



UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

TESIS DOCTORAL

LA DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LA COMPETENCIA EFECTIVA
EN EL MARCO DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS COMUNICACIONES
ELECTRÓNICAS

Autor:

D^a. Juanita Pedraza Córdoba

Director/es:

Dr. D. Agustín de Asís Roig

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO DEL ESTADO
AREA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Colmenarejo, junio de 2012

TESIS DOCTORAL

LA DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LA COMPETENCIA EFECTIVA EN EL MARCO DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

Autor: D^a JUANITA PEDRAZA CÓRDOBA

Director/es: Dr. D. AGUSTIN DE ASIS ROIG

Firma del Tribunal Calificador:

Firma

Presidente:

Vocal:

Vocal:

Vocal:

Secretario:

Calificación:

Colmenarejo, de de

A Rodrigo

Agradecimientos

La redacción de esta tesis es el resultado de un trabajo conjunto desarrollado bajo la acertada y afectuosa dirección del Dr. D. Agustín de Asís, quien paciente y generosamente compartió conmigo sus experiencias y conocimientos, encauzó mi investigación, me dio oportunas instrucciones y efectuó comentarios que enriquecieron los planteamientos jurídicos y, sobre todo, abrieron mis miras como jurista hacia perspectivas analíticas que mi sesgo profesional como abogada litigante me tenían vedadas y hacia soluciones heterodoxas que, a mi juicio, constituyen acicates para el desarrollo científico.

Dentro del conjunto de apoyos recibidos quisiera destacar el dado por mi Universidad de origen, la Universidad Externado de Colombia, quien no sólo me formó como abogada, sentando las bases para este trabajo, sino que, a través de la figura de nuestro Rector, el profesor Dr. Fernando Hinestrosa Forero (Q.E.P.D) nos imprimió el carácter de juristas comprometidos con la sociedad, respetuosos de la ciencia cuyo estudio y aplicación constituye nuestra actividad profesional y permanentemente inquietos por acrecentar nuestro conocimiento.

La colaboración prestada por el personal de Biblioteca de la Universidad Carlos III de Madrid, y en especial, por Teresa García, del Centro de Documentación Europea, ha sido invaluable en este trabajo; también el apoyo y el interés demostrado por mis compañeros de Colmenarejo.

Mi familia, que no ha perdido la ilusión, ni la confianza en mí, pese a los avatares que tiene un trabajo de esta naturaleza, ha estado animándome y confortándome en los momentos de duda y los siento partícipes y multiplicadores de la alegría y satisfacción que me embargan al alcanzar este hito en mi carrera profesional. Nacho y Rodrigo, quienes me han acompañado en el día a día, contribuyendo, con su afecto y apoyo irrestrictos, a la culminación de esta tarea.

A mis amigos, que han sido pieza vital en el apuntalamiento emocional que necesita este trabajo y a J. Manuel, por impulsar el segundo aire, padecer la lectura y la reestructuración, por su ayuda en la formalización definitiva y su apoyo en la fase final de este trabajo.

A todos, muchas gracias.

INDICE

CAPITULO I. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA: IDENTIFICACIÓN DE LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA ALTERACIÓN SOBREVENIDA EN LAS CONDICIONES DE LA LICITACIÓN DE LAS LICENCIAS DE UMTS.	1
I. ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACIÓN	3
II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE LA INTERVENCIÓN PÚBLICA EN EL SECTOR DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS	8
A. El sector de las comunicaciones electrónicas	8
B. Títulos competenciales en materia de comunicaciones electrónicas	13
1. Habilitación competencial en Europa	13
2. Habilitación competencial en España	18
C. Notas caracterizadoras de la ordenación de las telecomunicaciones antes de la era reguladora o desreguladora	20
1. Fase experimental	21
2. Fase de expansión	22
3. Fase de creación y consolidación del mercado: la era de la regulación económica.	26
III. UN CASO ILUSTRATIVO: LA MODIFICACIÓN SOBREVENIDA DE LAS CONDICIONES DE EXPLOTACIÓN DE SERVICIOS MÓVILES DE TERCERA GENERACIÓN	34
A. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL OTORGAMIENTO DE LAS LICENCIAS PARA TELECOMUNICACIONES UMTS.	35
1. La tecnología UMTS	40
2. Condiciones de prestación	51
3. La licitación por las Licencias UMTS: el caso europeo	59
4. La licitación de las licencias UMTS: el caso español.	70
IV. LA ALTERACIÓN DE LAS CONDICIONES DE LAS LICENCIAS.	75
1. La alteración por el advenimiento de causas imprevisibles e irresistibles	78
2. Concurrencia de necesidades nuevas e imprevistas	79

3. Existencia de un interés público	86
4. Modificación del régimen jurídico de las tasas por el uso del espectro.	87
V. LA DELIMITACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS Y EL INTERÉS DE LA INVESTIGACIÓN	89
CAPITULO II. LA COMPETENCIA COMO CRITERIO DE EXPLICACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES.	95
I. LA COMPETENCIA EFECTIVA EN LA TEORÍA ECONÓMICA: UNA NOCIÓN POLISÉMICA, HISTÓRICA Y CON CONTENIDO IDEOLÓGICO.	96
A. Competencia y poder de mercado.	96
1. Escuela de Harvard	101
2. Escuela de Chicago	104
3. La nueva economía institucional	106
B. Competencia efectiva	108
C. El carácter funcional de la noción: los objetivos a los que sirve la competencia.	114
1. Objetivos económicos	116
2. Objetivos extraeconómicos	120
D. Las reglas de resolución de los conflictos de intereses	122
E. La asunción de un concepto unívoco: un reto que trasciende la ciencia económica	125
II. LA NOCIÓN DE COMPETENCIA EFECTIVA EN EUROPA.	129
A. El mercado único como eje central del sistema jurídico comunitario	129
B. El alcance de la protección judicial comunitaria a las condiciones de competencia efectiva	134
III. LA NOCIÓN COMPETENCIA EFECTIVA EN ESPAÑA	140
A. El mercado y la competencia en la Constitución Española.	140
B. Breve excursus sobre la libertad de empresa en la Constitución Española.	155
1. Noción y carácter jurídico	155
2. Núcleo esencial	160

