleada de privatizaciones en un sector caracterizado hasta el momento por la presencia de monopolios con diferente participación pública y con un escaso desarrollo tanto de infraestructuras como de elementos de comunicación.

En esta línea, y desde un punto de vista económico, los monopolios se contemplan como una quiebra del principio inspirador del gobierno de la economía en sociedades democráticas²⁹⁹ y por tanto contrarios al principio de competencia perfecta entendida como aquella situación en que el control de los precios por una empresa supone una pérdida neta de bienestar.

Las formas monopolísticas o concentradas de los mercados, en este entender, suelen ser el resultado de dos tipos fundamentales de fenómenos:

- Por un lado, la existencia de una acción concertada e ilícita de diversos empresarios competidores encaminada a evitar la competencia y a monopolizar el mercado, situación ante la que actuaría el conjunto de normas de defensa de la competencia.

²⁹⁹ A esta concepción habría que añadir la incompatibilidad evidente de los monopolios con los principios de libertad de acceso al mercado y libre prestación de servicios, pilares de la comunidad económica y bases de la nueva regulación del sector.

En este punto, recordemos la evolución del derecho antitrust norteamericano quien por mor de la acción jurisprudencial ha venido considerando el esfuerzo y los méritos de las empresas en la carrera por ocupar una mejor posición en el mercado sin que esto signifique sin más, el deseo de monopolizarlo.

- Por otro, la “presunta” (porque de hecho los mercados liberalizados era un supuesto) existencia de monopolios naturales en los que resulta más eficiente que una única empresa sea la oferente de un bien o de un servicio a consecuencia de lo cual se le otorga una concesión administrativa. En este caso la respuesta jurídica suele consistir en la regulación de determinados elementos como los niveles máximos de beneficio del monopolista, la determinación legal de los precios, gravar sus actividades con impuestos especiales o fijando cuantías o condiciones de producción.

Si bien es cierto que existen determinados condicionantes técnicos, que pueden llevar a considerar más eficaz limitar la gestión de un recurso a un operador, como es el caso de la infraestructura de comunicaciones, se debe procurar que las economías de escala generadas por esta disposición de la industria no contribuyan a la creación de beneficios monopolistas que impidan el avance de la competencia.

De esta manera, observamos como un diseño monopolista en un sector no sólo puede ser consecuencia del otorgamiento de derechos exclusivos o especiales, sino también de su propia estructura, así ocurre en aquellos sectores caracterizados por la presencia de costes medios crecientes o decrecientes asociados con procesos de producción que requieren un alto nivel

de inversión inicial donde los costes fijos representen una parte muy importante de los costes totales.

Este parecía ser precisamente el escenario en el que se mueve el mercado de las telecomunicaciones y que justificaba la intervención-control estatal.

Al margen o no de la conveniencia de un sistema de monopolio en la gestión de estos servicios las dificultades que acontecen en semejante escenario son diversas y así a título de ejemplo:

- La dificultad de fijar los precios a consecuencia entre otras cuestiones, de la presencia de subvenciones cruzadas que posibilitan que los servicios más caros financien los servicios minoritarios.
- Problemas derivados de la falta de transparencia de la información.
- Mediatización política en la gestión del servicio sacrificando su eficiencia.
- Beneficios para pocos.
- Políticas impositivas incorrectas.

Junto a la necesidad de eliminar los monopolios que gestionaban los servicios de telecomunicaciones se vio la oportunidad de proceder a la privatización de las empresas públicas gestoras. Así, interesa en este momento, hacer una breve referencia a los motivos que acostumbran esgrimirse para justificar la privatización de empresas públicas.

La mayoría de los analistas coinciden en afirmar que la empresa pública es menos eficiente que la privada porque la titularidad pública atenúa los

derechos de propiedad y genera una serie de insuficiencias en la gestión, las principales razones que se apuntan son las siguientes³⁰⁰:

- La empresa pública persigue objetivos múltiples y heterogéneos lo que dificulta valorar su grado de consecución.
- Los directivos de una empresa pública suelen ser elegidos por su cercanía al poder político.
- La empresa pública no está sometida a la disciplina del mercado.
- Las pérdidas en la empresa pública son absorbidas por el Presupuesto de Estado y por tanto corren el riesgo de ser despreciadas a la hora de mejorar su gestión.
- El objetivo de la empresa pública puede alejarse del principio de maximización de la riqueza.
- El control administrativo que el Estado lleva a cabo sobre la empresa pública se fija más en cuestiones de forma que de fondo.

Ahora bien, no sólo interesa ver el porqué la empresa pública es menos eficiente que la privada, sino cómo incide la privatización de una empresa en la competencia de un mercado³⁰¹.

La privatización, dejando de lado su voluntad de mejorar la gestión de determinadas empresas, ha pretendido contribuir al desmantelamiento de los

³⁰⁰ Vid. MARTINEZ LÓPEZ-MUÑIZ, L., *La regulación económica en España*, en ARIÑO ORTIZ, G., *El nuevo...*, op. cit., Págs. 194-208.

³⁰¹ Téngase en cuenta que las privatizaciones de las empresas públicas en su día se enmarcaron dentro de un proceso de liberalización del sector a nivel comunitario a fin de incentivar un entorno competitivo.

monopolios y ello es así por dos motivos fundamentales³⁰²:

- En primer lugar, porque raramente aparecerían empresas en el mercado lo suficientemente fuertes como para hacer frente a la empresa exmonopolista³⁰³ siendo ésta de carácter público, ya que como hemos visto anteriormente, uno de los fallos en su gestión es no tomar en consideración las pérdidas sufridas ya que no recaen sobre la empresa sino sobre el déficit público, lo que le permitiría elaborar estrategias empresariales sin tener en cuenta los costes y por tanto gozar de una posición privilegiada frente a las empresas privadas.
- Y en segundo lugar, porque la privatización no sólo supone que el capital pase a manos privadas sino obligar a la empresa a actuar teniendo en cuenta los que acontece en el mercado, lo que raramente ocurriría si dicha empresa fuera de titularidad pública.

En definitiva, se considera que la privatización es uno de los métodos más efectivos para hacer frente a la demanda de mejores servicios cuyos costes serán repartidos por el mercado, frente a la tradicional asunción de éstos por parte del Estado, lo que limita en gran medida la mejora del servicio.

Por otra parte, se ha constatado que la privatización de empresas públicas como las españolas ha contribuido y contribuye, a desregular los mercados y

³⁰² Vid. REQUEIJO, J., "Privatización de empresas públicas y convergencia real", *Economía Industrial*, núm.328 (1999), Pág. 16 y ss.

³⁰³ Convertido ahora en operador con posición de dominio.

lograr que sean mucho más sensibles al incremento de la competencia en el sector³⁰⁴.

Por otra parte, no debemos olvidar otras razones que han impulsado el proceso privatizador y que responden a objetivos políticos más que económicos como son: la nueva concepción que está adquiriendo el derecho público en el marco económico actual³⁰⁵, el replanteamiento del papel del Estado de bienestar y la globalización de los mercados.

Si bien es cierto que la privatización *per se*, no liberaliza los mercados³⁰⁶, si que permite que las fórmulas liberalizadoras tomen cuerpo y que, por tanto, la competencia comience a producir efectos sobre la organización de los mercados y especialmente sobre los precios³⁰⁷.

Ahora bien, conviene advertir que la privatización como tal no ha venido impuesta por el Derecho Comunitario³⁰⁸, por cuanto a éste le resulta indiferente la titularidad pública o privada de las empresas siendo su único objetivo la eficaz asignación de los recursos.

³⁰⁴ Un ejemplo de ello lo encontramos en el sector de la telefonía móvil, primer sector de telecomunicaciones español que se vio beneficiado por la liberalización de sus servicios, donde desde la introducción de los primeros competidores hasta nuestros días se ha protagonizado una sustancial rebaja de las tarifas telefónicas. *Vid.* Informe Anual de la CMT 1999.

³⁰⁵ Resulta de interés la afirmación de Tomás-Ramón Fernández en *Comentarios a la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito*, Fundación FIES, Madrid, 1989. "Los poderes de ordenación general de la economía que la Constitución habilita son, ante todo, poderes de encuadramiento en el marco económico general de las actividades de este signo, que son y siguen siendo privadas".

³⁰⁶ Telefónica comenzó su proceso de privatización en 1987 pero el mercado no comenzó a liberalizarse hasta 1995 con la concesión de la segunda licencia de telefonía móvil a Airtel.

³⁰⁷ *Vid.* REQUEIJO, J. y CUERVO GARCÍA, A., "Privatización y eficiencia empresarial. Hacia un modelo explicativo a nivel de empresa", *Economía Industrial*, núm. 328 (1999), Págs. 29-42.

³⁰⁸ *Vid.* PIÑAR MAÑAS, J.L., "Privatización de empresas públicas y Derecho Comunitario", *Revista de Administración Pública*, núm. 133 (1994), Págs. 17 y ss.

Tampoco se puede sustentar el proceso privatizador en el modelo económico de la Constitución, que si bien justificaría un proceso privatizador al amparo del reconocimiento de la libertad de empresa, en ningún caso lo impone.

Por tanto las razones que han empujado a la privatización de empresas como Telefónica o Retevisión podrían resumirse en un incremento de la eficiencia en la gestión de los tradicionales servicios públicos y en el incremento de la competencia en un sector que precisa del capital privado para competir con otros mercados no europeos y para crecer.

3.6. Los servicios públicos en España tras la liberalización

Establecidos, en líneas generales, los motivos que empujaron a los Estados a optar por la privatización de las empresas públicas del sector, interesa ahora referirnos, aunque someramente, puesto que no constituye objeto del presente estudio, al nuevo concepto de servicio público que se ha ido acuñando a lo largo del proceso de liberalización del sector español.

Tradicionalmente el principal argumento que justificaba la gestión pública de los servicios de telecomunicación radicaba en considerar que el capital privado era absolutamente incapaz de hacer frente por sí mismo a la prestación de servicios públicos, ni siquiera los esenciales.

Una vez implantada la imparable progresión del sector hacia la liberalización total de los servicios de telecomunicación, el siguiente reto que se planteó la Comunidad fue determinar el papel que deberían jugar los

Estados como garantes de la ordenación del mercado y sobre todo como garantes de la prestación de los servicios públicos.

En un primer momento, la política comunitaria se centró en abrir los mercados a la plena competencia dejando en un segundo plano la cuestión de garantizar la comunicación, bien manteniendo el concepto que cada Estado tuviera del servicio público, bien elaborando nuevas categorías que, sustituyendo a aquéllos, fueran capaces de cumplir con los mismos objetivos.

En este contexto, el concepto de servicio público poco tiene que ver con la construcción de un mercado único europeo cimentado sobre la base de la liberalización y la competencia, y así apareció el concepto de **servicio universal** como puente que sirviera a la definición del espacio que correspondía al mercado y el papel que debía asumir el Estado.

Adentrándonos en el panorama español, dentro de la normativa reguladora del sector de las telecomunicaciones se distinguen tres etapas³⁰⁹:

³⁰⁹ En este punto resulta interesante observar como la técnica regulatoria en otros sectores de red como la electricidad o el gas ha seguido un camino muy similar, así tomando como ejemplo el primer sector podemos distinguir 6 etapas:

- Orígenes del sector: mediados S. XIX, caracterizado por un modelo descentralizado de producción, explotación empresarial privada no coordinada entre una pluralidad de agentes. Mínima intervención estatal reducida al control técnico por medio de autorizaciones
- 1920-1940: la actividad de suministro de energía se configura como servicio público y se establece un sistema de tarifas para determinar el coste del servicio
- 1940-1979: Coordinación empresarial para la explotación del servicio público de ámbito nacional. Aparecen los Planes eléctricos nacionales como medio de coordinación de la producción y el suministro lo que determina un aumento del control público
- 1979-1982: Aprobación del Plan Eléctrico Nacional de 1979 que determina la planificación global y vinculante de todas las actividades del sector
- 1982-1994: Estatalización de la gestión conjunta, se nacionaliza la red de transporte que se convierte en un monopolio gestionado por una empresa pública. Aprobación del Marco legal estable para determinar las tarifas eléctricas.
- 1994-1997: LOSEN. Se introducen algunas medidas de introducción de competencia mediante la constitución de una dualidad de regímenes jurídicos en las actividades según se consideraran libres o reservadas al Estado

- Una primera protagonizada por la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones (en adelante LOT) aprobada por el gobierno socialista y vigente hasta 1997.
- Una segunda representada por la Ley General de Telecomunicaciones de 1998 aprobada por el gobierno del Partido Popular.
- El actual marco normativo diseñado por la LGT 2003.

Durante la vigencia de la LOT, el principio ordenador de la regulación en esta materia partía de la consideración de las telecomunicaciones como servicios esenciales de titularidad estatal y por tanto, reservados al sector público pero con un sistema de prestación bajo un marco abierto a la libre concurrencia y a la incorporación de nuevos servicios.

Asimismo la LOT procedía a una exhaustiva clasificación de los diversos servicios, por medio de la técnica de la inclusión-exclusión a fin de determinar los servicios que tenían la consideración de públicos y los que no.

Esta clasificación resultaba útil en tanto permitía deslindar los servicios que se encontraban en régimen de competencia y los que seguían en manos del monopolio y así:

- Servicios civiles (como podrían ser los servicios de emergencia: bomberos, ambulancias, fuerzas del Estado).

- Servicios que desarrollan actividades esenciales para la defensa nacional o servicios oficiales.
- Servicios finales que son aquellos que proporcionan la capacidad completa para la comunicación entre usuarios, incluidas las funciones de los equipos terminales y que generalmente requieren de elementos de conmutación de las señales. Estos servicios se prestaban en régimen de monopolio.
- Servicios portadores que proporcionaban la capacidad necesaria para la transmisión de señales entre puntos de terminación de red definidos y que a partir de enero de 1993 se ofrecieron en régimen de competencia restringida por las entidades explotadoras de los servicios finales (titulares de red).
- Servicios de valor añadido, que no siendo servicios de difusión, se usan como soporte de servicios portadores o finales y añaden otras facilidades a servicio de soporte o satisfacen nuevas necesidades específicas de telecomunicación entre otras, acceder a información almacenada, enviar información o realizar el tratamiento, depósito y recuperación de la información como serían los portales de servicios a través de Internet.
- Servicios de difusión que permiten la comunicación en un solo sentido a varios puntos de recepción simultáneamente, como sería la televisión o la radio.

Sin embargo esta clasificación, si bien resultaba útil de cara a establecer el diferente grado de competencia en los diversos mercados de productos y así poder articular políticas orientadas a dar soluciones específicas para cada sector, pronto se vio obsoleta por cuanto el avance del progreso técnico en la búsqueda de nuevas tecnologías provocó su pronta inadecuación.

Por otra parte, la regulación se configuraba como un auténtico cuello de botella y así se manifestó el TDC por cuanto, pese a la tímida introducción de la competencia en determinados servicios, no lograba redundar en beneficio del sector en general y el mantenimiento del emporio del monopolio en los servicios finales, anulaba cualquier intento por distribuir los beneficios de la introducción de la competencia en el usuario final o consumidor.

A ello habría que añadir que las barreras impuestas por el mantenimiento del monopolio de algunos servicios motivaba a que los que los nuevos operadores en otros servicios no encontraran incentivos para mejorar la inversión hacía nuevas formas de comunicación puesto que no había mercado para explotarlo.

Ante este panorama, el Consejo de Ministros de 7 de octubre de 1994 aprobó las líneas de lo que sería la nueva política de telecomunicaciones para el período transitorio hasta el 1 de enero de 1998, fecha que la Comunidad había marcado como año de liberalización global del sector. Esta nueva política se sustentaría en los siguientes objetivos:

- Impulsar el desarrollo de nuevas redes.

- Propiciar las inversiones en el sector y desarrollar un sistema de financiación necesario para garantizar el acceso universal y asequible a los servicios básicos de telecomunicación.
- Reformar los operadores nacionales existentes de cara a potenciar su competitividad frente a los operadores de otros países.
- Optimizar la utilización de las infraestructuras existentes.
- Favorecer el desarrollo industrial y tecnológico del sector.
- Fortalecer y dotar de medios al órgano regulador para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de servicio público y las condiciones de competencia.

Junto con este catálogo de medidas, en 1995 se otorgó la segunda licencia del servicio de telefonía móvil automática GSM a Airtel a cambio del pago de un canon que posteriormente la Comisión Europea declaró discriminatorio frente al otro operador, Telefónica, cuya licencia fue objeto de concesión automática y que daría lugar a un resarcimiento al que posteriormente se dedicará cierta atención al hablar del sector de la telefonía móvil.

En este momento se podía ya vislumbrar hacia dónde se orientaba la nueva política que habría de regir el sector:

- Acceso escalonado y controlado por el Estado al mercado de servicios finales.
- Desarrollo de nuevas infraestructuras por parte de los nuevos operadores.
- Dar cumplimiento a las exigencias comunitarias de crear una red comunitaria paneuropea³¹⁰.

³¹⁰ La tecnología GSM, y por la que Airtel entraba en el mercado de la telefonía móvil, era la que hasta el momento se consideraba necesaria para la constitución de redes transnacionales que permitieran hablar de un mercado más allá de los límites territoriales de los Estados.

- Ejercer un control de la asignación del espectro radioeléctrico por medio del sistema de licencias.
- Traspasar al sector privado los costes de mantenimiento del servicio público.
- Permitir que Telefónica pudiera estructurarse de la manera más adecuada para hacer frente a los nuevos operadores teniendo en cuenta que ella era la que prestaba el servicio público de telecomunicaciones.

En octubre de 1995 se procede a la privatización total de Telefónica que a pasar de ser monopolista a operador con posición dominante en el mercado.

En enero de 1998 se rompe el último monopolio del sector con la concesión de la segunda licencia para la prestación del servicio telefónico básico a Retevisión (Euskatel en el País Vasco) pero limitando su extensión a las llamadas de larga distancia, es decir, las internacionales e las interprovinciales.

Quedaba por tanto pendiente el núcleo más controvertido de la regulación, la telefonía metropolitana, el llamado *bucle local* que tuvo que esperar hasta el 2000 para entrar en la categoría de sector en competencia y que es el que más polémica esta sugiriendo actualmente.

Con la aprobación de la nueva LGT en 1998 se modificó el principio que hasta el momento inspiraba la regulación del sector, las telecomunicaciones dejan de ser servicios esenciales para constituirse en servicios de interés general, prestados en régimen de competencia y en el que las obligaciones que

con carácter de servicio público se imponen a determinados operadores constituyen una garantía para dicho interés general.

Desde ese momento se puede hablar de un nuevo concepto de servicio público en el sector, no se trata tanto de garantizar que se prestarán determinados servicios considerados de interés público y que eran los que motivaban la prestación en régimen de monopolio, sino de garantizar la universalidad de unos servicios que se prestan en régimen de concurrencia y que por su naturaleza corren el riesgo de provocar desigualdad en cuanto a su acceso³¹¹.

En este sentido, el concepto de servicio público, sustituido por el de servicio universal pretende:

- Por un lado distribuir los costes de introducción del régimen de competencia entre los diversos operadores a través del mecanismo del mercado³¹², estableciendo una serie de obligaciones que garanticen la prestación de un servicio que de otra manera correspondería al Estado.
- Por otro lado, establecer uno de los conceptos que determinarán el valor que tienen los derechos que corresponden a los operadores para la

³¹¹ Telefónica, por su histórica presencia, era la que mejor podía prestar esa garantía, sus redes alcanzaban prácticamente todo el territorio español. Por el contrario, los nuevos operadores, a fin de recuperar las fuertes inversiones realizadas tanto para acceder al mercado (campañas de publicidad y marketing) como para extender sus propias redes, era lógico que optarán por centrar su actuación a los núcleos urbanos dado que su inversión reportaría un beneficio mayor en lugares con alta concentración de usuarios que en lugares donde la densidad de población es considerablemente más baja.

³¹² El mecanismo de mercado opera aquí en la medida en que la obligación de servicio universal recae sobre los operadores dominantes, que son los que en mejor posición se encuentran para asumir el coste, siendo su posición en el mercado la que determina dicha condición. No es tanto una decisión del Estado de imponer determinadas obligaciones a determinados sujetos cuanto el coste por el desarrollo de una actividad.

prestación de los diversos servicios.

- Garantizar el desarrollo del sector orientado a la maximización de la riqueza, es decir que el desarrollo del mercado no se limite a la mera reducción de tarifas e introducción y mejora de servicios sino que la introducción de nuevas tecnologías redunde en beneficio de un mejor servicio para todos.
- Y finalmente romper con cualquier relación que pueda haber entre la prestación del servicio y el prestador ex monopolista al exigirse no tanto como obligación de carácter administrativo cuanto como coste de la actividad por la que se otorga la licencia.

Si bien pueden apuntarse las anteriores observaciones como ventajas del sistema regulador de la LGT 1998, no deben pasarse por alto algunas de sus deficiencias, que la actual LGT 2003 ha venido a corregir:

- La LGT 1998 no nos proporcionaba las bases efectivas que habían de regir la relación entre libre competencia y la defensa del interés general.

El régimen de prestación del servicio universal previsto en el art.38 de la citada ley, simplemente establecía la necesidad de designar al operador dominante como prestador de este servicio como principal medida de garantía, lo que podía asimilarse al mantenimiento de la prestación del antiguo servicio público pero ahora por el exmonopolista.

El nuevo régimen jurídico previsto por el art. 23 de la LGT 2003 flexibiliza esta obligación, haciéndola compatible con un régimen competitivo, ya que abre la puerta a la prestación en competencia de algunos de los servicios que se incluyen en la categoría de servicio universal, proveyéndose sistema de licitación.

- La LGT 1998 no clarificaba cómo debía operar la efectiva financiación del servicio universal a través del Fondo Nacional del Servicio Universal, por lo que no se puso en marcha. Es de esperar que la futura aprobación del Reglamento del servicio universal lo articule definitivamente.

Para concluir este punto podemos afirmar que el concepto de servicios de interés general o servicio universal aparece como salida conceptual para asegurar la defensa de los intereses públicos en un entorno de globalización y libre competencia y es más, han surgido por el temor que manifiestan los Estados a dejar que sea el mercado el que garantice esos servicios.

Ya hemos visto cómo el concepto de liberalización no puede limitarse a un supuesto de cesación de facultades, precisamente porque el antecedente de esta decisión política pasa por el replanteamiento de lo que deba considerarse desde ese momento un servicio público

Los servicios públicos no han desaparecido por el hecho de que sean ahora operadores privados los que los presten, sino que ha evolucionado hacia un estadio en el que garantizándose su continuidad, se respete al mismo tiempo la tan necesaria participación privada.

De este modo el cuerpo normativo que sustenta la prestación de servicio en los sectores liberalizados, sustituye la referencia al servicio público por dos mecanismos con fines idénticos, pero más acordes con un sistema competitivo.

- El establecimiento de un principio de garantía de servicio (detectable en sectores como el gas o la electricidad).
- El mantenimiento de determinadas obligaciones de carácter público: obligaciones de servicio universal, medidas de salvaguarda del suministro, obligaciones de inversión, y obligaciones de desarrollo de nuevas tecnologías.

CAPITULO II

DERECHO DE ACCESO A REDES Y EN ESPECIAL LA INTERCONEXIÓN: BASES DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1. ANTECEDENTES

Las principales dificultades que encontró el desarrollo de la competencia en este sector durante el período en que se mantuvo la reserva en régimen de monopolio de las infraestructuras y de los tradicionales servicios públicos, no son otras que las derivadas de una situación de monopolio legal. Precisamente, la configuración legal de una posición de dominio absoluto en el mercado exigía la adopción de medidas de carácter intervencionista como era la imposición de obligaciones de carácter público que encontraba su base, en última instancia, en el régimen iniciado con la Directiva ORA³¹³.

Con la liberalización total del sector, el régimen de interconexión, que en un primer momento se mantenía como garantía de la convivencia de ambos regímenes (competitivo y monopolizado) si bien pervive como tal, no ocurre así con su régimen jurídico, que debe mutar necesariamente para adaptarse a un nuevo entorno dominado por una situación de plena competencia. Los motivos resultan claros, ya que la imposición de obligaciones de carácter público en beneficio, fundamentalmente de los nuevos competidores, no puede encontrar justificación en un entorno que se precie de ser competitivo.

³¹³ Y ello, pese a que su régimen no puede identificarse plenamente con un sistema de obligaciones de carácter público, sino más bien con un régimen de garantía de la competencia en el mercado basado en los principios de igualdad, transparencia y no discriminación que deben asimilarse a las características fundamentales que configuran la libertad de empresa.

De este modo, así como determinadas obligaciones (como la de servicio universal) se mantienen en tanto remanentes de los antiguos servicios públicos, el régimen de interconexión no comparte dicha naturaleza, por cuanto desde el momento en que los operadores pueden libremente desplegar sus redes, no tiene justificación alguna obligar a los operadores, y en especial al operador dominante, a compartir, como obligación de carácter público, sus recursos con los nuevos agentes que aparezcan en el mercado.

Así pues, resulta necesario buscar una nueva argumentación que sirva de base para su mantenimiento y esa es precisamente la función que están llamados a cumplir los principios de la racionalidad económica, que son los que aconsejan evitar la duplicidad de redes, pero extendiendo los beneficios de una única red a todos los agentes. De este modo, la naturaleza de las razones que deben inspirar el tratamiento jurídico de esta cuestión no son jurídicas sino económicas, y éste es, precisamente, el punto de partida que debe tener en cuenta el legislador.

Pero además, en el tratamiento de la interconexión de redes se deberá tener presente como premisas de base:

- En primer lugar, que el uso de una sola red puede operar como desincentivo al despliegue de otras redes, puesto que si el coste de su uso resulta inferior al de la instalación de aquéllas, los operadores sin duda optarán por ser meros prestadores de servicios sin red propia.
- En segundo lugar, que el uso de una sola red limita la tecnología utilizada a la que viene siendo explotada. Debe tenerse en cuenta que siempre resultará menos costoso desarrollar una nueva red que incorpore

los avances tecnológicos que modificar la existente, y esta ventaja económica no puede ser obviada por el regulador.

- En tercer lugar, que los costes derivados de la gestión de una sola red en beneficio de varios operadores deben repartirse adecuadamente a través de las tarifas de acceso. Pretender que el titular de la red se vea obligado a compartir sus recursos al tiempo que asume la totalidad de los costes de su gestión resultaría una discriminación no justificada desde el punto de vista de la política de competencia.
- Y finalmente, en cuarto lugar, que el régimen de interconexión no debe dificultar la sustitución progresiva de las redes. El establecimiento de derechos de interconexión no debe provocar una obstaculización del desarrollo tecnológico, sino posibilitar la transición entre tecnologías.

¿Cómo se mantiene entonces un régimen de interconexión de redes en un entorno plenamente competitivo?, ¿Cómo se conjuga el reconocimiento de la libertad en el despliegue de redes con la necesidad de mantener el servicio universal? La respuesta a estas y otras preguntas irá desgranándose en este apartado.

Como se ha podido comprobar anteriormente, la liberalización de las infraestructuras aún tardaría en ser una realidad, con la revisión efectuada por la Comisión en 1992 de los resultados de la aplicación del primer paquete normativo³¹⁴, empezaría ya a plantearse la posibilidad de liberalizar las

³¹⁴ *Vid.* Review of the situation in the telecommunication services sector. SEC (92) 1048 final, 21 of October of 1992.

infraestructuras, e incluso se llegaría a fijar un calendario al Consejo que supondría³¹⁵:

- Que en 1996 se liberalizasen las infraestructuras alternativas para uso propio y las redes corporativas, las infraestructuras de televisión por cable y la revisión del régimen de infraestructuras de las telecomunicaciones de carácter público.
- Que en 1998 se procediera a la plena liberalización, así como a la constitución de un nuevo marco para las infraestructuras.

Sin embargo, aceptada la liberalización plena de los servicios, el Consejo consideró que la liberalización de las infraestructuras necesitaba un mayor debate en el seno de la Comunidad, lo que llevaría a la aprobación del Libro Verde sobre la liberalización de las infraestructuras de telecomunicaciones y de la red de televisión por cable de 1994³¹⁶.

Este nuevo instrumento de reforma recogería dos acciones básicas:

- La necesidad de que la liberalización de los servicios y de las infraestructuras corrieran paralelos.

Necesidad que, por otra parte, ya se había puesto de manifiesto habida cuenta la necesaria dependencia que existe entre los servicios y la red a través de la cual se prestan.

³¹⁵ Vid. Communication on the consultation on the review of the situation in the telecom services sector. COM (93) 159 final de 28 de abril de 1993

³¹⁶ Publicado en dos partes, una primera el 25 de octubre de 1994, COM (94) 440 final, y una segunda de 25 de enero de 1995, COM (94) 682 final.

- La liberalización de las infraestructuras del servicio de telefonía básico y el servicio de telefonía básico el 1 de enero de 1998, si bien admitiendo dos períodos de gracia, 5 años para el caso de Estados que necesitaran desarrollar sus redes como era el caso de España, y 2 años para aquellos cuyas redes fueran excesivamente reducidas.

Esta acción no puede interpretarse sino como una consecuencia lógica de la acción anterior, por cuanto el principal obstáculo para la liberalización de las infraestructuras pasaba por el fin de los monopolios en toda gestión de las mismas, incluida de red conmutada pública.

Junto con esta medida, se aprobaría la oferta de redes alternativas, entendidas como aquéllas que no sean propiedad de los operadores establecidos. En este punto aparecerá una cierta confusión, por cuanto a priori, parece que el Libro Verde se esté refiriendo a las redes ya existentes (gas, electricidad, transporte), confusión que posteriormente diluiría la Directiva 96/19/CE al referirse tanto a las infraestructuras ya existentes como a las de reciente desarrollo.

En este sentido, tan sólo mencionar que la oferta de redes alternativas a las de telecomunicaciones no ha sido una realidad hasta la apertura a la competencia de los sectores económicos que las poseen como los energéticos, lo que lleva a la conclusión de que hasta el momento, las únicas redes que se han presentado como alternativas a las gestionadas por los operadores públicos, han sido las desplegadas por los operadores privados del mismo sector.

En dicha labor, estos agentes del mercado han tenido que desarrollar un doble esfuerzo, por una parte, hasta la liberalización de las infraestructuras, han tenido que luchar por prestar unos servicios en competencia con los operadores exmonopolistas (públicos) cuyos costes de actividad ya estaban más que distribuidos; y por otra parte, establecida la libertad para desplegar sus propias redes, han tenido que buscar los recursos más allá de los beneficios obtenidos por su actividad, reducida por la presión efectuada por la indudable posición ventajosa de los exmonopolios.

Todo ello no ha hecho sino contribuir a una situación de desgaste que ha llevado a una política de fusiones sin parangón en la Comunidad, a fin de que los pequeños operadores puedan mantenerse en el mercado compitiendo con los grandes.

Interesará en este punto, referirnos a los motivos que obligan a la Comunidad a abandonar su rígida posición respecto de la liberalización de las infraestructuras.

Desde el momento en que cualquier operador podría prestar los servicios de telefonía vocal, apareció la necesidad de suprimir al mismo tiempo los derechos exclusivos en la gestión de la red, por cuanto, los operadores que venían prestando aquel servicio eran al mismo tiempo los gestores de aquélla.

Advertido el peligro de que, en el deseo de mantener su posición dominante, esos operadores dificultasen el acceso a la red a sus competidores y obstaculizasen el recién estrenado régimen de competencia, se hacía

necesario garantizar que todos los operadores tuvieran los mismos derechos y obligaciones, lo que suponía³¹⁷:

1. Que los nuevos operadores podrían desplegar sus propias redes.

En este sentido la Directiva 96/19/CE preveía que, habiéndose otorgado prerrogativas a los proveedores de redes públicas de telecomunicaciones para acceder a las vías públicas y privadas, en algunos casos sin pagar tarifa alguna o con tarifas destinadas a la recuperación de los costes de dicha ocupación, se otorgasen los mismos derechos a los nuevos operadores.

Del mismo modo las consideraciones al medio ambiente y a los objetivos de ordenación urbana y rural, no podrían operar como impedimento al establecimiento de redes por parte de los nuevos operadores.

2. Que, en la medida en que los nuevos operadores quisieran hacer uso de la red del operador dominante, se debía garantizar la libre negociación entre operadores, esto es, la interconexión de redes, sin perjuicio de que los Estados pudieran establecer un marco de referencia para las ofertas de interconexión, atendiendo a la diferente posición jurídica de las partes, así como un procedimiento que asegurase la pronta resolución de los previsibles conflictos que se planteasen al respecto

³¹⁷ *Vid.* Libro Verde 1994 sobre comunicaciones móviles

En este punto merece especial consideración la distinción entre el régimen de acceso configurado por la Directiva ORA y la interconexión tal y como la conceptúa la Directiva 96/19/CE.

El régimen de acceso pretendía asegurar, en el marco de una red pan-europea, que los operadores no denegarían el acceso a sus redes basándose en otros criterios que no fueran puramente técnicos (congestión de red, seguridad y viabilidad de las comunicaciones), de ahí que se incluyeran en esta oferta de red abierta, servicios que en un primer momento estaban excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 90/388/CE.

El acceso a las redes era una suerte de objetivo de interés general, que justificaría la imposición de obligaciones de carácter público a sus titulares.

Por su parte, el régimen de interconexión a que alude la Directiva 96/19/CE es distinto, por cuanto, garantizado el acceso a las redes (por mor del régimen de ORA), de lo que se trata es de "forzar" a las partes a que dicho acceso sea negociado.

Con todo ello se quiere aludir al hecho de que, si bien el acceso a las redes era un requisito para la prestación de servicios en un entorno competitivo, dentro de las opciones con las que contaba el legislador para hacerlo efectivo, se optó por la más respetuosa con los sujetos privados, esto es, con la negociación contractual de los derechos de propiedad y uso de la red.

3. Que deben eliminarse la existencia de derechos especiales en la prestación de determinados servicios que confieren a su titular una posición privilegiada respecto a la clientela: líneas arrendadas, guías telefónicas, numeración
4. Que debe asegurarse un marco de referencia respecto de las tarifas tanto del servicio público como de la oferta de interconexión

A este respecto, de lo que se trataba, era de asegurar, por una parte que el servicio universal contaría con un sistema estable de financiación en el que participarían todos aquellos operadores que hicieran uso de la red pública conmutada en proporción a su presencia en el mercado, y por otra parte, se trataba de asegurar la transparencia en los precios de interconexión, de manera que los nuevos agentes dispusieran de información detallada sobre el coste del uso de redes de terceros (lo que fomenta la competencia entre redes) y que los operadores dominantes no hicieran uso de su posición de control del recurso básico para la prestación del servicio, para mantener su posición de dominio.

Precisamente nos hallamos ante uno de los temas que más controversia ha suscitado en la doctrina, como es el modo en que deben determinarse las tarifas de los servicios de comunicación.

La cuestión no es fácil. Si los servicios de interés general mantienen unas tarifas excesivamente bajas se corre el riesgo no sólo de que no se pueda llegar a financiar el servicio, sino de que se establezcan subvenciones

cruzadas que entorpezcan la competencia en el sector que impidan la entrada de competidores en la prestación del servicio dado que estos no encontrarían incentivo suficiente para entrar en el mercado.

Por otra parte, unas tarifas excesivamente altas frustrarían los objetivos de prestación pública que pretenden cubrirse con la conceptualización de estos servicios como servicios de carácter universal.

La Directiva 96/19/CEE reformaría el panorama que hasta ahora perfilaba los servicios en prestación exclusiva y la gestión de las infraestructuras de telefonía fija, adoptando los objetivos mencionados anteriormente, lo que necesariamente obligaba a realizar una revisión de los criterios que regirían la intervención del Estado en este mercado, revisión que procedemos a realizar a continuación.

2. LAS INFRAESTRUCTURAS Y REDES DE TELECOMUNICACIONES: DESCRIPCIÓN Y PRINCIPIOS

“La interconexión viene a ser a las redes económicas lo que la sinapsis a las redes neuronales: algo esencial para el funcionamiento del sistema”

DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M

Cualquier acción regulatoria sobre una determinada realidad impone previamente un estudio de sus características. Habitualmente, y el legislador el primero, se acostumbra a agrupar las infraestructuras y las redes de telecomunicaciones como si de una misma cosa se trataran, actuando en la mayoría de las situaciones como conceptos intercambiables. Sin embargo, ello

no obsta a que efectuemos una correcta calificación de ambos, por cuanto en este sector, la regulación requerida no deriva tanto de la infraestructura en sí en tanto soporte físico, como de la especial significación que ésta tiene para el sector y para la economía nacional en general, que es lo que justifica precisamente su interés general frente a otros soportes de actividad.

En este sentido, De la Cuétara Martínez³¹⁸, apoyándose en la conceptualización que efectúa la ciencia económica de la infraestructura³¹⁹ distingue entre:

- Infraestructuras territoriales: las grandes obras que permiten los intercambios económicos (transportes y telecomunicaciones). En este punto resulta de interés tan sólo mencionar, puesto que no forma parte de nuestro objeto de investigación, el debate aún no cerrado en el seno de la doctrina administrativista sobre la conveniencia de reformar y elaborar una nueva ley que contemple de forma clara el papel que el Estado debe desempeñar en la gestión y financiación tanto de redes públicas como incluso de redes privadas de interés público³²⁰.

- Sectores infraestructurales: los que determinan las mayores o menores posibilidades de actividad y desarrollo económico en un país o región determinados, llamados también sectores estratégicos. La calificación de un sector económico como tal es lo que determina la acción pública, de

³¹⁸ Vid. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M., "Sobre las infraestructuras en red", *REDETI*, núm. 1 (1998), Págs. 13-45.

³¹⁹ Sector de actividad intensivo en capital que sostiene la actividad económica general. *Ibidem*. Pág. 20.

³²⁰ Vid. Por todos ARIÑO ORTIZ, G., "Infraestructuras: nuevo marco legal", *REDETI*, núm. 10 (2001), Págs. 59-77.

mayor o menor intensidad, acción que encuentra su base legal en los arts. 38, 128, 131, 132 y 149.1.21ª de la CE³²¹.

Dentro de estos sectores se encuentra el soporte físico a través del cual se presta la actividad considerada como estratégica, que en nuestro caso es la red.

La importancia de esta distinción radica en el ámbito en el que se circunscribirá la acción pública, y así, no es lo mismo actuar directamente sobre las infraestructuras que sobre la repercusión que éstas tengan en el sector. De este modo la acción pública puede diferenciarse como sigue:

- Acción sobre las infraestructuras: en este primer caso, la acción estatal se dirige a la actividad de desarrollo de las infraestructuras ya que son ellas mismas las que constituyen el objeto del interés público que motiva la intervención.

- Despliegue de infraestructuras por el sector público: en determinadas industrias de red, su desarrollo puede estar confiado al sector público con exclusión o no del privado, por entender que, bien la actividad no resulta de interés suficiente para motivar la inversión privada, o bien, que sobre la actividad recae una especial obligación del Estado. Este sería el caso de los caminos vecinales o los pasos destinados a la transhumancia (cañadas) que, careciendo en sí mismas de interés

³²¹ Y como resultado de todos ellos y del nuevo marco jurídico de los servicios de telecomunicaciones la previsión del art 2.1 LGT que sigue la formulación de la ley anterior al declarar que las telecomunicaciones son servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia.

económico, resultan imprescindibles para satisfacer determinados intereses públicos.

- Despliegue de infraestructuras por el sector privado en régimen de concesión: cuando la actividad a la que se destina la infraestructura lo permite, así como cuando el coste o la gestión de la misma puede resultar excesivo para el Estado, interesa que sea el sector privado el que desarrolle la infraestructura pero limitando el beneficio que pueda extraer de su explotación por la primacía de intereses de carácter público o general³²². Este sería el caso de los transportes en actual proceso de liberalización.

- Financiación de infraestructuras de uso público: atendiendo al sector, puede resultar de interés que, aunque sean los operadores privados los que desplieguen y asuman los costes de las infraestructuras, el sector público contribuya de algún modo a su sostenimiento, siempre y cuando ello no se incurra en una ayuda pública incompatible con el derecho de la competencia³²³. En este supuesto cobra relevancia el caso de las empresas eléctricas que se ven obligadas a ampliar y mejorar sus infraestructuras y para ello se demanda algún tipo de

³²² De hecho, este fue el régimen seguido en España desde los inicios del servicio telefónico. La construcción de redes se consiguió a través de la inversión privada que, como contraprestación recibió a través de numerosas concesiones, la explotación en exclusiva del servicio. La concesión del servicio público tuvo su origen en una concesión de obra pública para la construcción de la infraestructura necesaria para la prestación del servicio. *Vid.* MALARET GARCÍA, E., *Servicios públicos y Unión Europea. Los servicios públicos telefónicos en el marco de la liberalización de las telecomunicaciones, la reducción del ámbito del monopolio paso previo a su desaparición*, en MALARET GARCÍA, E. (Dir), *Régimen jurídico de los servicios públicos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, Págs. 108-109.

³²³ Sobre la compatibilidad de las ayudas públicas al desarrollo de las infraestructuras en el sector eléctrico puede consultarse la Sentencia del TJCE de 13 de marzo de 2001, Asunto C-379/98. Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Kiel. PreussenElektra AG v. Schleswag AG. DOCE C núm.173, de 16 de junio de 2001.

contribución, ya sea a través de ayudas directas, ya a través de medidas que afectan a las tarifas que paga el usuario.