3. Economía de mercado	162
C. El carácter funcional de las nociones de mercado y competencia efectiva	166
IV. EL MERCADO Y LA COMPETENCIA EN LA NORMATIVA SECTORIAL	167
A. Carácter jurídico-formal de la noción	167
B. Dotación de contenido material por la práctica regulatoria	176
V. LA CONFIGURACIÓN DEL SISTEMA AXIOLÓGICO DEL RÉGIMEN JURÍDICO NACIONAL DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS.	192
CAPITULO III. DETERMINACIÓN DEL MODELO DE COMPETENCIA EFECTIVA PRESENTE EN LA ORDENACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES	199
I. PRESUPUESTOS Y OBJETIVOS REGULATORIOS DURANTE EL PERIODO COMPRENDIDO ENTRE 1980 Y EL AÑO 2000	200
A. El inicio del proceso: El Libro Verde de 1987	202
B. El paquete de Directivas de desarrollo	204
C. La comunicación sobre la convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información y sus consecuencias para la reglamentación.	215
D. ¿Liberalizar o crear un mercado para las telecomunicaciones?	220
II. PRESUPUESTOS Y OBJETIVOS DE LA REGULACIÓN EN EL PERIODO COMPRENDIDO ENTRE LOS AÑOS 2000-2005.	225
A. La Review de 1999	226
B. Las Directivas de desarrollo	229
C. La conservación de las condiciones de competencia: propiciando la rivalidad	238
III. PRESUPUESTOS Y OBJETIVOS DE LA REGULACIÓN DESDE 2005	246
A. Comunicación de la Comisión, de 1 de junio de 2005, al Consejo, Parlamento Europeo, Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones titulada «i2010 - Una sociedad de la información europea para el crecimiento y el empleo».	247
B. La Comunicación (2006) 334 final. Revisión del marco regulatorio de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas.	249

C. Los nuevos desafíos regulatorios: las redes de nueva generación y la neutralidad de red.	251
IV. EL PAQUETE REGULATORIO DE 2009: LA ASUNCIÓN DE LOS DESAFÍOS REGULATORIOS	257
A. Análisis de las modificaciones introducidas al régimen anterior	258
1. Ampliación del ámbito de regulación	258
2. Fortalecimiento de las autoridades nacionales de reglamentación	260
3. Actualización de objetivos	262
4. Adición y robustecimiento de los medios para la consecución de los objetivos	262
5. Creación de la autoridad europea del mercado de las comunicaciones electrónicas	275
6. Fortalecimiento de las competencias normativas, de ejecución y control de la comisión europea.	277
7. La gestión del espectro: la neutralidad tecnológica y de servicio y el mercado secundario.	279
8. Modificaciones al régimen general de habilitaciones	282
9. Modificaciones en el régimen del servicio universal	283
B. El contenido de la agenda digital para Europa	286
V. LOS VIRAJES REGULATORIOS Y SUS EFECTOS EN CUANTO A LA DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LA COMPETENCIA EFECTIVA.	298
CAPITULO IV. LA COMPETENCIA EFECTIVA EN EL MARCO DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS COMO ACTIVIDAD DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL	313
I. LA COMPLEJIDAD DE LA NOCIÓN: UN RESULTADO CALCULADO.	314
II. NOCIÓN Y ELEMENTOS	328
A. La empresa como sujeto de la previsión contenida en el art. 106.2 TFUE: un elemento subjetivo definido desde el objeto.	331
1. Actividad económica en el sentido de las reglas del mercado interior	333
2. Actividad económica en el sentido de la normativa de competencia	336
3. Actividades no económicas en el marco de los dos regímenes bajo examen.	337

4. Consecuencias del empleo alternativo o cumulativo de los criterios	340
B. La presencia del interés general: su calificación y efectos.	343
1. Razones de interés general en el ámbito de las reglas del mercado interior	344
2. Razones de interés económico general en el marco de las normativa de competencia.	346
C. Adoptar una definición: una necesidad metodológica.	348
III. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA NOCIÓN, A LA LUZ DE LA NORMATIVA DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS	355
A. Elementos objetivos: el interés general subyacente en la actividad	355
1. Relevancia económica	355
2. Relevancia institucional	370
3. Relevancia social	374
4. La solidaridad social como criterio estimativo del interés general presente en la actividad.	375
B. El elemento subjetivo: La distribución de competencias	405
IV. EFECTOS DE LA CALIFICACIÓN	420
A. El carácter imperativo del análisis de eficiencias en los mercados de servicios de interés económico general	420
B. La calificación y el efecto en la normativa comunitaria y española de comunicaciones electrónicas	436
C. Las reglas de elección de un modelo de gestión de los servicios de interés económico general	438
D. Los estatutos del usuario y del operador	441
CAPITULO V. LAS HABILITACIONES SECTORIALES COMO INSTRUMENTOS AL SERVICIO DE LA COMPETENCIA EFECTIVA EN UN MERCADO DE SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL	443
I. OBJETIVOS Y TÉCNICAS DE INTERVENCIÓN EN EL RÉGIMEN DE HABILITACIONES	443
II. LAS HABILITACIONES EN EL MERCADO DE LOS SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS	452

A. El régimen jurídico de las habilitaciones para la explotación de redes y servicios de comunicaciones electrónicas	453
III. LAS MODIFICACIONES FUNCIONALES EN EL RÉGIMEN DE LAS HABILITACIONES PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS.	459
1. Función de conjura o minimización de riesgos sociales	460
2. Función recaudatoria de las habilitaciones	462
3. Función como técnica de gestión de bienes de dominio público	464
4. Función de imposición de obligaciones de servicio público	465
A. Las diferentes tipologías de habilitaciones	466
1. Fuentes normativas que justifican la diversidad de habilitaciones	466
2. Los tipos concretos de habilitaciones	472
C. El estado actual de la cuestión: el papel de la habilitación en un mercado para la provisión de un servicio de interés económico general.	513
CAPÍTULO VI. CONCLUSIONES	519
I. LA REGULACIÓN DEL SECTOR DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS	519
A. Las habilitaciones competenciales de las distintas instancias de poder concernidas con la materia	520
B. El análisis de un caso concreto de ordenación de una actividad: las licencias para la prestación de servicios móviles de tercera generación (UMTS)	522
II. EL INTERÉS GENERAL PRESENTE EN LA ORDENACIÓN DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS	526
A. El mercado y la competencia efectiva en la ciencia económica	526
B. El mercado y la competencia efectiva en la normativa comunitaria	528
C. El mercado y la competencia efectiva en la normativa nacional	529
D. Mercado y competencia efectiva en la normativa sectorial y en la práctica regulatoria	530
III. LA COMPETENCIA EFECTIVA EN EL MARCO DE LOS SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL	535
A. La solidaridad como valor central del sistema jurídico de las comunicaciones electrónicas	543

IV.LAS HABILITACIONES SECTORIALES COMO TÉCNICAS AL SERVICIO DE LA COMPETENCIA EFECTIVA	545
V. LAS CONCLUSIONES SOBRE EL CASO EN CONCRETO	551
VI.LAS NOTAS CARACTERIZADORAS DE UN TÍTULO HABILITANTE PARA LA PRESTACIÓN DE UN SERVICIO DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS	552
BIBLIOGRAFIA	553
ANEXO	611

CAPITULO I. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA: IDENTIFICACIÓN DE LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA ALTERACIÓN SOBREVENIDA EN LAS CONDICIONES DE LA LICITACIÓN DE LAS LICENCIAS DE UMTS.

El régimen jurídico de los servicios de comunicaciones electrónicas constituye un ámbito en continua construcción y revisión. La justificación de tal dinámica es evidente: se trata de un sector de gran relevancia estratégica para la economía, con un marcado carácter infraestructural y caracterizado por la dependencia de los desarrollos y la innovación tecnológicos, cuya vertiginosidad constituye un reto para la capacidad adaptativa de los ordenamientos.

La asunción de dicho reto por los operadores jurídicos, ha significado la introducción de importantes cambios dentro de los sistemas jurídicos, sin que necesariamente se haya contado con el periodo de reflexión suficiente que ameritan las modificaciones en las perspectivas o modos de intervención de los poderes públicos.

El impacto de estas características en las instituciones jurídicas es muy importante. El Derecho y su función principal, cual es la de dar seguridad jurídica a la sociedad, se compadece mal con la inestabilidad y con la demanda de un margen operativo de actuación e improvisación que parecen requerir o derivarse de las particularidades del desarrollo de este segmento de la economía. No es necesaria una investigación profunda para detectar la dificultad que enfrentan los poderes públicos y los operadores jurídicos para intentar hacer frente a los retos tecnológicos, o a escenarios competitivos diversos que se suscitan en este entorno, engarzando instituciones foráneas dentro de los sistemas nacionales, poniendo en cuestión hasta las categorías tradicionales, en algunas ocasiones de manera hasta inadvertida y con alcances aún por precisar.

El desafío principal en sectores dinámicos, con fuerte dependencia de la innovación, dirigidos desde las instancias comunitarias recurriendo a categorías, en algunos casos herederas de la tradición jurídica anglosajona, y en otras, acuñadas en el seno del Derecho de la Unión, como el de las comunicaciones electrónicas, es encontrar líneas de desarrollo y de análisis que por debajo de la vorágine de los cambios regulatorios, permitan explicar el funcionamiento del sistema jurídico, de la intervención administrativa, de la situación jurídica de los agentes, dotando de predictibilidad al

ordenamiento, de la seguridad jurídica necesaria para ejercer libremente los derechos implicados en el desarrollo de la actividad, asumir los correlativos deberes y alcanzar los objetivos públicos. Este es el sentido principal que ha presidido la investigación que recoge esta Tesis Doctoral.

El punto de partida es bien simple: toda intervención es esencialmente teleológica, tiene unos objetivos. En el Derecho constitucional español esta finalidad es un presupuesto de la legitimidad y legalidad de la actividad administrativa. El artículo 103.1 CE al definir a la Administración Pública como una organización vicarial, cuya actividad, toda “sirve con objetividad a los intereses generales”, establece una orientación continuada, total y necesaria hacia el grupo de bienes jurídicos que en cada caso queden identificados como “intereses generales”. Esta vinculación y orientación implican que la presencia de tales intereses es un factor necesario de justificación de la actividad de la Administración, al tiempo que constituyen verdaderos límites al ejercicio de las competencias administrativas.

El interés general, concretado para cada sector, obra, simultáneamente, como causa y frontera de la actividad administrativa y, en esa medida, constituye un factor que explica y, en cierto modo, permite predecir la entidad y dirección de la intervención de la Administración. En la medida que la realización de ese interés general determina la acción interventora, orienta y estructura las relaciones jurídicas surgidas al interior de cada segmento económico, permeadas por sus particularidades. Estas especificidades sectoriales deberían quedar recogidas en las reglas que rigen el desarrollo de la actividad económica, condicionando el funcionamiento de las instituciones generales, sin que ello comporte una pérdida de su vocación como instrumentos para la realización de los intereses últimos que justifican la intervención pública en la actividad.

La Tesis que se presenta no pretende dar repuesta global a este planteamiento, sino simplemente aplicar esta metodología analítica (definir las particularidades del sector, y su efecto sobre algunas categorías generales –interés general, mercado, competencia efectiva-), en el examen de un caso particular, que permite evidenciar algunas cuestiones de interés para los investigadores jurídicos y aportar una respuesta provisional, que se estima novedosa, a los problemas delimitados.

I. ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACIÓN

Este trabajo encuentra su origen en el análisis de los problemas jurídicos que se suscitaron alrededor del otorgamiento y posterior modificación de las habilitaciones para la prestación de servicios de comunicaciones móviles de tercera generación durante el periodo comprendido entre los años 2000 y 2002. La importancia de este suceso dentro de la historia regulatoria de las comunicaciones electrónicas se explica en función a la preponderancia del servicio que, como es bien sabido, constituye una de las tecnologías de comunicación de mayor extensión y uso en la actualidad; al valor que los operadores y las Administraciones europeas, según el método de otorgamiento de las licencias fuera la subasta o la licitación, atribuyeron a la contraprestación por el uso de las frecuencias y a las medidas de intervención pública que se adoptaron para su promoción, tanto por las autoridades comunitarias, como por las españolas.

El examen de los hechos que rodearon este proceso de otorgamiento de las habilitaciones pone de presente, entre otras cuestiones, la necesidad de definir los alcances y contenidos del interés general presente en dicha actividad, cuya salvaguarda justifica las medidas de intervención públicas y la idoneidad de la propia habilitación como herramienta al servicio de la consecución de los objetivos públicos. Como se desarrollará a lo largo de esta tesis doctoral, en los dos ámbitos del ejercicio del poder público (comunitario y nacional) se discutió si las medidas de promoción de la actividad estaban animadas por el propósito de impulsar las condiciones de competencia en el mercado, entendidas como una entelequia asible, comprensible, sólo desde una perspectiva funcional, o si por el contrario, se defendían los intereses económicos de los operadores que habían participado en los procesos de otorgamiento de las habilitaciones, sin que se haya llegado a una conclusión meridiana sobre este asunto (valorado, también, en ámbitos más generales, como el propio Derecho de la Competencia). Es a partir del planteamiento de esta problemática que se construye esta tesis, cuyo desarrollo se ha organizado, por razones metodológicas, como se explica a continuación:

En el capítulo I se acogen, sin ninguna pretensión universal, sino simplemente con el ánimo de no generar equívocos en la exposición, algunos conceptos básicos que permiten efectuar una aproximación razonada al problema. Así las cosas, se parte de una definición del sector de las telecomunicaciones (hoy comunicaciones electrónicas), para a continuación precisar las habilitaciones competenciales que sustentan la

intervención de las autoridades públicas comunitarias y nacionales. Definido dicho fundamento, se presenta una breve descripción de las denominadas fases del proceso de ordenación del sector, que intenta relevar el carácter dinámico, tanto de los objetivos públicos, como de las técnicas interventoras, para concluir con una asunción de un concepto concreto de la actividad reguladora que se considera funge como marco conceptual de esta tesis.

Tras el apartado definitorio, se procede a efectuar una reseña de los antecedentes fácticos y jurídicos más relevantes en los procesos de otorgamiento de las habilitaciones de UMTS (Universal Mobile Telecommunications System) a nivel europeo y español, para centrar la atención en las posteriores modificaciones que fueron introducidas por las autoridades nacionales, con el apoyo de las comunitarias. Examinados tales antecedentes se delimitan los problemas jurídicos a tratar y el interés de la investigación.