- Acción sobre la repercusión que las infraestructuras tienen en el sector: en este caso, por el contrario, ya no son las infraestructuras, sino el efecto o valor que éstas tienen sobre la actividad económica lo que motiva la intervención.

- Planificación de su despliegue: la actuación del Estado persigue el desarrollo ordenado de las infraestructuras que son diseñadas en última instancia por los operadores privados³²⁴. Los intereses que aquí se pretenden proteger son de diferente tipo, así desde la protección del desarrollo del territorio (urbanismo) o del medio ambiente, hasta el aseguramiento de la prestación de los servicios aparejados a dichas infraestructuras a todos los ciudadanos. El interés público no radica en la infraestructura, sino en el efecto que ésta tiene sobre otros intereses que sí son de carácter público.

- Imposición de obligaciones de interés público o general: en este caso el recurso a estas infraestructuras para la prestación de servicios declarados de interés general legitima al Estado para imponer a los operadores privados obligaciones de carácter público que afectan a las infraestructuras, por cuanto ellas son las que permiten prestar los servicios. El interés público recae en el servicio y, por extensión, en las infraestructuras que se utilizan para su prestación.

³²⁴ La planificación engloba tanto la puramente pública referida a las grandes corrientes de tráfico en cada red, como la privada en lo relativo al diseño final de la arquitectura de las diferentes redes desplegadas por los operadores privados. *Vid.* DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M., "Sobre las infraestructuras..". *Op. cit.* Pág. 28.

En el sector que nos ocupa, esto es las telecomunicaciones, se combinan las dos grandes tipologías de acción pública que acabamos de ver. En primer lugar porque las infraestructuras desde los inicios de la política de telecomunicaciones de la Comunidad se han considerado básicas, lo que ha supuesto una especial atención del legislador en fomentar su desarrollo; y en segundo lugar, porque la especial consideración que tienen los servicios de telecomunicaciones ha supuesto el mantenimiento del destino de sus infraestructuras. De este modo concluimos:

- Acción sobre las infraestructuras: Durante la vigencia de la antigua LGT todas las actividades que implicaran el despliegue de infraestructuras y redes debían someterse a la obtención de una licencia en la que podían contenerse, además de las obligaciones previstas en la ley, otras tantas de carácter individualizado para cada operador como podían ser obligaciones específicas de inversión que, por lo general, estaban ligadas a la explotación de un servicio determinado. No se contemplaba la posibilidad de una inversión directa de carácter público por cuanto las licencias venían a ser el instrumento por el que el Estado controlaba su desarrollo conforme al interés general.

Por el contrario, la actual LGT sí que prevé la explotación directa o indirecta de redes por la Administración a la que se le podrán imponer limitaciones que garanticen que su actuación se verá sometida al mismo marco en que operan el resto de operadores. Téngase en cuenta, que la posibilidad de existan redes públicas gestionadas por el poder público no debe asociarse a la constitución de un dominio público sobre el recurso,

puesto que esta categoría es absolutamente incompatible con el mercado, de ahí que la existencia de redes de titularidad pública deba compatibilizarse con una gestión de carácter privado actuando el Estado como empresario.

Así pues, el marco actual contempla una inversión principalmente privada con la posibilidad de cierta actividad pública, que sin embargo, en vista del tratamiento que se está dando a las redes WI-FI, estará bastante limitada.

- Acción sobre los efectos de las infraestructuras en el sector: la planificación continúa siendo la principal medida pública del sector³²⁵, acción que no se limita a la extensión de las infraestructuras (que por otra parte tampoco requiere un excesivo grado de control por cuanto los operadores privados son los principales interesados en extender la cobertura de sus servicios), sino también y principalmente a su grado tecnológico.

La diferencia entre la calidad de la planificación a la que ahora nos referimos respecto de la que tradicionalmente existía radica en su carácter, en la actualidad meramente indicativo (salvo determinados supuestos).

Es importante hacer mención al cambio operado en nuestra legislación al respecto por cuanto, mientras la LGT de 1998 tendía a planificar el grado de innovación mediante el recurso al sistema de licencias como puerta de entrada al mercado de servicios, la vigente LGT 2003 sustituye los

³²⁵ Esto es así en tanto la ordenación urbanística y la protección al medio ambiente vienen exigiendo un control público.

procedimientos anteriores por el de autorización, mucho más flexible a la hora de asimilar el desarrollo tecnológico por cuanto ahora son los operadores los que marcarán la velocidad de este proceso, y no como antes, en el que era el Estado quien decidía *a priori* a través de la oferta de licencias, las tecnologías que se iban incorporando al mercado.

Por lo que respecta a las comunicaciones que hacen uso del espectro radioeléctrico, la intervención pública viene motivada por su calificación como recurso público, y en este sentido, el aseguramiento de que se prestarán determinados servicios esenciales junto con la necesidad de procurar el mejor uso de un recurso escaso legitiman la acción pública.

Por otra parte, el mantenimiento de la universalidad del servicio justifica la imposición de obligaciones que afectan especialmente al uso que se hace de las infraestructuras. El modo en que ésta se explota, si bien concierne a los operadores privados, no implica una desvinculación del Estado para con las obligaciones que representa su calificación como servicios de interés general.

Una vez acotada la realidad sobre la que va a actuar la acción regulatoria en el mercado de telecomunicaciones, tanto sobre las infraestructuras en sí (aunque en menor medida), como sobre los efectos de su uso en el mercado, el siguiente paso será tener en cuenta las características naturales³²⁶ que ofrece este objeto a fin de juridificarlas correctamente en un entorno en el que se combina tanto la acción de los poderes públicos como la de la competencia entre los agentes privados, y así:

³²⁶ DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M., "Sobre las infraestructuras..". Op. Cit. Pág.23.

- Las infraestructuras se componen de un soporte fijo sobre el que deben preverse títulos jurídicos adecuados que aseguren su explotación y desarrollo. Los títulos a que nos referimos deberán ser omnicomprendivos, de manera que no sólo consideren el derecho de propiedad del titular, sino también derechos de uso que a su vez deberán ser transmisibles.

Las redes se caracterizan por su vocación de permanencia. En sectores como el nuestro, esa permanencia puede verse afectada por la rapidez del cambio tecnológico, lo que constituye un *handicap* nada desdeñable. Los derechos que afectan a las redes no deben impedir la adaptación tecnológica, de ahí que títulos como las licencias no resulten adecuados, puesto que la lentitud que lleva aparejada su concesión no se adapta bien a la versatilidad del recurso.

Por otra parte, la escasez de la infraestructura, predicable tanto en las comunicaciones móviles (espectro radioeléctrico), como en las redes fijas (inconveniencia de la duplicidad de la red), requiere el reconocimiento de derechos de explotación no ligados a la propiedad del recurso. La idea de “afectación” propia del dominio público debe ser abandonada. En un entorno competitivo, el especial destino que deben cumplir estos recursos (fundamentalmente la prestación de servicios de interés general) ya no debe venir garantizado por la imposición del principio de afectación de los bienes públicos, sino por el de “vinculación”, que es más propio del ámbito privado y que deriva directamente de la función social atribuida a la propiedad privada por nuestra Constitución y nuestro Código Civil³²⁷.

³²⁷ Arts. 38 y 7 respectivamente.

Así pues, en este sentido, resulta imprescindible elaborar un Estatuto jurídico de las redes e infraestructuras que contemple diversos derechos reales sobre las mismas, abandonándose la tradicional apuesta por los derechos de propiedad a favor de unos derechos de uso³²⁸.

- Están destinadas a la prestación de servicios calificados como servicios de interés general, esta calificación determina una limitación a la disponibilidad absoluta del recurso. Se trata de un derecho de uso y propiedad gravado por el destino del bien (redes). Aquí aparece otro principio propio del derecho público como es el principio de “disponibilidad” que asegura la continuidad y regularidad en la prestación de servicios encomendados al poder público y que tradicionalmente venía aplicándose a través del recurso a la planificación.

En un entorno competitivo, la planificación desaparece sustituida por la competencia que, debidamente fomentada por el poder público, es capaz de mantener la oferta (incluso donde ésta sea escasa) para así garantizar la prestación del servicio.

- Las infraestructuras precisan de una gestión ordenada a fin de asegurar su correcto uso. Uso que además debe ser el más eficiente. por lo que el derecho de propiedad, una vez más, está sometido al cumplimiento de determinadas funciones incluso las de carácter social.

La tradicional concepción de los servicios públicos entendía que la

³²⁸ En este sentido Vid ARIÑO ORTIZ, G. *El nuevo ..*, op. cit., Pág.31.

eficiencia debía reducirse a la garantía de prestación. La nueva política prima la iniciativa privada que además de garantizar la prestación, garantizará también que ésta sea la mejor, no sólo porque los servicios sean de mayor calidad, sino también porque bajo el incentivo del mercado, el recurso estará mejor gestionado. No se trata de importar al sector público los criterios de gestión privada, que siempre se entiende más eficiente, sino de trasladar la gestión pública al ámbito privado.

El correcto uso a que nos referimos ya no será el determinado por el poder público, sino por la función social que están llamados a cumplir los recursos y que es lo que asegura el mantenimiento de la vocación comunitaria de los servicios en el mercado.

- La tipología de industrias que hacen uso de este tipo de infraestructuras se suele estructurar en economías de escala. Esta circunstancia definitoria del mercado que analizamos deberá ser tenida en cuenta sobre todo en los análisis de competencia³²⁹ y en la elaboración de las medidas destinadas a la armonización de la tecnología utilizada a fin de asegurar la interoperabilidad de redes y servicios.

Como resultado de todo ello, la acción en estos mercados ha de venir tanto de la mano de la competencia, que es la que insufla la energía necesaria para que crezca el sector, como de la regulación, que es la que garantiza el mantenimiento de los principios de carácter público que siguen presentes en

³²⁹ Un ejemplo del efecto que las economías de escala tienen en la competencia del sector lo encontramos en el mercado de interconexión. Así, la competencia entre redes en un entorno de economía de escala favorece al operador más grande que se verá tentado a expulsar al más pequeño negándole o obstaculizándole la interconexión a su red. *Vid DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M., "Sobre la competencia en y entre redes", REDETI, núm. 10 (2001), Pág. 20.*

el mercado pero bajo la óptica de las reglas del mercado.

Pero además, junto a las características de la realidad sobre la que va a recaer la acción regulatoria, debe tenerse en cuenta la evolución histórica del sector.

Las obras públicas han venido siendo calificadas como dominio público afecto al uso general o al servicio público, pero con la liberalización y privatización esas mismas obras pasan a ser de titularidad privada, pero de interés público.

En el caso de la red pública conmutada, la infraestructura quedaba integrada en el ámbito de los bienes demaniales, bien porque el titular era la propia Administración, bien porque en régimen de concesión, ésta ostentaba sobre ella un *ius ad rem*. Con la despublificación del servicio, la red deja de ser de titularidad pública para serlo de titularidad privada pero abierta a un uso público regulado³³⁰.

Esta circunstancia es lo que permite imponer obligaciones de carácter público al titular de la red privada, obligaciones que derivan tanto del carácter que adquieren los nuevos servicio públicos, como del nuevo régimen a que se someten las infraestructuras que antaño eran de titularidad pública, y es en este sentido, en el que podemos seguir hablando de afectación del recurso sobre el que se ostenta un *derecho real in faciendo*, esto es, destinado a la realización de una determinada prestación por su especial valor para el interés general³³¹.

³³⁰ En este sentido *Vid.* ARIÑO ORTIZ, G. "Infraestructuras...". *Op. cit.* Pág. 64-65.

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

Conforme a lo dispuesto en el art.10 de la Directiva 90/388/CEE, la Comisión debía realizar un estudio sobre el grado de aplicación de la misma en los Estados miembros. En la *Review of the situation in the Telecommunications services sector* de 21 de octubre de 1992, la Comisión incluiría entre otros, dos puntos básicos de discusión que constituirían los precedentes del futuro nuevo marco regulatorio:

- La plena liberalización de los servicios de comunicación de voz
- La liberalización de las infraestructuras

A resultas de este trabajo la Comisión propondría un calendario de medidas al Consejo³³²:

1996	1998
Liberalización de las infraestructuras alternativas para uso propio y de redes corporativas: Directiva 96/19/CE	Plena liberalización: 1 de enero de 1998 como fecha de liberalización de la telefonía básica: Directiva 96/19/CE
Liberalización de las infraestructuras de televisión por cable para la provisión de servicios avanzados: Directiva 95/51/CE	Nuevo marco de infraestructuras: Directiva 97/33/CE
Revisión del régimen de infraestructuras de las comunicaciones públicas	

³³¹ En este mismo sentido, *vid.* Libro Verde sobre los servicios de interés general. COM (2003)

El Consejo a su vez en su Resolución de 22 de julio de 1993³³³ manifestó su conformidad con la necesidad de liberalizar los servicios, pero postergó la elaboración de la futura política de infraestructuras a los resultados de las consultas que se iniciarían con el Libro Verde de las infraestructuras.

El Libro Verde sobre la liberalización de las infraestructuras de telecomunicaciones y las redes de televisión por cable³³⁴ constituye además del primer paso en el camino a la liberalización de los servicios portadores³³⁵ necesarios para la prestación de los servicios de valor añadido de telecomunicaciones, el esbozo del nuevo panorama regulador al que se sometería la prestación de los antiguos servicios públicos, superados por el concepto de universalidad.

La estructura seguida por la Comisión en su análisis puede desglosarse como sigue:

- Análisis de los mecanismos más apropiados para la creación de un verdadero entorno competitivo de redes que no se limite a la mera autorización de la libertad privada en su despliegue, sino que fomente la creación de un entorno competitivo favorable a la recepción de los avances tecnológicos del sector.

Este entorno competitivo de redes debe entenderse como algo más que el reconocimiento de la libertad de los operadores a la hora de establecer y usar las redes. Se trata de crear un mercado y para ello, la Comunidad

270 final, de 21 de mayo de 2003.

³³² COM (93) 159 final, de 28 de abril de 1993.

³³³ DOCE C núm. 213, de 6 de agosto de 1993.

³³⁴ COM (94) 440 final.

pondrá el acento en la explotación de todos los recursos existentes, no sólo de las nuevas redes, sino también de las redes alternativas, así como de sistemas de gestión que permitan la entrada de varios operadores en la explotación de una única red como es el caso de las líneas arrendadas.

- Análisis de los efectos de la libre gestión de infraestructuras en la prestación del servicio universal. Dicho análisis abocará necesariamente en un replanteamiento de las condiciones jurídicas en que dicho servicio se presta, fundamentalmente por lo que se refiere a los sujetos obligados a su prestación, los servicios que entran dentro de esta categoría y su financiación tanto actual como futura.

Desde la aprobación del Libro Verde de 1987 la Comunidad era consciente de que llegaría el día en que el mercado demandaría la plena liberalización del sector. Pese a los beneficios que aporta la competencia como fenómeno económico, muchas eran las cuestiones que reclamaban una atención prioritaria frente a las cuestiones puramente económicas y entre ellas destaca el entorno en el que se prestarían los antiguos servicios públicos.

Con la introducción del concepto de universalidad, entendido como garantía de la accesibilidad del servicio al público en general, se adoptaría uno de los principios básicos que vienen rigiendo el mercado como es la democracia.

Sin embargo, la democracia tiene un precio, y en este caso, la garantía de la asunción del coste de prestación del servicio universal aconsejaba su mantenimiento en manos de un solo operador mientras se iban liberalizando

³³⁵ Terminología adoptada por la LOT.

poco a poco el resto de servicios con exclusión de las redes a través de las que éstos operaban, por cuanto los beneficios de su uso debían estar destinados exclusivamente a la financiación de aquél³³⁶.

Pero el mercado creció, la demanda de nuevos servicios y la aparición de nuevas aplicaciones³³⁷ exigía el desarrollo de nuevas redes que ampliaran la cobertura de estos servicios³³⁸ en aumento y la reducción de los altos costes que estaban asumiendo los operadores en régimen de competencia³³⁹.

Por otra parte, pese a que la sujeción de las infraestructuras a un régimen de reserva también tenía un componente de fomento al desarrollo de las redes y amortización de inversiones, los operadores monopolistas no habían cumplido con sus obligaciones, provocando que la consecución de un mercado transeuropeo de redes se postergara, con las consiguientes consecuencias para la garantía de libre prestación de servicios más allá del Estado en el que se asentaban los operadores³⁴⁰.

Efectivamente, las restricciones a la competencia en el sector no sólo limitaban la prestación de servicios transfronterizos, sino que también comportaban perversos efectos en la competencia de otros servicios, ya que

³³⁶ Argumento que encontraba su más firme apoyo en el tradicional argumento económico según el cual las redes constituían "monopolios naturales".

³³⁷ La convergencia de los diferentes servicios de comunicación exigía la existencia de soportes adecuados de transmisión de los nuevos servicios. La profusión de Internet se ha debido en parte al uso de nuevas redes como las redes por cable que permiten una mejor aplicación de los servicios.

³³⁸ En el Libro Verde de las comunicaciones móviles la Comisión ya puso de manifiesto la necesidad de acompañar la liberalización de los servicios con la apertura del mercado de infraestructuras y redes.

³³⁹ La Comisión en la *Communication to the Council and the European Parliament on the consultation on the review of the situation in the telecommunication sector (1992 Review)* (COM (93) 159, de 28 de abril de 1993) reconoció que los altos costes y la inexistencia de infraestructuras para prestar los servicios habían retrasado tanto el desarrollo de las redes en Europa como la prestación de nuevos servicios.

limitaba la capacidad de los operadores y podían llegar incluso a la posibilidad de extender la posición de dominio de los mercados reservados a los mercados liberalizados³⁴¹.

Pero además, la protección de la prestación del servicio universal no podía seguir justificando el mantenimiento de situaciones de restricción al uso de determinadas redes que no estaban directamente vinculadas a la prestación de este servicio como eran las redes alternativas³⁴² y que encontraban como única justificación su exclusión del régimen introducido por la Directiva 90/388/CE.

Resultaba preciso liberalizar este sector. Mas sin embargo, la cuestión final era la misma, ¿cómo liberalizar las redes si no se adoptaba un marco de referencia para la prestación del servicio universal?.

La solución se abordó con la misma tipología de acción que llevó a liberalizar el resto de servicios. La competencia no tenía porqué resultar una amenaza para la prestación del servicio siempre y cuando se definiera

³⁴⁰ En palabras de la Comisión "las diferencias regulatorias entre servicios e infraestructuras están resultando artificiales para la creación de un entorno diversificado y liberalizado de las telecomunicaciones". Vid. Libro Verde 1994 liberalización infraestructuras.

³⁴¹ El abuso que en tales circunstancias se hiciera debería ser atendido desde la perspectiva de la doctrina del *monopoly leveraging* o abuso de posición de dominio en mercados conexos. Un ejemplo de ello lo encontramos en la provisión de redes para la prestación de servicios, situación en la que el operador dominante controla de forma exclusiva las redes que presta a sus competidores en el mercado de servicios.

³⁴² El uso restringido de las redes públicas encontraba su justificación en la prestación de servicios reservados, pero no así las redes alternativas que bien pudieran haberse empleado en la prestación de servicios liberalizados. Esta restricción opera de la misma manera que la ya denunciada en el Libro Verde de la Comunicaciones móviles según el cual, el uso de las redes arrendadas se estaba limitando contrariamente a la competencia por los titulares a fin de evitar que a través de su uso se compitiera en el mercado de servicios liberalizados. Nos encontramos pues ante un caso en el que la restricción deriva de una extensión injustificada del régimen de reserva a redes que no son aquéllas a través de las cuales se prestan servicios reservados. Desaparecida la justificación de reserva no se halla razón alguna para mantener las limitaciones a su uso.

claramente la estrategia que se emplearía en su exigencia, no sería un servicio público sino una condición más de la competencia en este mercado.

De este modo, de la misma manera que en la liberalización de servicios no hubo inconvenientes para determinar qué servicios se integrarían en el concepto de servicio reservado, nada obstaba a que, en su preservación, se garantizaran también las infraestructuras necesarias para su prestación por medio de la imposición de ciertas obligaciones³⁴³, no tanto de carácter público, como derivadas de las condiciones de transparencia, objetividad, e igualdad que, en general, son las condiciones de competencia que se aplican a todo el mercado de telecomunicaciones.

La adopción de una fecha definitiva para la plena apertura del sector a la competencia facilitaría la liberalización de las infraestructuras que seguiría dos etapas³⁴⁴:

1. Una primera destinada a potenciar las redes existentes: mejora de los mecanismos de uso de las líneas arrendadas, potenciación y crecimiento

³⁴³ El régimen de imposición de obligaciones sobre la gestión de las infraestructuras y redes para garantizar la prestación del servicio universal puede derivar en el futuro hacia un desplazamiento de estas obligaciones hacia otro tipo de operadores como podrían ser unos futuros operadores de redes públicos. La creación de estos operadores ha sido apuntada por el Secretario de Estado de Telecomunicaciones, Francisco Ros, en el desarrollo de un debate llevado a cabo en el Observatorio de las Telecomunicaciones. Vid. Expansión, 18 de octubre de 2004 y podría encontrar su base legal en el art. 8.4 LGT

³⁴⁴ Estas dos fases, así como el sistema anterior, pueden identificarse a su vez con tres modelos distintos de gestión de infraestructuras. El modelo de gestión monopolista se corresponde con un modelo de unidad de red, en el que sólo existe una red pública (en el sentido de abierta al público en general) y cuyo titular es el operador que provee servicios de telecomunicaciones en régimen de monopolio; un modelo de red abierta que se correspondería con la apertura parcial de infraestructuras, en el que manteniéndose la unidad estructural de la red que forma parte de la categoría de derechos reservados, se regulan los accesos a la misma por otras redes privadas o por titulares de servicios liberalizados bajo los principios de igualdad, neutralidad y no discriminación; finalmente encontramos el modelo de pluralidad de redes, caracterizado por la libertad de establecimiento y uso de redes, así como por la libertad de elección por los operadores de servicios. En este régimen la interconexión se configura como un derecho. En esta última fase se encontraría el actual paquete de directivas de 2002 y la LGT de 2003. Vid. CHILLÓN MEDINA, J.M., *Redes e infraestructuras de cable: régimen jurídico*, en ARNALDO

de las redes por cable, mejor uso de las comunicaciones por satélite y estaciones terrenas, así como el recurso a redes alternativas (aquellas que utilizan otras industrias de suministros como agua, luz, gas o transportes).

2. Una segunda contemporánea a la liberalización total del sector, de apertura a terceros del uso de las redes públicas conmutadas para la prestación de los servicios de telefonía vocal³⁴⁵.

En relación a la primera fase, las dificultades a las que se enfrentaría la nueva regulación eran tanto de tipo técnico como normativo, y así por ejemplo, en el caso de las redes por cable, la Comunidad en general adolecía de un escaso nivel de implantación y desarrollo; en otros casos, como el uso de las redes alternativas o de las líneas arrendadas, los obstáculos derivaban de las limitaciones legales a su uso, restringidas al autoabastecimiento en el primer supuesto, o al suministro por un único operador en el segundo.

Las soluciones tanto en un caso como en otro, pasaban necesariamente por la introducción de mecanismos que fomentaran el uso competitivo. En el caso de las redes menos desarrolladas, la introducción de un sistema de libre prestación atraería a nuevos agentes que serían los que llevarían a cabo la instalación de las infraestructuras precisas; en el caso de la existencia de obstáculos legales, la eliminación de las restricciones para el uso de las redes alternativas y la extensión de los principios de ORA³⁴⁶ en el uso de las líneas

ALCUBILLA, E. y MONTEJO VELILLA, S., *Telecomunicaciones por cable*, La Ley-Actualidad, Madrid, 2000, Pág. 288.

³⁴⁵ Téngase en cuenta que la apertura de estas redes públicas a otros servicios ya se produjo, en la medida que los servicios liberalizados así lo precisaran, en virtud de la Directiva ORA.

³⁴⁶ Directiva 92/44/CE de 5 de junio de 1992 de aplicación de la Oferta de Red Abierta a las líneas arrendadas. DOCE L núm.165, de 19 de junio de 1992.

arrendadas constituirían herramientas eficaces para la creación de un incipiente mercado de redes e infraestructuras.

De este modo, durante esta primera fase de liberalización de las infraestructuras, debían eliminarse los obstáculos al libre uso de las infraestructuras y redes necesarias para la prestación de servicios de comunicaciones por satélite, móviles y terrenas incluidas las redes por cable, coincidiendo de esta manera, con los servicios que se encontraban a la fecha plenamente liberalizados.

En dicha liberalización, se erigirían determinados valores de carácter público que debían ser incorporados al nuevo marco regulatorio competitivo como son:

- El mantenimiento de la competencia y los derechos de los Estados en el control y planificación del desarrollo de las infraestructuras, así como en la determinación del uso del espectro radioeléctrico.
- La preservación del servicio universal como valor básico de la Comunidad³⁴⁷, si bien no mediante el mantenimiento de un régimen de gestión reservada, sino a través de su aseguramiento en el marco de la actividad privada por medio de la aplicación de los principios de igualdad, universalidad y continuidad.
- El aseguramiento de la existencia y uso de redes alternativas que fomenten la competencia en el mercado, no sólo por lo que respecta a su

³⁴⁷ Resolución del Consejo 93/C213/01.

disponibilidad sino también y sobre todo, mediante el control de la oferta que realicen los titulares de la red, al respecto de lo cual resulta de plena aplicación el derecho de la competencia.

Pero además, de las ventajas que comportaba la liberalización de las infraestructuras para el desarrollo del mercado de servicios, la existencia de otras redes con las que prestar los servicios liberalizados provocaría un reajuste de las tarifas aplicadas hasta el momento, reajuste que afectaría también a la prestación del servicio universal y que también serviría a la justificación de la perentoriedad de la elaboración de un nuevo sistema de tarifas. La implantación de este sistema comportaría varias ventajas:

1. Se posibilitaría la determinación de los costes del servicio universal y la mejor manera de afrontarlos, bien a través de las aportaciones de los operadores dominantes (vía tasas de interconexión fundamentalmente), bien a través de la constitución de Fondos de Financiación en los que participarían todos los operadores en proporción al peso que tuvieran en el mercado, bien a través de una imputación a las tarifas que pagan los usuarios³⁴⁸.
2. Se facilitaría la transparencia en las tarifas de los servicios, ya que la correcta imputación de los costes de interconexión mejora la identificación del precio del servicio, con lo que podría evaluarse en mejor medida la evolución de la competencia en el sector.

³⁴⁸ Tal y como se hizo con los Costes de Transición a la Competencia, no sólo en este sector, sino también en otros de reciente liberalización.

3. Se fomentaría un descenso de las propias tarifas de los servicios, ya que la existencia de varias redes con las que prestar los servicios redundaría en una rebaja de las tarifas de interconexión y ello, en los precios que pagan los usuarios por los servicios.
4. Se potenciaría al máximo el aprovechamiento de otras redes por la posibilidad de incorporarlas a un mercado.
5. Se facilitaría la entrada en el mercado de otros operadores meramente de red lo que conllevaría la creación de una espiral competitiva y un mercado activo.
6. La entrada de estos operadores de red en el mercado crearía las condiciones necesarias para que pudieran aparecer nuevos operadores de servicios³⁴⁹.
7. Se crearía un marco adecuado para la progresiva eliminación del hasta entonces dominante sistema de financiación del servicio universal en base a la imposición de obligaciones a determinados operadores (que no puede dejar de asimilarse a un régimen de obligaciones de carácter público), por un sistema en el que participen todos los operadores como una suerte de responsabilidad que tienen para con la competencia (tal y como se entiende en este sector en el que confluyen además intereses públicos) en el mercado.

³⁴⁹ De hecho, no son pocos los operadores de mercados de suministros distintos de las telecomunicaciones los que estudian la posibilidad de ofrecer a través de sus redes estos tipos de servicios.

En relación a la segunda fase, los principales ítems en los que la Comunidad centraría sus esfuerzos son:

1. La prestación del servicio universal: nuevo marco regulatorio³⁵⁰.
2. Régimen de acceso a las redes e interoperatividad de servicios: Principios ORA y aplicación del Derecho de la competencia

3.1. Prestación del servicio universal en un entorno de competencia en infraestructuras

Varias eran las cuestiones que debían tratarse por la Comunidad a fin de que la liberalización de las infraestructuras no comportara perjuicio alguno en la seguridad de prestación del servicio universal, entre ellos, la correcta aplicación del desarrollo del sector a la prestación del servicio universal.

Así pues, resultaba previsible que la liberalización comportaría, en un plazo de tiempo razonablemente corto, el desarrollo de nuevas tecnologías. En ese entorno, se debía garantizar que la innovación (tanto en redes como en servicios) permitiera que la mejora de los servicios liberalizados también se aplicara al servicio universal³⁵¹.

Puesto que el nuevo proceso de liberalización se proyectaba en dos fases (una primera para redes destinadas a servicios liberalizados, y una segunda para todos los servicios incluida la telefonía básica vocal), durante la primera

³⁵⁰ En este punto, nos limitamos a reflejar los efectos que la liberalización de las infraestructuras tendría en la prestación del servicio universal.

³⁵¹ Esta acción quedaría garantizada no sólo por la definición de los servicios que quedarían comprendidos en el concepto de servicio universal, sino también y sobretodo, por la exigencia de un determinado grado de calidad de la prestación que obligaría a la previsión de un marco

etapa, en la que el reflejo de las nuevas aplicaciones se centraría en el desarrollo de redes, se debía garantizar que esas nuevas redes también se aplicarían a la prestación futura del servicio universal y no sólo a la potenciación de los servicios liberalizados³⁵².

Durante la segunda fase, cuando los operadores ya hubieran realizado sus inversiones en redes e infraestructuras, el esfuerzo económico se centraría en la captación de clientes por medio de la oferta de nuevos servicios, incluido el servicio de telefonía vocal.

Ahora bien, la evolución posterior del mercado nos apunta una de las primeras críticas al sistema seguido en el proceso de liberalización, y es que, el desarrollo de infraestructuras, si bien ha comportado un descenso generalizado de los precios, no así el desarrollo proyectado de nuevos servicios. Las razones que pueden explicar esta conducta del mercado son varias, y así:

- Los obstáculos que durante demasiado tiempo se mantuvieron en el acceso al bucle local³⁵³ han retrasado la recuperación de los costes de redes de los nuevos operadores.

flexible que permitiera futuras revisiones para incorporar los avances tecnológicos a este servicio.

³⁵² Esta afirmación resulta lógica si se tiene en cuenta que, una vez liberalizadas las redes, la actividad de los operadores se centraría en su desarrollo o en la aplicación de mejoras en la transmisión que posibilitaran la ampliación del mercado de servicios liberalizados. Posteriormente la mejora de redes posibilitaría la aplicación de nuevos servicios entre los que se incluiría, a partir de enero de 1998, el servicio de telefonía vocal.

³⁵³ Precisamente este sector del mercado es el que mayor cuota de usuarios representa. Podemos decir que en este caso, si bien los beneficios del monopolista han atraído a nuevos operadores generando competencia, el tiempo durante el cual se ha mantenido su disfrute ha desacelerado la actuación de las fuerzas del mercado.

Pese a ello, se debe romper una lanza a favor de la gran labor de “salvamento” que ha realizado la rápida evolución del mercado de la telefonía móvil para con los operadores, ya que las pérdidas del mercado de la telefonía fija se han traducido en los beneficios de este sector³⁵⁴, lo que por otra parte, también representa la desventaja de mantener sus precios por encima del nivel general del resto de Europa a fin de continuar su labor “subvencionadora”³⁵⁵.

- En segundo lugar, la presión ejercida por los Estados a través de las licencias para acelerar el desarrollo de nuevas redes y tecnologías se ha manifestado totalmente contraproducente, ya que los operadores se han visto forzados a invertir en exceso sobre futuras aplicaciones que, en casos tan patentes como la tecnología UMTS, aún tardarán algunos años en tener una aplicación generalizada en el mercado³⁵⁶.
- En tercer lugar, los operadores en un entorno ferozmente competitivo han dirigido sus esfuerzos a arañar puntos a la cuota de mercado del exmonopolista en lugar de a desarrollar nuevos mercados.
- Y finalmente, y como corolario de lo anterior, no sólo se ha exigido un desarrollo del mercado, sino que además se ha impuesto la prestación de un servicio (servicio universal), que en un futuro se espera adaptar a las

³⁵⁴ En este mismo sentido de pronuncia DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ al afirmar que los grandes beneficios de las redes móviles (derivados fundamentalmente de la interconexión) tienen su espejo en las progresivas pérdidas de las redes fijas. Así pues, este autor propone que el flujo inicial a favor de los móviles, ahora se invierta y que sean éstos los que acudan en auxilio de las redes de telefonía fija. *Op. cit.* “Sobre la competencia en..”. Págs. 36-37.

³⁵⁵ Esta labor de apoyo entre mercados puede verse seriamente afectada si se lleva a cabo, como se viene anunciando, el establecimiento del sistema *price cap* en la fijación de las tarifas de comunicaciones móviles.

³⁵⁶ El triple esfuerzo que han tenido que realizar los operadores de telecomunicaciones para invertir en redes, adquirir cuota de mercado y competir con servicios nuevos y más baratos ha

nuevas demandas³⁵⁷ y que no puede sino provocar una perenne hipoteca del sector a un mal entendido servicio para el público.

3.2. Acceso a las redes e interoperabilidad de servicios

El acceso a las redes tiene una especial importancia como requisito necesario para la existencia de competencia en el sector.

Mientras que en un primer momento operaría como elemento imprescindible para que los nuevos operadores prestaran sus servicios, hasta el desarrollo de redes propias allí donde fuera posible, posteriormente se convertiría en un elemento más de negociación en el mercado, en un recurso negociable.

Esta diferente apreciación atendiendo a las diversas circunstancias en que se encuentra el mercado se explica por el diferente grado de competencia, y así:

Primera aplicación: prestación de servicios liberalizados en convivencia con derechos exclusivos

La Directiva 90/387/CE (ORA), si bien no regulaba específicamente el fenómeno de la interconexión de redes, sí que se refería a la creación de un marco de principios en el que tenían que operar los agentes, principios que estaban destinados fundamentalmente a garantizar la prestación libre de los

sido señalado por los expertos como el error que señala el fracaso de la liberalización del sector. La Vanguardia, 1 de junio de 2004.

³⁵⁷ Véase las declaraciones de José Montilla sobre la conveniencia de extender el servicio universal a las comunicaciones móviles. La Vanguardia digital, 11 de agosto de 2004.

servicios que se irían incorporando al régimen competitivo a través del reconocimiento del derecho de acceso a la red del operador dominante.

Así pues, el entorno en que se aprobó esta Directiva, esto es, monopolio en la gestión de redes, impedía hablar de interconexión³⁵⁸, luego la Directiva ORA en ningún momento estaba dirigida a la creación de un mercado de redes o derechos sobre la red³⁵⁹. No obstante, sí que resultaba necesario procurar que el monopolio sobre la red y el servicio de telefonía vocal no implicaría la obstaculización de la prestación de servicios de valor añadido, por lo que los principios en ella contenidos resultan aplicables a toda forma de perturbación de la competencia cualquiera que sea la forma que adopte la conducta enjuiciada.

Los principios de red abierta trascenderían a las necesidades que se pretendían cubrir en el momento de su aprobación (esto es, la convivencia entre monopolio y competencia) para convertirse en principios aplicables al mercado en general, y en este caso, al mercado de redes.

De este modo, los principios de la Directiva ORA destinados inicialmente a regir la relación entre intereses públicos e intereses privados se transforman, en el entorno liberalizado de redes, en las condiciones en que debe desarrollarse la competencia en el mercado de redes, por cuanto estamos ante

³⁵⁸ Adviértase que nos estamos refiriendo a la interconexión y no al acceso a redes. La interconexión si bien incluye un derecho de acceso a las redes del titular también comporta el derecho de uso de redes propias.

³⁵⁹ Aseveración que se justifica desde el momento en que se reconoce que la disponibilidad de la red constituye un mercado de servicios diferente que no entra dentro del ámbito regulado por la originaria Directiva ORA. Directiva 90/387/CEE. Considerando 13. Asimismo se pronuncia MALARET GARCÍA al afirmar que la filosofía de la ORA partía de una realidad en la que existía un único oferente, frente al programa de telecomunicaciones del período 1993-1995 en el que los nuevos principios de acceso a la red cuentan con un escenario caracterizado por la existencia de varias redes titularidad de varios operadores. *Régimen jurídico.., op. cit.*

principios que, conjugando interés público e interés privado, representan en última instancia el modelo de competencia que debe seguirse en el mercado de las telecomunicaciones: libertad de acceso.

Segunda aplicación: derecho de acceso a las redes como base de su desarrollo

Con la sucesiva ampliación del elenco de servicios en régimen de competencia, se hacía cada vez más patente la necesidad de acompañar el desarrollo de nuevas aplicaciones con la implantación de nuevas redes. La liberalización de los servicios de comunicación por satélite y móviles sería el primer paso hacia la liberalización de las infraestructuras, pero hasta entonces resultaba preciso garantizar que estas nuevas comunicaciones no se verían impedidas por el mantenimiento de derechos exclusivos sobre las redes.

Efectivamente, es en este momento cuando aparece propiamente el concepto de interconexión entendido como el acuerdo privado que posibilita la interoperabilidad de las diferentes redes al uso (estaciones terrenas y redes móviles).

La profusión de redes alternativas a las tradicionales analógicas junto a la previsión de nuevos sistemas de atención del servicio universal motivaría la revisión de aquellos principios que inicialmente habían de referirse a las relaciones entre el monopolio y la competencia.

Puesto que la finalidad última de esos principios era la garantía de la libertad de prestación de servicios, nada impedía que se aplicaran a las

relaciones privadas, pese a que su naturaleza primigenia se asociaba más a una acción de carácter público que a una norma del mercado.

Tercera y última aplicación: fundamentos del mercado de redes e infraestructuras

Una vez liberalizadas las infraestructuras, y antes que desarrollar sus redes, los operadores precisan asegurar una cuota de mercado con la que financiarlas.

La interconexión en este momento ya no es un mero vehículo que posibilita la prestación de servicios, sino una medida para garantizar la permanencia de los operadores en el mercado, ya que posibilita la contención de costes y la financiación de esas nuevas redes.

Ya hemos visto a lo largo de este estudio como el fundamento de la liberalización del mercado no se reduce a la explotación de un nuevo foco de progreso económico, sino que se pretende la instauración de un auténtico mercado común en el que la prestación de servicios y el despliegue de infraestructuras conformen una red paneuropea, para ello se precisa garantizar la viabilidad de los operadores, en tanto el peso de los operadores dominantes, representa la diferencia entre un mercado dinámico y un mercado estanco.

Ahora bien, una vez la cuota de mercado permita a los operadores concentrar sus inversiones en la mejora de los soportes de los servicios, la interconexión debería convertirse en un valor más, negociable en el mercado,

sin que tuvieran que tomarse mayores precauciones que las derivadas del mantenimiento de la libertad de contratación de los agentes.

Por interconexión debe entenderse, según la definición aportada por la Ley General de Telecomunicaciones de 2003³⁶⁰, “*la conexión física y lógica de las redes públicas de comunicaciones, utilizadas por un mismo operador o por otro distinto, de manera que los usuarios de un operador puedan comunicarse con los usuarios del mismo operador o de otro distinto, o accedan a los servicios prestados por otros operadores*”. Con esta definición se incluyen todo tipo de redes, ya sean de distribución o de acceso, con lo que *la interconexión constituye un tipo particular de acceso entre los operadores de redes públicas*.

Frente a dicha conexión, que resulta necesaria no sólo para que los operadores puedan prestar sus servicios y ampliar su cuota de mercado, sino también para asegurar que los usuarios dispondrán de una efectiva comunicación, con independencia de quien sea el operador que tramite su servicio, el Estado puede adoptar dos líneas de actuación:

1. Considerar que la interconexión es una cuestión de interés público y mantener una fuerte intervención en su gestión, que no se limite al control

³⁶⁰ Como precedentes a esta definición encontramos el Reglamento Telefónico, anexo del Convenio creador de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) de 1932 que ya comprendía una regulación de la interconexión entre redes de diferentes países y fijaba procedimientos de compensación de pagos entre los diferentes titulares de la misma. La LOT, por el contrario, no hacía referencia alguna a la interconexión. No será hasta la aprobación del Real Decreto de 1 de julio de 1994 por el que se aprueba el Reglamento Técnico del servicio de telefonía móvil automática cuando parece referenciado en nuestro ordenamiento el fenómeno de la interconexión, lo cual resulta lógico en tanto, mientras que bajo el régimen de la LOT no existía más red que la red pública conmutada propiedad de un solo operador, el escenario en el que se aprueba este Real Decreto se inscribe en la liberalización de los servicios de comunicación móvil con el reconocimiento de la libertad de establecimiento de redes de sus operadores, que sin embargo, tampoco la define. Esta indefinición fue mantenida por la Ley 42/95 de Telecomunicaciones por Cable y por la Ley 12/1997. No será hasta el Real Decreto 2/1997 de 10 de enero y la OM de 18 de marzo de 1997 que traen causa en la Directiva 96/19/CE cuando aparezca la primera definición de interconexión.

de la actividad que los operadores privados lleven a cabo, sino que se extienda a la sustitución de la iniciativa privada cuando ésta sea inexistente o insuficiente. La interconexión como una cuestión de interés público resulta de dos consideraciones:

- Por una parte, la interconexión se concibe como la contrapartida a años de monopolio cuando nos referimos a las redes del exmonopolista y actual operador dominante en la que, el Estado está obligado a establecer las condiciones oportunas para la eliminación de las ventajas derivadas de la situación de monopolio anterior y que se siguen manteniendo como monopolio de hecho.