En el capítulo II “LA COMPETENCIA COMO CRITERIO DE EXPLICACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES ” se realiza una revisión del concepto de competencia efectiva en la teoría económica, que se aduce como fundamento de la noción positivizada en los ordenamientos nacional y supranacional para concluir que, contrario a lo que podría creerse en un primer momento, no se trata de una noción unívoca cuyo contenido haya sido pacífica, ni unánimemente resuelto entre los estudiosos de las ciencias económicas, sino por el contrario, de un concepto polivalente, fuertemente marcado por las concepciones políticas imperantes en cada estadio de la historia económica de los países. Se propone como referencia conceptual, que permite agrupar las distintas posturas sobre este particular, el modelo “*The Structure Conduct Performance (SCP)*” o “Paradigma Estructura- Conducta- Resultados” que explica las relaciones entre la estructura de un mercado (existencia de barreras de ingreso y/o salida; concentración; etc), el comportamiento de los agentes y sus resultados, de tal suerte que, cualquier concepción sobre “competencia efectiva”, pueda apreciarse como de rasgo prevalentemente estructural, de comportamiento o de resultados. Bajo el entendido que el carácter polisémico de dicha noción no puede traspasar, sin más, las fronteras de la ciencia económica para extender sus dominios hasta la jurídica, demandante de un grado de univocidad que resulte consistente con la idea de seguridad jurídica, se postula que la noción sólo puede llenarse de contenido de manera contextual o sistemática, ésto es, teniendo en cuenta el sistema axiológico y la propia organización de los ordenamientos que la recogen.

A efectos de delimitar los alcances y contenido de la noción en los ámbitos comunitario y nacional, se revisan los marcos jurídicos generales (derecho originario y normativa de competencia en el marco comunitario y marco constitucional, en el caso español) y se contrastan con la noción en la normativa sectorial, cuya aplicación se valida con la revisión de la práctica regulatoria de la autoridad española de las telecomunicaciones (Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones), para concluir que los criterios de valoración y segmentación de los mercados son preponderantemente de carácter estructural y, de modo residual, de comportamiento, brillando por su ausencia los exámenes de tipo funcional o de resultados.

Como resulta evidente, la adopción de un modelo de esta naturaleza supone un posicionamiento del poder público en relación con el poder de mercado y sus efectos, que, se plantea, no es consistente con el resto del sistema jurídico español, demandante de una visión funcional o de resultados, del mercado, como bien jurídico tutelable, que no se satisface desde una perspectiva estructural o de simple rivalidad. Con miras a identificar las posibles causas de esta situación, calificada, se reitera, como anómala, se propone revisar las medidas generales de ordenación adoptadas por las autoridades comunitarias, y nacionales, en la búsqueda de un antecedente o indicio que explique esta cuestión y arroje luces sobre su posible reconducción a lo que se considera puede ser una definición más consistente de la noción, en el ámbito español. La robustez del concepto penderá, como ha quedado dicho, de su consonancia con el sistema jurídico que le sirve de fundamento, estructurado a partir de un subsistema axiológico que dará sentido completo a la noción.

Con este objetivo en mente se desarrolla el capítulo III “DETERMINACIÓN DEL MODELO DE COMPETENCIA EFECTIVA PRESENTE EN LA ORDENACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES.” en el que se identifica un comportamiento en el devenir regulatorio, calificado de errático, toda vez que, sin motivos explícitos, ni solución de continuidad, se recurre a un modelo de competencia efectiva que privilegie, alternativamente, la estructura, sobre la rivalidad, o viceversa, sin que se adviertan razones de fondo que justifiquen los virajes regulatorios. Como se tendrá la ocasión de verificar cuando se revise la historia regulatoria de las comunicaciones electrónicas en el ámbito europeo y nacional, los poderes públicos propiciaron, originalmente, la desaparición de los monopolios públicos de explotación de los servicios, otrora llamados de telecomunicaciones, generando incentivos para la aparición de nuevos proveedores a todo lo largo de la cadena de valor de la actividad, en la que

tradicionalmente se han diferenciado las prestaciones de red, propiamente dichas, de los servicios o facilidades que se prestan sobre las mismas. La primera apuesta regulatoria fue la apertura de la red (obligaciones de acceso e interconexión) y la promoción de proveedores alternativos de servicios, bajo el entendido que la obtención de una masa crítica de clientes y el conocimiento progresivo del mercado, propiciarían la inversión en redes alternativas, basamento de una rivalidad efectiva y con vocación de permanencia en el tiempo, nacida de la ruptura de la dependencia entre las calidades y características de las facilidades de comunicación y la red del incumbente. La insuficiencia de estas medidas, en cuanto a la promoción de redes alternativas, vino a solventarse con las modificaciones introducidas al marco comunitario en 2002, inspiradas en la normativa de la competencia y en su instrumental para el análisis de los mercados relevantes; si bien aún es pronto para valorar de manera concienzuda los efectos de este ajuste regulatorio, lo cierto es que, en el ámbito de la fijación de reglas para el despliegue de las denominadas redes de nueva generación, se ha discutido la idoneidad de las previsiones vigentes para alcanzar los objetivos de impulso y extensión de las redes y servicios de banda ancha, la consolidación de la Internet 2.0 y, en general, la promoción del denominado ciclo virtuoso de la economía digital, sobre el que la responsable de la Agenda Digital en Europa y Vicepresidente la Comisión, Neelie Kroes, ha llegado recientemente a afirmar: *“We are at a time of unceasing uncertainty, soaring unemployment, sclerotic growth. We must solve the immediate problems of economic stability. But that is not all. We must also ask ourselves: what kind of economy do we want for the future? And then we must go out there and build the foundations for that economy. (...) To me, it is clear that ICT is a big part of the answer. Increasing broadband penetration by 10 percentage points could increase growth by 0.9 to 1.5%. One point five percent: on its own that's three times the total growth we predict for next year.”*¹

1 KROES, Neelie. Incentives to invest in the future: creating an open, competitive telecoms market. Intervención ante European Competitive Telecommunications Association, 28 de noviembre de 2011. Disponible en <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/11/815&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> [consultado 4 de diciembre de 2011].

La alternancia, sin justificación perceptible, de los paradigmas de estructura y comportamiento como rectores de la intervención pública sectorial y las dificultades derivadas de la ausencia de un modelo que privilegie el resultado sobre cualquier configuración del mercado, incluido el grado de rivalidad, percibidas también en el ámbito del Derecho de la Competencia del que el marco regulatorio sectorial presume de legatario, plantean la necesidad de buscar otros elementos definitorios del concepto “competencia efectiva”, en un marco más general que el propio de las comunicaciones electrónicas.

Tal marco se sitúa en la categoría de los servicios de interés económico general cuyas nociones basales se revisan en el capítulo IV “LA COMPETENCIA EFECTIVA EN EL MARCO DE LAS COMUNICACIONES ELECTRONICAS COMO ACTIVIDAD DE INTERES ECONOMICO GENERAL” para concluir que el interés general presente en las comunicaciones electrónicas es el derecho fundamental a la comunicación y el criterio estimativo del mismo es la solidaridad social, de tal suerte que, al calificar la actividad como de interés general, el sistema asume un modelo concreto de competencia efectiva, vinculado a los resultados, cuya operación, entre otros efectos, genera la necesidad de establecer una relación jurídica administrativa con los operadores, ligada a la realización de dichos objetivos.

Como colofón de dicho análisis se examinan, en el capítulo V “LAS HABILITACIONES SECTORIALES COMO INSTRUMENTOS AL SERVICIO DE LA COMPETENCIA EFECTIVA EN UN MERCADO DE SERVICIOS DE INTERÉS ECONOMICO GENERAL”, los elementos estructurales del sistema habilitatorio vigente a la época del otorgamiento y modificación de las licencias UMTS, cuya entidad y contenido, a la luz del sentido de la noción de competencia efectiva, antes decantado, queda en entredicho, tal y como lo ilustran los denodados, a la par de inútiles, esfuerzos por justificar jurídicamente las medidas de adecuación a las condiciones reales del funcionamiento del mercado de los servicios móviles de tercera generación. Se identifica así la necesidad de definir una tipología de habilitación, consistente con la calificación de servicio de interés económico general, y se apuntan sus rasgos más generales.

II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE LA INTERVENCIÓN PÚBLICA EN EL SECTOR DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

Con el propósito de contribuir a la consistencia y congruencia a este trabajo, se ha estimado conveniente iniciar el estudio señalando el alcance que se le otorga, a los efectos concretos de esta tesis, a algunas nociones que constituyen lugares comunes, aún cuando no necesariamente en sentidos uniformes, en la literatura científica sobre la materia, tales como, sector de comunicaciones electrónicas y regulación sectorial, para definir, a su vez, el contenido material de la habilitación competencial de las autoridades concernidas con el desarrollo de este sector y revisar los antecedentes del proceso de ordenación de tal segmento económico.

A. El sector de las comunicaciones electrónicas

La primera cuestión que debe abordarse en este epígrafe del estudio es ¿qué se entiende por sector de las comunicaciones electrónicas?. Un sector económico puede definirse en función de los sujetos que lo integran (visión subjetiva que pone en relación a todos los agentes que intervienen en el segmento económico) y de la actividad productiva que en él se desarrolla, cuyas características específicas permiten diferenciarlo de los demás (perspectiva objetiva). En este caso, los agentes principales son: las autoridades regulatorias o Administración de las telecomunicaciones, según su denominación legal²,

2 ESPAÑA. Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. *Boletín Oficial del Estado* núm. 264, de 4 de noviembre de 2003, p. 38890 – 38924. En adelante, LGT. El Título VI de este texto normativo refiere a los órganos superiores y directivos del Ministerio de Ciencia y Tecnología (competencias asumidas por el actual Ministerio de Industria, Turismo y Comercio), órganos directivos y superiores del Ministerio de Economía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. A lo largo de la tesis, las remisiones a la LGT deben entenderse hechas a la versión consolidada tras las modificaciones introducidas por: ESPAÑA. Ley 4/2004, de 29 de diciembre, de modificación de tasas y de beneficios fiscales de acontecimientos de excepcional interés público. *Boletín Oficial del Estado* núm.314 de 30 de diciembre de 2004, p. 42338 – 42355; ESPAÑA. Ley 10/2005, de 14 de junio, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Televisión Digital Terrestre, de Liberalización de la Televisión por Cable y de Fomento del Pluralismo. *Boletín Oficial del Estado* núm. 142 de 15 de junio de 2005, p. 20562 – 20567; ESPAÑA. Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones. *Boletín Oficial del Estado* núm. 251 de 19 de octubre de 2007, p. 42517- 42523; ESPAÑA. Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información. *Boletín Oficial del Estado* núm. 312 de 29 de diciembre de 2007, p. 53701 – 53719; ESPAÑA. Ley 25/2009, de 22 de

los consumidores o usuarios de las redes y servicios y los proveedores de los mismos. La actividad material o elemento objetivo de la noción puede definirse, preliminarmente, como la provisión de medios que hacen posible la comunicación y/o el intercambio de información entre usuarios, excluyendo los servicios postales³. Esta actividad ha sido tradicionalmente desligada de otras condiciones, también materiales que, posibilitan el logro de este objetivo (comunicar o transmitir información), con fundamento en razones técnicas y económicas que aconsejan prodigarles un tratamiento jurídico diferencial⁴.

El deslinde del ámbito material de los diferentes regímenes que integran el denominado derecho informático o de las nuevas tecnologías⁵, suele partir de una distinción entre tres niveles o estratos materiales: De una parte se halla la red, definida como el conjunto de sistemas y medios que posibilitan la prestación de servicios; de otra, los contenidos, concepto que engloba la información que transita por las redes y por último se concibe como tercer nivel el de la interfaz, compuesta por los elementos informáticos (sistemas

diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. *Boletín Oficial del Estado* núm. 308 de 23 de diciembre de 2009, p. 108507 – 108578; ESPAÑA. Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. *Boletín Oficial del Estado* núm. 55 de 5 de marzo de 2011, p. 25033 – 25235 y ESPAÑA. Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista. *Boletín Oficial del Estado* núm. 78 de 31 de marzo de 2012, p. 26876 – 26967.

3 ESPAÑA. Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal. *Boletín Oficial del Estado* núm. 318 de 31 de diciembre de 2010, p. 109195 a 109236; art. 3.1.

4 Aludo específicamente a los sectores audiovisuales y de software.

5 Se trata de un área de investigación relativamente reciente dentro de la disciplina científica del Derecho, cuyos orígenes pueden situarse en el libro *La Cybernétique et l'administration* de Lucien Mehl quien emplea por primera vez el término “informatique juridique” para referirse a un ámbito en el que la tecnología y el Derecho interactúan condicionándose de manera recíproca. <http://de.wikipedia.org/wiki/Rechtsinformatik> (consultado 25 de enero 2012)

operativos, protocolos, etc) que hacen posible que el destinatario de la información la reciba de forma adecuada⁶.

Estos tres estratos han sido calificados, tradicionalmente, como tres sectores diferenciados, en su orden, las telecomunicaciones, el sector audiovisual o de medios y el de la informática, que operan bajo reglas económicas y jurídicas específicas, esto último, dados los problemas particulares que en cada uno se suscitan. Así, los derechos de interconexión o acceso a las redes se han considerado vitales en el marco de las telecomunicaciones, con miras a posibilitar el interfuncionamiento de las redes y la interoperabilidad de los servicios, el derecho a la pluralidad de la información ha sido ampliamente discutido en sede de los servicios audiovisuales y los derechos de propiedad intelectual son relevados en el espacio de la informática. Si bien la propia dinámica de cada uno de estos sectores y, concretamente, los desarrollos tecnológicos, hacen cada vez más difusa la frontera entre los tres segmentos, lo cierto es que, aún en la actualidad, la referencia al sector de las telecomunicaciones alude al nivel físico, material o de soporte que permite la prestación de servicios de emisión, difusión o intercambio de información.