Desde este punto de vista, la interconexión, si bien requiere un entorno de libre negociación, no puede desligarse de la especial responsabilidad que tiene el Estado sobre un sector liberalizado. Así pues, la interconexión se podría llegar a asociar con ciertas obligaciones de carácter público que tienden a garantizar en este caso la existencia de un entorno competitivo.

Se trata de una acción plenamente legitimada por la dificultad que manifiesta el mercado para solucionar por sí mismo la externalidad que tradicionalmente ha representado la supuesta conveniencia y eficiencia del mantenimiento de una sola red.

- Por otra, la interconexión resulta una garantía de uso compartido de redes, siempre que sea posible su despliegue, técnica y económicamente, facilitando la ruptura del monopolio en la titularidad

de recursos esenciales, y ello en base al reconocimiento de un derecho de acceso a todos los operadores. En este supuesto el Estado debe abstenerse de intervenir más allá de lo que es la aplicación de las normas que aseguran el libre juego de la competencia.

En esta segunda consideración, la interconexión aparece como una obligación de carácter público, en tanto la garantía de accesibilidad al público, no sólo es aplicable al servicio universal, sino también a las redes, en virtud del régimen de competencia existente entre los servicios que se prestan a través de ellas.

Así pues, desde el momento en que la red que constituye el recurso esencial es accesible al público en general, el derecho del usuario a disfrutar de una amplia gama de servicios prestados por diferentes operadores y a beneficiarse de las ventajas que comporta la existencia de competencia en el mercado de servicios, exigen que el acceso a esa red no se vea monopolizado, y que el régimen jurídico del acceso a la red parta de los mismos presupuestos que sustentan el servicio universal, por lo que el derecho de acceso debe ser garantizado en la misma medida que aquél³⁶¹.

2. Considerar la interconexión como un valor más en el mercado, si bien con la particularidad de ser un bien sometido al cumplimiento de una función social y por ello, legitimar la imposición de determinadas obligaciones siempre y cuando la libre actividad de los operadores no conduzca a su

³⁶¹ En este punto, la extensión de las redes WI-FI podría constituir una buena base para asegurar el acceso a las redes por parte de todos los usuarios, sin que esta condición dependa exclusivamente de las expectativas de negocio de los operadores privados.

consecución. Esta valoración, toma como presupuesto, el hecho de que el ejercicio del derecho de acceso requiere un escenario puramente privado, y por tanto, cede protagonismo a la aplicación del derecho de la competencia, y en particular a la figura del abuso de posición de dominio que, en este sector se manifestaría en la imposición de condiciones exclusivamente derivadas de la voluntad de uno de los agentes del mercado, en este caso del titular de la red. En esta segunda consideración deberá traerse a colación la figura del *monopoly leveraging* y más detalladamente la doctrina de las *essential facilities*. En este caso, el interés público se defiende, no a través de la constitución de obligaciones que afectan a la libertad de los operadores, sino a través de la corrección de sus abusos. No se determina cómo debe ejercerse la libertad, sino hasta dónde llega.

3.2.1. La interconexión de redes como una cuestión de interés general

Tanto el acceso al espectro como el acceso a las redes fijas presentan cuestiones de interés general que justifican la intervención estatal.

Por una parte, el espectro está considerado un bien público gestionado en exclusiva por el Estado quien lo cede a los operadores a través de una concesión que toma cuerpo en unos título habilitantes (autorizaciones), que establecen las condiciones en que dicho bien debe explotarse.

Por otra, al igual que el espectro es un recurso esencial para las comunicaciones por redes sin hilo (satélite, móviles, radio), la interconexión lo es para las comunicaciones fijas por hilo. La diferencia estriba en quién es el

sujeto titular de las mismas, porque a partir de ahí la forma jurídica que adopta el acuerdo de intercambio varía.

Como sabemos, el análisis económico del derecho obvia el juicio a la titularidad de los bienes, por considerar que lo decisivo no es quién los posea, sino cómo se utilicen, y en ese entendimiento, propugna la libre circulación y negociación de los bienes como mecanismo que mejor asegura su eficiente destino.

En el caso del acceso al espectro o a la red, la titularidad pública o privada del recurso, queda en segundo plano frente a la facilitación de la libre negociación de ese acceso por parte de los agentes del mercado. Así pues, que el titular del recurso, en un caso el espectro y en otro la red fija, sea público o privado, no debe afectar *a priori* a la gestión del bien.

La diferencia en un caso y en otro estriba en el ejercicio del derecho del titular del recurso. En la gestión del espectro, parece que al ser el Estado quien determina su uso, quedan en mejor medida garantizadas las utilidades públicas del bien. Por el contrario, en la interconexión, al ser un operador privado quien lo gestiona, resulta lógico pensar que prepondera su interés propio frente al general.

Sean o no ciertas estas consideraciones, la cuestión tanto en un caso como en otro es la misma: cómo garantizar que el recurso tendrá una utilidad social, y en ambos casos, esta exigencia va a requerir la intervención estatal.

Esta intervención, en nuestro ordenamiento, acostumbra a manifestarse en la imposición de obligaciones de carácter público que reconducen la actividad privada a la satisfacción del interés general. Así pues, mientras que en la gestión del espectro esas obligaciones se insertan en el título habilitante del operador privado, en la gestión de la interconexión de redes fijas toma la forma de control de la negociación privada.

Este control puede realizarse de varias formas, estructuradas sobre la mayor o menor restricción a la libertad privada³⁶²:

- Puede considerarse necesaria una intervención absoluta en la que se oriente desde el primer momento la negociación de los acuerdos “imponiendo” un modelo de acuerdo en el que se incluyan entre otros, las tarifas de interconexión y las condiciones técnicas. En este caso, el derecho aplicable es de regulación económica destinado a predeterminar la actividad sobre la que recae.
- Puede optarse por una intervención de carácter mixto, reducida al control de los elementos que mayor riesgo de abuso presenten, combinándose en este caso, la aplicación de previsiones de carácter económico-jurídico como el derecho de defensa de la competencia (regulación estructural), con una regulación de conducta. En este caso la intervención está dirigida tanto a evitar situaciones de abuso y control del mercado en cualquier forma, como a influir en la conducta competitiva de los agentes a través de la imposición de límites como es el control de los precios.

³⁶² Una buena estructuración de los diferentes grados de intervención del Estado en la economía, y por ende, de la diferente categoría de normas que encontramos en el derecho público administrativo puede encontrarse en DE LA CRUZ FERRER, J., *Principios de ...*, op.cit. Págs.135-145.

- Puede dejarse que sean los propios agentes los que lleven a cabo los acuerdos bajo el respeto a unos principios neutros³⁶³ que representan el interés público en el que se incluye la defensa y promoción de un entorno competitivo.

Tanto en el tratamiento jurídico del espectro como de la interconexión, la solución adoptada en los diferentes marcos regulatorios ha sido la más intervencionista.

Los principios que rigen el acceso al recurso en ambos casos son los mismos, y su garantía, pese a que en un primer momento pueda parecer lo contrario, también. La imposición de un acuerdo de interconexión de referencia, si bien necesario para evitar una conducta abusiva en la oferta de acceso a la red, ha operado en la práctica como las licencias en el ámbito de las frecuencias, y es que las condiciones exigidas en éstas se han trasladado al ámbito de la interconexión a través de la oferta del operador dominante que ha venido determinada, no por las negociaciones entre los distintos operadores, sino por la autoridad reguladora con la aceptación casi impuesta del operador en cuestión. El error entonces, no se encuentra en la negociación privada, sino en el grado de intervención de la administración en su consecución.

Efectivamente, pese a que la Comunidad recomendaba, desde las primeras reflexiones sobre la liberalización de las infraestructuras, favorecer la libre negociación de los agentes, la transposición jurídica de esas intenciones se ha

³⁶³ Aquí neutralidad debe entenderse en el sentido de que no pretenden dirigir la iniciativa privada, sino tan sólo asegurar un adecuado marco de libertad, asimilándose por tanto estos acuerdos a cualquier otro contrato.

traducido en una restricción al mercado de redes y a su competencia, y ello es así por varios motivos:

- La oferta de interconexión parece haberse limitado al operador dominante por ser el principal titular de las redes disponibles al público³⁶⁴. Esta consideración, si bien tiene su lógica en el deseo de evitar con carácter preventivo una situación de abuso de posición de dominio, ha restringido la evaluación de la posición de dominio de los operadores del mercado de telecomunicaciones, porque el análisis de esta posición se ha centrado en exclusiva en la cuota de mercado.

Si bien los criterios de determinación de la posición de dominio que se han venido aplicando al sector de las telecomunicaciones proceden de la pura aplicación de criterios económicos, que son los que determinan la cuota de mercado, las divergencias que presenta este sector frente a otros (como es su elevado nivel regulatorio y la existencia de intereses de carácter público) recomiendan el recurso a otros criterios que no se reduzcan al análisis de la posición de los operadores en el mercado y que pongan mayor atención en el verdadero peso que ejerce el operador evaluado en atención a la competencia existente, criterio que sin duda se adecua en mejor medida, al análisis propio del derecho de la competencia y que, en el ámbito de las infraestructuras, se concretaría en la disponibilidad del recurso como instrumento de competencia.

³⁶⁴ Esto es así desde el momento que la CMT no puede obligar a los operadores a realizar un acuerdo de interconexión, salvo que se trate del operador dominante al que se le obliga a realizar una *invitatio ad offerendum*, que en principio respetaría la libertad de negociación de los agentes. Sin embargo esta libertad es relativa por cuanto el acuerdo de interconexión se configura como un contrato de adhesión (a título de ejemplo apdo. 3º de la Resolución de 15 de julio de 2003), cuya simple aceptación, implica la aceptación del contrato tipo. Del respeto a la concreta aplicación de la interconexión a los servicios para los que se demanda el uso de la red,

Con esta afirmación no estamos abogando por la especialización del derecho de defensa de la competencia en este sector, puesto que en líneas precedentes ya hemos visto que, en principio, la normativa existente debe ser capaz de afrontar los problemas que se planteen sin mayores reformas.

Lo que se propone es que, en la imposición de determinadas obligaciones, como es en este caso la obligación de realizar un oferta de interconexión y de atender a las solicitudes de acceso a la red, se utilicen otros criterios que puedan ser más adecuados para su establecimiento en condiciones no discriminatorias, en este caso, para el operador a quien se considera en posición de dominio³⁶⁵.

Teniendo en cuenta que desde la liberalización de infraestructuras y redes son muchos los operadores que han desplegado las suyas propias en los diferentes mercados, parece más conveniente analizar el peso que las mismas pueden tener en la prestación, no sólo de sus propios servicios, sino también de los otros operadores. De este modo podemos encontrarnos con que las redes de un operador que, en un principio no ocupe una posición de dominio, resulten básicas para la prestación de servicios de otro operador y que, en el esquema regulatorio anterior, no resulte obligado especialmente a ofrecer la interconexión.

depende en última instancia que el régimen de interconexión sea o no respetuoso con la necesaria libertad que debe otorgarse a los operadores en este ámbito.

³⁶⁵ Esta postura se encuentra en la línea marcada por las directrices de la Directiva 2002/21/CE de 7 de marzo de 2002 (Directiva Marco) en la que la imposición de determinadas obligaciones de carácter público a los operadores se someterá a un previo estudio del mercado, la competencia existente y el poder significativo que tenga cada operador, experiencia que, por otra parte, resulta totalmente novedosa en el sector del derecho de la competencia, pues nunca antes se había analizado el mercado antes de decidir la normas que debían reglarlo. Los nuevos criterios de determinación de la posición de dominio en el mercado se completan con el recurso, en caso de que la normativa específica no baste, a la aplicación de la figura del abuso de

La actual LGT recoge esta nueva aproximación, y así, mediante el recurso a la figura del operador con poder significativo en el mercado, asocia la imposición de especiales obligaciones al grado de competencia existente en el mercado de redes.

Efectivamente, bajo las directrices que apruebe la Comisión Europea, la CMT elaborará, como mínimo cada dos años, un análisis de la situación de competencia efectiva en los mercados de referencia previamente identificados. Dicho análisis resultará en la identificación, en su caso, de los operadores con poder significativo en el mercado, que será el nuevo criterio para imponer específicas obligaciones.

En esta línea argumental, y sin profundizar más en este punto, también podría llegarse hasta el punto de establecer una obligación general de interconexión independientemente del peso significativo que tengan los operadores en el mercado, por cuanto en este caso, resulta de mayor interés asegurar la continuidad en las comunicaciones, que evitar la imposición de restricciones a los agentes³⁶⁶.

Puesto que el despliegue de redes es una de las concesiones que se otorgan a los operadores junto con la prestación de la actividad, no puede objetarse

posición de dominio manifestada en las negativas de suministro y analizadas en líneas posteriores.

³⁶⁶ En un sentido similar se expresa MALARET GARCÍA cuando en el análisis de la DIRECTIVA 90/388/CEE (competencia en servicios) resuelve que el hecho de no contemplar la liberalización de redes junto con la ausencia de un reserva expresa de éstas al sector no liberalizado, hubiera podido identificarse con la constitución de las redes como un servicio público por naturaleza. No obstante, en la línea de su argumentación, estamos de acuerdo en que *la existencia de ciertos cometidos que si bien son de carácter económico, no tienen porqué estar sometidos a las reglas del mercado. Régimen jurídico., op. cit., Pág. 145.*

a primera vista, que la garantía de interconexión de redes se incorporara al título habilitante concedido para la prestación de la actividad, con independencia de la posición o peso que tengan en el mercado, puesto que el criterio más conveniente no atiende a la cuota de mercado sino a la necesidad de que sus redes sean accesibles a otros operadores. Con esta previsión, no sólo se garantiza la aplicación de fórmulas que no se reducen al peso comercial del operador, sino que se está siendo más congruente con la verdadera situación en que se encuentran los mercados. En este sentido, el nuevo marco regulatorio mejora la situación preexistente por cuanto reconoce que la autorización, comporta un derecho a negociar la interconexión y a obtener el acceso a la red.

- La existencia de un deber del operador principal a ceder su uso a terceros competidores fomenta la reducción de los incentivos al establecimiento de redes propias, por cuanto el coste de despliegue y sobre todo de gestión de la red, siempre será superior al de interconexión a las redes ya existentes.
- Además y como consecuencia de la observación anterior, la imputación de los costes de conexión a las tarifas que abonan los usuarios impide su reducción que, en todo caso, sólo procede cuando dichos costes de interconexión disminuyen, por lo que la competencia en precios corre el riesgo de verse reducida al mayor o menor coste de la interconexión y no a la verdadera competencia entre los operadores.
- Finalmente observar, que los costes de interconexión, sobre todo en mercados como la telefonía móvil, representan el 25% de los ingresos del operador de red, cuota excesivamente amplia como para esperar que este

mismo operador promueva nuevos sistemas de interconexión más eficientes a la par que menos costosos.

3.2.2. La interconexión como valor negociable en el mercado

Al igual que en su día la liberalización de servicios no supuso un peligro para la pervivencia de los antiguos servicios públicos - mediante la adopción del concepto de servicio universal como garantía de la disponibilidad para el público en general de un servicio de comunicación mínimo- el establecimiento de una verdadera libertad de negociación de los operadores en materia de interconexión de redes no tiene porqué abocar en el impedimento de la constitución de una red global.

Si de lo se trata en definitiva es de garantizar que las redes estarán conectadas entre sí, no ya sólo en beneficio de los consumidores, sino también en beneficio de los operadores y de la competencia en general, debería bastar con imponer unas obligaciones mínimas destinadas a asegurar que no haya discriminaciones en la contratación para obtener dichos resultados.

La libre negociación de los operadores generaría innumerables ventajas entre las que destacan:

- El incremento de la competencia entre operadores que derivaría de la posibilidad de negociar libremente las condiciones y precio de la interconexión. A este respecto bastaría con determinar unos precios máximos, con carácter transitorio, en tanto la competencia existente

garantizara la igualdad en la negociación. Esta medida tendría efectos inmediatos en las tarifas abonadas por los usuarios³⁶⁷.

- El incremento de los incentivos al despliegue de redes propias y la creación de un mercado secundario en el que se negociarían los derechos de uso de las redes y la interconexión.

- La aparición de meros titulares de red y la explotación efectiva de redes alternativas y redes alquiladas motivada por la existencia de un verdadero mercado de redes, lo que por otra parte conllevaría la explotación de otros recursos como solución a la escasez actual de competencia en redes³⁶⁸.

³⁶⁷ No obstante debe tenerse en cuenta que la intervención en las tarifas de interconexión puede producir un sistema de precios adulterado por la intervención del Estado. En este caso debería tenerse en cuenta los efectos que una intervención de este tipo puede generar en la competencia. Así pues, pese a que el sistema de *price cap* en el sector de la telefonía fija viene siendo reiteradamente criticado por constituir un freno a la libre determinación de los precios, el Gobierno pretende utilizarlo como instrumento de fomento de la competencia en el sector de la telefonía móvil (*Vid.* Cinco Días de 21 de octubre de 2004) malinterpretando que ésta no sólo se manifiesta por el descenso en las tarifas, porque los beneficios que esta medida puede aportar a corto plazo no tienen porqué manifestarse en un aumento de la competencia a largo plazo que es lo que, en definitiva, se debe intentar asegurar.

³⁶⁸ Un caso paradigmático de cómo la actual regulación en materia de redes está frenando el desarrollo de sistemas alternativos lo encontramos en las redes WI-FI, sistema que permite literalmente "ocupar" las bandas de frecuencia de radio no utilizadas para la provisión de determinados servicios y que se encuentran al margen de cualquier regulación, puesto que no están sometidas al régimen de licencias (autorizaciones en la actualidad). El uso de estas redes, aunque limitado en su cobertura por ser redes de área local, parece ser una solución a la falta de servicio de algunos municipios por parte de los operadores privados al no constituir mercados rentables. Es por ello que en nuestro país se ha empezado a desarrollar un movimiento asociativo, encabezado por las Administraciones locales, como es el caso de la ciudad de Barcelona (SenseFils Barcelona), Atarfe (Granada) o Ponte Areas (Pontevedra), en los que se ofrecía a los ciudadanos este tipo de conexión para determinadas páginas web oficiales. Sin embargo la CMT ha considerado que estas iniciativas perturban la competencia en el sector, dado que se están ofreciendo de forma gratuita servicios que, de otro modo, deberían contratarse en el mercado, lo que ha llevado a la primera a suspender el servicio, y a las segundas a ser sancionadas con una multa económica. Según la CMT la extensión de estas redes sólo cabe si se financian con dinero privado y si el Ayuntamiento en cuestión adopta el papel de operador comercial, lo que puede parecer una contravención a lo previsto en el art. 8.4 de la LGT según el cual, "*las Administraciones públicas que directamente o través de sociedades en cuyo capital participen mayoritariamente, se ajustarán a lo dispuesto en la ley en la explotación de redes o la prestación de servicios*", lo que lleva a pensar: primero, que las Administraciones pueden desplegar redes y prestar servicios como cualquier otro operador, y segundo, que si deciden un modelo de prestación directa resultará lógico que la financiación sea pública. La única explicación que se encuentra a la actitud de la CMT es que considera que en los casos en que la oferta no sea satisfecha por los operadores privados, se debe recurrir a mercados que puedan completar esa carencia de oferta, así pues, en este caso, resulta preferible que la Administración recurra al mercado de líneas arrendadas que a la sustitución directa de la iniciativa privada a través del despliegue de redes propias. Por el momento en Cataluña la única iniciativa pública en relación a las redes, es la negociación con empresas como Abertis,

- El desarrollo de nuevos mecanismos de uso de las redes que permitan su mejor aprovechamiento³⁶⁹.

Al igual que se considera fundamental la libertad de los operadores para establecer redes, debería extenderse ese régimen a los negocios que sobre su uso se puedan acordar, esta medida además facilitaría la transición de un sistema de regulación *ex ante*, dominado por un entorno de normativa económico-administrativa, a un sistema de regulación *ex post*, encabezado por las normativa de defensa de la competencia y principalmente por la figura del abuso de posición de dominio.

Pero además, junto a la libertad plena en materia de interconexión, se requiere el establecimiento ineludible del sistema de financiación del servicio universal en base a un Fondo, que si bien previsto en el art 30 de la Ley General de Telecomunicaciones de 1998, no se ha puesto en práctica, y que la Ley de 2003 vuelve a prever.

Esta medida constituye el espaldarazo necesario para una verdadera promoción de la competencia en este sector, puesto que, a pesar de que el

Aguas de Barcelona o Gas Natural para la cesión de sus redes de cable para la futura red de fibra óptica de la Administración con el objetivo de extender la banda ancha a todo el territorio catalán. *Vid.* La Vanguardia de 3 de mayo, 19 de octubre y 24 de octubre de 2004

³⁶⁹ Un ejemplo de ello lo encontramos en las nuevas aplicaciones que se avencinan sobre las redes por cable que hasta ahora venían limitándose a la provisión del servicio de acceso a Internet y que serán la clave para un nuevo despegue en el mercado como son los servicios de telefonía IP. Hasta el momento el uso de estas redes se está limitando a los servicios de Internet cuando su aplicación práctica posibilita la prestación de otros servicios como los de transmisión de la voz. El nuevo régimen jurídico, en virtud del principio de neutralidad tecnológica, los incorpora al régimen de las comunicaciones electrónicas. El problema se plantea en el impacto que un futuro desarrollo masivo pueda tener en el empleo de la banda ancha, puesto que su generalización, ocuparía el espacio que ahora se emplea para el acceso a Internet. *Vid.* GAPTEL, Evolución del régimen de la voz, *Red.es*, junio de 2004.

operador dominante³⁷⁰, en adelante operador con poder de mercado, es quien está obligado a su prestación y gestión en base precisamente a su extensa cuota de mercado o peso específico en éste (lo que le sitúa en la mejor posición para ello), la resistencia de los poderes públicos a considerar la liberalización de los derechos de uso de la red motiva la sospecha de que esos costes de interconexión también contribuyen a su financiación por lo que, hasta la puesta en marcha del nuevo marco, interesa mantener el régimen actual precisamente por la indefinición de un verdadero sistema de financiación del servicio universal³⁷¹. En este sentido, esperamos que el futuro reglamento del servicio universal cambie esta situación.

Al margen de las primeras observaciones críticas que se derivan del marco regulatorio proyectado en esta materia, el primer paso no deja de ser el reconocimiento pleno de la libertad de los operadores en materia de redes, veamos ahora cómo se conformaría ese nuevo mercado tomando como línea de desarrollo el esquema que elaboramos en la primera parte acerca de los pasos que deben seguirse en la constitución de un mercado.

1. Reconocimiento de derechos

El primer paso en la constitución de todo mercado es necesariamente el establecimiento de un derecho sobre un recurso, esto es así por cuanto lo que

³⁷⁰ Telefónica lo es por ley hasta la aprobación de Reglamento de desarrollo del servicio universal. Apdo 5º D.T 1ª, D.T. 2ª de la LGT 2003 y D. T. 3ª RD 1736/1998 de 31 de julio por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el Título III de la Ley General de Telecomunicaciones en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones, en la línea ya prevista por la derogada D.T. 3ª LGT 1998.

³⁷¹ Esto explicaría el hecho de que se haya decidido introducir un sistema de precios máximos en la interconexión de redes móviles. La regulación de la interconexión es un hecho indicativo no sólo de la necesidad de fomentar la competencia en precios, sino también de la indeterminación de un programa claro de financiación del servicio universal.

posteriormente se va a negociar en el mercado no será tanto el recurso, sino el derecho que se ostente sobre él.

Como hemos visto, las limitaciones que se mantendrían hasta la completa liberalización del sector en enero de 1998 no permitían otro mecanismo de ejercicio de la libertad privada que no fuera controlado por el Estado, por ello las licencias aparecerían como el instrumento jurídico que va a permitir no sólo el despliegue material del recurso sino también y sobre todo su uso.

El recurso a un sistema de licencias frente a otros instrumentos menos intervencionistas como la autorización, se explicaba, entre otros motivos, por la ausencia de una tradición jurídica en nuestro país favorable a este tipo de procedimientos³⁷².

Así pues, las licencias bajo el régimen de la Ley de General de Telecomunicaciones de 1998 se convirtieron en el título de “propiedad” y uso de las redes que en adelante se explotarían y desarrollarían en nuestro país.

A primera vista el régimen no era sino criticable, afirmación que aún cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que bajo la actual Ley General de Telecomunicaciones de 2003 el régimen de licencias y autorizaciones se ha simplificado a un único título habilitante que es la autorización.

³⁷² Efectivamente la autorizaciones generales (para las actividades en general) y las licencias individuales (para aquellos servicios y actividades en las que estén presentes intereses de carácter público) como sistemas administrativos de intervención en las actividades de un determinado sector económico carecen de tradición en España por lo que son reconducidos a la categoría general de autorización administrativa. Vid. VILLAR URIBARRI, J.M, Pautas para una nueva regulación de las telecomunicaciones en España, en CREMADES, J. (Coord.), Derecho de las Telecomunicaciones, La Ley Actualidad y Ministerio de Fomento, Madrid, 1997, Págs. 111-127.

Efectivamente, el diseño que planeaba la Comunidad favorecía un régimen de libre iniciativa dado que era más proclive al procedimiento de la autorización que al de las licencias, lo que suponía en la práctica una mera comunicación de la actividad que se iba a desarrollar, seguida del control de ciertas condiciones que no dejaban de otorgarle cierto automatismo al procedimiento.

Por el contrario, el legislador español y como él otros tantos en los diferentes Estados miembros, optaron por controlar desde sus inicios, no sólo la gestión que se iba a realizar de las redes ya existentes, y sobre las que aún se hubieran podido justificar ciertas cautelas públicas³⁷³, sino también las futuras redes.

No hace falta profundizar en exceso para deducir que un uso de redes sometido a un sistema como el de las licencias provocaba una limitación de las posibilidades que este mercado ofrece. Si de lo que se trataba en última instancia era de promover un uso más eficiente de los recursos, la acción del Estado debía ser de carácter subsidiario, sólo para los supuestos en que la iniciativa privada no actuara.

Pero las limitaciones no se acaban ahí, sino que junto a la adopción de la acción pública más restrictiva, encontramos la exigencia de determinados compromisos que dirigían la iniciativa privada hacia el camino que deseaba el Estado, no el mercado.

³⁷³ Derivadas sobre todo, por lo que a nuestros efectos interesan, de la prestación del servicio universal.

El resultado de todo ello es: por una parte, una limitación de las posibilidades de uso de las redes delimitado por el contenido de las licencias; por otra, la imposición de obligaciones que no se justificaban desde la perspectiva de la evolución del mercado, sino desde la consecución de determinados objetivos políticos, en este caso, alcanzar un desarrollo de redes en España comparable o incluso mejor que el de otros Estados, así como cumplir con las obligaciones de constitución de redes transnacionales; y finalmente, imposibilitar la creación de un mercado de redes por cuanto la titularidad y uso está asociada al licenciatario.

Fruto de estas limitaciones y de una necesidad por parte de la Comunidad de armonizar los procedimientos de concesión de títulos habilitantes, el paquete normativo de 2002 del que deriva la actual ley de 2003, da un giro a esta situación al reconocer, ahora sí, un auténtico régimen de libertad en el que los futuros titulares de redes sólo precisan comunicar a la Administración el inicio de sus obligaciones lo que, sin embargo no soluciona dos problemas fundamentales³⁷⁴:

- La situación en la que a partir de ahora se encontrarán los actuales operadores sometidos al antiguo sistema de títulos habilitantes.

Las cuestiones problemáticas no se limitan a la conversión de las habilitaciones sino sobre todo, a las obligaciones que al amparo de sus títulos han contraído con la Administración con especial atención a las obligaciones de inversión que, por otra parte, pueden llegar a requerir

³⁷⁴ En este sentido, DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M., "Informe especial: La Ley General de telecomunicaciones de 2003 en el contexto de la liberalización europea y española del sector", *REDETI*, núm. 18 (2003), Págs. 71-149.

ciertas compensaciones para que estos operadores no se encuentren en peor posición en el mercado, ahora que precisamente la competencia se estima que será más feroz³⁷⁵.

- El régimen de derechos de paso necesarios para el despliegue de las redes y sus infraestructuras.

Estos derechos de paso no se limitan a la ocupación del dominio público sino también al acceso a elementos privados como edificios. El legislador deberá tener presente en su tratamiento, la experiencia de los operadores de cable, que debieron enfrentarse a no pocos problemas para desplegar sus redes en los diversos municipios, problemas que en este caso aún se pueden ver más agravados por la necesidad que pueden ver otras organizaciones administrativas territoriales de “controlar” lo que la Administración general no ha hecho.

2. Posibilitar la circulación de los derechos de propiedad a su uso más eficiente

El régimen anterior, tal y como estaba planteado, hacía imposible pensar en un mercado de redes entendido como mercado de transacción de los derechos de uso de las mismas.

Precisamente, la estrecha vinculación entre la actividad autorizada por licencia y la red derivó en el establecimiento del régimen de interconexión de

³⁷⁵ Un ejemplo de la competencia que está por venir, una vez se ponga en práctica un auténtico mercado de redes, lo encontramos en las actuales ofertas de interconexión a Internet de banda ancha. La Vanguardia de 11 de octubre de 2004.

redes, dado que en sentido estricto, los titulares, al no poderse beneficiar de redes ajenas, no tenían incentivo suficiente (salvo en casos como la telefonía móvil donde la interconexión entre redes móviles y fijas constituye una necesidad para la buena marcha del negocio) para llevar a cabo la interconexión por sí mismos. De lo que se trataba entonces era de extender, en la medida de lo posible la red propia, sin considerar los beneficios de un uso compartido de las diferentes redes existentes.

El mercado que se presenta en el futuro de las telecomunicaciones necesariamente forzará un cambio en esa concepción tal y como hemos avanzado en líneas precedentes.

La convergencia de servicios conllevará por sí misma la convergencia de redes y esta situación, unida a la abolición definitiva de las últimas limitaciones a su explotación, hará innecesario mantener las obligaciones de interconexión³⁷⁶.

Ahora bien, pese a la sencillez de este argumento, como hecho que ha de devenir naturalmente, poderosos motivos hacen sospechar que no será así:

- El primero de ellos es de índole política: téngase presente que la actual Ley de Telecomunicaciones fue aprobada durante el gobierno del Partido Popular, mientras que los Reglamentos de desarrollo deberán ser aprobados bajo la legislatura del PSOE. Al margen de la tendencia más o menos liberal de cada uno de ellos, las últimas declaraciones del ministro

³⁷⁶ Vid ARIÑO ORTIZ, G., "Telecomunicaciones. Las reformas necesarias en el modelo español", *REDETI*, núm. 17 (2003), Págs. 554 y ss.

José Montilla hacen sospechar un giro hacia la preservación de lo público³⁷⁷ por parte del regulador, frente a la posible contribución que el mercado y la competencia puedan hacer al respecto.

Por otra parte, la presión que determinados grupos empresariales pueden hacer sobre el Gobierno³⁷⁸ puede llevar a un interés en el mantenimiento de la situación actual, en el que las únicas redes que realmente se presentan como competidoras de los operadores de telecomunicaciones son las de sectores como el gas o la electricidad.

- El segundo, de carácter económico, hace referencia a la amortización de las redes ya desplegadas. La introducción de un régimen más flexible en el uso de redes pondrá en peligro las previsiones de recuperación de activos de las operadoras, a las que además se les podría seguir exigiendo el cumplimiento de las obligaciones que en su día contrajeron con el Estado en materia de inversión.

- Otra cuestión que justifica nuestra desconfianza es la financiación del servicio universal. Hasta el día de hoy, Telefónica es el operador designado por ley para hacer frente a este servicio como titular principal del sistema de redes disponibles al público en nuestro país. La entrada de otros operadores no sólo nacionales, sino también extranjeros en el mercado de

³⁷⁷ Así también se desprende del programa electoral de marzo de 2004.

³⁷⁸ A título de ejemplo recuérdese el pulso que durante meses mantuvieron las eléctricas con el Gobierno anterior por considerar que se estaba favoreciendo a las industrias del gas en relación a la valoración de sus activos, así como en materia de peajes por el uso de infraestructuras. Nueva Economía. Suplemento económico del diario El Mundo núm.115 de 17 de febrero de 2002. Otro tanto podría decirse del anuncio del Gobierno actual de impulsar las centrales de ciclo combinado y las ayudas a la producción de energías renovables, lo que en principio favorecería en exclusiva a compañías como Enagás (identificada con el nacionalismo vasco) y Gas Natural (estandarte de las empresas catalanas).

redes disponibles al público, obligará a reconsiderar quién sea el destinatario de esta obligación, y lo más importante cómo se va a financiar.

Cierto es que la nueva Ley incorpora de forma clara el establecimiento de un Fondo de financiación del servicio universal, pero sus bases futuras aún no están constituidas, sin duda a la espera de los estudios que, a fecha de hoy, están realizando las autoridades nacionales regulatorias (en nuestro caso la CMT) sobre la competencia en el sector y los nuevos criterios de determinación de la posición dominante en el mercado, por lo que tendremos que esperar hasta el 2005 para ver cómo se llevará a cabo el reparto de su coste entre los operadores³⁷⁹.

No debe obviarse que los costes que irradia el sistema actual a Telefónica se ven en parte compensados con los ingresos de la interconexión de sus redes con las de los otros operadores. Si en un futuro, como se prevé, la obligación de interconexión desaparece, por la existencia de un mercado de redes, los costes de este servicio recaerán en última instancia en los consumidores con lo que el tan esperado descenso de las tarifas se verá afectado.

³⁷⁹ A este respecto la única información de que disponemos a fecha 7 de octubre de 2004 es que el Gobierno está ultimando el Reglamento que desarrolla la LGT en la que el servicio universal se concreta en la existencia de una guía telefónica general que incluya a todos los usuarios con independencia del operador, acceso al servicio telefónico fijo de los discapacitados y la existencia de una oferta suficiente de cabinas telefónicas, prestaciones que deberán tener garantizado un precio asequible por el operador encargado de prestar el servicio universal. Se aborda también el cálculo del coste del servicio universal y la posible existencia de un mecanismo de financiación que tendría como beneficiario al prestador del servicio universal. Gabinete de Prensa del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

3.3. Desarrollo de las previsiones del Libro Verde de 1994 I: Redes alternativas

Ya hemos visto en líneas precedentes como la liberalización de las infraestructuras se sometería a dos fases:

- Una primera destinada a potenciar las redes existentes
- Una segunda, coincidente con la liberalización total del sector, de apertura de las redes públicas conmutadas

En este punto vamos a detenernos en la política de fomento del uso de estas redes alternativas distinguiendo según la tipología de red.

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

Esta Directiva representa la base a partir de la cual habría de operar la potenciación del uso de las líneas arrendadas prevista con posterioridad en el Libro Verde de liberalización de las infraestructuras.

Por medio de la extensión de los principios ORA a estas redes se pretendía, por una parte garantizar la existencia de una oferta suficiente de líneas arrendadas en la Comunidad, y por otra, que dicha oferta se ajustaría a unos principios que pudieran garantizar su efectividad, y que eran los mismos principios que se aplicaban a las redes públicas conmutadas.

Téngase en cuenta que, en el contexto de su aprobación, no estaba en la previsión del legislador comunitario la creación de un mercado de redes (las cuales seguían sometidas a un régimen de derechos exclusivos), sino simplemente el aseguramiento de que los servicios liberalizados podrían prestarse sin mayores obstáculos, entre los que destacaba, el monopolio en redes. Pero ello no obstaba a que en el nuevo contexto proyectado por la Comunidad, esta misma directiva pudiera servir para aportar las líneas arrendadas al futuro mercado de redes, y de ahí precisamente, que optemos por incluir su referencia en este punto del discurso.

La aplicación de los principios de ORA a estas redes comporta:

- La existencia de una oferta “obligatoria” de líneas arrendadas mínima.
- La publicidad de su oferta, y en especial, de las condiciones de suministro.
- La garantía del propio servicio de prestación de líneas arrendadas, a través de la limitación de las condiciones en que su oferta puede suprimirse.
- La seguridad de que los límites que se impongan a su uso no sean otros que los que se predicán con carácter general para toda oferta de red: seguridad, integridad, interoperabilidad y protección de datos. Estos límites se aplican tanto a la interconexión de las líneas arrendadas entre sí, como entre éstas y las redes públicas conmutadas.
- Un control apriorístico de posibles situaciones de dominio injustificadas por parte del operador dominante: de lo que se trata en este apartado es de evitar que el titular de redes, que a la vez será quien oferte estas líneas arrendadas, limite su oferta con el único fin de evitar la competencia en servicios. De este modo, se prevé la posibilidad de que se fijen por parte de las autoridades nacionales, las condiciones en que el servicio pueda

negarse, interrumpirse o limitarse sobre la base de posibles incumplimientos del usuario.

- La prohibición de conductas discriminatorias por parte del titular de estas redes consistentes en negar a los demandantes de estas líneas, prestaciones que sí se contemplan cuando se trata de aplicarlas a la prestación de los servicios propios.
- La previsión de procedimientos comunes de solicitud y facturación. En este último caso se aplican los principios de transparencia y orientación a costes, lo que a su vez comporta:
 - Que las tarifas se fijarán con independencia del uso que se haga de las líneas arrendadas.
 - Que la tarificación será transparente y basada en criterios objetivos.
 - Que se establecerá un sistema de contabilidad de costes.
- El establecimiento de mecanismos de resolución de conflictos ante las autoridades nacionales reguladoras (ANR).

Esta Directiva fue recogida en el ordenamiento español a través del **RD 1558/1995, de 21 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento Técnico y de prestación del servicio portador de alquiler de circuitos**, que desarrolla la previsión del art.19 de la LOT en la redacción formulada por la Ley 32/92, de 3 de diciembre.

En éste se establece que sea RETEVISIÓN quien preste dicho servicio portador, pudiendo utilizar además la capacidad excedente de la red de Correos. Igualmente, se prevé la adaptación del título de Telefónica en base al contrato suscrito con el Estado.

El citado RD pone especial atención a evitar que se establezcan limitaciones al uso de estos circuitos, limitaciones que incluyen su reventa o subarriendo, e impone especiales obligaciones a los operadores que según sus propios criterios tengan la consideración de dominantes. Asimismo se regula el contenido de la oferta³⁸⁰ y las tarifas de estos servicios.

Directiva 95/51/CE de la Comisión de 18 de octubre de 1995 por la que se modifica la Directiva 90/388/CEE con respecto a la supresión de las restricciones a la utilización de redes de televisión por cable para la prestación de servicios de telecomunicación ya liberalizados

Esta Directiva trae causa en la situación de estrangulamiento, apuntado directamente por el Libro Verde, en que se encontraban los servicios liberalizados, ya que, no sólo se veían obligados a utilizar la red que se mantenía en régimen de explotación exclusiva, sino que no podían recurrir al uso de otras redes alternativas como en este caso las redes de televisión por cable³⁸¹

La Comunidad entiende que estas redes pueden constituir una oferta alternativa efectiva³⁸² que puede solucionar:

- El escaso desarrollo de los servicios liberalizados: este hecho se explica por

³⁸⁰ Regulación completada con lo dispuesto en la Resolución de 15 de febrero de 1996, de la Dirección General de Telecomunicaciones, por la que se aprueban las condiciones en que se debe hacer pública toda oferta de circuitos alquilados y los requisitos de utilización de los circuitos alquilados. BOE núm. 65, de 15 de marzo de 1996.

³⁸¹ De hecho, las únicas redes alternativas existentes hasta el momento eran las líneas arrendadas.

³⁸² Basando sus afirmaciones en dos estudios: *The effects of liberalization of satellite infrastructures on the corporate and closed group market, analysis 1994*, y *L'impact de l'autorisation de la fourniture de services de télécommunications liberalices par le câble-opérateurs*, IDATE 1994

los costes excesivos que implicaba la existencia de una única red. La existencia de una oferta plural, propiciaría también el desarrollo de nuevos servicios que llegaran a combinar productos audiovisuales con telecomunicaciones: televisión interactiva, video a la carta, servicios multimedia.

- La escasez de capacidad de transmisión: Las restricciones al uso de otras redes y por tanto, la inexistencia de competencia para el titular de la red pública, operaba como mecanismo disuasorio de la ampliación de esta capacidad. La introducción en esta oferta de las redes por cable unida a su mayor capacidad pondría fin a esta situación. De lo que se trataría es que, ampliando esta capacidad, no sólo mejoraran los servicios existentes, sino que se asegurara la competencia en el sector a través de la innovación.

De este modo, esta directiva pretende poner fin a una situación caracterizada por:

- La total y absoluta posición de dominio del titular exclusivo de redes públicas que, además de ser la causa de los problemas apuntados anteriormente, también daba pie a que la situación de monopolio legal se tradujera en un abuso de posición de dominio en los mercados en que no existían derechos exclusivos, como era el caso de las líneas arrendadas³⁸³.
- El mantenimiento de unos precios excesivos por el uso de redes o lo que es lo mismo, el mantenimiento injustificado de beneficios del monopolista.