Desde el punto de vista técnico, a juicio de algunos autores⁷, es posible diferenciar los segmentos y, en especial, el informático del de telecomunicaciones, siguiendo el modelo de referencia de interconexión de sistemas abiertos (OSI por sus siglas en inglés) de red⁸, para concluir que las condiciones técnicas asociadas a los cuatro primeros niveles

6 BENKLER, "From Consumers to Users: Shifting the Deeper Structures of Regulation Toward Sustainable Commons and User Access", www.law.indiana.edu/fclj/pubs/v52/no3/benkler1.pdf, 2000; (consultado 02 de noviembre de 2007). GARCÍA MEXÍA, Pablo (dir). *Principios de Derecho de Internet*, 2ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2005. LESSIG, El código y otras leyes del ciberespacio, Madrid: Taurus, 2001. LESSIG, Lawrence. *The Future of Ideas: the Fate of the Commons in a Connected World*. Estados Unidos: Random House: 2001, 335 p. CASANOVAS ROMEU. Derecho, Internet y Web semántica. En: GOMEZ MARTINEZ, Carlos (dir). *Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías*, Madrid: CGPJ, 2004, 263 p.

7 GARCÍA MEXÍA, Pablo (dir). *Principios de Derecho de Internet*, 2ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 131

8 El modelo OSI fue lanzado por la ISO en 1984, con miras a garantizar el interfuncionamiento de las redes. Describe, para cada nivel, las condiciones técnicas que cada uno de ellas aporta para la garantizar el transporte de una señal, cualquiera fuere su tipo (datos, voz, imágenes, etc). http://es.wikipedia.org/wiki/Modelo_OSI. (consultado 18 de abril de 2007)

(portador, enlace, red y transporte) integran el núcleo de la actividad de las telecomunicaciones, mientras que las especificaciones relativas a los últimos niveles (sesión, presentación y aplicación) hacen parte del sector de la informática.

Este tipo de diferenciaciones no resultan extrañas al ámbito jurídico de las telecomunicaciones, toda vez que, con fundamento en el modelo OSI y distinguiendo entre prestaciones, la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) estableció la clasificación entre servicios que se incorporó en la mayoría de legislaciones sobre la materia vigentes a finales de la década de los 80⁹ y que en la actualidad ha sido superada, a instancias de las autoridades comunitarias, en toda Europa, dando lugar a un concepto unificado y con vocación omnicompreensiva de servicio telecomunicaciones, como una prestación consistente en la transmisión, emisión o recepción, de signos, señales o información de cualquier naturaleza, con independencia del medio de transmisión que se use –LGT; Anexo de definiciones, apartado 32-. Con el propósito de abonar el terreno para la aplicación de las normas de telecomunicaciones a cualquier tipo de red o servicio, en consonancia con la consolidación del fenómeno de convergencia que se recibe con beneplácito por las autoridades comunitarias, éstas han acuñado el término de comunicaciones electrónicas, noción que gravita alrededor del concepto técnico de transmisión de señales, elemento común a todas las redes o servicios, se califiquen ordinariamente como de telecomunicaciones o de radiodifusión- LGT Anexo de definiciones, apartado 28-.

Con este concepto se trata de disipar cualquier duda acerca de que el establecimiento y explotación de la totalidad de redes destinadas a la prestación de servicios de transmisión de señales están sujetas a la normativa específica de telecomunicaciones, sin perjuicio de que en tal actividad, como sucede comúnmente, también concurren otras normativas, tales como, las aplicables a los servicios de difusión¹⁰ o a otros servicios que

9 Por todas, la clasificación entre servicios básicos (portadores y teleservicios), telemáticos, de valor agregado, de difusión, auxiliares de ayuda y especiales, contenida en el ESPAÑA. Decreto 1900/1990 (arts. 27 y ss) del ordenamiento colombiano y la distinción entre servicios finales y portadores, de valor añadido y de difusión de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones en España (ESPAÑA. Ley 31/1987, 18 de diciembre, arts. 13 y ss).

10 Sin que se trate de una relación exhaustiva, pueden citarse como las normas principales aplicables a estas materias: ESPAÑA. Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual. *Boletín Oficial*

se prestan al público, recurriendo a los medios provistos por los operadores de comunicaciones electrónicas¹¹.

En la actualidad, la relevancia de la distinción entre telecomunicaciones y otros sectores o actividades conexos radica, en especial, en la delimitación competencial entre las diferentes instancias de poder que pueden verse involucradas o estar concernidas por esta actividad. En España tradicionalmente se ha hecho una distinción entre la habilitación contenida en el artículo 149.1.21 CE para regular, de forma exclusiva, la materia de telecomunicaciones y el título consagrado en el artículo 149.1.27 CE que reconoce atribuciones normativas sobre la materia a las Comunidades Autónomas. Se infiere de lo anterior que no es baladí, ni mucho menos, la diferencia entre el medio físico y el contenido, toda vez que, la regulación del primero, compete en exclusiva al Estado central, mientras que en el ámbito del segundo se reconoce cierto nivel de injerencia a las Comunidades Autónomas.

del Estado núm. 79 de 1 de abril de 2010, p. 30157 a 30209. ESPAÑA. Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal. *Boletín Oficial del Estado* núm. 134 de 6 de junio 2006, p. 21207 a 21218. ESPAÑA. Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico, *Boletín Oficial del Estado* núm. 166 de 12 de julio de 2002, p. 25388 a 25403; ESPAÑA. Ley 15/2001, de 9 de julio, Regula el fomento y promoción de la cinematografía y el sector audiovisual. *Boletín Oficial del Estado* núm. 164 de 10 de julio de 2001, p. 24904 a 24909. ESPAÑA. Real Decreto 691/2010, de 20 de mayo, por el que se regula la Televisión Digital Terrestre en alta definición. *Boletín Oficial del Estado* núm. 134 de 2 de junio de 2010, p. 47691 a 47693. ESPAÑA Real Decreto 920/2006, de 28 de julio, por el que se aprueba el reglamento general de prestación del servicio de difusión de radio y televisión por cable, *Boletín Oficial del Estado* núm. 210 de 2 de septiembre de 2006, p. 31532 a 31538.

11 Como los servicios de la sociedad de la información. ESPAÑA. Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. *Boletín Oficial del Estado* núm. 166 de 12 de julio de 2002, p. 25388 a 25403, en su redacción dada por: ESPAÑA. Ley 26/2011, 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Boletín Oficial del Estado* núm. 184 de 2 de agosto de 2011, p. 87478 a 87494; ESPAÑA. Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información. *Boletín Oficial del Estado* núm. 312 de 29 de diciembre de 2007, p. 53701 a 53719; ESPAÑA. Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones. *Boletín Oficial del Estado* núm. 251 de 19 de octubre de 2007, p. 42517 a 42523; ESPAÑA. Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica. *Boletín Oficial del Estado* núm. 304 de 20 de diciembre de 2003, p. 45329 a 45343.

B. Títulos competenciales en materia de comunicaciones electrónicas

Definido el elemento material de la actividad interventora pública, procede la delimitación de los ámbitos competenciales de las distintas autoridades con interés en la ordenación de las comunicaciones electrónicas.

1. Habilitación competencial en Europa

El artículo 2 TUE¹² fija el sistema de valores de la Unión (la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho y la defensa de los derechos humanos), al tiempo que en el artículo 3.1 se señalan como finalidades, la promoción de la paz, de los valores de la Unión y del bienestar de los ciudadanos. Con estos presupuestos, los diversos numerales del art. 3 aluden a los objetivos concretos de la Unión, dentro de los que se encuentran el establecimiento del mercado interior (TUE; art.3.3). Esta consagración positiva, en la que aparecen valores, fines y objetivos, integra el sistema axiológico del ordenamiento comunitario que también contempla “ (..) *a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Unión y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación de los Tratados, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido. El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán dichos principios y condiciones mediante reglamentos, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, sin perjuicio de la competencia que incumbe a los Estados miembros, dentro del respeto a los Tratados, para prestar, encargar y financiar dichos servicios*” (TFUE; art. 14).

El art. 14 TFUE contiene, entonces, las líneas generales de distribución competencial, entre las instancias nacionales y comunitarias, sobre la materia “servicios de interés económico general”, de la que forman parte las comunicaciones electrónicas, según lo señalado en la Com (96) 443, final, de 11 de septiembre, sobre los servicios de interés

¹² Toda alusión al Derecho originario de la Unión debe entenderse realizada al texto consolidado tras la modificación introducida por el Tratado de Lisboa. Las referencias se realizan a la numeración actual, salvo excepciones que se introducen con el ánimo de hacer explícita alguna cuestión relevante para la exposición.

general en Europa (apartado ¿de qué se trata?) y recientemente en la Com (2011)900 final, de 20 de diciembre, un marco de calidad para los servicios de interés general en Europa (página 3). Dicha delimitación competencial se realiza a partir de los siguientes supuestos: a) Los servicios de interés económico general ocupan un lugar especial dentro de los valores de la Unión y desarrollan un papel relevante en la promoción de la cohesión social y territorial. Llama la atención que de la redacción no se desprende, de forma meridiana, que tienen la calificación jurídica de valor, quizás porque implícitamente se tratan como medio o instrumento al servicio de la realización de explícitos valores u objetivos, empero lo que no puede negarse es que se trata de un tema de importancia significativa dentro de la cultura jurídica de los Estados. En efecto, como se analizará en el Capítulo IV, epígrafe III.A.4. de esta tesis, la conexión de estas actividades con la cohesión social territorial, permite concluir que existe un reconocimiento comunitario sobre la importancia jurídica de esta institución¹³.

b) La intervención de los Estados miembros y de la Unión Europea, al amparo del derecho originario de la Unión, se traduce en el deber de velar porque dichos servicios se presten con arreglo a principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido, lo cual pone de relieve, una vez más, el sesgo analítico con el que Unión ha abordado este tema. Como se analiza en el epígrafe III.4.a) del capítulo IV, la categoría de los servicios de interés económico general se perfila desde, sus orígenes, a partir de la normativa de competencia (TFUE; art. 106), realizando un análisis de compatibilidad con el mercado que permite verificar si la medida de intervención pública (que es la que caracteriza y diferencia a esta actividad económica de las demás) está justificada por una razón de interés general, es necesaria y resulta idónea para atender la necesidad que subyace tras el motivo de interés general. A medida que el proceso de integración avanza, este test de razonabilidad y proporcionalidad cambia, se ajusta a las exigencias políticas y económicas de los tiempos, y se torna más o menos riguroso o flexible, según las condiciones del entorno. Empero, lo que, hasta ahora, no ha variado, pese a la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam que trajo consigo el mandato del art. 14 y la inclusión del derecho de acceso a los servicios de interés económico general (art. 36) como parte del catálogo de

¹³ En la reciente Com (2011) 900 final se habla de los servicios de interés general como red de seguridad esencial para los ciudadanos, que impide la exclusión social.

facultades que integran la Carta de Derechos Fundamentales la Unión, que integra el derecho originario, es esa perspectiva de compatibilidad con el mercado que viene a reiterarse cuando explícitamente la Unión Europea centra su interés en las condiciones económicas y de financiación de los servicios, como factores potenciales de distorsión del funcionamiento de los mercados. En suma, el marco competencial de la Unión, en materia de servicios de interés económico general, como las comunicaciones electrónicas, se construye desde la normativa de defensa de la competencia y del mercado interior, al tiempo que, según el mismo artículo, incumbe a los Estados miembros, dentro del respeto a los Tratados, el prestar, encargar y financiar dichos servicios, atendiendo además las directrices del Parlamento y del Consejo Europeos sobre financiación y régimen económico.

c) Otro elemento es el consistente en la habilitación para el ejercicio de una competencia normativa, por el Parlamento y el Consejo Europeos, que puede adoptar la forma de Reglamento, mediante el despliegue del procedimiento ordinario, para la regulación de las condiciones económicas y de financiación. Esta habilitación goza de la vaguedad y del carácter etéreo que acompañan, en general, a toda la noción, como se razona en el Cap. IV, epígrafe I. de este trabajo, y por ende puede interpretarse conforme las condiciones del entorno político, social y jurídico; así, en la actualidad, atendiendo los comentarios realizados en el marco de las consultas sobre servicios de interés general y servicio universal, la Comisión, en la Com (2011) 900 final, afirma que si bien puede emplearse para dictar un régimen común de los servicios de interés económico general¹⁴, ésto no constituye una prioridad en estos momentos, bajo el entendido que la regulación sectorial y el ejercicio de las competencias transversales son suficientes para atender los cometidos (p.5).

d) Justamente el último de los elementos aparece imbricado con el reconocimiento de la existencia de competencias sectoriales y transversales que inciden sobre la materia. Como lo pone de presente la propia redacción del art. 14 que comienza haciendo alusión al artículo 4 TUE (que fija los principios de la articulación del ejercicio concurrente de competencias – atribución directa, lealtad institucional, cooperación y

¹⁴ Sobre los avatares de la viabilidad y necesidad de una Directiva marco de los SIEG puede verse el pie de página 8 del Cap. IV.

respeto por la identidad jurídico/política nacional-), al art. 93 TFUE (compatibilidad de las ayudas que obren como compensación por el cumplimiento de obligaciones de servicio público), al art. 106 (prohibición de mantener medidas preferenciales para empresas públicas o aquellas que tengan derechos exclusivos y consagración del régimen de sujeción de los servicios de interés económico general a las reglas del Derecho de la competencia y del mercado interior de la Unión) y al art. 107 (atinente a las ayudas estatales), la actividad interventora de las autoridades comunitarias en el ámbito de las comunicaciones electrónicas no puede justificarse, ni explicarse, sólo desde la perspectiva del artículo 14 TFUE, sino que ha de consultarse el resto del derecho originario en la búsqueda de las restantes habilitaciones competenciales que permiten encauzar este interés.

Así, cuando el artículo 106.3 TFUE faculta a la Comisión para ejercitar, entre otras facultades, la de dictar Directivas o adoptar decisiones adecuadas para garantizar que *“las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada”*, abre una vía expedita para la ordenación del sector por las autoridades comunitarias, con miras a garantizar la observancia de las normas de competencia¹⁵.