³⁸³ En este sentido, en el Considerando 11 de la Directiva se apuntaba que *"la creación de una posición dominante mediante la concesión de un derecho exclusivo no era incompatible con el art. 86 TCE, pero el Estado no podrá mantener dicho monopolio cuando la empresa en cuestión se vea compelida o inducida a abusar de una posición de dominio"*.

- El control *de facto* de la competencia en los mercados de servicios liberalizados, ya que, tal y como se afirma en el Considerando 14, *se ha demostrado que el reservar a una sola empresa que comercializa servicios de telecomunicaciones, el suministro de la materia prima imprescindible a sus competidores (capacidad de transmisión), equivale a conferirle atribuciones para determinar cuáles sean los servicios que pueden prestar a sus clientes, los precios y por cuánto tiempo.* Es decir, que el mantenimiento del mercado de redes reducido a la oferta del operador que, a su vez mantiene una posición de dominio en el mercado de servicios, equivale a anular dicha competencia por la especial posición que éste ocupa en base a sus derechos exclusivos³⁸⁴.

En cualquier caso, la posibilidad de prestar servicios de telecomunicación a través de estas redes no se debía extenderse a todos ellos, quedando por tanto excluido el servicio de telefonía vocal hasta el momento de su liberalización, no sólo por garantía de este servicio, sino también porque su inclusión supondría considerar la red de cable como una red pública y, recordemos, ésta era objeto de derechos exclusivos.

Por último, cabe destacar, que en esta directiva, al igual que en la anterior, también se prevé la posibilidad de adoptar medidas destinadas a evitar abusos por parte de los operadores dominantes (titulares de la red pública conmutada), medidas que se concretan en la separación de actividades,

³⁸⁴ A raíz de esta afirmación, traemos a colación las observaciones vertidas en líneas precedentes sobre la mejor opción que hubiera resultado apostar por una cierta apertura del régimen de explotación de las redes, al tiempo que se iban liberalizando los servicios.

cuando sea el mismo operador el titular de la red pública y de la red de cable³⁸⁵, y en la separación contable.

En el plano nacional, la incorporación de estas redes a la reducida oferta que representaban las redes públicas de los organismos de telecomunicaciones (ex monopolistas) encontró su base legal en la **Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de las telecomunicaciones por cable (en adelante LTC)**.

El marco general en el que se incardinaba la citada ley, era la Ley 31/1987 de 18 de diciembre de Ordenación de las Telecomunicaciones según la cual, los servicios de telecomunicaciones tenían, en general, la consideración de servicios esenciales de titularidad estatal reservados al poder público con la excepción de:

- los servicios que se presten a través de redes propias (autoprestación de servicios).
- las redes privadas.
- los servicios de valor añadido.

En la clasificación efectuada por la disposición legal, el art.25 calificaba los servicios de telecomunicaciones por cable como servicios de difusión en los que la comunicación se realiza en un único sentido. Dentro de estos servicios, la televisión tendría siempre la consideración de servicio de difusión y en

³⁸⁵ Separación que se haría efectiva en virtud de la Directiva 1999/64/CE de la Comisión de 23 de junio por la que se modifica la Directiva 90/388 con objeto de garantizar que las redes de telecomunicaciones y de televisión por cable propiedad de un único operador sean entidades jurídicas independientes. Esta separación persigue por una parte, evitar las subvenciones cruzadas; y por otra, que dicho operador se vea incitado a incrementar el volumen de tráfico de su red de telecomunicaciones a través de su red de cable para sí asegurar aún más su posición de dominio.

ningún caso ostentaría la consideración de servicio final o de valor añadido, con lo que quedaba excluida su prestación en régimen de competencia.

Ahora bien, el mismo precepto en su apartado 4º preveía la posibilidad de que las entidades explotadoras de estos servicios pudieran prestar adicionalmente servicios de valor añadido, siempre que utilizaran como soporte sus propios servicios de difusión y en los términos que se establecieran reglamentariamente. Cualquier otro servicio requeriría el recurso obligatorio a los servicios portadores previstos en el art.14 de la LOT, esto es, las redes públicas³⁸⁶.

Con la aprobación de la Ley 42/95 de comunicaciones por cable, el nuevo régimen jurídico conferiría a los titulares de estos servicios³⁸⁷ de explotación, la habilitación para prestar³⁸⁸, conforme al marco general de la LOT:

1. Servicios finales y de valor añadido: Se trata de un conjunto de servicios consistentes en el suministro e intercambio de información³⁸⁹, abiertos al público, que se prestan sólo a través de redes de cable, y en los que la

³⁸⁶ La redacción originaria del art.14.5 de la LOT establecía que los servicios portadores se prestarían en régimen de monopolio, por gestión directa o indirecta, por entidades que a su vez fueran explotadoras de servicios finales de telecomunicaciones, con la única excepción de los servicios portadores que se utilicen como soporte de servicios de difusión. Al amparo de este artículo se otorgaron títulos administrativos habilitantes para la gestión de servicios portadores al ente público RETEVISIÓN, al organismo autónomo Correos y Telégrafos y a Telefónica de España S.A. Una descripción de estos servicios puede encontrarse en LAVILLA RUBIRA, J.J., *Servicios portadores*, en CREMADES, J. (Coord.), *Derecho de las telecomunicaciones*, La Ley-Actualidad y Ministerio de Fomento, Madrid, 1997, Págs. 364-376

³⁸⁷ Según la definición aportada por la propia ley, se consideran servicios de comunicación por cable, el conjunto de servicios de telecomunicaciones consistentes en el suministro o en el intercambio de información en forma de imágenes, sonido, textos, gráficos o combinaciones de ellos, que se prestan al público en su domicilio o dependencias de forma integrada mediante redes de cable.

³⁸⁸ Vid. ALMENDROS MANZANO, A.M., *Los servicios de telecomunicaciones por cable*, en ARNALDO ALCUBILLA, E. y MONTEJO VELILLA (Coord.), S., *Telecomunicaciones por cable*, la Ley-Actualidad, Madrid, 2000, Págs. 174-253.

³⁸⁹ Esta conceptualización supera la efectuada por la LOT que reducía los servicios de telecomunicaciones por cable a servicios de difusión.

información llega directamente al domicilio o dependencias del usuario. Estos servicios se concretarían en:

- Servicios de comunicaciones por cable: Servicios de difusión sonora, fundamentalmente radio y televisión, con la excepción de la televisión por ondas hertzianas, así como servicios de transmisión de imágenes de carácter interactivo.

- Servicios de valor añadido siempre que obtuvieran el correspondiente título habilitante:
 - Servicios de alquiler de circuitos y servicios de conmutación de datos por paquetes o circuitos³⁹⁰: utilizados en las comunicaciones entre terminales y ordenadores. Su liberalización estaba ya prevista en la Directiva 90/388/CE, pero en España no fue introducida en el régimen de la LOT hasta la aprobación de la Ley 32/1992, en virtud de la cual dejarían de ser considerados servicios portadores para pasar a ser considerados servicios de valor añadido, y por tanto susceptibles de ser prestados en régimen de competencia, por lo que los cableoperadores podrían prestarlos, en tanto titulares de la habilitación oportuna. Ejemplo de servicio de alquiler de circuitos sería una intranet; un servicio de conmutación de circuitos lo encontramos en la propia red pública conmutada; finalmente, un servicio de conmutación de datos por paquetes sería Internet.

³⁹⁰ El sistema telefónico consiste en una red de conmutación de circuitos, definidos como los caminos que transportan las señales de un dispositivo a otro, en el que el operador de telecomunicaciones proporciona la capacidad de conmutación necesaria para la conexión de un teléfono a otro.

- Servicios de líneas arrendadas: abiertas a la competencia desde la aprobación de la Directiva 92/44/CEE y su adopción en nuestro ordenamiento por el Real Decreto 1558/1995. Ejemplo de este servicio sería las redes corporativas para las comunicaciones privadas.
- Servicio de telefonía vocal en grupo cerrado de usuarios: considerado como servicio de valor añadido y por tanto abierto a la competencia a partir de la aprobación del Real Decreto 2031/1995 de 22 de diciembre. Ejemplo de ello sería el servicio de radiocomunicación cerrado.
- Servicios finales: incluido el servicio de telefonía básica en los términos previstos en la D.T. 2ª y a partir del 1 de enero de 1998. Respecto a la prestación de este servicio, el legislador español estableció toda una serie de previsiones dispersas en varias normas, que plantearon el problema de saber si para la prestación de este servicio se requeriría título habilitante específico o bastaría el reconocido como operador de cable, en cuyo caso se planteaba a su vez la disyuntiva de saber si ese servicio tendría cobertura nacional o quedaría limitado al ámbito de las demarcaciones³⁹¹.

Así pues, respecto a los requisitos para la prestación del servicio nos encontrábamos con que:

- D.T. 2ª de la LTC: simplemente se refería a la posibilidad de prestar el servicio.
- Art. 2 del RD 2066/1996 de 13 de septiembre de 1996 por el que se aprueba el Reglamento técnico y de prestación del servicio de

³⁹¹ Vid. ALMENDROS MANZANO, en ARNALDO ALCUBILLA, E. y MONTEJO VELILLA (Coord), *Op. cit.*

telecomunicaciones por cable: requería la obtención de título habilitante específico.

- D.A. 2ª del RD 136/1997 de 31 de enero por el que se aprueba el Reglamento técnico y de prestación del servicio de telecomunicaciones por satélite, en relación a la prestación del servicio telefónico por los operadores de cable exigía la comprobación por el Ministerio de Fomento del cumplimiento de requisitos técnicos.
- D.A.2º del RD 1912/1997 de 19 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento Técnico y de prestación del servicio telefónico básico y de los servicios portadores, exige a los operadores que comuniquen con una antelación mínima de 20 días al Ministerio de Fomento su disposición a prestar este servicio.

Respecto al ámbito territorial de prestación del servicio, también se nos ofrecen múltiples alternativas:

- A todo el territorio.
- A su demarcación territorial: RD 136/1997 de 31 de enero.
- A lo previsto en su título habilitante: Art. 2 seis del RD Ley 6/1996 de 7 de junio de liberalización de las telecomunicaciones que modifica el art.16.1 de la LOT.

Vemos por tanto cómo la prestación del servicio no estaba clara, máxime cuando aún no había previsión del régimen jurídico que habría de regir los servicios de comunicaciones y que vendría dado por la LGT 1998.

En la prestación de estos servicios, los cableoperadores podrían hacer uso tanto de su propia red, como de los servicios portadores de otros operadores,

reducidos a Telefónica, Retevisión y Correos y Telégrafos, así como también las redes de los operadores de telecomunicaciones por satélite.

2. Servicios portadores: Se consideran infraestructuras de cable, aquellas que utilizan principalmente cables de comunicaciones que son capaces de transportar cualquier tipo de señales de sonido, datos, imágenes o una combinación de ellos, al público y en el ámbito de una determinada demarcación territorial.

Estas infraestructuras no dejaban de ser infraestructuras de telecomunicaciones en los términos definido por la LOT, si bien limitadas:

- Técnicamente, por cuanto usan cables de comunicaciones y no otros sistemas como los radioeléctricos, ópticos sin guía física o satélites (recursos que los cableoperadores podrán utilizar excepcionalmente cuando existan limitaciones técnicas u orográficas al cable). Estas redes debían ser nuevas y además extenderse hasta el domicilio del usuario, de ahí que representaran una alternativa al denominado “bucle local” de las tradicionales redes de cobre dominadas por los operadores tradicionales³⁹².
- Comercialmente: deben ser redes aptas para la prestación de servicios multimedia, lo que supone la renuncia al tradicional par de cobre sustituido por la fibra óptica.
- Territorialmente: los servicios portadores de los servicios de difusión por

³⁹² En este sentido, Vid. ARIÑO ORTIZ, G. [et al], *Las telecomunicaciones por cable. Su regulación presente y futura*, Marcial Pons, Madrid, 1996, Pág. 319.

cable quedan limitados territorialmente por demarcaciones. En cada demarcación se prevé la existencia de un operador de cable además de Telefónica³⁹³, que estará habilitada para prestar servicios en todas las demarcaciones siempre que aquél se preste de forma integrada con la prestación del servicios telefónico básico³⁹⁴. Ésta nueva regulación representó una flexibilización del régimen de los servicios portadores previsto por la LOT; en primer lugar, porque se amplía el oligopolio de redes que representaba Telefónica, Retevisión y Correos y Telégrafos, y en segundo lugar, porque se suprime el requisito exigido a estos servicios según el cual su cobertura debía ser de carácter nacional.

El despliegue de estas redes de cable en nuestro país habría de constituir la primera brecha en el monopolio de servicios portadores previsto en la LOT y así, los cableoperadores podrían prestar dichos servicios a otros operadores, llegándose a constituir un mercado paralelo de redes. Este mercado, si bien limitado inicialmente en los términos anteriormente indicados, vendría a

³⁹³ Desde el momento en que Telefónica gozaba de una posición dominante, al ser el único operador cuya licencia se extendía a todo el territorio nacional, se hizo preciso establecer una moratoria en la prestación de servicios, que sería ampliada hasta los 24 meses a fin de permitir que los nuevos operadores desplegaran sus redes en sus respectivas demarcaciones. Transcurrida la misma, en noviembre de 2000 Telefónica comunicó su decisión de renunciar al despliegue de su red de cable a la par que apostaba por la explotación de la red de cobre para prestar sus servicios multimedia. Así nacieron los actuales servicios de ADSL que integran servicios pensados para las anteriores redes como Imagenio (servicio que integra acceso a Internet por banda ancha desde el ordenador y la televisión, televisión digital, canales de música digitales y cine a la carta y directo competidor de la televisión por cable y la televisión digital terrestre. Una descripción del servicio se encuentra disponible en la URL: <http://www.telefonicaonline.com/on/es/imagenio/index.html>). Esta renuncia podría añadirse a las razones económicas en que se funda su decisión de fusionar Via Digital con Canal Plus en una operación de concentración proyectada ya en 1995.

³⁹⁴ La obligatoriedad de prestar los servicios de comunicación por cable de forma integrada con los servicios de telefonía básica no implicaba la utilización de otras redes que no fueran las de cable, y así, el intento de Telefónica y Cablevisión de prestarlos haciendo uso de los bienes afectos al servicio público telefónico motivaron la adopción de un Auto por parte del Tribunal de 1ª Instancia núm. 55 de Madrid de 19 de junio de 1996, adoptando medidas cautelares en prevención de una conducta de competencia desleal, por cuanto se entendía que Telefónica, con su actitud, pretendía amparar una situación generada con anterioridad a la Ley del Cable con el título prevista en ésta para actuaciones futuras como era dicha integración de servicios. La ley preveía la futura integración de servicios, pero ello no servía para que Telefónica aprovechando su condición de operador exclusivo de redes pretendiera partir con ventaja en dicho incipiente mercado.

constituir, hasta la liberalización total de servicios en enero de 1998, la única alternativa competitiva a los operadores dominantes, en tanto los nuevos agentes pudieran desplegar sus propias redes.

Ahora bien, como hemos visto, pese a la oportunidad que estas redes suponían para la ruptura de derechos exclusivos, el legislador español, con poco acierto, limitó en demasía su uso. En primer lugar, porque a la prestación de servicios de valor añadido se le exigía una doble habilitación, la propia para la prestación de servicios de comunicación por cable, y una segunda específica para la prestación de servicios de valor añadido. Y en segundo lugar, se limitó injustificadamente su potencial para la prestación de servicios portadores, dado que no cabía interconectar las redes de cable fuera de su demarcación (lo que hubiera servido para constituir una red alternativa a la red pública conmutada), y además se les exigía recurrir de forma obligatoria a los servicios portadores previstos en régimen de reserva por la LOT.

Esta afirmación puede comprobarse con una aproximación a los diferentes servicios portadores que estos operadores estaban habilitados para prestar:

- Servicios portadores para servicios de valor añadido: A partir del Real Decreto 1486/1994 de 1 de julio las comunicaciones móviles pasarían a ser consideradas servicios de valor añadido en régimen de competencia³⁹⁵. Como bien indica ALMENDROS MANZANO³⁹⁶, a pesar de

³⁹⁵ En su virtud Telefónica sería el primer operador en prestar dichos servicios en su modalidad analógica. Por Orden de 26 de septiembre de 1994 se establecerían las condiciones para la concesión del título habilitante para la prestación del servicio de telefonía móvil pero en su modalidad GSM, que sería adjudicado por Orden de 29 de diciembre del mismo año a Airtel (adquirida por Vodafone en julio de 2001)). El tercer operador Retevisión (actual Amena del

que estas comunicaciones utilizan como infraestructura fundamental las redes basadas en el uso de las ondas hertzianas, pueden requerir instalaciones fijas que permitan la conexión entre bases emisoras y receptoras, centrales de conmutación y control, y ahí es donde los operadores de cable podían prestar sus servicios³⁹⁷.

No se podía decir lo mismo de las comunicaciones por satélite, imposibilitadas para ofrecer servicios portadores de servicios de valor añadido por virtud de:

- En primer lugar, de la limitación que establecía la Ley 37/95 de 12 de diciembre de Telecomunicaciones por satélite que en su art. 7 reducía la interconexión de las redes por satélite a las redes públicas (las reservadas al oligopolio) y las redes previstas en el art.23 de la LOT.
- En segundo lugar, de las restricciones que la LOT establecía al despliegue de redes, por cuanto, si bien la prestación de servicios de valor añadido podía requerir el recurso a nuevas redes, la efectividad de su despliegue se subordinaba a la obtención de una concesión administrativa, que no se otorgaba en caso de que existieran servicios portadores o servicios finales que pudieran sustituir a la red de telecomunicaciones especial propuesta.

grupo Auna), lo sería de la modalidad DCS-1880 Posteriormente modificado por el Real Decreto 1252/1997 de 24 de julio que además regularía el servicio de comunicación

³⁹⁶ En ARNALDO ALCUBILLA, E. y MONTEJO VELILLA (Coord), *Op. cit.*

³⁹⁷ Esta habilitación quedaría reforzada con la aprobación de la Directiva 96/2 de 16 de enero que modifica la Directiva 90/388/CEE en relación a las comunicaciones móviles y personales de 16 de enero y que establece la supresión de las restricciones al uso de redes de terceros en estas comunicaciones.

- Servicios portadores para servicios finales: Desde el momento en que las redes de cable podían interconectarse con las redes públicas, nada impedía que prestasen estos servicios siempre y cuando se tuviera en cuenta que tal prestación debía quedar limitada a la demarcación señalada en el título habilitante.

Al margen de estos servicios, el punto que se plantea a continuación es el margen de extensión y uso de estas redes a través de la figura de la interconexión. Sabemos que la delimitación territorial impedía que las redes de cable se interconectasen entre sí para prestar sus servicios de difusión más allá de su demarcación, esto era así por la configuración de los servicios (limitados territorialmente), no por la red.

Ahora bien, en la prestación de otros servicios que no fueran los de difusión por cable, en principio no cabían limitaciones, siempre que los servicios estuvieran liberalizados, que era precisamente la situación en la que se encontraban los servicios de valor añadido, y en el futuro, los servicios finales.

En principio, la prestación de estos servicios debía permitir la interconexión de las redes de cable, pero ello no fue así. El art.8 de la LTC establecía la obligatoriedad de utilizar los servicios portadores previstos en la LOT con carácter exclusivo, lo que no fue sino una limitación injustificada, porque precisamente la Directiva 95/51 lo que pretendía limitar, en su caso, era la prestación de los servicios de cable, no el uso de las redes. Efectivamente, esta directiva pretendía incorporar las redes de cable a la oferta “monopolizada” de infraestructuras, pero la LTC española la redujo, por cuanto los operadores de

cable, para prestar servicios tanto portadores como de valor añadido, debían acudir necesariamente a las redes de los operadores exclusivos.

De esta manera, las ventajas que suponían las redes de cable quedaban reducidas a la prestación de servicios de difusión, obviándose su principal logro: constituir una alternativa a las redes públicas, rompiendo el monopolio en el mercado de redes. Esa desventaja inicial se transformaría en el fracaso actual de las redes de cable.

Pero además, a la limitación impuesta al uso de estas redes por su ley reguladora, habría que añadir en los dos años siguientes, otra circunstancia: el desarrollo de las líneas RDSI, ADSL o HDSL que son redes de comunicación por banda ancha pero que utilizan las redes de cobre. Estas redes presentan varias ventajas³⁹⁸:

- Los servicios que pueden ofrecerse a través de ellas son los mismos que los de las redes de cable: sirva de ejemplo los servicios multimedia y de telecomunicaciones a la carta ofrecida por Telefónica como “Imagenio” que, inicialmente prevista como servicio de cable, se integraría en la actual oferta de banda ancha.
- Su coste es infinitamente inferior por cuanto no implican el despliegue de una nueva red sino la readaptación de la red ya existente.

³⁹⁸ Desde sus inicios, estas redes se presentaron como una posible alternativa a las redes de cable y por tanto, potenciales competidores. La Vanguardia Digital de 28 de enero de 2001.

Como ya sabemos, Telefónica se vio impedida durante 24 meses a prestar sus servicios de cable, en una moratoria legal³⁹⁹ que pretendía dar un margen para que sus competidores de cable pudieran desplegar sus propias redes en cada demarcación. Esta situación llevó a Telefónica a:

- Desarrollar un nuevo sistema de acceso a Internet, al margen del acceso tradicional: Telefónica sería el primer operador autorizado a prestar estos servicios a partir de la Orden de 11 de enero de 1997 que regula los servicios de acceso a información⁴⁰⁰ a través de la red telefónica pública conmutada y red digital de servicios integrados (RDSI)⁴⁰¹.

- Desarrollar una plataforma de televisión digital basada en la comunicación por satélite: Vía Digital, empresa distribuidora de televisión digital del grupo Telefónica creada en 1997⁴⁰². Precisamente, el desarrollo de sus sistemas de transmisión por satélite es lo que actualmente permite ofrecer el servicio Imagenio, ya que la banda

³⁹⁹ Introducida inicialmente por 16 meses en virtud de la Ley 12/1997 de 24 de abril de Liberalización de la Telecomunicaciones que modifica la LTC, y posteriormente por la LGT 1998 en su D.T. 1ª apdo. 6, la Resolución de 9 de diciembre de 1998 de la Secretaría General de Telecomunicaciones ampliaría el plazo al máximo previsto de 24 meses. En 1999 la Asociación de Operadores de Cable promovería una nueva moratoria de 5 años de duración, que no fue admitida por la CMT.

⁴⁰⁰ El desarrollo de los sistemas de transmisión y comunicación por banda ancha también sería apuntado como una de las barreras al desarrollo del mercado del cable por la CMT en su Informe Anual de 1999. Cap. II, Pág. 154.

⁴⁰¹ El desarrollo inicial de esta nueva tecnología le llevaría a solicitar a finales del año 2000 la liberación de sus obligaciones de despliegue de redes de cable al considerar este mercado obsoleto frente a otros emergentes como el ADSL. La Vanguardia Digital de 10 de diciembre y 21 de noviembre de 2000.

⁴⁰² Posteriormente, en abril del 2003, se aprobaría el plan de actuaciones para la integración de Vía Digital en Sogecable por parte del SDC. La Vanguardia Digital de 4 de abril de 2003. Esta operación se enmarcaría dentro de la nueva política de la compañía definida con la salida de Juan de Villalonga de la Presidencia y la entrada de César Alierta, quien desharía progresivamente las vías de negocio iniciadas anteriormente (Latinoamérica) y volvería la vista al mercado tradicional, estos es, el mercado nacional, con tres puntos básicos: servicios de telefonía fija en España, servicios de banda ancha y nuevos servicios de comunicación móvil como el UMTS. La Vanguardia Digital de 17 de noviembre de 2002.

ancha puede prestarse entre otros, por los sistemas de comunicación por satélite.

Estas dos acciones, han llevado a su vez a dos consecuencias: por una parte, que la principal ventaja que aportaban las redes de cable (fibra óptica), es decir, la conexión por Internet, se pierde, ya que la utilización de las redes de cobre (digitalizadas) para la prestación de este servicio, implica un menor coste que las redes de cable, con lo que éstas pasan a ser la alternativa menos atractiva; y por otra, que los servicios de difusión (televisión digital) que constituían los otros servicios para los que estas redes interesaban, cambian de medio y tienden hacia las comunicaciones por satélite.

De este modo, Telefónica se encuentra con que puede prestar servicios de acceso a Internet y de televisión digital sin tener que recurrir a estas redes, por lo que el interés en su despliegue desaparece⁴⁰³. Esta desincentivación no sólo sería propia del operador dominante, sino también del resto a "cableeros"⁴⁰⁴.

En relación con la política pasada y futura en este mercado, y a la luz de los datos aportados, podemos concluir que:

- La liberalización de los servicios por cable fue una experiencia mal aprovechada por el legislador español que se limitó a concentrar su uso

⁴⁰³ La conexión de banda ancha puede prestarse a través de las redes de cable, la red pública conmutada, vía satélite, por medio de la radio de alta frecuencia, por GPRS y por UMTS (versión ampliada del anterior).

⁴⁰⁴ La transformación de sus títulos habilitantes con la aprobación de la LGT 1998 supondría una ampliación de sus obligaciones de despliegue de infraestructuras. Estas obligaciones serían objeto de quejas de los operadores ante el Gobierno con el fin de obtener una ampliación de los plazos previstos, así como un aligeramiento de sus obligaciones de inversión. La Vanguardia Digital de 5 de febrero de 2001.

en los servicios finales de cable y servicios de valor añadido, obviando sus posibilidades como servicios portadores.

- El adecuado respeto por la normativa comunitaria hubiera requerido potenciar estas redes como alternativa al bucle local dominado por el operador tradicional, lo que hubiera supuesto una aceleración de la liberalización total del sector, incluido el servicio telefónico básico.

- La moratoria del cable impuesta a Telefónica, si bien necesaria para prevenir la competencia en este mercado, tuvo un efecto negativo cuando se conjugó con su habilitación para la prestación de servicios de televisión digital por satélite y servicios de comunicación por banda ancha, sentenciando así el futuro de los cableoperadores.

- Los operadores de cable se vieron forzados a realizar grandes inversiones en el despliegue de unas redes cuyos servicios en la actualidad pueden ser prestados a través de otras infraestructuras más baratas y variadas, lo que propicia que esos nuevos servicios sean menos costosos (entre otras razones, porque no tienen apenas inversiones que cubrir) que la oferta de cable.

- Las limitaciones introducidas en la LTC para utilizar estas redes, tanto en relación con la necesaria, aunque impedida, interconexión de redes de cable entre sí, como en relación con la obligatoria interconexión a las redes públicas (en régimen de monopolio) les restó protagonismo como redes alternativas.

- El retraso en la efectiva concesión de los títulos habilitantes a los operadores del cable también comportó serios perjuicios al sector, derivados de la situación de cierta inseguridad jurídica que provocó el hecho de que la mayor parte de dichos títulos fueron otorgados a lo largo de 1998, coincidiendo prácticamente con la aprobación de la LGT de 1998. Por ello, se tuvo que establecer un período transitorio en el que los cableoperadores tuvieron que adaptar sus títulos, de concesiones a licencias individuales B1⁴⁰⁵. Esta adaptación, si bien presentaba la ventaja de romper algunos de los límites impuestos al uso de sus redes (interconexión), también comportaba desventajas: en primer lugar, porque los operadores no sabían con exactitud cuándo podrían empezar a prestar sus servicios, lo que afectaba directamente a sus inversiones en infraestructuras; y en segundo lugar, porque sus costes se incrementaban dado que, por una parte Telefónica podría iniciar su actividad en el sector y sería una feroz competidora, y por otra, que el nuevo régimen legal preveía el establecimiento de determinadas obligaciones de carácter público como el servicio universal, al que los cableoperadores, también se someterían y que bajo el régimen de la LTC estaban previstas en un plazo de 5 años desde su aprobación⁴⁰⁶. Precisamente estas cargas económicas serían posteriormente “corregidas” con la aprobación de la LGT 2003 en virtud de la cual, el Gobierno decidió liberar los avales que en su día debieron

⁴⁰⁵ Definida por el art. 2.2 apdo. 2º de la LGT 1998 en los siguientes términos: *Será necesaria una licencia de este tipo para la prestación del servicio telefónico fijo disponible al público, mediante el establecimiento o explotación, por su titular, de una red pública telefónica fija. La explotación de la red incluye el derecho a prestar el servicio de líneas susceptibles de arrendamiento.*

⁴⁰⁶ Así, la D.T. 4ª de la LTC preveía la imposición de obligaciones de servicio público por el Gobierno, una vez transcurridos cinco años desde su aprobación.

prestar los operadores de cable para obtener una concesión de servicios⁴⁰⁷.

Finalmente no queda sino augurar que el panorama que se abre al mercado de telecomunicaciones por cable no puede ser menos alentador⁴⁰⁸; los cableros que han “sobrevivido” a un mercado que no acabó de producir beneficios tendrán tres opciones:

1. Se concentran y fusionan entre sí para constituir una red alternativa a Telefónica y ofrecer nuevos servicios integrados (móvil/fijo). Esta es la línea que está adoptando el grupo Auna quien ha realizado varias ofertas de compra de ONO que, de momento, han sido rechazadas⁴⁰⁹.
2. Buscan nicho de mercado en el que poder sobrevivir sin competencia excesiva, o al menos no tan feroz como el mercado minorista: en esta situación encontramos a Jazztel o BT que se concentran en el mercado de empresas y servicios de datos; Aló dedicada al negocio del acceso inalámbrico a Internet; Colt Telecom y Comunitel que ofrecen servicios avanzados a empresas y Tele2 dedicada a la reventa de minutos de tráfico.
3. Ofrecen paquetes integrados de servicios de carácter competitivo aún a

⁴⁰⁷ Vid. Cinco Días de 9 de agosto de 2004.

⁴⁰⁸ Máxime cuando hasta el momento, tanto en beneficio de los operadores de telefonía fija, como de los operadores de cable, la CMT se ve obligada a vigilar de cerca las ofertas de ADSL de Telefónica, la última de fecha 25 de noviembre de 2004. Vid. Cinco Días

⁴⁰⁹ Respecto a la última vid. Cinco Días de 17 de noviembre de 2004.

costa de la postergación de beneficios⁴¹⁰.

En cualquier caso las previsiones de futuro aún pueden ser más inciertas, si, como están anunciando algunas cadenas entre las que destaca Antena3, se cumplen las previsiones del “apagón” analógico y la implantación plena de la televisión digital en el 2007⁴¹¹ que no sólo traerá servicios de difusión digital a nuestros hogares, sino también y más importante, la banda ancha con carácter prácticamente universal. De ahí a la conexión gratuita a Internet puede haber un paso.

3.4. Desarrollo de las previsiones del Libro Verde de 1994 II: Red pública conmutada

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 telecomunicaciones⁴¹²; mercado de servicios y de infraestructuras

La presente Directiva es el resultado de la nueva orientación política que se imprimiría al sector, caracterizada por la necesidad de acelerar el proceso iniciado con el primer paquete normativo el cual, a la luz de la Revisión de 1992, distaba de ser totalmente satisfactorio. La Resolución del Consejo de 22 de julio de 1993 vino a establecer una fecha definitiva para la liberalización del último servicio que hasta la fecha se mantenía en régimen de gestión

⁴¹⁰ De hecho, a fecha de hoy noviembre de 2004, esta es la línea que están adoptando los principales operadores, y así por ejemplo Menta (del grupo Auna), operador de cable en la demarcación de Barcelona, ofrece conexión a Internet por banda ancha a través del cable, telefonía por cable y televisión por cable.

⁴¹¹ Según declaraciones del delegado de Antena 3 Maurizio Carlota, Antena 3 Noticias 25 de noviembre de 2004.

exclusiva, y así, el 1 de enero de 1998 la Comunidad pondría fin a la excepcionalidad que suponía el mantenimiento de derechos exclusivos o especiales en un sector incipientemente competitivo. En esa previsión aparecerían nuevas cuestiones que requerirían una atención jurídica que el marco inicial no ofrecía, por lo que, a la primera declaración política habrían de acompañarla, la Resolución del Consejo de 22 de diciembre de 1994⁴¹³ relativa a los principios y calendario de la liberalización de infraestructuras, y la Resolución de 18 de septiembre de 1995⁴¹⁴ en la que se fijarían un conjunto de directrices básicas destinadas a regir el nuevo marco regulatorio.

Las previsiones de esta Directiva pueden agruparse en dos puntos diferenciados:

El mercado de servicios

Su regulación viene a completar el marco iniciado con la Directiva 90/388/CEE por la que se preveía la liberalización de los servicios de télex, comunicaciones móviles y servicios de difusión pública (radio y la televisión), la efectiva liberalización de estos servicios se llevaría a cabo con la aprobación de:

- La Directiva 94/46/CE por la que se liberalizan los servicios de comunicaciones por satélite.
- La Directiva 95/51/CE por la que se liberalizan los servicios de televisión por cable.
- La Directiva 96/2/CE relativa a las comunicaciones móviles.

⁴¹² DOCE L núm. 74, de 22 de marzo de 1996.

⁴¹³ 94/C 379/03.

⁴¹⁴ 95/C 258/01.

En este punto, la liberalización del servicio telefónico básico respondía al hecho de que la misión de financiación de la red pública, que era el principal argumento que justificaba su exclusión, había llegado a su fin principalmente por dos motivos:

- En primer lugar porque el modelo que hasta entonces había regido las infraestructuras del sector cambia. Inicialmente, el sistema seguido se identificaba con el modelo de red abierta, en el que el operador de telecomunicaciones mantenía el monopolio en su gestión, si bien bajo la garantía de acceso a terceros. A partir de este momento se inicia un nuevo modelo caracterizado por la existencia de una pluralidad de redes, pluralidad que además ya no va a venir directamente relacionada con los servicios que se prestan, lo que implica la posibilidad no sólo de que aparezcan operadores de red (no de servicios), sino también de que otras industrias se presten a destinar la capacidad de sus redes a este sector. Efectivamente, las directivas anteriores, sobre todo por lo que se refiere a las comunicaciones por satélite, difusión por cable o servicios de comunicaciones móviles, vinculaban el despliegue, en su caso, de las redes a los servicios que se prestaban, lo que daba pie a que algunos Estados establecieran limitaciones a su uso basadas en los servicios a los que estas redes se vinculaban⁴¹⁵. Por el contrario, el nuevo régimen fomenta la desaparición de toda limitación al respecto, por lo que, a esas redes específicas no podrán imponerse mayores restricciones que las que puedan establecerse al uso de las redes públicas.

⁴¹⁵ Sirva de ejemplo la situación descrita en España respecto de las comunicaciones por cable.

- Y en segundo lugar, porque las estructuras de precios en el sector estaban lejos de acercarse a un sistema de costes, lo que indudablemente afectaba a la competencia en el sector. Así, mientras en los servicios liberalizados la tendencia a la rebaja de tarifas, propia de una situación de competencia efectiva, hacía que los precios se acercasen cada vez más a los costes, el mantenimiento de monopolios en la gestión de los servicios reservados provocaba que el monopolista mantuviera sus beneficios a costa de la rebaja de los precios. Por otra parte, el beneficio asegurado por el mantenimiento del monopolio en determinados servicios permitía que los monopolistas no se vieran afectados, al menos inicialmente, por la introducción de competencia en los servicios liberalizados. Pero además, la estructura distorsionada de las tarifas también tenía efectos en la competencia estructural del mercado, por cuanto los operadores obtenían sus beneficios no tanto de su conducta competitiva, sino de la divergencia entre el precio y el coste del producto.

De este modo, el combate contra la estructura distorsionada de los precios tendría dos orientaciones:

- Respecto a la prestación del servicio universal, la adopción de un sistema de tarificación orientado a costes tenía como principal objetivo garantizar su carácter universal, es decir, que un conjunto mínimo de servicios de comunicación fuera asequible para el público en general.
- Respecto del resto de servicios, la orientación a costes permitiría establecer un abanico de precios derivado directamente de la existencia de una situación de competencia. En estos servicios la aplicación de este sistema garantizaría la existencia de competencia.

En cualquier caso la Comunidad era consciente que la adopción de este nuevo criterio para el establecimiento de las tarifas podía provocar a corto plazo que algunos servicios devinieran inasequibles para determinados usuarios, lo que justificaba la adopción de medidas de intervención en las tarifas, intervención que sin embargo, se consideraba en todo caso transitoria.

Las nuevas condiciones en que se prestaría el servicio de telefonía vocal no distarían del régimen previsto para los servicios que ya habían sido liberalizados, y así se distinguen:

- Limitaciones derivadas del cumplimiento de objetivos de carácter no económico que tienen encomendados estos servicios: requisitos esenciales relativos a la seguridad e integridad de la red, uso del espectro radioeléctrico, protección de datos y medio ambiente, entre otros.
- Requisitos en forma de normas comerciales necesarios para garantizar las misiones específicas de servicio público o la contribución al servicio universal⁴¹⁶.

Cualesquiera otras limitaciones que quisieran establecerse y que pudieran limitar la competencia en beneficio de la posición de dominio de los operadores tradicionales deberían ser comunicadas a la Comisión que evaluaría su oportunidad. En esta misma línea, también se preveía que la aplicación del

⁴¹⁶ Mientras en el servicio de telefonía vocal se entiende que este tipo de normas resultan necesarias, en otros servicios como la conmutación de datos por paquetes o circuitos se promueve su eliminación.

procedimiento de licencias, menos transparente, a la vez que mucho más dado a la imposición de obligaciones específicas, se limitara a los servicios de telefonía vocal, suministro de redes fijas y otras redes que implicaran el uso de radiofrecuencias. En los demás casos el procedimiento de habilitación más apto sería la autorización.

Por último, también se previó que los Planes de Numeración que fueran competencia de los organismos de telecomunicaciones pasaran a ser gestionados por organismos independientes a fin de garantizar que el operador dominante no se reservase los mejores números.

El mercado de infraestructuras:

Junto con la previsión de liberalización del último reducto de derechos exclusivos y como consecuencia directa del mismo, se precisaba el establecimiento de un nuevo marco para las infraestructuras de telecomunicaciones puesto que, si en la prestación de estos servicios, los operadores se veían obligados a acudir a las redes del hasta entonces único prestador, se consolidaría de forma permanente e inevitable su posición de dominio en ese nuevo mercado⁴¹⁷.

El marco inicial contenido en la Directiva 90/387/CEE de Oferta de Red Abierta ya se había completado con la extensión de sus principios a otros sectores de este mercado, y así, la Directiva 92/44/CEE de aplicación de la ORA a las líneas arrendadas, la Recomendación del Consejo 92/382/CEE de 5

⁴¹⁷ En palabras de la Comisión *"reservar a una empresa que comercializa servicios de telecomunicación, la función de suministrar a todos sus competidores la materia prima imprescindible, capacidad de transmisión, equivale a conferirle poder sobre los servicios de sus competidores"*.

de junio relativa al suministro armonizado de un conjunto mínimo de servicios de transmisión de datos por conmutación de paquetes de acuerdo con los principios de la ORA , la Directiva 95/62/CE del Parlamento y del Consejo de 13 de diciembre relativa a la aplicación de la ORA a la telefonía vocal, posteriormente sustituida por la Directiva 98/10/CE, y finalmente la Directiva 97/33/CE del PE y del Consejo de 30 de junio de 1997 relativa a la interconexión en las telecomunicaciones en lo que respecta a garantizar el servicio universal y la interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de la Oferta de Red Abierta.

Ya hemos visto como en el Libro Verde de 1994 de infraestructuras, la Comunidad reconocía que, con carácter previo a la apertura total de redes y servicios -fundamentalmente por lo que se refiere a los servicios de telefonía vocal- resultaba necesario potenciar el uso de redes alternativas a las redes públicas titularidad de los operadores de telecomunicaciones.

Esa intención era precisamente la que había motivado que la liberalización de los servicios se hubiera acompañado de la previsión de despliegue de las redes oportunas para su prestación, pero pese a las previsiones de las Directivas anteriores, la situación en que se encontraba el “mercado de redes” no podía sino ser poco loable:

- **La oferta de líneas arrendadas**, si bien controlada en su cuantía, a fin de garantizar que los servicios de valor añadido no se encontrarían con un déficit de recursos, presentaba diversos inconvenientes: no exigía la separación estructural de la actividad de prestación de servicios y la actividad de alquiler de líneas a los operadores que lo prestaban, lo que

constituía una situación apta para la comisión de abusos; no se reconocían mecanismos específicos para solucionar las controversias derivadas de la negociación del arriendo, lo que implicaba recurrir al orden judicial que no siempre satisfacía las necesidades de celeridad; los operadores que prestaban este servicio utilizaban todos los mecanismos de control que tenían a su disposición para controlar a sus competidores (tarifas abusivas, control de la información sobre clientes): y finalmente, los requisitos establecidos en la oferta de estas líneas no habían tenido presente el ritmo de evolución de los servicios, de manera que la escasez de su ancho de banda imposibilitaba el desarrollo de nuevos productos.

- **La oferta de redes de fibra óptica (cable)** se había visto reducida en algunos países a la prestación de los servicios de cable (difusión), lo que reducía sus posibilidades de constituir una alternativa a las líneas arrendadas. Se reconocía que el mantenimiento de derechos exclusivos en algunos Estados⁴¹⁸ había limitado injustificadamente su uso, por lo que los citados derechos debían ser suprimidos a más tardar el 1 de julio de 1996.

- **Las redes de comunicaciones por satélite** constituían aún una infraestructura limitada a la prestación de determinados servicios y una inversión excesivamente onerosa para el común de los operadores.

- **Las redes móviles** acababan de incorporarse a la oferta de infraestructuras, por lo que aún estaban en fase de despegue⁴¹⁹, además,

⁴¹⁸ Este era el caso de España donde la obligación de hacer uso de los servicios portadores en régimen de oligopolio había mermado las posibilidades de uso que ofrecían las redes de cable.

⁴¹⁹ Independientemente de esta situación, debe hacerse constar el hecho de que los operadores móviles no han permitido el acceso a sus redes a operadores presentes exclusivamente en el mercado de servicios, los llamados "operadores móviles sin espectro", así como tampoco se les ha impuesto obligaciones de acceso para permitir, por ejemplo, que los operadores de servicios

en algunos países como es el caso de España, el marco general en el que se permitió la prestación en competencia de estos servicios, como servicios de valor añadido según la clasificación de la LOT, hizo que el despliegue de redes móviles fuera limitado por el necesario recurso a los únicos servicios portadores en ella previstos, es decir, los de Retevisión, Telefónica y Correos y Telégrafos. El prestador de servicios de comunicación móvil en su modalidad GSM (segunda licencia) no estaba autorizado a interconectar su red directamente con otras redes públicas o privadas. Este mismo régimen se mantendría con el Reglamento de desarrollo de la LOT⁴²⁰. No sería hasta la aprobación de la Directiva 96/2/CE cuando se suprimirían estas restricciones al uso de las redes móviles ⁴²¹.

Por todo ello, la presente directiva, no se limita a establecer el fin del monopolio en la gestión de las redes públicas, sino que también posibilita el uso de estas otras redes en una acción combinada que permitiría la introducción de una competencia efectiva en los servicios que se iban a liberalizar.

Por otra parte, la libertad de establecimiento de redes exige la previsión de mecanismos de interconexión que ya aparecían en las redes alternativas. Los

de telefonía fija prestaran servicios de comunicación móvil, lo que ha limitado la existencia de operadores que actúen como meros revendedores, figura que sí se introduciría posteriormente en la telefonía fija. *Vid.* La Vanguardia Digital de 11 de septiembre de 2000. En este punto de nuestra exposición además de esta figura, resultan de interés no tanto las redes móviles en sí, como algunos de sus elementos de transmisión (como el sistema LMDS, sistema inalámbrico de acceso radio al bucle local), que en este momento constituían una de las pocas alternativas a las redes de acceso del operador dominante. Un estudio de este mercado puede encontrarse en MONTERO PASCUAL, J.J., *Competencia en las comunicaciones móviles. De la telefonía a Internet*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

⁴²⁰ RD 1486/1994 de 1 de julio. BOE núm. 168, de 15 de julio de 1994

⁴²¹ En virtud de la aprobación del RD-Ley de 6 de junio de 1996, Ley 12/1997 de 24 de abril por la que se modifica el régimen jurídico previsto en la LOT para los servicios finales y portadores. *Vid.* LÓPEZ BLANCO, C., *Telefonía móvil*, en CREMADES, J., *Derecho de las telecomunicaciones*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1997, Págs. 401-411.

nuevos operadores tendrán derecho a interconectar sus redes a las del operador dominante incluyendo el acceso a las bases de datos de los clientes por cuanto resulta necesario para la prestación de servicios de guía telefónica, que desde ese momento, quedan también liberalizados.

La interconexión partirá de un entorno de libre negociación entre los operadores, y a los acuerdos les será de plena aplicación las normas de defensa de la competencia. Dado que los nuevos operadores no disponen de fuerza suficiente para negociar en condiciones de igualdad con los organismos de telecomunicaciones, se prevé el recurso a un sistema obligatorio en el que éstos deban publicar las condiciones normalizadas de interconexión, precios y terminales de acceso⁴²², así como la responsabilidad específica de encaminar el tráfico de llamadas de sus clientes a la terminal de interconexión que elijan y de tarifar el servicio.

Junto con la oferta pública del organismo de telecomunicaciones se imponen especiales previsiones tanto en materia de precios de interconexión, como en materia de servicio universal, y así:

- Se preceptúa el desglose del coste de todos los elementos que posibilitan la interconexión para evitar que se estén tarifando conceptos que no se correspondan con la prestación efectiva del servicio.

⁴²² Esta previsión se corresponde con la Oferta de Interconexión de Referencia. Nótese sin embargo que la intención de la Comisión era mantener esta situación en tanto no pudiera hablarse de competencia efectiva en redes. Su mantenimiento en la actual LGT 2003 nos indica que tal competencia aún no se ha alcanzado.

- Se previene la posibilidad de que las tarifas de interconexión se utilicen para financiar el servicio universal⁴²³

Pero además, la desaparición de los derechos exclusivos en el ámbito de los servicios de telefonía básica comportaría la plena aplicación del nuevo modelo de servicio público: el servicio universal.

La adopción de un modelo de gestión competitiva del servicio de telefonía básica podía poner en peligro la prestación del servicio en aquellos nichos de mercado que resultaran menos rentables. La Directiva ORA establecía el marco general de acceso a las redes y servicios de telecomunicaciones, por lo que en su aplicación, la introducción de competencia en el sector no suponía en ningún caso la desaparición del derecho a la comunicación, que es lo que sirve de base para el mantenimiento de una responsabilidad de los operadores en la prestación del servicio, y del Estado en su efectiva prestación⁴²⁴.

De esta manera, establecida la obligación general de prestación del servicio de telefonía básica, el siguiente punto a valorar era su financiación en la que intervendrían diversas consideraciones:

- En primer lugar, que este servicio en determinados casos podía no resultar rentable, por lo que la institución del mercado no operaría como incentivo suficiente para su prestación, haciéndose necesaria en este caso la intervención del poder público.

⁴²³ Si bien es cierto que las tarifas de acceso a la red pueden incluir una contribución a la financiación de este servicio, no lo es menos que debe señalarse en los precios la cuantía que se corresponde con dicha financiación.

- En segundo lugar, que la universalidad del servicio implica a su vez que su coste sea asequible y adecuado para la generalidad del público, con lo que deben establecerse mecanismos que compensen el hecho de que a veces deba prestarse a un precio que se sitúe por debajo del coste establecido por las normas comerciales habituales
- En tercer lugar, que dicho régimen de financiación, cualesquiera que sea el modelo efectivamente adoptado por los Estados, deberá establecerse en condiciones objetivas, no discriminatorias y proporcionales, siguiendo el modelo de principios que inspiran el régimen de ORA

La Directiva no establece su preferencia por un sistema u otro, sino que simplemente incide en la necesidad de que sirva exclusivamente a la finalidad de prestación del servicio universal, pero al mismo tiempo no limite la competencia en el sector.

Respecto a qué debe entenderse por servicio universal, la directiva no se pronuncia sobre los servicios concretos que se incluyen en dicho concepto, si bien puede deducirse que se refiere a los servicios que tras su aprobación quedarán liberalizados: el servicio de telefonía vocal.

Es destacable la directa relación que establece el texto entre la red y el servicio, por cuanto los operadores que resultan obligados a su financiación son los suministradores de redes de telecomunicaciones públicas, lo que confirma que la nota de universalidad no se predica tanto de un servicio de

⁴²⁴ En este mismo sentido se pronuncia DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M, en ARIÑO ORTIZ, G., *El nuevo.., op. cit.*, Pág. 148.

telecomunicaciones en concreto sino del acceso a las comunicaciones.

Lo que resulta esencial y protegible es el derecho a la comunicación, y en este sentido, lo que interesa garantizar es que los titulares de la red harán efectivo ese derecho por cuanto son ellos los que prestan el medio a través del cual se materializa la comunicación⁴²⁵. Esta obligación se extendería por mor de la Directiva 97/33/CE a los organismos que exploten las redes y servicios de telefonía vocal accesibles al público.

Por último, destacamos las principales modificaciones introducidas en la Directiva 90/388/CEE:

- Se establece el concepto de interconexión, hasta el momento simplemente nombrado como fenómeno en las Directivas 90/387/CEE (ORA) y 95/51/CE (cable) y referenciado anteriormente. Adviértase que desde este momento la interconexión no se va a limitar a su aspecto de derecho de acceso de terceros a las redes públicas existentes, sino que se incluye el derecho a interconectar la red de un operador con la del suministrador dominante.
- Se suprimen los derechos exclusivos que se mantenían en la prestación de servicios de telecomunicaciones incluyendo la creación y suministro de redes. Asimismo, se suprimen todos aquellos otros derechos exclusivos

⁴²⁵ El legislador español, a la hora de financiar el servicio universal, incluiría ambos, los titulares de redes públicas y los prestadores de servicios telefónicos disponibles al público, pero sólo para el caso en que esta financiación implicara una desventaja competitiva para los operadores obligados a prestarlos, esto es, los operadores dominantes, y que consistía en la constitución de un Fondo Nacional nutrido con las aportaciones de los distintos operadores. Art.39.2 LGT 1998. Esta segunda inclusión responde a la necesidad de que la obligación de prestación del servicio universal por el operador dominante no se transforme en una desventaja competitiva.

que, si bien no impiden la prestación de servicios, sí que los limitan sin adaptarse a criterios objetivos, proporcionales y no discriminatorios.

- Toda exigencia esencial, normas comerciales sobre condiciones de permanencia del servicio y obligaciones sobre la financiación del servicio universal incorporada a las licencias, autorizaciones o declaraciones precisas para la prestación de servicios, deberán ser comunicadas a la Comisión. Igualmente, se deberán eliminar las especificaciones de servicios público exigidos a los prestadores de servicios de conmutación de datos por paquetes o circuitos que pasarán a someterse al régimen general de autorizaciones y licencias.
- El régimen de interconexión estará presidido por la libertad de los operadores, sin perjuicio de que en caso de que no haya acuerdo, la autoridad competente, a solicitud de las partes y en un plazo razonable, adopte medidas para el establecimiento de las condiciones, requisitos operativos y financieros para llevarla a cabo.
- Se eliminan los derechos exclusivos en la creación y prestación de servicios de guía telefónica y consulta.
- Se establecen las condiciones básicas de financiación del servicio universal: únicamente estarán obligados a su financiación los suministradores de redes públicas que contribuirán en base a unas cuotas determinadas según criterios objetivos, no discriminatorios y proporcionados. También se preveía que el 1 de enero de 2003⁴²⁶ se

⁴²⁶ Esta revisión quedaría postergada con ocasión de la aprobación del paquete normativo 2002.

efectuase una revisión de los diferentes sistemas de financiación del servicio universal para evaluar la medida en que pudieran, en su caso, estar limitando el acceso al mercado.

- Se establece la necesidad de proceder a un reajuste de las tarifas orientándolas hacia un sistema de costes a fin de acoger plenamente un sistema competitivo en la prestación de los servicios de telefonía vocal.

Como apunte final, se hace necesario dejar constancia, que la Directiva 96/19/CE también serviría de base para la utilización de redes alternativas propias de otras industrias, conocidas como *utility* y traducidas por el legislador español como “operadores de viales”. La Ley 13/1996 de Medidas fiscales, Administrativas y de Orden Social modificó la LOT permitiendo que estas empresas pudieran instalar redes propias de telecomunicación distintas de las de los titulares de servicios portadores y finales.

Como resultado de la aprobación de esta Directiva, el Gobierno español procedió a incorporarla a nuestro acervo normativo.

3.4.2. El Real Decreto 6/1996 de 7 de junio de Liberalización de las Telecomunicaciones⁴²⁷

Su aprobación responde a la necesidad de adaptar la Directiva 96/19/CE en el marco de la LOT. Las principales modificaciones serían:

⁴²⁷ Posteriormente sustituido por la Ley 12/1997 de 24 de abril.

1. La derogación de la figura del delegado de Gobierno y la capacidad de nombrar miembros de los órganos de administración en las empresas concesionarias de servicios de telecomunicaciones finales y portadores, y la creación de la CMT como órgano independiente encargado de la aplicación de los principios de transparencia e igualdad de trato en el mercado.
2. La liberalización de los servicios portadores y finales y la adopción de las medidas necesarias para garantizar la libre concurrencia. Este proceso se iniciaría con la creación de un segundo operador de servicios finales que pudiera a su vez integrar al mercado una red alternativa pero no comercializada hasta la fecha: RETEVISIÓN, que pasaría a ser el segundo operador de telefonía básica con posibilidad de prestar servicios de comunicación urbanos, interurbanos e internacionales, así como servicios portadores. Realizada esta previsión, RETEVISIÓN pasaría a ser una sociedad anónima de carácter privado, mediante la sucesiva transmisión del capital público, así como la desafectación de sus bienes, que hasta el momento formaban parte del dominio público.

La constitución de este segundo operador motivaría la transformación de su título habilitante, por cuanto la prestación del servicio telefónico básico se sometería a un régimen de gestión indirecta sobre la base de un contrato de gestión de servicio público. La entrada de nuevos operadores no se haría efectiva hasta la aprobación del nuevo marco regulatorio de la LGT 1998.

3. Modificación de la LTC a fin de adaptarla el futuro marco de licencias establecido en la LGT 1998.

Nos disponemos ahora a comentar brevemente las diferentes medidas adoptadas:

1. Respecto a la supresión de la participación del Gobierno en las entidades gestoras de los servicios de telecomunicaciones, esta medida responde a varias motivaciones como son; por un lado, el proceso de privatización iniciado durante la década de los 80 y 90 que justifica por sí solo la desaparición de los mecanismos de intervención directa en la empresas; por otra parte, la necesidad de asegurar que las funciones regulatorias del Estado se mantendrán al margen de la prestación de servicios en un mercado competitivo⁴²⁸; por otra, el hecho de que con la liberalización de los últimos bastiones del monopolio, los servicios de telecomunicaciones necesariamente dejarían de ser servicios públicos en su sentido tradicional, lo que motivaría un replanteamiento de la responsabilidad que para con ellos tiene el Estado; y por último, que la constitución de organismos reguladores independientes va a sustituir la intervención del Estado en el mercado.
2. En relación a los servicios de cable, la modificación que a nuestros efectos interesa es la relativa a la demanda de la Directiva de la abolición de las limitaciones al uso de las redes de cable. La Ley 12/1997 en su art.3 apartado 5 contempla de forma expresa la habilitación de los operadores de cable para prestar servicios de valor añadido en su demarcación, y lo más

⁴²⁸ Separación cuya necesidad ya había sido abordada por el Libro Verde de 1987.

destacable, servicios portadores, eliminándose así las limitaciones que se contemplaban en la regulación inicial.

3. Y por cuanto se refiere a la liberalización de servicios, España se adelantaría a las previsiones de la Comunidad mediante la introducción de la competencia en materia de servicios finales y portadores. Sin embargo, esta liberalización no debe interpretarse con la entrada libre de nuevos operadores en el mercado, sino que será el Estado quien determine cuántos operadores estarán presentes y cuándo se producirá su efectiva prestación de servicios. En este primer momento, la introducción de competencia debe asimilarse al establecimiento de un duopolio al estilo británico: Retevisión y Telefónica. El tercer operador, Consorcio Lince (que opera bajo las marcas comerciales UNI2 y WANADOO) no empezaría a prestar sus servicios hasta diciembre de 1998 en base a la Orden de 28 de mayo de 1998 y bajo el régimen de la LGT de 24 de abril de 1998.

Téngase presente que España era uno de los países que podía acceder a plazos adicionales a la fecha de liberalización prevista en atención al escaso desarrollo de sus redes. Sin embargo, el legislador español optó por realizar un doble esfuerzo; por una parte, contribuir al desarrollo de las redes nacionales haciendo uso de las ya existentes aunque infrautilizadas, y por otra, preparar la entrada de la competencia en servicios colocando en el mercado a un operador que pudiera hacer frente en un futuro no lejano a Telefónica. Resulta evidente que el único candidato que a la fecha cumplía esas dos condiciones era RETEVISIÓN.

El hecho de que la competencia en este estadio se limitara a dos operadores no presentaba problema alguno para nuestro legislador ya que, consciente de que la competencia en servicios requería la competencia en redes, sabía que con la aprobación definitiva del futuro marco regulatorio identificado en el caso de España con la LGT 1998, los operadores de cable se situarían en una posición óptima para comenzar a prestar sus servicios en competencia con RETEVISIÓN y TELEFÓNICA, y que dicha competencia operaría como estímulo necesario para atraer a nuevos competidores que, tras la aprobación de una nueva ley que desplazara el régimen de la LOT, entrarían de pleno en el mercado.

Como se puede observar, las cuentas salieron como se esperaba y en atención a las condiciones precompetenciales creadas, el Gobierno español solicitaría a las autoridades comunitarias un plazo adicional. Sin embargo, la entrada progresiva de competidores, determinada por la oferta de licencias, no se acompañó de un adecuado proceso de reestructuración de las tarifas, imprescindible para garantizar la competencia en servicios que prometía la concesión de nuevas licencias. La liberalización no debía limitarse a la apertura de mercados, sino que debía incluir la creación de las condiciones necesarias para mantener a esos nuevos competidores en el mercado.

El abandono de una situación de monopolio exige proceder al desmantelamiento del sistema tarifario que lo acompaña⁴²⁹. La existencia de déficit de acceso en determinados servicios, la necesidad de “compensar” al titular de la red por la obligatoriedad del acceso de terceros

⁴²⁹ Por la adopción del principio de orientación de los precios de los servicios a sus costes.

a sus recursos, y la garantía de financiación del servicio universal, exigían la intervención del Estado en materia de precios, en tanto el mercado no fuera capaz por sí mismo de fijarlos en condiciones competitivas.

Como hemos visto, la Directiva 96/19/CE establecía la necesidad de iniciar un proceso de reajuste de tarifas destinado tanto a garantizar la prestación del servicio universal a un coste asequible, como a promover la competencia en el sector. Dicho proceso debía ser gradual desde la entrada en vigor de la Directiva y en cualquier caso, haberse iniciado antes del 1 de enero.

En este contexto, España, como uno de los países que, en atención a la necesidad de efectuar ajustes estructurales, podía solicitar la concesión de un plazo adicional para hacer efectivas las obligaciones dimanadas de la Directiva, así lo hizo, y en virtud de la Decisión de 10 de junio de 1997⁴³⁰, la Comisión acordó conceder a España plazos adicionales que conducirían a la liberalización plena del sector en diciembre de 1998.

Los principales motivos aducidos por España se centraban en la posición que ocuparía Telefónica durante el proceso de transición a la competencia, y en especial, su situación financiera, centrándose su argumentación en:

- Los costes en que incurriría Telefónica: implantación de un nuevo sistema de numeración para permitir el acceso de los competidores, inversión en redes.

⁴³⁰ Decisión 97/603/CE.

- Las modificaciones estructurales en su sistema de contabilidad: introducción del sistema de tarificación basado en costes.
- La necesidad de mantenerse como operador obligado a la prestación y asunción del coste del servicio universal y el peligro que supondría la competencia en este momento para asegurar que podría seguir cumpliendo su función de interés general.
- La obligatoriedad de iniciar un proceso de reajuste de tarifas (adaptación de las tarifas a los costes) para poner fin a la situación de déficit de acceso⁴³¹.

Además, dichas argumentaciones encontraban apoyo en la adopción y previsión de medidas destinadas a facilitar la entrada de competidores como eran: la entrada de un segundo operador introducido por el RD 6/1996, la concesión de una tercera licencia en enero de 1998, la elaboración de una nueva LGT en 1998, la publicación de las condiciones de nuevas licencias en agosto de 1998 y la habilitación para prestar servicios de telefonía vocal a los operadores de cable en 1997.

Sobre esta base, España ya comunicó en su día la necesidad de los

⁴³¹ En régimen de monopolio, las líneas de larga distancia subvencionan a las líneas locales por cuanto el coste de estas últimas no se ve satisfecho con las tarifas. La introducción de competencia exige la desaparición de estas subvenciones cruzadas, pero hasta que se produzca el necesario reajuste de tarifas se plantea el problema del déficit de acceso que se identifica con el hecho de que algunos servicios se cobran por debajo de su coste, lo que resulta contrario a la competencia por constituir una venta a pérdida. Esta incompatibilidad no sólo es jurídica, sino también técnica, por cuanto desincentiva el establecimiento de aquellas redes que sirven a la prestación de los servicios bajo coste. *Vid.* DE LA CUÉTARA, J.M., *El régimen tarifario*, en GOMEZ-REINO CARNOTA, E., (Coord.), *Telecomunicaciones, infraestructura y libre competencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, Págs. 311-312.

siguientes plazos adicionales:

- Hasta el 1 de enero de 1998 para la notificación de los procedimientos de licencia o declaración para la prestación de los servicios de telefonía vocal y establecimiento de redes públicas, así como el sistema de reparto del coste del servicio universal.
- Hasta el 1 de agosto de 1998 para la publicación de dichos procedimientos.
- Hasta el 30 de noviembre de 1998 para el establecimiento del nuevo plan de numeración.

Esta previsión concluiría en la proposición de una nueva fecha para la liberalización total: 1 de diciembre de 1998. Esta solicitud no incluiría la petición de plazo adicional alguno para el mantenimiento de restricciones a los servicios ya liberalizados.

Tras la apertura de un plazo de observaciones y las correspondientes manifestaciones de las autoridades españolas al respecto, la Comisión centraría su análisis en las siguientes reformas estructurales que debía afrontar Telefónica y que motivarían la concesión del plazo adicional para su efectiva realización:

- Reajuste de tarifas: la Comisión considera por una parte, que se ha producido un abaratamiento de las líneas de larga distancia fruto de los avances tecnológicos, y por otra, que este reequilibrio tiene que implicar

que los ingresos de conexión y la cuota de abono cubran los costes fijos y que los ingresos derivados de las llamadas han de cubrir su coste. Como quiera que se hacía patente la existencia de un déficit de acceso⁴³² (que es lo que justifica ese reajuste) se justificaba, por una parte, un aumento de los ingresos destinados a satisfacer los costes fijos unido a un incremento de las tarifas de llamadas locales (porque estaban ofreciéndose bajo coste), y por otra, un descenso en los ingresos aplicados a los costes de los servicios, especialmente las llamadas de larga distancia.

El problema se planteó cuando se puso de manifiesto que Telefónica ya tenía unas tarifas locales altas, lo que impedía que pudieran elevarse, compensándose dicho incremento con el descenso en los precios de otras llamadas (interurbanas e internacionales).

Ante esta situación la Comisión acordó el aplazamiento de la concesión de nuevas licencias hasta noviembre de 1998 a fin de que en ese plazo Telefónica pudiera reajustar sus tarifas.

- Implantación de sistemas de contabilidad de costes: La Comisión consideró que este sistema ya venía siendo exigido en las Directivas de extensión de los principios de ORA a las líneas arrendadas y a la telefonía vocal, por lo que no cabía prórroga alguna.

- Desarrollo de la red y numeración: Se reconoció la existencia de dichos

⁴³² Es decir, servicios que se ofrecen a un precio por debajo de su coste (como es el caso de las llamadas locales) y que se subvencionan con otros donde la relación coste/precio es la inversa.

costes y además se recalcó positivamente el hecho de que el establecimiento del plan de numeración coincidiría con la fecha de oferta de nuevas licencias. Esta circunstancia no obstaría a que los operadores que en ese momento puedan ofrecer el servicio de telefonía básica accedan a número adecuados.

Parecía por tanto que a partir de dicha fecha la apertura del sector a la competencia sería progresiva, pero no fue así. La correcta adaptación del sistema tarifario a la nueva situación de competencia debería haber supuesto la adopción de mecanismos propios del mercado a la hora de conformar los precios de los servicios para recibir la entrada de nuevos competidores, y en ese sentido, la elección del sistema de precios orientados a costes debería haber permitido la reducción progresiva de la intervención del Estado en esta materia.

Hasta julio de 2000 en que se adoptó el sistema de *price cap*, la fijación de los precios en este sector del mercado (telefonía fija) estuvo sometida a la intervención directa del Estado que era quien fijaba para cada año los precios tanto de los servicios como de la cuota de abono.

Este sistema de intervención partía de una serie de potestades de la Administración⁴³³:

- La potestad de ordenación económica: identificada con la potestad de controlar los precios para controlar el nivel de inflación⁴³⁴. La intervención

⁴³³ Vid. TORNOS MAS, J., *La intervención pública sobre los precios de los servicios. Tasas, tarifas, precios regulados y potestad de ordenación general de precios*, en AAVV, *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al Profesor Dr. Sebastián Martín Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, Págs. 649-676.

en este caso no se dirige a la formulación del precio, sino a su incidencia en el nivel económico general.

- La potestad de fijar precios regulados: como quiera que la liberalización de un sector supone la conversión de los servicios públicos en servicios de interés general, y que el mantenimiento de una situación de monopolio de hecho implica la existencia de determinadas externalidades, se requiere la intervención del Estado en tanto el mercado no sea capaz de asumirlas por sí mismo.

En el ámbito de las telecomunicaciones se pueden señalar las siguientes externalidades y las siguientes medidas de intervención:

- La entrada paulatina de competidores en el mercado y la necesidad de un lapso de tiempo para que se hagan con una cuota de mercado que amenace al operador dominante (creación de competidores con suficiente masa crítica) supone la proyección de los efectos del monopolio histórico en un entorno de supuesta competencia. Mientras en el régimen anterior el rendimiento de la actividad se garantizaba con la aplicación de la máxima "todos los ingresos financian todos los servicios", lo que permitía mantener el déficit de acceso en determinados servicios, con la entrada de la competencia, ese mismo régimen se califica de precios predatorios, de ahí la necesidad de establecer legislativamente el principio de orientación de los precios a

⁴³⁴ Los precios con mayor ponderación en la cesta de la compra usada para determinar el IPC durante 1998 eran la cuota de abono del servicio telefónico y las llamadas metropolitanas. *Vid. TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE DETONA, J., "La regulación en materia de precios: los precios de la telefonía fija", Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, núm. 229 (2004), Págs. 68-81.*

los costes, dado que los nuevos operadores no estarían en condiciones de competir con el operador dominante si los precios de éste se sitúan por debajo de su coste.

- La necesidad de cumplir con determinados objetivos de carácter político en un entorno de mercado: cumplimiento del compromiso de servicio universal. Ya hemos visto como la liberalización de servicios no implicaba un deje absoluto de la responsabilidad del Estado que en ese nuevo entorno se manifestaba, no sólo por la exigencia del servicio, sino también por el control de los precios de manera que se asegure la prestación de servicios asequibles para el público en general.
- La imposibilidad de duplicar redes y el efecto red característico de este sector. En este punto, la intervención estatal está dirigida a asegurar que las limitaciones de los recursos no serán aprovechadas por sus titulares para ostentar el dominio en el mercado. La obligatoriedad de la interconexión, la aplicación de principios de transparencia, objetividad y no discriminación en la determinación de su precio y el uso compartido de recursos garantizan que la detentación de medios no se traduce en un monopolio en el mercado de servicios.
- La tendencia natural de los agentes económicos a tratar de maximizar su beneficio, lo que implica la existencia de costes sociales (pérdida de beneficio social): la concentración de las operaciones de los nuevos competidores en los sectores más rentables podía conllevar un deje del esfuerzo competitivo en otras áreas donde sólo con grandes inversiones podría establecerse una dinámica de mercado. El Estado quería

acompañar la entrada de la iniciativa privada con la realización de inversiones y por ello adoptaría una política de control de precios sobre todo en materia de interconexión, ya que una tarifa excesivamente alta desincentivaría la prestación de servicios, mientras que una tarifa excesivamente baja implicaría otro tanto pero en el despliegue de nuevas redes.

En suma, la intervención del Estado en materia de precios se justificaba en tanto resultaba necesario proceder a un reequilibrio tarifario que compatibilizara la introducción de un régimen de competencia con la prestación del servicio universal. De ahí que la intervención no se redujera al precio de interconexión de redes, sino también a la prestación de servicios.

3.4.3. El reequilibrio tarifario y el acceso al bucle del abonado: un proceso de desaprovechamiento de las condiciones de competencia

Desde el 1 de enero de 1998 los Estados miembros tenían la obligación de llevar a cabo una reestructuración de tarifas. El mercado español de telefonía fija hasta diciembre de 1998 contaba con escasos competidores (Telefónica, RETEVISIÓN, los operadores de cable y operadores alternativos (fundamentalmente operadores de viales) y la competencia en servicios se limitaba a las llamadas interprovinciales e internacionales, por cuanto el coste de establecimiento de redes de acceso (bucle del abonado) implicaba que los nuevos operadores prefirieran restringir sus operaciones a los nichos de mercado más rentables (llamadas provinciales, interprovinciales e internacionales) que a aquellos que requerían una mayor inversión y proporcionaban una rentabilidad a largo plazo.

En este contexto debía llevarse a cabo la reestructuración de tarifas que suponía la reducción de los precios de los servicios más rentables (provincial, interprovincial e internacional), y el aumento de los que lo eran menos (metropolitanas). La cuestión no resultaba fácil, un descenso inmediato del precio de las llamadas de larga distancia podía implicar que la competencia se redujera a este sector del mercado, mientras que una subida generalizada de los precios de las llamadas menos rentables podía implicar la frustración del objetivo de universalidad del servicio, y a la larga, de la competencia.

Resultaba claro que había que proceder a un ajuste progresivo, ajuste en el que se deberían tener en cuenta tanto la nueva consideración de los servicios públicos, como la capacidad que tuvieran los nuevos operadores para hacer frente al operador dominante. Esta situación implicaba que la operación de reestructuración se debería centrar en la corrección de los precios bajo coste para evitar una situación de precios predatorios, y en la rebaja de los precios sobre coste para incentivar la competencia, la cuestión sin embargo era ¿en qué medida se debía intervenir en los precios?

Hasta julio de 2000⁴³⁵ el Gobierno español mantuvo un control absoluto de los precios de telefonía por entender que era precisamente él quien en mejor situación se encontraba para calcular el déficit de acceso y prever las rebajas e incrementos correspondientes. Así pues, durante el período 1998-1999 se

⁴³⁵ Orden de 31 de julio de 2000 por el que se implanta el sistema de *price cap*.

acometieron diversos ajustes⁴³⁶ que redujeron totalmente el margen de libertad de Telefónica⁴³⁷.

Si bien la Comisión había autorizado un plazo adicional para la efectiva liberalización del mercado, durante 1998 la presencia de al menos un competidor directo de Telefónica (RETEVISIÓN) y la adopción de precios regulados hubiera debido fomentar la competencia y el reajuste de tarifas, pero ello no fue así:

- En primer lugar porque Telefónica ya en junio de 1997 aprobó una serie de acciones encaminadas a hacer frente a la competencia que se estrenaría en enero de 1998. Dichas acciones se concretaban en la oferta de determinados productos destinados a fomentar el consumo en el tráfico provincial interprovincial e internacional, comercializados como “Planes Personales” y que fueron paralizados por la CMT a poco de su lanzamiento en septiembre de 1997. Tras esta acción, Telefónica previó el recurso a otros productos que, como se desprendería de la incoación realizada por el Servicio de Defensa de la Competencia en el expediente 456/1999 RETEVISIÓN/TELEFÓNICA, no dejaban de ser “herederos” de aquellos primeros. Estos productos serían objeto de una campaña de publicidad iniciada el 5 de febrero bajo el nombre “Planes Claros” y extendida hasta el 5 de marzo de 1998 coincidiendo prácticamente con la campaña de inicio de operaciones de RETEVISIÓN que empezó a

⁴³⁶ Orden de 31 de julio de 1998, de 16 de abril de 1999, Real Decreto-ley 16/1999 de 15 de octubre.

⁴³⁷ Esto se demuestra por el hecho de que los descuentos ofrecidos durante ese período por Telefónica no fueron del todo perceptibles por los consumidores dado que se movían dentro de los márgenes previstos por los precios aprobados por el Gobierno según datos aportados por el *Vid. Informe de la CMT de 1999*. Si a ello le añadimos que los otros operadores seguían el ritmo de rebaja de los precios de Telefónica, nos encontramos con que la rebaja de precios en el

ofrecer llamadas a larga distancia el 9 de enero del mismo año. Tal y como se desprende de la Sentencia del Tribunal de Defensa de la Competencia, la campaña publicitaria de Telefónica tenía un objetivo claro: entorpecer la competencia creando confusión y engaño en los consumidores, al tiempo que evitaba la migración de usuarios a RETEVISION⁴³⁸. La actitud de Telefónica resultó la única salida que para hacer frente a la competencia en tanto el Estado no autorizaba una bajada de los precios de las llamadas a larga distancia. Con ello no se justifica en ningún caso la actitud de esta compañía, pero no deja lugar a dudas el hecho de que si la intervención del Estado hubiera sido menos directa, probablemente la oferta de productos más baratos hubiera sido el reflejo de una actitud lícita de reacción frente a la competencia. La presión por el control del descenso de las tarifas, unido a las medidas desesperadas de Telefónica por no perder clientes que, aunque sancionadas, desplegaron sus efectos por un espacio de 3 meses, impidieron quizás un mayor grado de competencia en esos primeros momentos, basado en la impresión del consumidor de la existencia de una alternativa al operador tradicional.

- En segundo lugar, el control del incremento de las tarifas locales impidió la rebaja de las tarifas de larga distancia, que por otra parte también eran objeto de control por el Estado. La existencia de competencia, derivada al menos de la existencia de otro operador hubiera debido

mercado no era fruto de la estrategia competitiva de los operadores sino del control tarifario del Gobierno.

⁴³⁸ Así se desprende de los hechos declarados probados: la reacción de Telefónica a la oferta de su competidor fue desproporcionada tanto en intensidad como en asignación de recursos, la campaña causaba un claro error en el consumidor que no quedaba desvirtuado por las advertencias, apenas perceptibles, de que la oferta estaba sujeta a autorización administrativa, la oferta no estaba destinada a informar al consumidor, sino a entorpecer la campaña de su competidor. Estos hechos motivaron la declaración de una conducta de abuso de posición de

aprovecharse para que la corrección del precio de las llamadas de larga distancia se hubiera llevado a cabo no por la intervención estatal sino por efecto de la competencia⁴³⁹. Si bien la intervención en los precios de las llamadas metropolitanas y el servicio de acceso podía justificarse sobre la base de que podía dar lugar a una política de precios predatorios que se hubiera podido mantener durante el plazo idóneo para que Telefónica no sufriera un desequilibrio financiero (por ostentar una cuota de mercado prácticamente absoluta) y para que los nuevos competidores no alcanzaran la masa crítica necesaria para mantenerse en el mercado, la existencia de una incipiente competencia unida a la previsión de nuevas licencias a partir de 1999 hubiera debido causar el mismo efecto que se esperaba alcanzar con la intervención de los precios, luego, si el mismo efecto podía ser obtenido por los mecanismos del mercado, el Estado debía haberse abstenido de actuar.

- En tercer lugar, el control de los incrementos de las llamadas metropolitanas y de la cuota de acceso no se hizo tanto para evitar una subida indiscriminada de precios que afectara al consumidor, como para evitar los efectos de estos servicios en el IPC⁴⁴⁰, dando además por sentado que a fecha de 1 de diciembre de 1998 el reequilibrio tarifario había finalizado cuando con posterioridad, tanto el Abogado General Sr. Philippe Léger como el TJCE⁴⁴¹ manifestarían en relación al Asunto C-500/01 que dicho proceso no finalizó efectivamente hasta el 2003. Esta situación refleja la contradicción del Estado en tanto si se reconoce que

dominio a través de una campaña publicitaria y la condena a Telefónica. Resolución del TDC de 8 de marzo de 2000.

⁴³⁹ *Vid.* Cinco Días de 16 de febrero de 1998.

⁴⁴⁰ El Ministro Arias Arias Salgado en una entrevista reflejada por el diario Expansión de 1 de diciembre de 1998 manifestó que el reequilibrio tarifario había finalizado y además con una repercusión mínima en el IPC.

el desequilibrio tarifario se había corregido, ¿porqué mantener la intervención directa en los precios?

En definitiva, durante el período de 1998 a 1999 el Estado no sólo no permitió una adecuada cuantificación del déficit de acceso que posibilitara el reequilibrio de tarifas, sino que además no aprovechó la competencia que suponía la existencia de un segundo operador para dar una oportunidad a que la competencia produjera, sin intervención estatal alguna, la esperada rebaja de precios.

La situación se agravaría durante el período posterior a la aprobación de la LGT 1998. Antes de la entrada de nuevos competidores en el mercado, debía asegurarse que Telefónica no impediría, ni por precios ni por obstrucciones técnicas, el acceso de terceros a su redes, en tanto pudiera constituirse en mercado de redes alternativas de terceros, por ello Telefónica debía hacer pública una Oferta de Interconexión de Referencia antes de que dichos operadores iniciaran sus actividades en el mercado de servicios.

La primera oferta fue objeto de revisión por el Gobierno⁴⁴¹ con el informe favorable de la CMT, lo que daría lugar a la interposición de un recurso ante la Audiencia Nacional por entender que el precio establecido se situaba por debajo de su coste, llegándose incluso a solicitar la suspensión cautelar de la OIR⁴⁴². Este recurso sería rechazado el 7 de diciembre de 1998.

⁴⁴¹ Sentencia de 7 de enero de 2004.

⁴⁴² El pulso entre el Gobierno y Telefónica se centró en el precio de la interconexión. La oferta final eliminaría la doble cuota fija por establecimiento de llamada y de terminación a cambio de un incremento del precio de interconexión, siendo la tarifa local la más afectada. En cualquier caso, se produjo una rebaja del precio inicialmente establecido en la oferta de Telefónica. *Vid.* Cinco Días de 30 de octubre de 1998.

Los problemas que se plantean respecto al precio de la interconexión no son otros que los que ya se producían en el período anterior. El Gobierno manifestaba que el déficit de acceso había sido corregido con su política de fijación de precios, pero la realidad mostraba una situación muy distinta que fue lo que motivó la reclamación de Telefónica. El reconocimiento de que la tarifa de interconexión debía incrementarse no fue sino una muestra de que el déficit no había sido corregido, pero como el Gobierno por el momento no autorizaba más subidas de precios⁴⁴⁴ decidió que ese desequilibrio no fuera cubierto por el consumidor con incrementos en las llamadas locales y la cuota de abono, sino por los competidores con el precio de interconexión.

Esto explicaría porqué la tarifa de interconexión que satisfacían los competidores sería más alta que la cuota de abono que pagaba el consumidor, situación que se mantendría igual con la aprobación de las tarifas de acceso desagregado al bucle del abonado que durante 2001 y 2002 mantuvieron esta situación de desigualdad⁴⁴⁵, considerando el Gobierno que ello no tenía porqué afectar a la competencia, cuando resultaba evidente que el precio de la interconexión de redes influye directamente tanto en el mantenimiento de la posición de dominio de Telefónica, como en los precios que pueden ofrecer los competidores.

De este modo, nos encontramos con que la situación en que se encontraban los competidores no era la más propicia, dado que:

⁴⁴³ *Vid.* Cinco Días de 2 y 12 de noviembre de 1998.

⁴⁴⁴ Política posteriormente corregida con los incrementos realizados durante el año 1999.

⁴⁴⁵ Esta situación sería otra de las causas que motivarían la declaración de incumplimiento del Gobierno Español en el Asunto C-500/01 ya comentado.

- El déficit de acceso estaba siendo costado por los nuevos operadores, lo que se demuestra por el hecho de que Telefónica estaba obligada a seguir ofreciendo llamadas metropolitanas bajo coste. Si bien el sistema de precios regulados había desaparecido, la introducción de techos máximos de precios impedía nuevos incrementos, por lo que la única vía para compensar dicho déficit era a través de las cuotas de interconexión. Esta idea se refuerza por el hecho de que estas cuotas estaban por encima de las cuotas del abonado, lo que puede ser un indicio, bien de que el exceso estaba cubriendo el déficit que el Gobierno declaraba haber eliminado, bien de que el déficit no estaba ni mucho menos cubierto porque tanto la cuota de abono como la de interconexión implican los mismos costes, por lo que si ésta última estaba bien calculada, la otra no.
- Los nuevos operadores debían ofrecer servicios más baratos que Telefónica, a pesar de que sus costes estaban por encima de los verdaderos costes del servicio de interconexión. El deseo del Gobierno de forzar la inversión en redes manteniendo la desigualdad en las tarifas de acceso a la red no estaba funcionando, tal y como se demuestra por los datos arrojados por la CMT que tanto en su informe de 1999 como de 2000 manifiesta un crecimiento de las redes de transporte y distribución (llamadas de larga distancia) frente al escaso despliegue de las redes de acceso (llamadas metropolitanas).
- El uso de redes alternativas a la red de Telefónica aún encontraba numerosas limitaciones derivadas de la existencia de una fuerte intervención: las redes de cable estaban limitadas en sus demarcaciones

y las redes de los operadores viales debían someterse a la obtención de diversas licencias para comenzar a ser operativos (licencias municipales para el despliegue de red, licencias para la prestación del servicio de telecomunicaciones).

- Los operadores de redes móviles eran reacios a prestar sus infraestructuras a los operadores de servicios de comunicaciones fijas, sobre todo en lo referente a sistemas de transmisión que pudieran sustituir al bucle del abonado. La prestación de sus servicios condicionada al despliegue de sus redes propias les hacía reacios a perder cualquier oportunidad para recobrar sus inversiones, de ahí el escaso interés por negociar la interconexión a las redes fijas y los altos precios de las llamadas de fijo-móvil⁴⁴⁶.
- Hasta la efectiva apertura del bucle del abonado en el 2000 el único sistema de acceso era el indirecto, basado en el régimen contemplado en la Directiva ORA, por el que el operador que otorga el acceso (Telefónica) entrega la llamada al operador de acceso indirecto seleccionado por el cliente por medio de la marcación de un prefijo o por preselección⁴⁴⁷, lo que resultaba no sólo poco atractivo para el consumidor, sino que además garantizaba a Telefónica el empleo de su red. Los sistemas de acceso desagregado, acceso compartido y sistemas de acceso radio al bucle, junto con el despliegue de nuevas redes durante el 2000 y 2001

⁴⁴⁶ Que era precisamente el sector del mercado del que mayor beneficio obtenían.

⁴⁴⁷ La elección entre el sistema de acceso por marcación de prefijo o por preselección tampoco está exenta de costes. En este sentido se pronunciaría el TDC que identificaría dos costes asociados al mecanismo de prefijo: los gastos de publicidad del nuevo entrante, y los olvidos en la marcación que implican la elección de los servicios del operador dominante. *Vid.* PETITBÓ JUAN, A., *El mercado de las telecomunicaciones*, en GÓMEZ-REINO CARNOTA, E., *Telecomunicaciones, infraestructuras y libre competencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, Págs. 108-128.

vendrían a romper esa dependencia⁴⁴⁸ y a traer una verdadera competencia al sector.

Vemos por tanto como las dificultades a que se enfrentaban los nuevos operadores en la prestación de servicios en el sector menos competitivo, esto es, las comunicaciones metropolitanas se reducían a dos:

- La intervención de precios
- Las limitaciones legales y técnicas al empleo de otras tecnologías y redes

Respecto a la intervención de precios podemos afirmar que una adecuada valoración del déficit de acceso y una correcta operación de reestructuración de las tarifas hubiera apoyado el despliegue de una auténtica competencia en el sector, luego la intervención en precios, habiendo manifestado en líneas precedentes sus efectos negativos, hubiera debido ser reducida o al menos concebida de modo que dejara mayor margen de libertad a los operadores.

Respecto a las limitaciones técnicas, debe advertirse que la aplicación de alternativas a la red de cobre tradicional, aunque desde un punto de vista legal pudiera aparecer como la solución a la inexistencia de competencia, técnicamente no se presentaba, al menos en este momento, como una solución viable, así pues⁴⁴⁹:

- Las redes de cable no tenían cobertura nacional y tampoco ofrecían las

⁴⁴⁸ Hasta la implantación de esos nuevos sistemas, el sistema de acceso indirecto representaba que el 99% de los clientes de otros operadores también lo eran de Telefónica. *Vid.* Informe CMT 1999.

⁴⁴⁹ *Vid.* MENDOZA LOSANA, A.I., "Nuevas iniciativas para facilitar la competencia en el acceso al usuario final (bucle del abonado) (Un estudio a raíz del art.2 del RD-Ley 7/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes en el Sector de las Telecomunicaciones", *REDETI*, núm.10 (2001) Págs.119-142.

mismas aplicaciones que la red de cobre. Además, estas redes surgieron para la aplicación a servicios de televisión, por lo que su adaptación a la transmisión de señales de voz resultaba una operación costosa.

- Los sistemas de acceso radio (bucle inalámbrico), aunque de menos coste y mayor rapidez de despliegue, resultaban poco económicos para prestar servicio a la gran mayoría de viviendas. En cualquier caso, estos sistemas de acceso ya habían sido desarrollados por Telefónica autorizada a prestar servicios de acceso mediante el sistema RDSI por Orden de 11 de enero de 1997, el hecho de que no se utilizaran se explica porque a pesar de que en virtud de la obligación genérica de acceso a redes se hubiera podido exigir su empleo, la existencia de un sistema alternativo más barato (acceso indirecto) impedía su exigibilidad.
- La oferta de líneas arrendadas no sólo era limitada sino que además los precios resultaban altos⁴⁵⁰.

Estas desventajas técnicas hacían del par de cobre la red de acceso más eficiente desde el punto de vista económico, por lo que establecida su imprescindibilidad, la opción siguiente sería establecer el mecanismo para forzar la apertura del bucle que no se haría efectiva hasta la aprobación del **RD-Ley 7/2000 de 23 de junio, de Medidas Urgentes en el Sector de las Telecomunicaciones**, posteriormente desarrollado por el **RD 3456/2000 de 22 de diciembre por el que se aprueba el reglamento que establece las condiciones para el acceso al bucle del abonado de la red pública telefónica fija de los operadores dominantes**. Sin embargo, la adopción de

estos sistemas de acceso efectivo debiera haberse realizado antes. En base a la Directiva 98/10/CE que sustituye a la Directiva 95/62/CE sobre la aplicación de la oferta de red abierta a la telefonía vocal y sobre el servicio universal de telecomunicaciones en un entorno competitivo, se hubiera podido exigir dicho acceso pese a que no se contemplara de forma expresa (bajo sus disposiciones sólo cabía exigir el uso compartido, en ningún caso se hablaba de arrendamiento obligado de redes). La finalidad última de los principios de ORA es garantizar el acceso de los competidores a un mercado dominado por los ex monopolistas, por lo que debiera haberse potenciado todo tipo de acceso, sin limitarse a los previstos inicialmente en la regulación. Esta medida, unida al control de las tarifas de interconexión habría resultado indudablemente mejor que esperar a que el control intervencionista en los precios de los servicios, propiciara el desarrollo de unas redes cuya dificultad ya era por entonces manifiesta.

La ausencia de un aprovechamiento de los principios de ORA para extender la apertura de redes del operador dominante a aquellas en las que la competencia se manifestaba en menor medida (redes de acceso) probablemente puede explicarse por cuatro motivos: que el proceso de ajuste de tarifas aún no se había completado, que se consideraba prioritario incentivar el despliegue de nuevas redes, que la obtención de un mayor grado de competencia podía en este momento poner en peligro la prestación del servicio universal y finalmente, que como viene siendo habitual, los avances técnicos siempre superan al legislador.

⁴⁵⁰ Lo que años más tarde motivaría la solicitud de su rebaja a fin de ofrecer servicios de acceso a Internet en competencia. *Vid.* La Vanguardia Digital de 23 de septiembre de 2000.

Así pues, los nuevos operadores deberían esperar hasta el 2000⁴⁵¹ para contar con un acceso obligado al bucle del abonado⁴⁵² y una progresiva rebaja de los precios de interconexión⁴⁵³. Estas nuevas modalidades de acceso se basarían en la adopción de la tecnología ADSL que permite transformar las líneas telefónicas o par de cobre del abonado, en líneas de banda ancha y alta velocidad capaces de suministrar muchos canales de información⁴⁵⁴

Así pues, a partir del año 2000 el acceso a las redes del operador dominante se haría efectivo a través de:

1. Acceso Indirecto: incluye dos modalidades:

- a. Interconexión: Este sería el acceso previsto en el marco general de la Directiva ORA que establece el derecho, y en su caso la obligación, de interconexión de redes públicas: fijas, móviles líneas arrendadas y suministro de circuitos. Tras la liberalización de la telefonía vocal, este régimen vendría a estar regulado por la **Directiva 97/33/CE del PE y del Consejo, de 30 de junio, relativa a la interconexión en las telecomunicaciones en lo que respecta a garantizar el servicio universal y la interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de la oferta de red abierta** y por el **RD**

⁴⁵¹ RD 3456/2000 y El Reglamento comunitario 2887/2000 de 18 de diciembre.

⁴⁵² Téngase en cuenta que lo que motivaría la apertura del bucle sería su función como red de acceso a Internet. La decisión de la Comisión de abrir este sector a la competencia forzando al operador histórico a facilitar el acceso a terceros vendría motivada por la necesidad de abaratar el precio del acceso e incrementar la capacidad de transmisión, y no para favorecer la competencia en telefonía vocal. *Vid.* La Vanguardia Digital de 4 de octubre de 2000.

⁴⁵³ Desde el momento en que Telefónica empezó a ofrecer una oferta de tarifa plana de acceso a Internet, la CMT tuvo que obligarla a rebajar los precios de interconexión de manera que no hubiera diferencia entre las rebajas previstas dentro del sistema de *price cap* para los consumidores y los competidores.

⁴⁵⁴ MENDOZA LOSANA, A.I. *op.cit.*. Pág. 128.

1651/1998 de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento relativo a la interconexión y acceso a redes y numeración.

El modelo de acceso indirecto funciona como sigue:



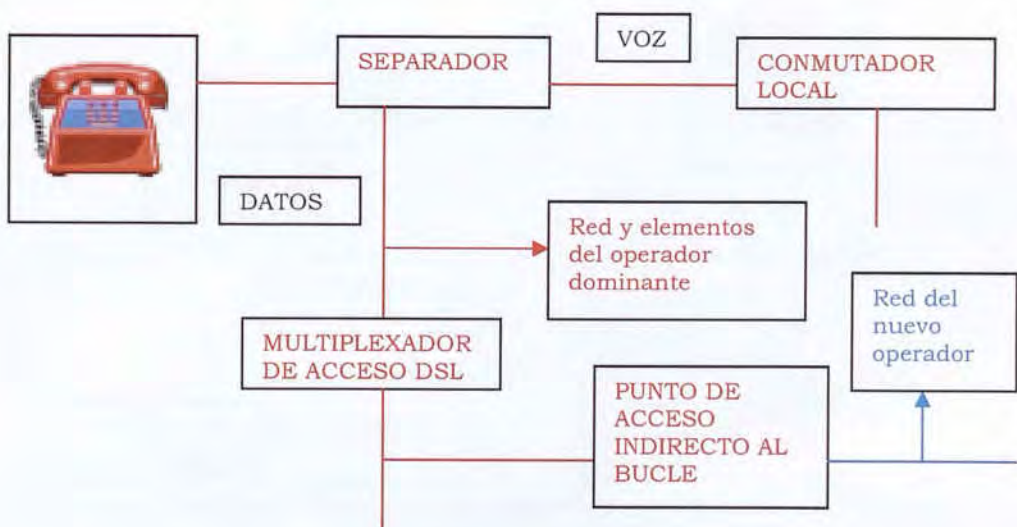
El operador dominante provee el acceso del usuario a la red y transporta la señal (llamada) desde el terminal hasta el centro de conmutación local (este tramo es el conocido como bucle del abonado). Desde este punto la señal viaja al punto de interconexión donde es entregada a la red del nuevo operador, y desde allí se repite la operación hasta llegar a la red de acceso del operador del usuario que recibe la llamada. Los terceros no acceden a la red del operador dominante pero sí se utiliza su capacidad portadora.

- b. Acceso indirecto al bucle del abonado (acceso de flujo binario de datos de alta velocidad): Este sistema permite que la señal originaria se desglose en el tránsito de la voz, y el tránsito de datos. Mientras que el servicio de transmisión de la voz continua siendo prestado

por el operador dominante, el servicio de transmisión de datos puede ser prestado también por un nuevo operador.

El operador dominante instala tres dispositivos: un separador que bifurca la señal en voz y en datos en la red de acceso al usuario, un multiplexador de acceso DSL que permite la transmisión de los datos a alta velocidad, y finalmente un punto de acceso indirecto al bucle que permite que los datos sean transmitidos por la red del nuevo operador.

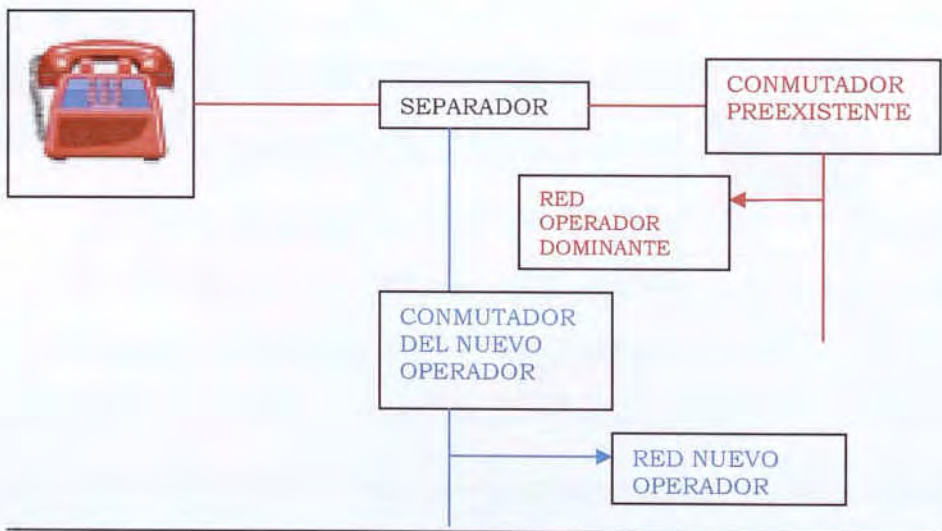
Este sistema presenta menores costes que los sistemas de acceso directo pero crea una mayor dependencia respecto del operador dominante porque es él quien decide la tecnología con la que se prestará el servicio de transmisión de datos.



2. Acceso directo: presenta también dos modalidades:

- a. Acceso desglosado o desagregado: el par de cobre (bucle) se alquila a un tercero para su uso exclusivo por lo que el operador preexistente pierde el control de la relación con el cliente. Este nuevo operador presta la totalidad de los servicios de telecomunicaciones (voz y datos)

En este modelo el nuevo operador accede al bucle a través de su propio centro de conmutación por lo que se garantiza su independencia frente al operador dominante titular de la red. Este nuevo operador prestará servicios de transmisión de voz y también datos, en cuyo caso el separador discriminaría ambas señales (voz y datos), la voz seguiría el esquema anterior, y los datos se dirigirían a un multiplexador y de ahí a la red



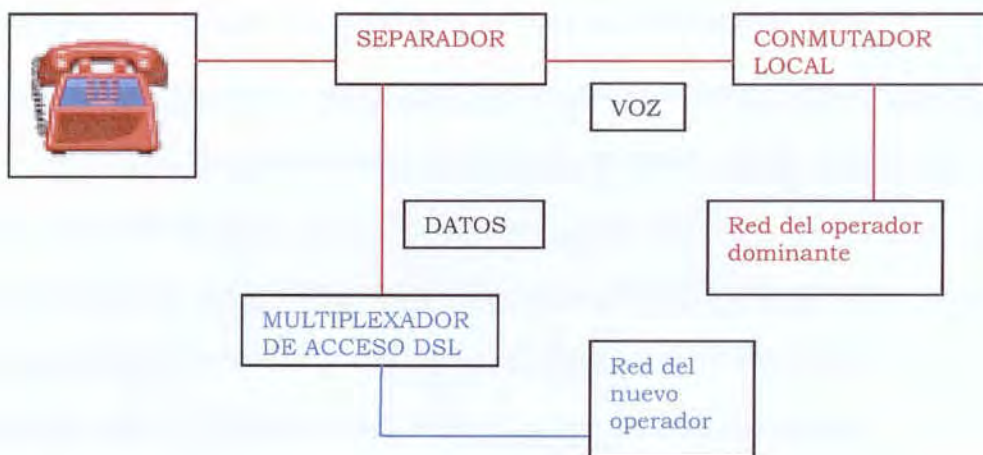
Este sistema de acceso, si bien plantea mayores ventajas para el nuevo operador que podrá decidir con plena libertad los servicios que ofrece, plantea como mayor inconveniente su coste. Por otra parte, requiere a su vez un deber de colaboración del operador dominante que se concreta en un deber de información de las características de cada bucle y la coubicación⁴⁵⁵ de los equipos de los nuevos operadores en las instalaciones del operador dominante.

- b. Acceso compartido: el operador preexistente continúa prestando el servicio de telefonía, mientras la nueva empresa ofrece servicios de datos de alta velocidad por el mismo bucle. Se trata de un acceso que también es costoso, si bien su principal ventaja es la flexibilidad que ofrece al usuario, que dispone de dos operadores, una para los servicios de voz y otro para la transmisión de datos. También aquí se establecen obligaciones de coubicación.

En esta tipología de acceso, es el nuevo operador quien instala el multiplexador de acceso a diferencia del sistema de indirecto, donde la instalación de este dispositivo dependía del operador dominante.

El esquema de funcionamiento de este acceso es como sigue:

⁴⁵⁵ Existen tres modalidades de coubicación: física, en la que el operador dominante facilita la instalación de equipos de los competidores en el mismo edificio en el que se facilita el acceso al bucle y son ellas las que se encargan de su mantenimiento, distante, donde los competidores instalan sus equipos en un lugar alternativo lo más cercano posible a los elementos de la red de acceso del operador dominante, los enlaces entre los diferentes equipos podrán ser establecidos por cualquiera de ellos; virtual, similar a la física pero aquí es el operador dominante quien se hace cargo de las instalaciones de los competidores. Vid. PLAZA FONSECA, C. y DE LA CALZADA FERNÁNDEZ, A.V., "Impacto de la liberalización del bucle del abonado" *Comunicaciones de Telefónica I+D*, núm. 19 (2000).



3.4.4. La obligación de interconexión y el acuerdo de interconexión en la LGT 1998 y LGT 2003

Al margen de las previsiones que podamos efectuar sobre el futuro de los actuales acuerdos de interconexión, así como sobre su conveniencia, en este punto se hace preciso elaborar un esquema que refleje cuál es la naturaleza tanto de la obligación, como del acuerdo por el que se materializa la interconexión de redes, así como su régimen jurídico.

La interconexión es una figura que no puede identificarse sin más con una mera obligación impuesta a los operadores privados porque ello equivaldría a pasar por alto la conveniencia de su mantenimiento o los términos en que ésta debe resultar exigible.

Así pues, para entender la interconexión como figura jurídica propia de los mercados de redes, y, concretamente, del mercado de las telecomunicaciones, debemos situarla en un contexto más amplio como son los servicios de interés

general. Dichos servicios han contando tradicionalmente con dos modelos regulatorios: el modelo de las *public utility* estadounidense, y el modelo francés de *service public*⁴⁵⁶

Mientras que el modelo francés entendía que la prestación de los servicios de interés general se correspondía con un sistema de reserva de la actividad a favor del Estado en régimen de monopolio⁴⁵⁷, el modelo estadounidense apostaba por un régimen de competencia, si bien sometiendo la actividad a un régimen jurídico más riguroso que se concretaba en la imposición de determinadas obligaciones como era la prestación a todo aquel que lo solicitara de forma adecuada y a un precio razonable⁴⁵⁸.

El nuevo modelo regulatorio a que se somete actualmente el mercado de telecomunicaciones responde en buena medida a la adopción del modelo americano, por cuanto mantiene el interés público de la actividad pero bajo un régimen de competencia, lo que no deja de ser una derivación del principio general de la función social del derecho de propiedad⁴⁵⁹.

⁴⁵⁶ Vid. MALARET GARCIA, E., *Régimen jurídico...*, op. cit., Págs. 101-167

⁴⁵⁷ Así pues, en el caso español, la reserva de una actividad económica al poder público implica una situación de explotación en régimen de monopolio, en tanto la reserva opera como factor excluyente de la actividad privada. En este sentido Vid. MALARET GARCIA, E., *Ibidem*.

⁴⁵⁸ Posteriormente la imposición de este tipo de obligaciones se limitaría a dos casos concretos: los *common carriers* (porteadores comunes) y los *common inns* (fondistas comunes). Siendo inicialmente un régimen derivado de la práctica jurisprudencial, se llegaría a requerir una previsión de carácter legal por parte de la doctrina del *common law* que, apoyada por el Tribunal Supremo con ocasión del caso *Munn v. Illinois* (94 U.S. 113 1876), vendría a decir que la propiedad privada que esté destinada a un uso en el que el público pueda estar interesado, viene a garantizar a éste dicho interés en su uso y debe someterse al control público para el bien común en atención al interés que ha creado. La solución que se adoptó fue la de constituir comisiones específicas e independientes para regular y controlar los diferentes sectores económicos.

⁴⁵⁹ La combinación de la defensa del interés público con la adopción de mecanismos propios de la actividad privada debe entenderse como parte del proceso de privatización del derecho público y constitucionalización del derecho privado. En este sentido. Vid. MALARET GARCIA, E., *El Derecho de la Administración Pública; derecho público y derecho privado; la relevancia de los principios constitucionales*, en AAVV, *Derecho Público y Derecho Privado en la actuación de la Administración Pública*, Marcial Pons e Institut d'Estudis Autònoms, Madrid, Barcelona, 1999, Págs 8-31.

De esta manera, la interconexión aparece como una obligación propia de los nuevos mercados de servicios de interés general, en los que, por otra parte, la constitución de todo un sistema de obligaciones de carácter público, en buena medida, viene a sustituir el modelo de servicio público anterior.

Visto así, parece que la interconexión queda perfectamente acotada y justificada, pero no es así, porque junto con las obligaciones propiamente de carácter público tendentes a la defensa del interés general, a que están llamados a servir estas actividades, encontramos otro tipo de medidas que están a caballo entre la acción de ordenación de la economía, propia de un Estado social, y la promoción y defensa de la competencia, propio de un sistema de economía de mercado, y en ellas también puede situarse la obligación de interconexión.

En este sentido, hay que tener presente, que si bien aquellas medidas destinadas a la promoción estructural de la competencia no pueden identificarse sin más con la aplicación de las normas de defensa de la competencia, entre otras razones porque su finalidad es defender la competencia, no instaurarla⁴⁶⁰, no podemos tampoco obviar el hecho de que esas medidas también se corresponden con los principios que en última instancia inspiran aquel sector normativo.

De todo ello podemos extraer una primera conclusión respecto de la naturaleza jurídica de la obligación de interconexión:

⁴⁶⁰ Cfr. VÁZQUEZ LÉPINETTE, T., *La obligación de interconexión de redes de telecomunicaciones*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, Pág. 75.

- Estamos ante una obligación de carácter legal impuesta sobre la base de que los servicios a los que afecta están calificados como servicios de interés general.
- Se trata de una obligación de carácter marcadamente público por cuanto los intereses que se pretenden proteger con su exigibilidad no se limitan a las de las partes interesadas, sino que trascienden tanto a los usuarios de los servicios, como al propio Estado en tanto contribuye a la preservación del mercado⁴⁶¹.
- La acción en la que se enmarca esta obligación es la promoción de la competencia y el libre funcionamiento del mercado, llegándose incluso a asimilar a la prevención de ciertos comportamientos anticompetitivos como es el abuso de posición de dominio derivado de la explotación indebida de una situación de dependencia.
- El marco en que opera esta obligación es un régimen de libre competencia, lo que implica que, en la consecución de la efectiva interconexión de redes, debe primarse la iniciativa privada, de ahí que el acuerdo que hace efectiva la interconexión, al margen de su sometimiento a ciertas cautelas, sea de carácter privado.
- La estructura del mercado también habrá de influir en su la configuración jurídica de esta obligación, por cuanto la existencia de una posición de dominio apoyada en el efecto red propio de estos mercados puede propiciar la aplicación de doctrinas como las *essential facilities* destinadas a romper

⁴⁶¹ *Ibidem*. Pág. 83-86

las barreras de entrada a estos mercados. No debemos olvidar que estamos ante mercados que presentan externalidades de red⁴⁶² que, como indican PÉREZ PRADO y PASSÁS OGALLAR⁴⁶³ comportan importantes consecuencias para el sector y que deben ser tenidas en cuenta por el legislador, y así:

- Frente a las industrias tradicionales en las que impera la ley de la demanda (por la que el precio que un consumidor está dispuesto a pagar por la última unidad de un bien desciende con el número de unidades vendidas), en estos mercados dicha ley se presenta de forma inversa. El precio que un consumidor está dispuesto a pagar por la última unidad aumenta con el número de unidades vendidas al aumentar su valor de forma exponencial en función del número de consumidores. Esto supone que cuantas más unidades se vendan, como en estos mercados opera el efecto red, mayor valor adquiere el producto inicial ya que el incremento de usuarios de la red comporta un valor mayor de la misma.
- Otra de las consecuencias que comporta la especial estructura de este sector es la aparición de determinadas barreras como los llamados costes de cambio, que a su vez se dividen en costes privados (costes de sustitución entre tecnologías) y costes sociales (coste que supone para un agente económico perder las ventajas derivadas de la pertenencia a la red anterior frente a las expectativas de la red a la que se cambia). Estos

⁴⁶² La externalidad de red se presenta cuando la utilidad que un usuario o consumidor obtiene del uso o consumo de un bien aumenta en función del número de usuarios o consumidores adicionales de dicho bien. Vid. SHAPIRO, C. y VARIAN, HAL, R., *Information rules: a strategic guide to the network economy*, Harvard Business School Press, Boston, 1998

⁴⁶³ "Efectos de red y competencia en mercados de nuevas tecnologías", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 230 (2004), Págs. 117-134.

costes de cambio, si bien en diferente manera, afectan tanto a los titulares de redes, como a los propios consumidores.

En el primer caso, los costes privados pueden constituir un obstáculo importante a la migración entre tecnologías. La necesidad, en ocasiones impuesta por el mercado, y en otras por el propio legislador, de ofrecer una rápida respuesta a la innovación tecnológica, requiere en numerosas ocasiones la importación de nuevos productos cuando las inversiones en los anteriores aún no han sido cubiertas, lo que implica importantes pérdidas económicas que repercuten indudablemente en las tarifas que satisfacen los usuarios.

En el segundo caso, los costes sociales motivan, junto con la ausencia de coordinación entre los diferentes usuarios a la hora de cambiar de tecnología, que los operadores que cuentan con mayor base de clientes tiendan a mantenerla pese a la aparición de nuevos operadores con productos nuevos y mejores⁴⁶⁴.

Esta situación es lo que ha motivado la adopción de estrategias agresivas en el mercado a fin de obtener clientes, como en su día fue el descenso del precio de los terminales para impulsar la telefonía móvil, o el establecimiento de sistema de pago no habituales en el sector (el sistema de las tarjetas prepago de Airtel), o en la actualidad las facilidades para obtener equipos electrónicos asociados al uso de la tecnología ADSL de Telefónica. Estas medidas favorecen al consumidor,

⁴⁶⁴ Este fenómeno explicaría entre otras causas, porqué, pese a los ingentes esfuerzos de los nuevos operadores, los operadores exmonopolistas mantienen altas sus cuotas de mercado. Asistimos por tanto a una quiebra del paradigma del *homo oeconomicus*.

no hay duda de ello, pero también reducen el margen de beneficio de los operadores necesario para mantener su presencia en el mercado y su política de innovación.

- Finalmente, los efectos de red en un mercado también pueden comportar el crecimiento de la divergencia tecnológica, por cuanto la existencia de incompatibilidad entre sistemas ayuda a la consolidación de una posición de dominio⁴⁶⁵. Si bien en este punto, y en la línea seguida por la Comunidad, prima la libertad de los operadores, no debe olvidarse el riesgo que la falta de acuerdo entre competidores o el abuso de posición de dominio⁴⁶⁶ puede entrañar para el desarrollo de la competencia en un mercado

Hasta este momento podríamos concluir que la obligación de interconexión se asimila más a una obligación de carácter público que privado, lo que no impide que los acuerdos que la hagan efectiva sean de carácter privado, pero la evolución posterior que ha tenido el marco normativo culminado con el paquete de Directivas de 2002 y la aprobación de la nueva LGT de 2003 nos obliga a ir más lejos en nuestro análisis, cuya exposición simplificaremos en los siguientes puntos divergentes:

1. Naturaleza jurídica de la interconexión.

⁴⁶⁵ Ejemplo indiscutible es la conducta llevada a cabo por Microsoft. Sin embargo debe advertirse que la apuesta por la compatibilidad depende de la empresa que la lleve a cabo, por lo que también se pueden encontrar compañías que pese a poder consolidar su posición en el mercado a través de la incompatibilidad de sus productos con los de sus competidores, opten por cooperar con ellos como así ha ocurrido con algunos fabricantes de terminales móviles

⁴⁶⁶ Ejemplo de una situación de abuso de posición de dominio en relación a la interoperabilidad de redes serían la deficiente conexión selectiva entre operadores o el incremento de los costes al competidor o al consumidor que provocan que este último tienda al uso de la red del operador dominante. PÉREZ PRADO, J.M. y PASSÁS OGALLAR, J., *op. cit.*, Pág. 129

2. Carácter de la obligación de interconexión.
3. Régimen jurídico de la negociación y contenido del acuerdo de interconexión.

1. Naturaleza jurídica de la interconexión

Una primera observación nos obliga necesariamente a prestar atención a la diferente redacción que la precedente LGT de 1998 y la vigente LGT de 2003 han dado a dicha obligación:

LGT 1998 Art. 22.1	LGT 2003 Art. 11.2
<p><i>“Los titulares de redes públicas de telecomunicaciones estarán obligados a facilitar la interconexión de éstas, con las de todos los operadores del mismo tipo de redes y servicios telefónicos disponibles al público que así lo soliciten”.</i></p>	<p><i>“Los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas tendrán el derecho, y cuando se solicite por otros operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas, la obligación de negociar la interconexión mutua con el fin de prestar servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, con el objeto de garantizar así la prestación de servicios y su interoperabilidad”.</i></p>

A primera vista el primer dato que llama la atención es la distinta consideración que en uno y en otro caso se hace de la interconexión, así mientras la LGT 1998 ponía el acento en el carácter obligatorio de la

interconexión, propio de un entorno de incipiente competencia; la actual LGT 2003 subraya su condición de derecho subjetivo, del que es titular todo operador de redes públicas de comunicación, lo que supone el reconocimiento pleno de un entorno competitivo, presidido por el derecho de acceso a la red.

Si la interconexión se interpreta como una obligación legal se acentúa como hemos visto su carácter público, en tanto que si se reconoce como un derecho, aparece más asociada a la relación privada entre los operadores que la van a hacer efectiva, y esta situación indudablemente va a afectar a su régimen jurídico, por cuanto en dicho reconocimiento, parece más adecuado recurrir a una ordenación destinada a regular su efectividad en el ámbito de las relaciones privadas, que a una imposición que se manifiesta en una regulación intervencionista como es el derecho público económico.

2. Carácter de la obligación de interconexión

Esta idea aparece reforzada en lo dispuesto a continuación: “.. **cuando se solicite por otros operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas, la obligación de negociar..**”. Esto supone que la obligación de interconexión aparece en el momento en el que alguno de los sujetos titulares del derecho no pueda hacerlo efectivo.

La obligatoriedad derivada de la solicitud no atendida de interconexión por otro operador ya estaba presente en la anterior regulación, la diferencia respecto al régimen actual radica en que ese carácter obligatorio del acceso aparece en segunda instancia, cuando los mecanismos privados que atienden a la efectividad, no lo consiguen.

Pero además, el pleno respeto a la libertad de los operadores, no sólo se manifiesta en el carácter supletorio de la imposición del acceso, sino en que además a dicha imposición se le requiere el cumplimiento de un requisito, como es que el ejercicio “impuesto” de ese derecho cumpla una determinada finalidad como es: “..con el objeto de garantizar así la prestación de servicios y su interoperabilidad”.

Esta idea nos lleva a afirmar que la primera observación expuesta, según la cual la interconexión aparecía como una obligación de carácter público, ahora precisa ser matizada, por cuanto el interés general ya no radica tanto en la interconexión en sí, sino en la prestación del servicio y sobre todo, en la garantía de acceso a la red como presupuesto básico para la competencia en el mercado. Es este nuevo interés el que motiva la interconexión, de ahí que se reconozca como un derecho, y se convierta en una obligación sólo cuando de ello dependa la garantía de prestación de servicios y su interoperabilidad.

Adicionalmente, se observa también que, bajo el nuevo régimen legal, la exigencia del respeto a la libertad de contratación es absoluta ya que, cuando el derecho de interconexión deba ser exigido y se convierta en un obligación, lo único que podrá reclamarse a los operadores es que forzosamente negocien, frente a la regulación anterior en la que la obligación era respecto de la facilitación de la interconexión, lo que podría llegar a interpretarse como la posibilidad, si bien restringida a supuestos muy excepcionales, de que la CMT pudiera llegar a imponer un acuerdo de interconexión a los operadores.

Así se desprende de lo dispuesto en el apdo.3º del art.22 LGT 1998 al prever que, agotadas las posibilidades de acuerdo de interconexión, la CMT podía exigir que se hiciera efectiva, y cuando procediera, establecer las condiciones en que debiera efectuarse.

Esto no supone, que la ausencia de voluntad de la partes diera lugar a la intervención forzosa de la CMT, sino que, en tanto un operador precisara la interconexión a las redes de otro, la CMT podía imponerla y fijar las condiciones de un acuerdo “forzoso” de interconexión.

Por el contrario, la actual LGT tan sólo contempla la imposición de una obligación de negociación, sin que la CMT pueda en ningún caso sustituir la actividad que corresponde a los operadores privados.

3. Régimen jurídico de la negociación y contenido del acuerdo de interconexión

El nuevo régimen impuesto por la LGT 2003 también implica una modificación de la actuación de la CMT en la resolución de los conflictos de interconexión que se manifiesta en una reducción de su ámbito de actuación que si bien alabada, ofrece aún ciertas limitaciones que no son sino indicativas de la aún precaria situación de competencia en el sector. Distinguimos en función de que estemos que el operador en cuestión ostente o no poder de mercado.

Operadores no dominantes

Bajo el régimen de la LGT de 1998 la negociación del acuerdo, y la intervención de la CMT seguía los siguientes principios:

- Libertad plena de los operadores a la hora de iniciar las negociaciones: La obligatoriedad de la celebración del acuerdo sólo procedía en caso de que un operador denegara a otro la interconexión (e incluso en este caso cabía imponer limitaciones tasadas a la obligatoriedad de la negociación), ello salvo que los operadores en cuestión tuvieran la condición de operadores con posición dominante, en cuyo caso, la realización de una oferta de referencia resultaba obligatoria sin necesidad de que existiera una petición previa de interconexión.

Ahora bien, pese a esa presunta libertad de que gozaban los operadores para establecer una negociación, la ley acordaba la imposición obligatoria del acuerdo de interconexión por la CMT, siempre que estuviera en juego la defensa de intereses públicos y que, aún reducida a lo estrictamente necesario, podía suponer la ausencia de cortapisas a la intervención pública cuando se trataba de proteger el interés general.

- Libertad plena de los operadores a la hora de fijar el contenido del acuerdo de interconexión, que si embargo, encontraba dos tipos de limitaciones:
 - Cuando el acuerdo aún no se hubiera celebrado: la imposición, con carácter previo por el Gobierno, de condiciones mínimas que resultasen de la aplicación, con carácter general, de la Oferta de Red Abierta, y en

particular, de la existencia de exigencias para el mantenimiento de los requisitos esenciales⁴⁶⁷ para la prestación del servicio o para la instalación o explotación de la red.

- Con carácter excepcional y para los acuerdos ya celebrados: el seguimiento de instrucciones de la CMT a fin de modificar aquéllos cuyo contenido pudiera amparar prácticas contrarias a la competencia o cuando resultase imprescindible una modificación con el fin de garantizar la interoperabilidad de servicios.

- Actuación supletoria de la actividad privada por parte de la CMT: Cuando las negociaciones de interconexión hubieran fracasado y los titulares de redes públicas no las interconectarán, la CMT no sólo podía obligar a que se hiciera efectiva la interconexión, en los términos que hemos visto anteriormente, sino también establecer sus condiciones. Esta intervención estaba limitada a la protección de intereses públicos, podía ser de oficio o a instancia de parte, pero requería en todo caso audiencia de las partes afectadas.

Por el contrario, el nuevo procedimiento elaborado por la LGT 2003 en el que se enmarca la negociación del acuerdo de interconexión destaca por:

⁴⁶⁷ Deben entenderse como tal los así definidos en el Anexo de la Ley: *los motivos de interés público y de naturaleza no económica que lleven a imponer condiciones al establecimiento o al funcionamiento de las redes públicas de telecomunicaciones o a los servicios de telecomunicaciones disponibles al público. Dichos motivos son la seguridad en el funcionamiento de la red, el mantenimiento de su integridad y, en los casos en que esté justificado, la interoperabilidad de los servicios, la protección de los datos, la protección del medio ambiente y el cumplimiento de los objetivos urbanísticos, el uso eficaz del espectro de frecuencias y la necesidad de evitar interferencias perjudiciales entre los sistemas de telecomunicaciones de tipo radio y otros sistemas técnicos de tipo espacial o terrestres.*

1. Libertad plena en su negociación: el art. 11.3 de la LGT establece que **no existirán restricciones que impidan que los operadores negocien entre sí**. La intervención de la CMT que antes se daba con carácter general en los supuestos en que un operador denegara a otro la solicitud de interconexión, se limita ahora a una potestad (de oficio o a instancia de parte) siempre y cuando esté justificada (lo que supone una motivación de la intervención) por:

1. El fomento y, su caso, garantía de la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios. Esta previsión tendría dos interpretaciones, por una parte la intervención procede cuando se trata de garantizar el derecho de acceso de terceros a las redes de un operador⁴⁶⁸ por tanto podría llegar a afirmarse que, al igual que en el régimen anterior, la CMT puede intervenir en la negociación cuando, con su ausencia, quede desamparado este derecho; y por otra parte, la intervención a que se refiere este artículo puede ser no tanto respecto de la negociación en sí, como respecto del contenido de la misma. Así, si del resultado de las negociaciones no se desprende a una adecuación del acceso, interconexión e interoperabilidad satisfactoria, la CMT podrá intervenir para que las partes modifiquen su acuerdo en ese sentido.

Esta previsión se identifica con la posibilidad, que bajo el régimen anterior, tenía la CMT de obligar a las partes a modificar aquellos contenidos de los acuerdos que impidieran la preservación de la competencia, o la garantía

⁴⁶⁸ Este derecho de acceso debe asimilarse al derecho de interconexión. El acceso como tal es un supraconcepto que utiliza el legislador comunitario para describir el fenómeno del uso de redes ajenas. El legislador español ha optado por el término interconexión para definir este fenómeno, pero en cualquier caso se comprende también el derecho de acceso. *Vid.* Vázquez Lépinette, *op. cit.*

de la interoperabilidad.

Obsérvese que, pese a que a primera vista el resultado de la nueva redacción es el mismo que antes, la intervención ya no opera con carácter casi automático, sino con carácter supletorio y como última medida a la falta de acuerdo entre las partes.

Además, los intereses que pretenden protegerse con esta intervención ya no se identifican como anteriormente con la defensa del interés público, sino con la competencia y en especial, con la garantía del acceso a la redes, como instrumento de acceso al mercado de servicios. Esta previsión constituye una buena muestra de cómo la competencia se ha adoptado, al margen de la protección que le dispensa su normativa específica, como el último interés a proteger con la intervención pública en el mercado a través de una normativa de carácter preventivo que, además, también sirve para garantizar otros fines sociales que no siempre se encuadran dentro de la política de defensa de la competencia.

De este modo, lo que antes era una intervención en aras a la protección de intereses públicos, ahora lo es en prevención de la competencia, por lo que la adecuación del acceso, interconexión e interoperabilidad debe identificarse con la represión preventiva de las posibles conductas de abuso que pueden darse en materia de interconexión⁴⁶⁹. En este punto se nos plantea la duda de si acaso no hubiera sido más adecuado reservar

⁴⁶⁹ Esta afirmación se revela de forma clara cuando de la lectura del art. 12.2 LGT 2003 se desprende que el único caso en el que realmente la CMT podría imponer un acuerdo de interconexión es en el caso de operadores que controlan el bucle local, que es precisamente el sector en el que los operadores dominantes pueden crear o abusar de una situación de cuello de botella.

esta competencia a los órganos que tradicionalmente han desempeñado esta función, y decimos tradicionalmente por cuanto la CMT también tiene encomendada la defensa de la competencia en el sector

Probablemente, el legislador haya pensado que el tecnicismo del sector y la celeridad que requiere la interconexión, constituyen razones suficientes para encomendar la defensa de la competencia en este mercado a la CMT y no a los órganos de defensa de la misma. Si a esta observación le añadimos el hecho de que los juicios de la CMT sobre la competencia en el sector han importado, con la figura del operador con poder de mercado, los criterios tradicionales del derecho antitrust, parece que en lugar de abogar por dejar que sea el Servicio y el Tribunal quien juzgue las prácticas anticoncurrenciales, se está creando en la CMT un juez *ad hoc* para la defensa de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones.

2. La consecución de: una competencia efectiva en el sector; una inversión eficiente en materia de infraestructuras; la garantía de servicio universal y las obligaciones de servicio público en redes y servicios; el desarrollo del sector (nuevos servicios y redes) y de la industria; un uso eficaz de los recursos limitados, la defensa de los intereses de los usuarios: la neutralidad tecnológica y el desarrollo del mercado interior.

La previsión de este elenco de objetivos y su exigencia como base de la intervención de la CMT (y del Ministerio de Ciencia y Tecnología) nos lleva a pensar que, pese a la declaración formal de la ley a favor de un desligamiento de la obligación o derecho de interconexión de su carácter público, sigue sirviendo a unos intereses de carácter general, al igual que

los servicios posibilitados por esta figura, y es que, no debemos olvidar que, pese a existir un régimen de competencia, las telecomunicaciones siguen siendo servicios de interés general.

La diferencia entre un régimen y otro estriba en definitiva, en que los intereses que anteriormente justificaban una intervención de la CMT en el ámbito privado de la negociación del acuerdo de interconexión se identifican con el interés público, en tanto que la regulación actual los identifica más con los presupuestos de existencia de competencia en el mercado⁴⁷⁰, por lo que, nada impediría la intervención de la CMT incluso en casos identificados con acuerdos colusorios o abuso de posición de dominio, ámbito en el que, en el resto de sectores operan el Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia.

3. El respeto por las condiciones de la ORA, que bajo el régimen anterior podía imponer el Gobierno con carácter previo a la celebración de los acuerdos de interconexión, y que con la nueva ley, se limita a las normas y especificaciones técnicas aprobadas en el marco de la política de armonización de la Comunidad, que pueden ser declaradas de carácter obligatorio para garantizar la interoperabilidad de servicios y la libertad de elección de los usuarios, y cuya gestión tiene encomendada la CMT.
- Libertad en la fijación del contenido: La única limitación a la libertad de los operadores para fijar el contenido de su acuerdo de interconexión se da en el caso de que proceda declarar la obligatoriedad de la negociación, en cuyo caso, la CMT puede también establecer determinadas condiciones técnicas

⁴⁷⁰ Todo ello con la salvedad del mantenimiento del servicio universal.

u operativas tanto al operador obligado como al beneficiario de la interconexión, cuando ello resulte necesario para mantener el funcionamiento normal de la red.

Operadores dominantes

Al margen del régimen descrito anteriormente, aplicable a la generalidad de los operadores con independencia de su posición en el mercado, el legislador, al igual que su homónimo anterior, considera que la finalidad que se pretende cubrir con la interconexión, no puede alcanzarse con su mero establecimiento y exigencia cuando quien debe facilitar el acceso a la red sea un operador dominante (operador con poder de mercado). De este modo, los operadores que reciban esta calificación, están sujetos a un específico régimen de responsabilidad respecto del derecho de interconexión, que deriva en la aplicación de una serie principios, que a su vez se materializan en la imposición de unas obligaciones auxiliares que, junto al derecho a la interconexión, forman parte de la llamada regulación asimétrica y que como indica Vázquez Lépinette⁴⁷¹, más que destinada a la represión o prevención de los abusos de posición de dominio, persigue su superación, dando un apoyo artificial a la competencia emergente⁴⁷².

Estos principios, presentes tanto en el régimen actual como en el anterior, tienen por finalidad esencial el aseguramiento del marco de libertad en el que deben aprobarse los acuerdos de interconexión, por lo que pueden en cierto modo asimilarse a los principios generales que aseguran la libertad de

⁴⁷¹ *Op. cit.* Pág. 78.

⁴⁷² Precisamente esta afirmación nos permite corroborar el hecho de que en tanto el mercado llegue a ser plenamente competitivo, la interconexión como requisito de la existencia de una situación de competencia desaparecerá.

contratación, lo que explica, el porqué revierten en la imposición de obligaciones específicas para los operadores con posición de dominio en el mercado, en lugar de para todos ellos. Estos principios, que no dejan de inspirarse en el modelo originario de acceso formulado por la Directiva ORA, son los siguientes:

Régimen de la LGT 1998

- Principio de transparencia: Desde el momento en que el operador que va a facilitar el acceso e interconexión a sus redes, es a su vez competidor directo en el mercado de servicios, se establece la necesidad de establecer la mayor garantía de transparencia en lo que se refiere a los ingresos y costes de interconexión y los ingresos y costes de otros servicios. Esta exigencia se concreta en:
 - Orientación de los precios de interconexión a costes.
 - Separación de actividades: Puede requerirse la segregación jurídica de las actividades o la mera división contable sujeta además a determinadas reglas de contabilidad de costes.
 - Publicidad de los precios de interconexión.
 - Desglose de los diferentes costes integrados en el servicios de interconexión, a fin de garantizar que no se sufraga un importe superior al estrictamente relacionado con el servicio solicitado.
 - Publicidad de los acuerdos de interconexión: Los acuerdos de interconexión formalizados deben ser comunicados a la CMT, quien los pondrá a disposición de los interesados (esta obligación recae sobre todos los operadores y en especial sobre el operador dominante quien resulta obligado a realizar una Oferta de Referencia).

- Principio de no discriminación: este principio se manifiesta en la obligación general de atender a toda solicitud de interconexión, sin que puedan aceptarse más motivos de denegación de la solicitud que no sean los tasados por la ley, a saber: cuando existan alternativas técnica y comercialmente viables a ella o cuando la interconexión no pueda satisfacerse por insuficiencia o inadecuación de los recursos disponibles⁴⁷³.

También constituye una manifestación de este principio las cautelas de publicidad de los acuerdos de interconexión, no sólo de la oferta de referencia que realice el operador que ostente una posición de dominio, sino también de todos los acuerdos que se hayan celebrado con independencia de la posición que en el mercado tengan los contratantes

- Principio de objetividad: resulta de especial trascendencia para garantizar el efectivo acceso a las redes ya que garantiza que se atenderán todas las solicitudes de interconexión que resulten técnicamente viables y debidamente justificadas.

También resulta aplicable, pese a que estas redes quedan excluidas de la ORA por no ser redes accesibles al público en general, a los accesos especiales de redes de grupos cerrados en los que las únicas condiciones a tener en cuenta serán la importancia de la red y de los servicios propios del grupo cerrado de usuarios, así como la circunstancia de que este grupo

⁴⁷³ Adviértase que estas causas no pueden ser directamente alegadas por el operador obligado a prestar interconexión, sino que será la CMT la que limite esta obligación de forma temporal y caso por caso. Art. 22 LGT 1998.

cerrado pueda estar integrado en una administración pública y sus entes públicos.

Régimen de la LGT 2003

- Principio de transparencia: se concreta en la obligación de publicidad de aquellas características del acuerdo que resultan esenciales para garantizar el acceso a las redes como son: información relativa a la contabilidad, especificaciones técnicas, características de las redes, condiciones de suministro y utilización, y precios.

Se mantiene la obligación de realizar una Oferta de Referencia, así como otras obligaciones específicas como son la separación de cuentas o el control de precios.

- Principio de no discriminación: Se asimila a los criterios propios del derecho de la competencia al garantizar la no discriminación entre operadores y la no aplicación de condiciones diferentes que las que aplica el propio operador obligado a la interconexión a sus propios servicios. Esta afirmación se desprende del propio literal de la ley cuando afirma que *se garantizarán en particular, que el operador aplique condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a otros operadores que presten servicios equivalentes y proporcione a terceros servicios e información de la misma calidad que los que proporcione a terceros servicios e información de la misma calidad que los que proporcione para sus propios servicios o los de su filiales* (art. 13 apdo. b LGT 2003). Esta previsión se completa con la obligación de acceso a recursos específicos de las redes, y a su utilización.

Obsérvese el paralelismo que presenta este redactado con el art. 6 apdo. d de la LDC, *el abuso podrá consistir en: la aplicación en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*

Como se puede demostrar, la nueva LGT ha subsumido los supuestos de abuso de posición de dominio en general, al sector específico de las telecomunicaciones y los ha transformado en derivaciones de los principios que rigen el acceso a este mercado, punto clave para la existencia de competencia.

- Principio de objetividad: este principio resulta en general garantizado desde el momento en que la interconexión se configura como un derecho que asiste a todos los operadores de redes públicas de telecomunicaciones, lo que implica la imposibilidad de establecer condiciones diferentes para los distintos operadores dado que su derecho es el mismo en todo caso.

4. Aplicación de la doctrina de las *essential facilities* a la obligación de interconexión

Al margen del tratamiento público que se le dé al régimen de interconexión interesa a nuestros efectos analizar someramente la aplicación de la doctrina de las *essential facilities* al marco de los acuerdos de interconexión, en tanto el progresivo desarrollo del mercado lleve aparejado el abandono de un régimen

administrativo a favor de un auténtico régimen de competencia en el que el papel preponderante se otorgue a las normas de defensa de la competencia.

En este marco competitivo, las negativas a suministrar el acceso a las instalaciones que resultan básicas para la provisión de servicios de telecomunicaciones se convierten en la pieza clave del tratamiento normativo del sector, por lo que interesa, en el contexto general de la figura del abuso de posición de dominio, apuntar las posibles aportaciones de esta doctrina, pese a que no resulte de aplicación plena por los motivos que veremos más adelante.

La garantía de acceso a instalaciones básicas para la prestación de un servicio en un mercado competitivo puede someterse a tres tipos diferentes de tratamiento jurídico⁴⁷⁴:

- Puede enmarcarse en la política del sector que, como sector regulado, es objeto de reglamentación específica. En este punto encontraríamos previsiones varias que afectarían tanto a la estructura del mercado, como la imposición de una obligación de separación jurídica o contabilidad separada de las diferentes actividades, como a la forma en que se llevan a cabo las operaciones concretas en el mercado y así, precios regulados en determinados servicios, obligación de contratación o criterios de transparencia y publicidad de las ofertas de contratación.

- Puede optarse por un tratamiento casuístico, dejando que sean los tribunales los que decidan en cada caso la procedencia de la negativa

⁴⁷⁴ Vid. OWEN B.M., "Determining optimal access to regulated essential facilities", *Antitrust Law Journal*, vol. 58 (1990), Págs. 887-894.

de suministro. En nuestro caso correspondería al Tribunal de Defensa de la competencia el decidir en cada supuesto si la conducta del operador que niega el acceso a sus instalaciones es constitutiva de un abuso.

- O bien, puede dejarse en manos de órganos independientes específicos en el sector, la CMT, la decisión sobre la obligatoriedad del acceso solicitado en base a la normativa que ordena el sector.

Dentro de estas tres alternativas debemos situar el tratamiento jurídico de las negativas de suministro en el modelo estadounidense y comunitario. Así pues, mientras el primer modelo ha optado por un sistema casuístico dejando que sean los diferentes tribunales federales los que elaboren la doctrina aplicable a este supuesto en el marco de la Sherman Act⁴⁷⁵, el modelo comunitario ha optado por una reglamentación política de la cuestión.

Esta reglamentación se desprende en primer lugar, de la previsión general de acceso (obligación de interconexión de redes e interoperabilidad de servicios) que las autoridades nacionales de reglamentación (ANR's) están llamadas a garantizar; y en segundo lugar, de la garantía específica de que este sector, al margen de la normativa específica, queda también sometido a la normativa de defensa de la competencia, lo que implica que allí donde la

⁴⁷⁵ Esta opción, si bien plenamente articulada, no ha estado exenta de críticas. Así por ejemplo, se manifiesta AZCUENAGA M.L. citando a WERDEN " *The essential facility doctrine should not be invoked unless there is a pre-existing regulatory agency capable of adequately supervising relief, and there are a number of reasons for completely eliminating the doctrine as an antitrust cause of action. Essential facility issues are best addressed on an industry-wide basis, through legislation or administrative regulation.*", esta autora considera que la mejor opción para el tratamiento de las negativas de acceso a recursos esenciales es la supervisión por una agencia creada a tal efecto, "Essential facilities and regulation: Court or agency jurisdiction?", *Antitrust Law Journal*, vol. 58 (1990), Págs. 879-886.

ordenación puramente administrativa no llegue, las normas de competencia, y en concreto las negativas de suministro, como supuesto de abuso de posición de dominio, lo harán. De este modo, el modelo comunitario en lugar de optar por alguna de aquellas tres alternativas combina lo mejor de las tres: aprovecha la reglamentación del sector para prever la conducta excluyente garantizando el acceso; respeta la libertad de la partes en los acuerdos de interconexión pero bajo la supervisión de comisiones específicas; y finalmente, afirma la competencia en el sector reconociendo la acción de las autoridades de defensa de la competencia en la persecución de abusos en el mercado.

En líneas precedentes hemos visto como se articulaba la normativa específica del sector, esto es, el marco de Oferta de Red Abierta y los acuerdos de interconexión, interesa en este momento ver cómo se aborda la negativa de acceso, en tanto manifestación de una conducta abusiva de la posición de dominio en el mercado, y la posible aplicación de la experiencia estadounidense en el campo de las *utilities* al marco comunitario.

4.1. Origen de la doctrina de las *essential facilities*

La doctrina de las *essential facilities* apareció en EEUU⁴⁷⁶ enmarcada en el supuesto general de negativa de suministro por parte de una empresa

⁴⁷⁶ La primera articulación de esta doctrina se encuentra en la Sentencia del Tribunal Supremo *United States v. Terminal Railroad*, 224 U.S. 383 (1912). La Compañía Terminal Rail Road, corporación de varias empresas que tenía por objeto la adquisición de terminales ferroviarias y su explotación, resultó, después de varias operaciones, la única empresa que dominaba los tres accesos a la ciudad de St. Louis. Los acuerdos de explotación conjunta de estas empresas no restringían el comercio *per se*, pero sí se calificaron como contrarios a la competencia cuando una empresa independiente quiso acceder a estos recursos y les fueron denegados. El tribunal consideró que esta actuación constituía una restricción ilegal al comercio y un intento de monopolio en los siguientes términos "*The combination of two or more mere terminal companies into a single system does not violate the prohibition of the statute against contracts and combinations in restraint of interstate commerce, it is because such a combination may be of the greatest public utility. But when, as here, the inherent conditions are such as to prohibit any other reasonable means of entering the city, the combination of every such facility under the exclusive*

monopolista con el fin de excluir a potenciales o actuales competidores, y por tanto sometida a las previsiones de la Sección 2ª de la Sherman Act. Así, junto al acto de creación o reforzamiento de una posición dominante apareció una segunda noción que consideró como acto de monopolización el hecho de que una empresa que controla instalaciones esenciales para el suministro de bienes y servicios en un mercado determinado, negase el acceso a dichas instalaciones sin una justificación objetiva⁴⁷⁷. La conducta penalizada no es la ostentación de un monopolio derivado del hecho de prestar el mejor servicio o producto, sino la inapropiada adquisición o mantenimiento de ese monopolio⁴⁷⁸.

Dado que el principio general que rige las operaciones de mercado es la libertad de contratación, la imposición de una especial obligación de contratar, aún siendo de aplicación restringida, suponía una quiebra de ese principio⁴⁷⁹, de ahí que tuvieran que imponerse condiciones que limitaran su aplicación más allá de supuestos excepcionales⁴⁸⁰.

ownership and control of less than all of the companies under compulsion to use them violates both the first and the second sections of the act, in that it constitutes a contract or combination in restraint of commerce among the states, and an attempt to monopolize commerce among the states which pass through the gateway at St. Louis" . A partir de esta sentencia hubieron otras destacables como son: *Associated Press v. United States*, 326 U.S. 1 (1945); *Lorain Journal Co. V. United States*, 342 U.S. 143, 146-49 (1951); *Otter Tail Power Co. V. United States*, 410 U.S. 366, 377-79 (1973); *Aspen Highlands Skiing Corp. V. Aspen Skiing Co.*, 738 F.2d 1509, 1520-21 (10th Cir. 1984). *Vid.* DIEZ ESTELLA, F., "La doctrina.", *op. cit* y PELLISÉ CAPELL, J., *Mercados relevantes, posición de dominio y otras cuestiones que plantean los arts. 82 TCE y 6 LEDC*, Aranzadi, Navarra, 2002.

⁴⁷⁷ *"The essential facilities doctrine imposes liability when one firm, which controls an essential facility, denies a second firm reasonable access to a product or a service that the second firm must obtain in order to compete with the first"* *Alaska Airlines, Inc. V. United Airlines, Inc.*, 948 F. 2d 536, 542 (9th Cir. 1991).

⁴⁷⁸ *Vid.* AREEDA, P., "Essential facilities: An epithet in need of limiting principles", *Antitrust Law Journal*, vol. 58 (1989), Págs. 840-853.

⁴⁷⁹ Efectivamente, la doctrina de las *essential facilities* constituye una de las tres restricciones a la libertad de contratación. Junto a ella encontramos: la restricción de dicha libertad cuando se usa el poder monopolístico en un mercado para obtener una ventaja competitiva en otro, denegando al suministro de los recursos necesarios para competir en el segundo mercado (*monopoly leveraging test* o apalancamiento) y la restricción derivada del hecho de que la conducta de denegación del suministro está motivada por un deseo de crear o reforzar un monopolio (*intent-based test*).

Fue a partir de la sentencia *MCI Communications Corp. V. AT&T*⁴⁸¹ cuando se fijó el “test” al que debían someterse los casos en que dicha doctrina fuera invocada, y así⁴⁸²:

- La infraestructura debe estar controlada por el monopolista: en este punto aparecía el problema de la determinación de qué instalaciones podían tener carácter esencial, llegándose a establecer que lo tendrían aquéllas cuya exclusión tuviera por efecto la eliminación o exclusión de la competencia al monopolista⁴⁸³, siendo por tanto recursos imprescindibles para la competitividad del demandante.
- El competidor debe hallarse en imposibilidad, práctica o razonable, de reproducir la instalación básica. Así pues, perderían la virtud de esenciales aquellos recursos o instalaciones que cuenten con un equivalente o cuando los beneficios derivados de su uso puedan ser obtenidos por otras fuentes⁴⁸⁴. Por otra parte, la obligación de contratar debe ser impuesta de conformidad con la política de defensa de la competencia, por lo que debe conllevar su incremento, con el consiguiente descenso de los precios o mejora de los productos.
- El uso de la instalación se deniega por completo o se permite pero en unas condiciones prohibitivas.

⁴⁸⁰ “A monopolist has no general duty to share his essential facility, although there are certain circumstances in which he must do so”. *Caribbean Broad. Sys., Ltd. V. Cable & Wireless PLC*, 148 F. 3d 1080, 1088 (D.C. Cir. 1998).

⁴⁸¹ 708 F. 2d 1081 (7th Cir 1983), cert. Denied 464 U.S. 891 (1983).

⁴⁸² *Vid.* Pitofsky R. [et al], “The essential facilities doctrine under U.S. antitrust law”, *Antitrust Law Journal*, vol. 70 (2002), Págs. 443-462.

⁴⁸³ *Vid.* *City of Anaheim v. S. Cal. Edison Co.*, 955 F. 2d 1373, 1380 n. 5 (9th Cir. 1992).

⁴⁸⁴ *Vid.* *Apartment Source of Philadelphia v. Philadelphia Newspapers*, Civ. A. No. 98-5472, 1999 WL 191649. No se trata por tanto de que con la imposición de un deber de contratación sólo se consiga sustituir al monopolista por el competidor o que se compartan sus beneficios. *Vid.* AREEDA, P. *Op. cit.*

- No hay razón legítima para denegar el acceso, siendo además posible poner dicha instalación a disposición del competidor. Esta situación no será exigible cuando con el acceso a terceros se impide o dificulta al titular la prestación de sus servicios o cuando exista alguna justificación legítima comercial o técnica a la negativa de acceso.

De este modo, esta doctrina resultaba de principal aplicación en aquellos casos en que la titularidad exclusiva del recurso o instalación esencial y la negativa de acceso a la misma creaba un “cuello de botella” que impedía la existencia o mantenimiento de la competencia en el mercado, así como en aquéllos otros en los que se manifestaba claramente la existencia de un *animus* de entorpecer o impedir la acción de los competidores⁴⁸⁵. Esta praxis pudiera dar a entender que esta doctrina se limitaba a los supuestos en que la conducta excluyente se limitaba a empresas verticalmente integradas, de manera que la negativa al acceso de terceros al input esencial en el mercado ascendente, impidiera la competencia en el mercado descendente, pero no era así, por cuanto no constituía una exigencia estar en presencia de dos mercados diferenciados, bastando que entre el monopolista y el tercero existiera una relación de competencia actual o potencial.

En cualquier caso, resulta evidente que la aplicación de esta doctrina se manifiesta principalmente en mercados en los que el operador a quien se solicita el acceso está verticalmente integrado, de manera que resulta competidor directo del tercero que solicita dicho acceso. Esta situación ha

⁴⁸⁵ Como ejemplo de ello *Vid.* *Aspen Skiing Co. V. Aspen Highlands Skiing Corp.* 472 U.S. 585 (1985) donde la base de la responsabilidad del monopolista no se encontraba tanto en la existencia o no de un deber de contratación, como en que de la actuación del demandado se desprendería que la finalidad de la conducta era excluir al competidor del mercado.

llevado a autores como OWEN⁴⁸⁶ a considerar que la cuestión de fondo que se plantea en los supuestos de negativa de acceso es el grado óptimo de integración de un sector, que sin bien en determinados supuestos conlleva un mejor servicio, y por tanto, bienestar de los consumidores, también lleva aparejado el riesgo de creación de barreras de entrada en el mercado y cuellos de botella.

Al margen de esta consideración, la doctrina de las *essential facilities* aparece como apta para asegurar que la titularidad exclusiva de un recurso no se convierte en una barrera de acceso a un mercado⁴⁸⁷.

4.2. La doctrina de las *essential facilities* en el marco del abuso de la posición de dominio: art. 82 TCE

4.2.1. Las negativas de suministro como abuso de posición de dominio

Aunque no previsto expresamente por el Tratado, tanto el Tribunal de Justicia como la Comisión han venido considerando la negativa de suministro como un abuso de posición de dominio en los términos previstos en el art.82 TCE. Dentro de la tipología de abusos la doctrina⁴⁸⁸ distingue entre:

⁴⁸⁶ OWEN B.M. *Op. cit.*

⁴⁸⁷ Pese a las bondades de esta teoría, no faltan voces críticas en relación a su aplicación, así en opinión de GORINSON, si bien la medidas adoptadas en el sector de las telecomunicaciones han permitido que junto a AT&T operen otras compañías en sana competencia, las decisiones judiciales que han venido ha suplantar la acción de la FCC (comisión de regulación del sector) han implicado que sean los tribunales los que decidan los nuevos servicios que se van proveer, cómo deben llevarse a cabo y por cuánto tiempo. Así pues, en opinión de este autor resulta preferible un trabajo de colaboración entre ambas instituciones. GORINSON S.T., "Overview: Essential facilities and regulation", *Antitrust Law Journal*, vol. 58 (1990), Págs. 871-877.

⁴⁸⁸ *Vid.* Por todos Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, Sweet&Maxwell, London, 2001.

- Los abusos de explotación: que afectan a terceros contratantes que mantienen una relación de dependencia con respecto a la empresa dominante que comete el abuso y que no tienen una relación de competencia con ellos. Este tipo de abusos se producen en el marco de relaciones verticales.
- Los abusos excluyentes: destinados a perjudicar al competidor. Este tipo de abusos se dan en el marco de una relación horizontal entre las empresas, de manera que la empresa que deniega el suministro del recurso (mercado primario) se encuentra verticalmente integrada, por lo que es a la vez competidora de quienes solicitan el acceso en el mercado secundario.

Así pues, la negativa de suministro puede ser calificada como un abuso excluyente o de explotación, en función de la relación, vertical u horizontal que exista entre las empresas. El tratamiento jurídico en ambos casos difiere⁴⁸⁹:

- Negativa de suministro como abuso de explotación: en este caso, el abuso radica no tanto en que la conducta propicie el refuerzo de la posición dominante, sino en que dicha conducta no se ajusta a la competencia por cuanto constituye un aprovechamiento indebido de la situación de dependencia en que se encuentran los terceros que solicitan el suministro⁴⁹⁰.

⁴⁸⁹ Vid. BROKELMANN, H., "Las negativas de suministro en el derecho de la competencia comunitario y español", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 125 (1997), Págs. 5-27.

⁴⁹⁰ Representativo de este supuesto es la Sentencia de 14 de febrero de 1978, a. 27/76, *United Brands Co. y United Brands Continental BV c. Comisión*, Rec. 1978, p. 207. La base de la decisión de la Comisión fue el hecho de que la negativa de suministro del producto tenía un efecto disuasorio en los distribuidores, ya que bajo la amenaza de perder la distribución de esta marca, dejarían de distribuir otras marcas competidoras.

No obstante, ello no supone que el titular del recurso deba sin más garantizar el suministro bajo cualquier circunstancia, sino que se admite la negativa de suministro cuando exista una justificación comercial siempre que la medida adoptada no resulte excesiva⁴⁹¹.

- Negativa de suministro como abuso excluyente: en este supuesto la relación entre la empresa que niega el suministro del recurso y la empresa que lo solicita es de carácter competitivo, por cuanto ambas están presentes en el mercado en el que se comercializa el producto que deriva del recurso solicitado. La negativa puede darse en dos supuestos:
 - Respecto a competidores clientes habituales: resulta representativa la STJCE “Comercial Solvens c. Comisión⁴⁹²” en la que el tribunal consideró que *“ una empresa que ostenta posición de dominio en el mercado de materias primas y que, con el objeto de reservarse dichas materias para fabricar sus propios productos derivados, deniega el suministro a un cliente, fabricante a su vez de esos productos, a riesgo de eliminar cualquier competencia de este cliente, abusa de su posición de dominio en el sentido establecido en el art.86”*.

En este mismo sentido encontramos la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 3 de octubre de 1985 “Télémarketing”⁴⁹³ en la que,

⁴⁹¹Así fue en el asunto British Petroleum/Comisión, Rec. 1978, p. 1513, en el que el Tribunal anuló la decisión de la Comisión por la que se condenaba a BP por haber reducido el suministro de petróleo a la cooperativa holandesa ABG durante la crisis del petróleo de 1970 en mayor medida que otros clientes, entendiéndose que como ABG no era un cliente habitual no estaba obligada a darle el mismo trato comercial. En este mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia estadounidense.

⁴⁹²Asuntos 6 y 7/73, Rec. 1973, p. 357.

⁴⁹³Asunto 311/84.

el condicionamiento del acceso al espacio publicitario que ofertaba esta empresa a la contratación de los servicios de televenta de una empresa del mismo grupo, se consideró equivalente a la negativa de ofrecer dicho servicio a otros posibles competidores.

En estos casos el abuso se identifica con el uso de la posición de dominio en un mercado primario para obtener una ventaja competitiva en un mercado secundario, dado que con ello se elimina o se impide la competencia en ese mercado.

- Respecto a competidores que no son clientes: la primera sentencia en que se reconoció el carácter de abuso de una negativa de suministro a un competidor que no era cliente habitual fue la STJ de 6 de abril de 1995 "Magill"⁴⁹⁴ en el que unas sociedades de teledifusión negaron el acceso a la información sobre su programación, al tiempo que ellas mismas elaboraban sus propias revistas, por lo que con ello, estaban obstaculizando la aparición de competencia en el mercado de semanarios de televisión. La relevancia de esta sentencia estriba, por una parte, en el hecho de que se reconozca por primera vez que el ejercicio de un derecho de propiedad intelectual puede ser constitutivo de abuso; y por otra, en el hecho de que la negativa de suministro a un competidor que no es cliente habitual puede constituir un abuso si se dan circunstancias excepcionales como son: la obstaculización de la aparición de un producto nuevo en el mercado; la negativa injustificada al suministro; y el resultado excluyente de la competencia que comporta la conducta enjuiciada.

⁴⁹⁴ Asuntos acumulados C-241/91 P y C-242/91 P, Rec. 1995, p. 743.

4.2.2. ¿Un supuesto específico? La negativa de acceso a instalaciones básicas o esenciales

Ya hemos visto como la negativa de suministro viene siendo acogida por la jurisprudencia comunitaria como un supuesto de abuso de posición de dominio.

La cuestión que se nos plantea ahora es si el recurso, cuyo suministro se deniega, constituye sin más una base para la consideración de la existencia de una conducta abusiva, y si es tal caso, el tratamiento jurídico abordado anteriormente resulta suficiente. En este sentido, la casuística se centra en aquellos supuestos en los que el recurso, cuyo acceso se solicita, resulta escaso, bien porque su propia naturaleza así lo determina (espectro radioléctrico), bien porque resulta inviable o ineficiente tanto desde el punto de vista técnico, como económico duplicar el recurso. En estos casos la cuestión de fondo que se nos plantea es cómo debe articularse el uso del recurso, tanto por lo que se refiere a su titularidad y aprovechamiento, como al precio o condiciones de uso.

El primer caso en el que la Comisión hizo una mención explícita del concepto de *essential facilities* fue en el asunto B & I/Sealink⁴⁹⁵. Sealink era la empresa propietaria del puerto de Holyhead que explotaba en la prestación de servicios de transporte marítimo. Ante la negativa de acceso a los recursos de dicho puerto, la Comisión tuvo que adoptar medidas cautelares destinadas a

⁴⁹⁵ IP/92/478 de 11 de junio de 1992.

ofrecerlo, sobre la base de su carácter esencial, a sus competidores en las mismas condiciones que ofrecía a sus propios servicios de transporte.

En el asunto Sea Containers/Stena Sealink⁴⁹⁶ la situación fue muy parecida, por cuanto Stena Sealink no permitía el acceso a sus instalaciones a Sea Containers, en tanto ella no estuviera en condiciones de prestar el mismo servicio para el que esta empresa solicitaba el acceso.

El problema que se plantea en estos casos no deriva tanto del efecto que la negativa produce, por cuanto resulta claro que las medidas adoptadas por el titular del recurso tienen como efecto impedir o restringir la competencia en el mercado, sino en el riesgo de que la determinación de la esencialidad de un recurso, abra la caja de Pandora a considerar, en cualquier caso, que un recurso escaso debe ser compartido, sin pensar que tal vez con ello se puede desincentivar el despliegue de infraestructuras, por el hecho de que se obligará a compartirlas, o que se eliminarán las motivaciones de futuros competidores a desplegar sus propias infraestructuras, por el hecho de que ya cuentan con las de la empresa obligada a compartirlas.

Esta es precisamente la situación que se plantea en materia de redes de telecomunicaciones. Fuera de los supuestos en que existe una clara situación de escasez del recurso, como es el caso del espectro, de la regulación que de éstas se haga, no sólo depende la competencia en servicios, sino también el propio crecimiento del mercado.

⁴⁹⁶ Decisión de la Comisión de 21 de diciembre de 1993. DOCE L 15/8 de 18 de enero de 1994.

La situación es tal que, incluso en los supuestos en que se decida abrir la red a los competidores, la correcta determinación de su precio o condiciones de uso influirá en la conducta, no sólo de los competidores a la hora de decidirse por invertir en nuevas redes, sino también en el titular dominante de la red a la hora de introducir mejoras en el la explotación de su red.

En este sentido, el Tribunal de Primera Instancia demuestra tener clara la necesidad de limitar los supuestos en que el acceso a un recurso debe ser concedido, y así en su sentencia de 12 de junio de 1997. *Tiercé Ladbroke SA c. Comisión*⁴⁹⁷ establece cuáles son las condiciones para que la negativa de suministro se considere un abuso de posición de dominio, y en ese sentido establece que *“la citada negativa sólo puede estar sujeta a la prohibición prevista en el art. 86 del Tratado, si se refiere a un producto o servicio que es esencial para el ejercicio de la actividad principal .., en el sentido de que no existe ningún sustituto real o potencial, o bien es un producto nuevo cuya aparición sería obstaculizada, a pesar de una demanda potencial específica, constante y regular, por parte de los consumidores.”*

Igual razonamiento sigue el TJCE en su sentencia de 26 de noviembre de 1998, *Oscar Bronner GMBH & Co. Kg y Mediaprint*⁴⁹⁸ sobre la solicitud de Bronner a acceder al sistema de reparto a domicilio de Mediaprint, cuando establece que *“la obligación de contratar, a que está sujeta una empresa con posición dominante, sólo puede basarse en el art.86 en circunstancias excepcionales, y que incluso en dicho caso, la conducta no resultará abusiva si la negativa está objetivamente justificada, que es lo que ocurriría si con ello se compromete el funcionamiento de reparto a domicilio de Mediaprint, o si la*

⁴⁹⁷ Asunto T-504/93. Rec. 1997, p. 923.

citada inclusión se revelara imposible por razones de capacidad de dicho sistema". En esta línea argumental el Tribunal ante la invocación de la sentencia Magill establece que "sería preciso que no sólo la denegación del servicio que constituye el reparto a domicilio pudiera eliminar toda la competencia en el mercado de los diarios por quien solicita el servicio y no pudiera justificarse objetivamente, sino además, que el servicio, en sí mismo, fuera indispensable para el ejercicio de la actividad de éste, en el sentido de que no hubiera ninguna alternativa real o potencial al citado sistema de reparto a domicilio".

En nuestro sector la Comisión también se ha hecho eco de la necesidad de establecer unos criterios claros que identifiquen cuándo la negativa de acceso a instalaciones básicas resulta en una conducta abusiva, y en ese sentido, aprobó la Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones, más conocida como Access Notice⁴⁹⁹.

Esta comunicación, si bien aprobada en el contexto de la liberalización plena del sector, continúa cumpliendo con su cometido en el nuevo contexto del paquete normativo de 2002 y la LGT 2003, de ahí que consideremos adecuada y pertinente su inclusión en este punto.

La primera advertencia que realizó la Comisión y que debía y debe interpretarse como piedra angular del tratamiento que se dé al acceso a los recursos e instalaciones esenciales en este mercado, es que las directivas ORA constituyen en buena medida el marco referencial al que deben acudir las

⁴⁹⁸ Cuestión Prejudicial. Asunto C-7/97.

autoridades nacionales a la hora de solventar las negativas de suministro. Este marco, incluso puede llegar a ser más riguroso que el ofrecido por la normativa de defensa de la competencia. Así, las obligaciones específicas impuestas a los operadores con poder significativo en el mercado son más severas que el régimen general de responsabilidad impuesto al operador con posición de dominio.

Las directivas ORA no sólo establecen las bases para la ordenación armonizada del acceso a las redes que servirán para la prestación de servicios en un mercado competitivo, sino que también, y en atención a los problemas específicos que presenta este sector frente a otros, recogen buena parte de la teoría contenida en los principios de defensa de la competencia, por lo que en palabras de la Comisión *“la correcta aplicación de estas normas debería evitar a menudo que tuvieran que aplicarse las normas de defensa de la competencia”*⁵⁰⁰.

Con ello, no se está afirmando que el cumplimiento de la normativa de ORA exima del respeto a las normas de la competencia, sino que, en la ordenación del acceso a las redes, la Comunidad no sólo tuvo en cuenta la necesidad de crear un mercado abierto, sino también, la condición ineludible de que el mercado resultante se sometiera al marco político económico general, esto es, un mercado regido por las normas de la competencia leal. A este marco se someterán no sólo los operadores que lleven a cabo acuerdos de interconexión, sino también las autoridades nacionales que, en la intervención de los acuerdos, en su imposición, y en la inclusión de determinadas condiciones,

⁴⁹⁹ DOCE C núm.265, de 22 de agosto de 1998.

⁵⁰⁰ Vid. Comunicación. Punto 58.

deberán respetar la normativa de defensa de la competencia llegándose incluso a poder impugnar los acuerdos intervenidos que no cumplan con ella.

De esta forma, y una vez más, al esfuerzo por liberalizar un mercado se le añade el deseo de prever desde su constitución, las conductas que pueden obstaculizar la efectiva apertura en un ejercicio de economía política ejemplar, siguiendo así con el modelo de nueva intervención del Estado en el mercado en el que se combina la acción *ex ante* de la normativa pública de ordenación del mercado, con la actuación *ex post* de la específica ordenación de la competencia.

A efectos de evaluar las conductas que pueden ser constitutivas de obstaculización del acceso al mercado, la Comisión opta por un estudio basado en el test tradicional de análisis de las conductas anticompetitivas, y así, se parte de la acotación del mercado de referencia que viene a su vez definido por:

- El mercado de producto: *“la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles por razón de sus características, su precio o el uso que se prevé hacer de ellos”*. En su determinación se tiene en cuenta tanto la sustitución de la demanda como la sustitución de la oferta⁵⁰¹. En el sector de las telecomunicaciones, a partir de la Directiva 96/19/CE se definen dos mercados de productos:

⁵⁰¹ A estos dos elementos se le añaden la evaluación de la competencia potencial, si bien en la práctica resulta difícil de distinguir de la sustitución de la oferta. De estos tres elementos, destaca como determinante, la sustitución de la demanda.

1. El mercado de servicios a usuarios finales. Especial atención tendrá la consideración de servicios intercambiables o sustituibles, incluso en aquellos casos en que los servicios de que se traté, aún no teniendo las mismas características (como el precio), pueden llegar a serlo si se toman las precauciones necesarias, como es el caso de la telefonía móvil y la fija.

 2. El mercado de acceso a las instalaciones necesarias para la prestación de dichos servicios; mercado que con la futura evolución del sector se transformaría en el actual, aunque limitado, mercado de redes. Es de destacar, el hecho de que en este mercado no sólo se integrarán los elementos de conexión física de la red, sino también otros elementos inmateriales necesarios para facilitar el acceso a la misma como es el servicio de información de los servicios que se prestan (guía telefónica).
- El mercado geográfico: *“comprende la zona en la que las partes afectadas desarrollan actividades de suministro y prestación de productos y servicios, en las que las condiciones de competencia son los bastante homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas debido en particular a que las condiciones de competencia en ella prevalentes son sensiblemente distintas de aquéllas”*. En nuestro mercado, y dentro de las condiciones de competencia que se deberán evaluar para definir el mercado geográfico de referencia, destacan las limitaciones a la prestación de servicios de los operadores como son, el contenido de las licencias o la concesión de derechos exclusivos. También podrían incluirse otras condiciones como son, los derechos de ocupación del

dominio público o privado, los derechos de uso compartido o de ubicación compartida de infraestructuras.

Una vez establecido el proceso a seguir por la Comisión en el análisis de las conductas anticompetitivas, se procede a su sistematización y especificación en relación al sector de las telecomunicaciones. De este modo a los acuerdos de interconexión, les serán de aplicación tanto el art. 81 como el art.82 TCE.

Abuso de posición de dominio

La posición de dominio en el mercado de acceso a infraestructuras viene determinada por el control de las mismas en el mercado de referencia acotado según los criterios expuestos anteriormente, esta posición de control, permite al operador comportarse en dicho mercado de forma relativamente independiente, sin tener en cuenta a los proveedores, clientes o competidores.

A pesar de que la Directiva 96/19/CE rompió con el monopolio en infraestructuras al imponer la eliminación de los derechos exclusivos en este mercado, la necesidad de un tiempo para desplegar nuevas redes y el excesivo coste de las inversiones hacía esperar que los antiguos monopolios devinieran en posiciones dominantes. Esta situación⁵⁰² sería apta para la comisión de diversas conductas abusivas como son:

⁵⁰² Junto a la posición dominante ejercida por una empresa, la Comisión observa la posible existencia de una posición dominante conjunta. Para que se dé esta situación se requiere "que dichas empresas presenten la misma posición en relación a sus clientes y competidores que una única compañía que se encuentre en posición dominante. En el mercado de telecomunicaciones esta situación se podría lograr si dos operadores de infraestructuras cubriesen el mismo mercado geográfico". Este supuesto podría llegar a darse entre los operadores de la red pública tradicional y los operadores de cable, en relación a las redes de acceso, esto es, el bucle local.

- Aprovechar su posición de dominio en un mercado primario para afianzar la posición de dominio en otro mercado (secundario). Esta conducta se conoce como *monopoly leveraging* o apalancamiento/afianzamiento de la posición de dominio en mercados conexos. Así, aprovechando la estructura vertical, habitual en el sector, se utilizaría la posición de dominio en el mercado de infraestructuras para reforzar la posición de dominio que se ostenta en el mercado de servicios.

- Abusar de su posición de dominio en el mercado de infraestructuras, mediante:
 1. Denegaciones de acceso a un proveedor cuando sí se haya concedido a otro. Esta conducta podría asimilarse al supuesto de discriminación no justificada entre contratantes. La particularidad que presenta en el ámbito de las telecomunicaciones es que, por lo general, la discriminación afectará a terceros en beneficio de las empresas relacionadas o vinculadas (por ser del mismo grupo) con el operador que deniega el acceso. En tanto las directivas ORA, y en el ámbito nacional, tanto la antigua LGT 1998, como en parte la actual LGT 2003, imponen un deber especial de acceso a los operadores con poder significativo en el mercado, las autoridades nacionales de reglamentación disponen de los mecanismos adecuados para hacer efectivo dicho acceso, por lo que en principio, tales previsiones harían innecesaria la instrucción de un procedimiento por abuso de posición de dominio. No obstante, si dichas previsiones no funcionasen, la conducta descrita sería constitutiva de abuso, salvo que existieran

razones objetivas que justificasen la denegación de acceso y que deben asimilarse a las condiciones que se admiten en el marco de la LGT 2003: seguridad, integridad y buen funcionamiento de la red e interoperabilidad de servicios.

2. Denegaciones de acceso cuando no se haya facilitado a ningún otro proveedor. Este supuesto se identificaría con la posible aplicación de los principios que inspiran la doctrina de las *essential facilities* en materia de abusos excluyentes. En este caso, resulta determinante el correcto entendimiento del concepto de “instalación esencial”, la Comisión lo define como⁵⁰³ “*aquella instalación o infraestructura que es básica para llegar a los consumidores y permitir a los operadores llevar a cabo sus actividades y que no pueden ser sustituidas por ningún medio razonable*”. Es este mismo sentido se pronuncia la OMC en el compromiso adicional de la CE y sus Estados miembros con respecto a los principios de regulación adoptados en el marco de las negociaciones sobre telecomunicaciones básicas: “*Por instalaciones esenciales se entenderán las instalaciones de redes y servicios públicos de transporte de telecomunicaciones que: a) sean suministrados en exclusiva o preferentemente por un solo proveedor o un número limitado de proveedores; y b) cuya sustitución a fin de prestar un servicio no sea viable ni económica ni técnicamente*”. De este modo la oferta limitada junto con la imposibilidad de acudir a una alternativa es lo que determina la esencialidad de un recurso. Téngase presente que para que la negativa de acceso sea constitutiva de un abuso no basta con que con esta conducta la empresa solicitante quede en desventaja, sino

⁵⁰³ Vid .Comunicación. Punto 68.

es preciso que le resulte imposible o inviable de forma absoluta e inevitable la prestación de las actividades para las que solicita el acceso. Esta previsión se realiza con la conciencia de que, si bien en los primeros años de la liberalización, esta será la situación general de los competidores dado que no existen alternativas a la red del operador dominante, la evolución del mercado permitirá el desarrollo de otras redes, momento en el que ya no será conveniente mantener un deber general de acceso so pena de desincentivar la inversión.

Junto a esta definición, los principios establecidos en la jurisprudencia del TJCE, algunas de cuyas sentencias ya se han comentado anteriormente, proporcionarán el marco adecuado para determinar en el mercado de las telecomunicaciones cuándo una instalación resulta esencial y por tanto, no puede admitirse la denegación de su acceso. En concreto, la Comisión en el análisis sobre la “esencialidad” del recurso, evaluará la concurrencia acumulativa de las siguientes circunstancias:

- El acceso a la instalación resulta fundamental para la competencia.
- No existen limitaciones técnicas al acceso.
- La negativa del titular de la instalación provoca que la demanda no sea cubierta, que se ofrezcan nuevos servicios o que se impida la competencia existente o potencial.
- La empresa que solicita el acceso está dispuesta a satisfacer un precio razonable y a aceptar unas condiciones no discriminatorias.
- No existe justificación objetiva alguna para denegar el acceso. Dentro de las posibles justificaciones a la denegación se incluyen las de carácter comercial como son la necesidad de amortizar

inversiones, o la oportunidad de utilizar la infraestructura para potenciar un nuevo producto.

En cualquier caso, a la valoración de esas circunstancias se le deberá añadir un análisis coste/beneficios de la decisión que finalmente se adopte, fundamentalmente en el sentido de si los beneficios de la negativa compensan el perjuicio que lleva aparejada.

Ahora bien, la negativa de acceso no debe asimilarse únicamente al hecho de negar el uso de la instalación, la Comisión ofrece un elenco de situaciones que deberán asimilarse a la negativa de acceso como son:

- Negativas de acceso destinadas a evitar la oferta de nuevos servicios.
- Imposición de precios excesivos.
- La imposición de dificultades técnicas para llevar a cabo la interconexión.
- Retrasos indebidos, inexplicables o injustificados.

3. Retirada de acceso a un cliente. Este último supuesto aún no incluido en el TCE de forma expresa, ha venido siendo admitido como supuesto de abuso por el TJCE⁵⁰⁴. En la legislación española fue añadido como supuesto específico de abuso a la LDC por la Ley 52/1999 de 28 de diciembre y requiere en todo caso la existencia de un relación de dependencia que, según el art.6 apartado d., se entiende como la no existencia de una alternativa equivalente para el ejercicio de la actividad.

⁵⁰⁴ Como representativa, *Vid.* Asunto “Comercial Solvens” ya referenciado.

Finalmente, junto a estas tres conductas propias de un escenario de solicitud de acceso, la Comisión enuncia otras conductas abusivas que pueden darse por igual tanto respecto de clientes competidores como de nuevos clientes una vez se haya concedido dicho acceso:

- Modificaciones o imposiciones de configuraciones de red que dificulten el acceso.
- La imposición de una obligación de adquirir uno o más servicios, sin que ello esté justificado.
- La distribución inadecuada de costes e ingresos a fin de imponer precios excesivos de interconexión. En este sentido se seguirán los sistemas habituales para determinar la excesividad del precio impuesto.
- La política de precios predatorios con el fin de expulsar a los competidores (futuros oferentes de acceso a redes) del mercado.
- La adopción de una conducta de subvenciones cruzadas que permita al operador dominante mantener unos precios bajos para las actividades descendentes (servicios a usuarios) al tiempo que unos precios altos para las actividades ascendentes (acceso a los competidores) con el fin de que los precios de interconexión “subvencionen” los bajos precios que se ofrecen a los consumidores.
- Discriminación en el acceso otorgado a los diferentes operadores. Se incluyen también aquellas discriminaciones que impidan a convergencia de servicios como sería la aplicación de precios de interconexión diferentes a los operadores móviles y a los fijos. La discriminación sólo se admitirá si existen razones que objetivamente la justifiquen como pueden ser las

derivadas del tipo de interconexión facilitado, condiciones de las licencias o funcionamiento de la red.

Acuerdos colusorios

Si bien los acuerdos que se adoptasen conforme al régimen de interconexión impuesto por las directivas ORA, y en el caso español, por la entonces vigente LGT 1998, contarían con un grado de intervención tal de las autoridades nacionales de regulación, que en gran medida se imposibilitaría la inclusión de posibles restricciones a la competencia, la Comunidad no descarta su posibilidad, y en ese sentido, destaca dos tipos de efectos: la obstaculización de competencia entre las dos partes del acuerdo; y la limitación respecto de terceros, que se pueden conseguir mediante la inclusión de determinadas cláusulas que:

- estén destinadas a coordinar los precios de los servicios: el precio de la interconexión puede dejar un escaso margen para la competencia en los precios de los servicios⁵⁰⁵.
- que persigan el reparto de los mercados por medio de la obstaculización de la inversión en infraestructura: lo que se lograría por medio de la imposición de precios excesivos o el sometimiento a cláusulas de exclusividad.
- que produzcan un efecto de exclusión de terceros por ejemplo por medio de cláusulas de exclusividad o prohibición de reventa del acceso.
- que vulneren el deber de confidencialidad con respecto de la información suministrada para hacer efectiva la interconexión y que se utilice para

⁵⁰⁵ Esta situación se dio en el marco de las comunicaciones móviles, así, la FACUA (Federación de Consumidores en Acción) denunció en su día las tarifas de interconexión a redes aprobadas por la CMT por entender que estaban lejos de aproximarse a sus costes. La Vanguardia Digital

otros fines: la información sobre el tráfico de llamadas puede utilizarse para obtener información sobre los clientes que puede utilizarse para la elaboración de ofertas a medida destinadas a “robar” la clientela⁵⁰⁶.

En conclusión, del análisis efectuado por la Comisión se desprende, en primer lugar, que las normas que han servido para la apertura del sector a la libertad empresarial contienen previsiones que se encuentran en la línea de la política de defensa de la competencia, por lo que se demuestra que el nuevo rol que interpreta el Estado interventor, se orienta a las mismas finalidades que persigue la institución del mercado; en segundo lugar, que de la aplicación de esas normas debe esperarse un entorno favorable a dicha competencia; en tercer lugar, que para el caso en que las previsiones específicas del sector no fueran suficientes, la experiencia demuestra que las conductas de este mercado son fácilmente reconducibles a las categorías generales elaboradas por el derecho de la competencia; en cuarto lugar, que para el caso en que deba recurrirse a la aplicación del derecho de la competencia, no resulta necesario acudir a la doctrina específica de las *essential facilities* para tratar las negativas de acceso, por cuanto la figura del abuso de la posición de dominio desarrollada por la jurisprudencia comunitaria en sus diferentes variantes y que en ocasiones toma algunas de

de 9 de noviembre de 2004. Esta situación provoca una limitación de la posibilidad de que estas comunicaciones puedan llegar a ser un producto sustituible de las comunicaciones fijas.

⁵⁰⁶ De hecho algunas organizaciones de consumidores ya denunciaron que el operador dominante estaba realizando operaciones de captación de la clientela que había cambiado de operador mediante la realización de ofertas a medida. La captación de clientela no es desleal *per se* salvo si se realiza recurriendo a determinadas conductas que sí pueden ser desleales. En este sentido la captación de clientela puede ser calificada como una violación de un secreto industrial, y así lo reconoció el Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de julio de 1999, o como un supuesto incardinable en la cláusula general de conductas que resultan objetivamente contrarias a las exigencias de la buena fe, y en ese sentido se pronuncia el tribunal en su sentencia de 20 de octubre de 1999. En nuestro sector, consideramos que no se trata tanto de una violación de secretos como de una conducta contraria a la buena fe que debe tener el operador que permite el acceso a terceros a su red y que por tanto tiene acceso a la información sobre sus clientes. Además, esta conducta también podría ser constitutiva de una violación del derecho de la intimidad de los consumidores.

las reflexiones de aquella doctrina, adaptándolas al contexto de la Comunidad, resulta suficiente para prevenir dichas conductas; y en quinto y último lugar, que aunque el análisis de la Comisión se centra en los efectos que estas conductas reportan al mercado comunitario, resulta de plena aplicación al mercado español, por lo que en la intervención de la negativas de acceso a las redes se debería seguir su interpretación.

CONCLUSIONES

PRIMERA

La tradicional gestión de los servicios públicos debe adaptarse a los mecanismos que rigen el mercado. La intervención actual del Estado en el mercado no debe limitar la iniciativa privada, aunque tampoco dejarla sin control. En este sentido, el derecho de defensa de la competencia se articula como el mejor instrumento de que se puede dotar la acción pública porque, cumpliendo con su principal objetivo como es la salvaguarda del mercado, resulta el único instrumento jurídico capaz de compatibilizar la intervención estatal necesaria para la consecución del interés público, con el mercado y la libertad económica. Esta nueva orientación política-jurídica no pone en peligro la subsistencia de los fundamentos de los tradicionales servicios públicos, sino que los adapta a las nuevas necesidades económicas de la sociedad. Así pues, el servicio universal no es el sustituto de los servicios públicos tradicionales, sino su correcta adaptación a las exigencias sociales. Por todo ello, el proceso de liberalización de las telecomunicaciones debe alabarse, en tanto permite que sea la iniciativa privada la que, bajo la supervisión pública, obtenga la satisfacción de los intereses generales que los servicios de comunicación representan. Ahora bien, así como el objeto no resulta criticable, no así los medios que se han empleado y que, en ocasiones, han revelado una cierta desconfianza hacia la eficiencia que reporta la competencia.

SEGUNDA

La liberalización, es algo más que la mera apertura de un mercado a la iniciativa privada. Detrás de una política de liberalización, siempre subyace una determinada concepción política de cómo el Estado debe gestionar la actividad económica. La evolución del sector de las telecomunicaciones es un ejemplo claro de ello. La creación de un mercado de comunicaciones electrónicas ha requerido un nuevo planteamiento de la intervención estatal, pasando de un modelo de prestación indirecta fuertemente dirigida, a un modelo de libre gestión pero con el mantenimiento de la responsabilidad del Estado, que se materializa a través de la imposición de medidas concretas destinadas a reconducir las externalidades propias de este mercado al resultado más eficaz desde el punto de vista del interés público. Junto a la identificación de este proceso interno, debemos hacer mención a la influencia de ciertos factores externos que también han contribuido a la formación de esa nueva línea política como son la globalización, que resta protagonismo a los Estados a favor de los mercados internacionales; la creación del mercado único, que exige el desmantelamiento progresivo de los sistemas de derechos exclusivos; y la adopción del valor de la democracia en el plano económico, como principal principio que inspira la nueva manera de entender el derecho de defensa de la competencia.

TERCERA

El modelo inicial planteado por la Comunidad se resistía al abandono total del sector por parte del Estado, ya que se entendía que existían ciertos intereses de carácter general cuya mejor defensa era la reserva al sector público: la gestión de la red, y la prestación de un servicio de comunicación de carácter básico. Durante esa primera etapa, la iniciativa privada se orientaría al crecimiento del sector, de ahí que la liberalización se centrara en exclusiva en la innovación (servicios de valor añadido). La convivencia entre servicios reservados y liberalizados haría necesaria la primera intervención del Estado en el mercado, destinada a establecer las bases de la convivencia entre ambos servicios. El resultado sería un modelo *cuasi* privado de gestión en el que la red y los servicios básicos se mantendrían bajo monopolio, mientras los nuevos servicios se ofertaban en competencia. El primer problema aparecería cuando se manifestara la patente conexión entre la red y los servicios que se prestan a través de ella. El mantenimiento del monopolio en la red dificultó el desarrollo de nuevas tecnologías y la aparición de nuevos productos, retrasando injustificadamente la sustitución de la tecnología analógica por la digital.

CUARTA

En su segunda etapa, la política comunitaria se centraría en la creación de un nuevo mercado, el de las comunicaciones móviles, por entenderse que la mejor manera de mantener la iniciativa privada era potenciando la existencia de la demanda de servicios de valor añadido. Resultaba injustificable que estos servicios no se hubieran liberalizado desde el primer momento y la única

razón que explicaría su exclusión sería el hecho de que estos servicios podían ser claramente sustitutivos del servicio reservado de telefonía básica. Habría que esperar a la fijación de una fecha de liberalización de este servicio para que se creara el mercado de las comunicaciones móviles, lo que demuestra que no se trataba 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 existentes a cuenta de las tarifas de este servicio. Además, la libre prestación de estos servicios hubiera requerido el reconocimiento de la libertad de establecimiento de redes lo que implicaría la aparición de una red alternativa, y lo que no resultaba jurídicamente posible ya que la gestión de redes era un servicio exclusivo. Esta medida no ha beneficiado más que a los antiguos monopolios. La adopción de ciertas cautelas destinadas a garantizar la existencia de un servicio de comunicación con independencia de su tecnología hubiera permitido implantar este mercado con anterioridad. 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 que ha sido financiado por los nuevos operadores con la consiguiente desventaja económica que ello comporta.

QUINTA

La doctrina del análisis económico del derecho nos proporciona los instrumentos de valoración de las alternativas al uso de recursos escasos. En nuestro mercado esos recursos se identifican con las redes fijas (su carácter escaso deriva de la ineficiencia de su duplicidad) y con el espectro radioeléctrico (su escasez es una condición intrínseca). El tratamiento jurídico en un caso y en otro debe ser distinto ya que el grado de intervención del Estado también lo es.

1. Respecto a las redes fijas, si el uso y aprovechamiento de este recurso se dejaba en exclusiva a la acción privada, el resultado podía no ser el más eficiente, ya que la posición de dominio (derivada de un monopolio legal) existente en la redes fijas generaría costes excesivos para la competencia en el mercado de servicios, derivados de la natural tendencia al aprovechamiento exclusivo, y por tanto al abuso por medio de la negativa injustificada del acceso a la red. De este modo se hizo necesaria la articulación de un sistema de acceso basado en la adopción de una serie de principios (ORA) que acertadamente, no sólo se correspondían con las guías de lo que debe ser la defensa del interés público, sino también con lo que sería el funcionamiento del mercado en condiciones normales de competencia. Esta situación nos lleva a afirmar que en este mercado el interés público viene identificado con la defensa de la competencia. De esta manera el Estado logra hacer suyos los objetivos del mercado, lo que requiere no sólo el respeto de la libertad individual, sino también que la acción estatal pase a ser *pro*

libertatis, siendo éste es el verdadero salto cualitativo en las relaciones entre el Estado y el Mercado.

- II. Respecto a la redes móviles, la situación variaba. La titularidad del espectro no correspondía en exclusiva a un operador, sino al Estado, con lo que debía articularse el instrumento administrativo que posibilitara la cesión de uso y que serían las licencias identificadas como un *property right*. La licencia permitiría el aseguramiento de la gestión eficaz del espectro según los intereses del Estado. Este instrumento, si bien adecuado en su momento para asegurar una gestión ordenada del recurso ha comportado varias desventajas: ha limitado el empleo de tecnologías a las determinadas por el Estado en la concesión de la licencia, lo que ha restado protagonismo a la innovación; ha comportado una orientación perjudicial de la conducta de los operadores, que de maximizar el uso del recurso pasaron a una carrera desenfrenada por ocupar un espacio en el mercado a pesar de que dicho espacio aún no estuviera disponibles (como ha sido el caso de las licencias móviles de 4ª generación), y ha impedido la traslación de los recursos a manos del operador que mejor uso pudiera procurarles. Esta situación ha tenido que ser corregida y el actual marco normativo, no sólo limita las exigencias de uso del espectro a aquéllas que resulten imprescindibles, abandonando el recurso al sistema de licencias, sino que además prevé la constitución de un futuro mercado de frecuencias, cuyas líneas maestras no podrán ser evaluadas hasta la aprobación del correspondiente reglamento, pero cuya regulación hubiera sido más deseable a nivel legal. Junto a la licencia, y como mecanismo para garantizar la libertad de desarrollo de las redes móviles (a diferencia de

las redes fijas) se establecería la figura de la interconexión como marco jurídico que sirviera a la negociación de contratos privados de acceso a la red.

SEXTA

Liberalizados la totalidad de los servicios, la tercera etapa vendría representada por el reconocimiento de la libertad de establecimiento de redes para su prestación. El modelo originario pasaba por la consideración del Estado como mejor garante de la utilidad de este recurso calificado como monopolio natural. La previsión de una fecha definitiva de apertura total del sector de la competencia implicaba la posibilidad de que aparecieran redes alternativas y el marco de interconexión previsto para las comunicaciones móviles resultaba el mejor referente para el mercado de la telefonía fija. Es a partir del reconocimiento de la libertad total en el sector cuando se puede hablar de convergencia tecnológica, que debe ser entendida no tanto como la posibilidad de combinar diversos servicios, sino como que el marco que regula cada uno de ellos se aproxima cada vez más a un modelo único, con independencia del punto en que cada uno de ellos se haya liberalizado. Pero además, la supresión de las últimas barreras a la libertad de los operadores comportaría un régimen abierto de acceso a redes y una nueva aproximación que pasa del establecimiento de una obligación de interconexión al reconocimiento de un derecho al acceso a las redes. La evolución de este mercado llevará a la desaparición del carácter impositivo de la interconexión de redes que actualmente comporta un alto grado de inhibición y limitación en el despliegue de nuevos recursos, y que deberá ser sustituido por la aplicación del derecho de la competencia y concretamente de la figura del

abuso de posición de dominio, siempre y cuando sea absolutamente necesario, máxime cuando el nuevo contexto en el que se aventura se moverán las telecomunicaciones se presenta como un suerte de mancomunidad en el que la prestación de servicios no irá tanto ligada a las redes como a la constitución de plataformas multiservicios que combinarán diferentes redes.

SÉPTIMA

El régimen de acceso al mercado de las telecomunicaciones se basó en la llamada Oferta de Red Abierta que establecería los grandes principios sobre los que se asentaría la actividad pública y privada en el sector y que, a día de hoy, siguen cumpliendo un papel fundamental en la relación entre el Estado y el mercado:

- El principio de proporcionalidad: no sólo se asimila al tradicional principio de legalidad, sino que se adapta a la nueva orientación de la actuación pública, requiriendo la instrumentalización de mecanismos que imiten las operaciones del mercado. En un entorno competitivo, la proporcionalidad se da en tanto la actuación pública se adapta a lo que se espera que sea una operación de mercado. El hecho de que la proporcionalidad resulte la base para la consecución de los intereses públicos a través de las operaciones de mercado, constituye un paso definitivo en las relaciones entre el Estado y el mercado.
- El principio de transparencia: constituye la base para garantizar la igualdad en el mercado, ya que asegura la libertad de información

necesaria para la libre contratación. Este principio afecta tanto a la intervención pública, que se dota de las mayores garantías en su articulación, como a los operadores privados, que se verán afectados por este principio siempre y cuando resulte necesario para garantizar la competencia en el sector, siendo por tanto un principio que viene a sustituir la actuación del Estado.

- El principio de no discriminación: este principio garantizaba la libertad de entrada en el mercado, tanto por lo que se refería al sistema de acceso condicionado a la prestación de la actividad (licencias), como a la negociación del acceso a la red (interconexión). La aplicación de este principio llevada a sus últimos extremos ha comportado la adopción definitiva del sistema de autorización como mecanismo de entrada al mercado, ya que garantiza un trato similar a los operadores con independencia de la tecnología que utilicen, y la plena libertad en la prestación de los servicios.

OCTAVA

La liberalización del sector no implica la libertad absoluta de los agentes del mercado que se encuentran sometidos al cumplimiento de determinadas obligaciones de carácter público, que pueden ser identificadas como límites a la libertad económica, bases de la intervención estatal, y que son reconducibles a dos categorías:

- Por una parte, la defensa del interés público en el sector, que viene representada por la figura del servicio universal. Este servicio supone el

reconocimiento de la función social que corresponde a la propiedad de los medios. Así pues, como quiera que estos servicios son de interés general, deben estar orientados a la consecución de un determinado destino, que satisface a la sociedad en su conjunto. Por ello, ese servicio no debe identificarse con una prestación concreta, sino con el aseguramiento de la comunicación, que justifica la imposición de obligaciones de servicio público. Esta nueva orientación responde a un nuevo modelo de entendimiento de la relación entre el Estado y el mercado; al Estado ya no le es dable intervenir en los sectores económicos 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 Mercado.

- Y por otra parte, la defensa de la competencia, que implica la posibilidad de establecer mecanismos específicos para garantizar la libertad en el sector, entre los que destacan, aquéllos destinados a asegurar el libre acceso a los recursos, como son los títulos habilitantes en la gestión del espectro, o la interconexión en las redes fijas. El recurso a sistemas diferentes de acceso no debe implicar un tratamiento jurídico diferente en uno y en otro caso, ya que el objetivo es el mismo: la gestión eficiente del recurso.

NOVENA

La efectividad del sistema de control del acceso a los recursos, no obsta a considerar la posibilidad de haber planteado otros sistemas de gestión del interés público como el adoptado en la provisión de los servicios de gas y

electricidad, y recientemente en el mercado de transporte ferroviario, y en el que destacan:

- El hecho de que se introduzca la competencia al mismo tiempo que se mantiene la prestación de un servicio público. De este modo el consumidor, junto a unos servicios regulados puede optar por unos servicios competitivos.
- El hecho de que opere una absoluta separación de la actividad de gestión de la red y prestación del servicio. El mercado de redes pasa a ser gestionado por sociedades independientes en cuyo capital participan todos los operadores del mercado, con lo que se simplifican los costes de garantía de acceso a la red, ya que ningún operador puede monopolizar su uso.

DÉCIMA

La clave del desarrollo en competencia de este sector se encuentra en la gestión de las redes. La aprobación de la Directiva 96/19/CE supondría el primer paso para la constitución de un mercado de redes imprescindible para garantizar la competencia en servicios. La primera fase de este mercado sería la incorporación de redes alternativas a la red conmutada como la red de cable que, sin embargo, no pudieron cumplir con su función por la persistencia de de limitaciones a su uso que, en el contexto actual, se han traducido en una dificultad manifiesta de rentabilizarse y que, con desarrollo de la digitalización de la red conmutada (ADSL) corren el serio peligro de mantener su explotación. La segunda fase, identificada con la libertad de despliegue de nuevas redes, encontraría como principal escollo los costes, tanto económicos

como de gestión, de las nuevas infraestructuras, de los sistemas de acceso directo al bucle del abonado, y del mantenimiento de estructuras distorsionadas de las tarifas, lo que motiva aún más la necesidad de haber definido un sistema efectivo de financiación del servicio universal y de compensación de los costes históricos del sector, y que hubiera permitido una liberalización de redes paralela a la liberalización de los servicios.

UNDÉCIMA

La experiencia liberalizadora en el mercado español de telecomunicaciones fue desaprovechada en varios aspectos:

- En primer lugar, por las limitaciones establecidas a los operadores de la red de cable que constituían la apuesta más segura como redes alternativas.
- En segundo lugar, por la incompetencia manifiesta en la determinación del coste de acceso a la red, lo que hubiera permitido una definición exacta de los mecanismos de ajuste de las tarifas de los servicios al principio de orientación a los costes.
- En tercer lugar, por la indefinición de un verdadero sistema de prestación y financiación del servicio universal que ha comportado una afectación general a las tarifas de los servicios, por cuanto el coste de la interconexión, que es la principal partida que las define, si bien no reconocido oficialmente, se ha venido utilizando en exclusiva como fuente

de financiación, afectando así a los precios que podían ofrecer los competidores de Telefónica.

- En cuarto y último lugar, porque si bien el sistema de precios máximos garantiza que la competencia no beneficiará sólo a los operadores económicos, corre el riesgo de privar a la liberalización de su principal ventaja, cual es la libre fijación de precios fruto de la dinámica de la oferta y la demanda.

BIBLIOGRAFÍA

- 2555th Council Meeting. Transport, telecom and energy. Brussels 15 december 2003.
- AMADEO PETITBÒ, J., "Desregulación, liberalización y competencia. Tres instrumentos con los mismos objetivos", *Economistes*, núm. 82 (1999), Págs. 80-88.
- ALABAU, A., *La Unión Europea y su política de telecomunicaciones*, Fundación Airtel Móvil, Madrid, 1998.
- AREEDA, P., "Essential facilities: An epithet in need of limiting principles", *Antitrust Law Journal*, vol. 58 (1989), Págs. 840-853.
- ARIÑO ORTIZ, G. [et alt], *Las telecomunicaciones por cable. Su regulación presente y futura*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- ARIÑO ORTIZ, G., *Economía y Estado*, Marcial Pons, Madrid, 1993.
- ARIÑO ORTIZ, G. y DEL GUAYO CASTIELLA, I., "La regulación de las actividades gasistas", *Documentación Administrativa*, núm. 256 (2000), Págs.95-144.
- ARIÑO ORTIZ, G. y LOPEZ DE CASTRO, L., *El sistema eléctrico español. Regulación y competencia*, Montecorvo, Madrid, 1998.
- ARIÑO ORTIZ, G., "Privatizaciones y liberalizaciones en España: balances y resultados 1996-2003", Comares, Granada, 2004.
- ARIÑO ORTIZ, G., "Infraestructuras: nuevo marco legal", *REDETI*, núm. 10 (2001), Págs. 59-77.

- ARIÑO ORTIZ, G., "Telecomunicaciones. Las reformas necesarias en el modelo español", *REDETI*, núm. 17 (2003), Págs. 554 y ss.
- ARIÑO ORTIZ, G., *Liberalizaciones 2000*, Comares, Granada, 2000.
- ARIÑO ORTIZ, G., DE LA CUÉTARA J.M y AGUILERA, L., *Las telecomunicaciones por cable. Su regulación presente y futura*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- ARIÑO ORTIZ, G., *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- ARIÑO ORTIZ, G., *Telecomunicaciones y audiovisual. Cuestiones disputadas*, Comares, Granada, 2004.
- ARIÑO ORTIZ, G., *Principios de derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública y regulación económica*, Comares, Granada, 1999.
- ARNALDO ALCUBILLA, E. y MONTEJO VELILLA (Coord.), S., *Telecomunicaciones por cable*, la Ley-Actualidad, Madrid, 2000.
- ARNALDO ALCUBILLA, E. y MONTEJO VELILLA, S., *Telecomunicaciones por cable*, La Ley-Actualidad, Madrid, 2000.
- ASCARELLI, T., *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, Bosch, Barcelona, 1970.
- AZCUENAGA M.L., "Essential facilities and regulation: Court or agency jurisdiction?", *Antitrust Law Journal*, vol. 58 (1990), Págs. 879-886.
- BELLAMY & CHILD, *European Community Law of Competition*, Sweet&Maxwell, London, 2001.
- BENEYTO PÉREZ, J.M y MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J. *El nuevo Derecho comunitario y español de la competencia*, Bosch, Barcelona, 2002.

- BENEYTO PÉREZ, J.M. (Coord.), *Regulación y competencia en telecomunicaciones*, Dykinson, Madrid, 2003.
- BERCOVITZ, A., “La formación del Derecho de la competencia”, *Actas de Derecho Industrial*, núm. 2 (1975), Págs. 61 y ss.
- BRENNAN, G. y BUCHANAN, J.M., *La razón de las normas*, Unión Editorial, Madrid, 1987.
- BROKELMANN, H., “Las negativas de suministro en el derecho de la competencia comunitario y español”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 125 (1997), Págs. 5-27
- CALABRESI, G., “Some thoughts on risk distribution and the law of torts”. en *Yale Law Journal*, vol. 68 (1961), Págs.499 y ss.
- CALABRESI, G., *El coste de los accidentes: análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, Ariel, Barcelona, 1984.
- CNME, *Cronología de la Comisión Nacional del Mercado Eléctrico 1994-2000*. Disponible en: http://www.cne.es/pdf/iap_crono_cnse.pdf
- 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.
- COASE, R.H., *La empresa, el mercado y la ley*, Alianza, Madrid, 1994.
- CORREAS, O., *Introducción a la sociología jurídica*, Signo, Barcelona, 1995.
- 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.
- CREMADES, J. (Coord.), *Derecho de las Telecomunicaciones*, La Ley Actualidad y Ministerio de Fomento, Madrid, 1997.

- CREMADES, J. (Coord.), *La liberalización de las telecomunicaciones en un mundo global*, La Ley Actualidad, Madrid, 1999.
- DEMSETZ, H., *Efficiency competition and policy. Vol. II*, Basil Blackwell, Oxford, 1989.
- DE LA CRUZ FERRER, J., *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002.
- DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M., "Informe especial: La Ley General de telecomunicaciones de 2003 en el contexto de la liberalización europea y española del sector", *REDETI*, núm. 18 (2003), Págs. 71-149.
- DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M., "Sobre la competencia en y entre redes", *REDETI*, núm. 10 (2001), Pág. 20 y ss.
- DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M., "Sobre las infraestructuras en red", *REDETI*, núm. 1 (1998), Págs. 13-45.
- DE LA CUETARA, J.M., *La actividad de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1983.
- DE LA QUADRA SALCEDO, T. [et alt], *Aspectos jurídicos de las telecomunicaciones*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003.
- DE LOS MOZOS, J.L., *El derecho de propiedad, crisis y retorno a la tradición jurídica*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993.
- DIEZ ESTELLA, F., "La doctrina del abuso en los mercados conexos: del "monopoly leveraging" a las "essential facilities", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 248 (2003).
Disponible en: http://www.unesa.es/fichas_biblioteca/313_preguntas.htm
- EASTERBROOK, F.H. "Does antitrust have comparative advantage?", *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 23 (1999), Págs. 5-10.

- Energy infrastructures: increasing security of supply in the Union. Memo. European Commission Directorate General for Energy and Transport. December 2003.
Disponible en:
http://europa.eu.int/comm/energy/electricity/infrastructure/doc/2003/memo_en.pdf
- FERNANDEZ GALIANO, A y DE CASTRO CID, B., *Lecciones de Teoría de derecho y derecho natural*, Universitas, Madrid, 1999.
- FERNANDEZ-LERGA, C., *Derecho de la competencia. Comunidad Europea y España*, Aranzadi, Pamplona, 1994.
- FERNÁNDEZ ORDOÑEZ, M.A., "La competencia", Alianza, Madrid, 2000.
- 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.
- FONT GALÁN, J.I. *Constitución económica y Derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid, 1987.
- GALAN CORONA, E., *Acuerdos restrictivos de la competencia*, Montecorvo SA, Madrid, 1977.
- GALBRAITH, *The new industrial state*, Hamish Hamiston, London, 1967.
- GARCÍA DE ENTERRIA, E. Y DE LA QUADRA SALCEDO, T. (Coord.), *Comentarios a la LGT. Ley 11/98 de 24 de abril*, Civitas, Madrid, 1999.
- GARCIA LEGAZ PONCE, J. "Liberalización, competencia y regulación de las telecomunicaciones en España", *Economía Industrial*, núm. 337 (2001).

- GERBER, D.J. "Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus", *The Antitrust Bulletin*, vol.45 (2000), Págs. 249-263.
- GOMEZ-REINO CARNOTA, E., (Coord.), *Telecomunicaciones, infraestructura y libre competencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.
- 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.
- GORINSON S.T., "Overview: Essential facilities and regulation", *Antitrust Law Journal*, vol. 58 (1990), Págs. 871-877.
- GRAGLIA, L.A., "Is antitrust obsolete? ", *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 23, Págs. 11-21.
- GRETEL, *Competencia y regulación en los mercados de las telecomunicaciones, audiovisual e internet*, Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicaciones, Madrid, 1998.
- HECKSCHER, E. F., *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.
- HERNANDEZ CASTILLA, N. y LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., *Privatizaciones, liberalización y bienestar*, Comares, Granada, 2000.
- IMMENGA, U., *El mercado y el derecho: estudios de derecho de la competencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.
- KENNETH GALBRAITH, J., *Historia de la economía*, Ariel, Barcelona, 1998.
- KNIGHT, F.H., "Algunas falacias de la interpretación del coste social", *Hacienda Pública Española*, núm. 68 (1981), Págs. 234-244.

- KNIGHT, F.K., "Algunas falacias de la interpretación del coste social", *Hacienda Pública Española*, núm. 68, 1981, Págs. 234-244.
-
- KORAH, V., *Introducción al derecho y práctica de la competencia en la CEE*, Ariel Derecho, Barcelona, 1986.
- *La electricidad en España. 313 Preguntas y respuestas*. UNESA 2003. Madrid.
- LAGUNA DE PAZ, J.C., *Telecomunicaciones: regulación y mercado*, Aranzadi, Pamplona, 2004.
- LAROCHE, P., *Competition Law and regulation in european telecommunications*, Hart Publishing, Oxford, 2000.
- LINDROSS, M. [et alt], "Liberalisation of european gas markets. Commission settles GFU case with Norwegian gas producers", *Competition Policy Newsletter*, núm 3 (2003), Págs. 50-52.
- LLANEZA GONZÁLEZ, P., *Nuevo marco regulatorio de las telecomunicaciones*, Bosch, Barcelona, 2002.
- LOPEZ DE CASTRO GARCÍA MORATO, L. y ARIÑO ORTIZ, G., *Derecho de la competencia en sectores regulados*, Comares, Granada, 2001.
- LOPEZ DE CASTRO GARCÍA MORATO, L. y ARIÑO ORTIZ, G., *La competencia en sectores regulados. Regulación empresarial y mercado de empresas*, Comares, Granada, 2003.
- LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L. y ARIÑO ORTIZ, G., "La competencia en sectores regulados. Regulación empresarial y mercado de empresas", Comares, Granada, 2003.
- LOWE, P., "Applying EU competition law to the newly liberalised energy markets", Director General for Competition EC Comission, 13 may 2003. Brussels. Speech.

- MALARET GARCÍA, E. (Dir), *Régimen jurídico de los servicios públicos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.
- MALARET GARCIA, E., *El Derecho de la Administración Pública; derecho público y derecho privado; la relevancia de los principios constitucionales*, en AAVV, *Derecho Público y Derecho Privado en la actuación de la Administración Pública*, Marcial Pons e Institut d'Estudis Autonòmics, Madrid, Barcelona, 1999, Págs. 8-31.
- MALARET GARCÍA, E., *Servicios públicos y Unión Europea. Los servicios públicos telefónicos en el marco de la liberalización de las telecomunicaciones, la reducción del ámbito del monopolio paso previo a su desaparición*, en MALARET GARCÍA, E. (Dir), *Régimen jurídico de los servicios públicos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, Págs. 108-109.
- MARTIN MATEO, R., *El marco político de la Economía de Mercado*, Aranzadi, Navarra, 2003.
- MARTIN MATEO, R., *Liberalización de la economía. Más Estado y menos Administración*, Trivium, Madrid, 1998.
- MASSAGUER, J, "Aproximación sistemática general al derecho de la competencia y de los bienes inmateriales", *Revista General del Derecho*, 1990, Págs 245-263.
- MENDOZA LOSANA, A.I., "Nuevas iniciativas para facilitar la competencia en el acceso al usuario final (bucle del abonado) (Un estudio a raíz del art.2 del RD-Ley 7/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes en el Sector de las Telecomunicaciones)", *REDETI*, núm.10 (2001) Págs.119-142.
- Mentor Group, "Applying EU competition law to the newly liberalised energy markets", *Forum for EU-US legal economic affairs*, Brussels, 13th of May 2003. Disponible en:
http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/index_theme_26.html

- MERCADO PACHECO, P., *El análisis económico del derecho. Una reconstrucción teórica*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1994.
- MONTERO PASCUAL, J.J., *Competencia en las comunicaciones móviles. De la telefonía a Internet*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
- MONTERO PASCUAL, J.J., *Competencia en las comunicaciones móviles. De la telefonía a Internet*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
- ORTEGA BUENO, R. y ORTEGA FERNÁNDEZ, R., "La STJCE en el asunto PreussenElektra: la necesidad de una interpretación en función de los efectos en materia de ayudas públicas", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 222 (2002), Págs. 86-97.
- OWEN B.M., "Determining optimal access to regulated essential facilities", *Antitrust Law Journal*, vol. 58 (1990), Págs. 887-894.
- 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.
- 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.
- PASTOR PRIETO, S., *Sistema jurídico y economía. Una introducción al AED*, Tecnos, Madrid, 1989.
- PAZ-ARES, C., "La economía política como jurisprudencia racional", en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 2 (1981), Págs. 601-707.
- PELLISÉ CAPELL, J., *Mercados relevantes, posición de dominio y otras cuestiones que plantean los arts. 82 TCE y 6 LEDC*, Aranzadi, Navarra, 2002.

- PÉREZ PRADO, J.M. y PASSÁS OGALLAR J., “Efectos de red y competencia en mercados de nuevas tecnologías”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 230 (2004), Págs. 117-134.

- PETITBÓ JUAN, A., *El mercado de las telecomunicaciones*, en GÓMEZ-REINO CARNOTA, E., *Telecomunicaciones, infraestructuras y libre competencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, Págs. 108-128.

- PIÑAR MAÑAS, J.L., “Privatización de empresas públicas y Derecho Comunitario”, *Revista de Administración Pública*, núm. 133 (1994), Págs. 17 y ss.

- PITOFISKY, R. [et al], “The essential facilities doctrine under U.S. antitrust law”, *Antitrust Law Journal*, vol. 70 (2002), Págs. 443-462.

- PLAZA FONSECA, C. y DE LA CALZADA FERNÁNDEZ, A.V., “Impacto de la liberalización del bucle del abonado” *Comunicaciones de Telefónica I+D*, núm. 19 (2000).

- PLAZA FONSECA, C. y DE LA CALZADA FERNÁNDEZ, A.V., “Impacto de la liberalización del bucle del abonado”. *Comunicaciones de Telefónica I+D* núm.19 (2000).

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

- POSNER, R., *Antitrust Law. An economic perspectiva*, The University of Chicago Press, Chicago, 1976.

- REICHT, N.,”Introducción a la edición española del libro “Mercado y Derecho”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm.178 (1985), Págs. 745-761.

- REQUEIJO, J. y CUERVO GARCÍA, A., “Privatización y eficiencia empresarial. Hacia un modelo explicativo a nivel de empresa”, *Economía Industrial*, núm 328 (1999), Págs. 29-42.

- REQUEIJO, J., "Privatización de empresas públicas y convergencia real", *Economía Industrial*, núm.328 (1999), Pág. 16 y ss.
- REQUEIJO, J., "Privatizaciones de empresas públicas y convergencia real", *Economía Industrial*, núm. 328 (1999), Págs.17-56.
- ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., *Libre competencia y competencia desleal*, La Ley, Madrid, 2001.
- RODRIGUEZ CASAL, C., *Política de telecomunicaciones*, Universidad Pública de Navarra, Navarra, 2004.
- 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.
- ROLL, E., *Historia de las doctrinas económicas*, Fondo de cultura económica, México, 1974.
- ROTONDI, "Aviamiento y concurrencia desleal (Contribución al estudio de la naturaleza de la acción de concurrencia desleal)", *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2 (1957), Págs. 123-138.
- SANCHEZ TABARES, R., *Introducción a la Economía Política*, Barcanova, Barcelona, 1988.
- 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
- SCHAUB, A., "Emerging competition in european energy markets", *Institute of European Studies/Centre for Competition Policy*, Madrid, 2002. Disponible en <http://europa.eu.int/comm/competition/publications/>

- 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.
- SCHUMPETER, J.A., *Diez grandes economistas. De Marx a Keynes*, Alianza, Madrid, 1971.
- SCHWARTZ, P. y CARBAJO, A., "Teoría económica de los derechos de propiedad", *Hacienda Pública Española*, núm. 68 (1981), Págs.221-233.
- SCREPANTI, E., ZAMAGNI, S., *Panorama de historia del pensamiento económico*, Ariel Economía, Barcelona, 1997.
- SENDIN GARCÍA, M.A., *Regulación y servicios públicos*, Comares, Granada, 2003.
- SCHERER, F.M., *Industrial markets structure and economic performance*, Houghton Mifflin, USA, 1980.
- SHAPIRO, C. y VARIAN, HAL, R., *Information rules: a strategic guide to the network economy*, Harvard Business School Press, Boston, 1998
- SOUTY, F., *Le droit de la concurrence de l'Union européenne*, Montchrestien, Paris, 1997.
- SPENCER, H., *The man versus the State*, Penguin Books, 1969.
- STIGLITZ, J.E., *Los felices años 90. La semilla de la destrucción*, Taurus, Madrid, 2003.
- TORNOS MAS, J., *La intervención pública sobre los precios de los servicios. Tasas, tarifas, precios regulados y potestad de ordenación general de precios*, en AAVV, *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al Profesor Dr. Sebastián Martín Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, Págs. 649-676.