De otra parte y con miras al fortalecimiento del mercado interior y para promover la cohesión social y territorial, esto es, ateniendo a una doble finalidad, económica y social, el artículo 170.1 TFUE prescribe que la Comunidad contribuirá al establecimiento y al desarrollo de redes transeuropeas en los sectores de las infraestructuras de transportes, de las telecomunicaciones y de la energía, favoreciendo la interconexión e interoperabilidad de las redes nacionales, en un contexto de mercados abiertos y competitivos. Para alcanzar los objetivos mencionados en el artículo 170 TFUE, la Comunidad tiene atribuidas competencias de diversa índole, que van desde la definición

15 Sobre este punto resulta insoslayable la revisión del trabajo del Dr. DE LA QUADRA SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás. *Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y Constitución Económica Europea*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995. 173p.

de políticas, la coordinación de acciones, la cooperación con terceros países, hasta la financiación o apoyo a proyectos concretos (TFUE; art. 171).

En línea con las consecuencias que se derivan de su calificación como servicio económico de interés general y quizás por las limitaciones dimanantes del carácter jurídico de las competencias que le han sido atribuidas al amparo del artículo 170 del Tratado, las intervenciones más relevantes de las autoridades comunitarias en el sector de las comunicaciones electrónicas no recurren a tal disposición (el art. 170) para justificar su contenido, sino a la promoción del mercado interior¹⁶, mediante el sometimiento de las empresas que gestionan los servicios de interés general a las normas del Tratado (TUE; art. 106.3) y, por ende, a la salvaguardia de las condiciones de competencia, como propósitos inspiradores de la actividad interventora, confiando su realización a instrumentos, tales como, la adopción de medidas tendentes a garantizar la efectividad del ejercicio de las libertades fundamentales (libertad de establecimiento, libre circulación de mercancías y servicios, libre circulación de capitales) (TFUE; arts. 50, 105

16 Como lo advierten WAELBROECK y FRIGNANI, “(...) en general existe consenso para considerar que este concepto [se refieren al mercado interior] supone la creación de un espacio económico común entre varios Estados, en el cual los intercambios comerciales se efectúan en las mismas condiciones que en el mercado interior. Ello implica la supresión de todos los obstáculos a la circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, así como el establecimiento de un régimen en el que la competencia no sea falseada”. WAELBROECK, Michel y FRIGNANI, Aldo. *Derecho europeo de la competencia: (vol. 4 del comentario J. Mégret)*. Tomo I. Barcelona: Bosch, 1998, 1424 p., p. 8. Como lo señala el profesor CALVO CARAVACA “el concepto de mercado interior presenta un alcance más profundo que el de mercado común: supone la supresión de todo tipo de barreras, ya sean jurídicas, técnicas, fiscales o fácticas, a la libre circulación de factores productivos. El resultado es un mercado similar al mercado nacional”. Para alcanzar este objetivo, el derecho comunitario despliega tres tipos de estrategias: la de integración negativa de los Estados nacionales, eliminando los obstáculos; la de integración positiva, a través de la armonización y la de equivalencia, que implica la aplicación del derecho del país de origen que asegura una disciplina jurídica única. CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZALEZ. *El derecho europeo de la competencia: objeto, fuentes y sistemática*. En: CALVO CARAVACA (coord) *El derecho europeo de la competencia*. Madrid: Colex, 2000. P. 9-147. CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZALEZ, Javier. *Mercado Unico y libertades comunitarias*. En: CALVO CARAVACA, Alfonso (coord.). *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Madrid: Colex, 2003, p. 25-243.

106.3 entre otros), o al desarrollo de acciones de armonización (TFUE; arts. 114, 115 y 116).

2. Habilitación competencial en España

La distribución competencial de asuntos atinentes a las comunicaciones electrónicas se realiza con base en los artículos 149.1.21 (materia de telecomunicaciones) y 149.1.27 (normas básicas de los medios de comunicación social) CE. E El Tribunal Constitucional ha intentado deslindar los dos títulos, como se aprecia claramente en la Sentencia 168/1993, de 27 de mayo de 1993¹⁷, en la que se indicó [FJ4] que el concepto radiocomunicación –contenido en el artículo 149.1.21 CE- , tal y como se definía en los Tratados Internacionales suscritos por España (emisión por ondas), resultaba tan amplio que su aplicación podía conducir al vaciamiento de contenido del artículo 149.1.27 CE, de tal suerte que era indispensable recurrir a los cánones interpretativos sistemático y teleológico para deslindar las competencias derivadas de dos títulos que, si bien se limitan y contrapesan, no pueden desligarse completamente. Así las cosas, todos los aspectos de la radiodifusión conectados con el ejercicio del derecho contenido en el artículo 20 superior, en los que prevalece la consideración de la radio y la televisión como medio de comunicación, equiparable a la prensa, han de ser regulados conjuntamente por el Estado y las Comunidades, al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.27, mientras que los aspectos netamente físicos, relacionados con el soporte técnico y, en especial, con el uso y explotación del espectro radioeléctrico, han de ser normados, en exclusiva, por el Estado Central.

Como se explicará de manera más detallada en los párrafos posteriores de este escrito, la conexión entre los derechos a informar y ser informado, recogidos en el artículo 20 CE y el pluralismo político, al que se le sitúa en un lugar privilegiado dentro del ordenamiento español como valor superior (CE; art. 1.1.), en el marco de una organización territorial y política en la que se reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones (CE; art. 2 y 143.1), conduce, necesariamente, a la distribución de competencias entre las instancias central y

17 Cuyo contenido se reitera, entre otras, en las Sentencias: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SENTENCIA 244/1993, de 17 de julio, FJ2 y FJ6, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SENTENCIA 278/1993, de 23 de septiembre, FJ2; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SENTENCIA 127/94 de 5 de mayo, FJ6D

autonómica del poder, con miras a la realización de tal valor y principio constitucionales.

Esta situación se repite, *mutatis mutandi*, a nivel comunitario, en el que las autoridades han admitido, de forma desigual, el grado de protagonismo que les corresponde en materia de servicios de difusión, a los que se les otorga un trato diferencial frente al resto de servicios de comunicaciones electrónicas¹⁸. En este sentido, la Comisión Europea se ha mostrado más cautelosa, en cuanto al deslinde de competencias entre la Unión y los Estados Miembros, al afirmar que el contenido de las medidas que adopten los Estados Miembros con el propósito de garantizar el pluralismo en los medios de comunicación, escapan de su acción reguladora¹⁹, mientras que el Parlamento Europeo ha manifestado su apoyo irrestricto a la autonomía de la que, a su juicio, han de seguir gozando los Estados Miembros en cuanto a la definición de la misión de interés público y la forma de financiación de los entes públicos de radiodifusión y televisión, a quienes les reconoce una función primordial en la preservación de la diversidad e identidad culturales²⁰, en cuya ejecución, se afirma, no tiene cabida la aplicación de las normas de competencia²¹.

En suma, los contenidos, especialmente los asociados a los servicios de difusión (radio y televisión), plantean la cuestión esencial de diferenciar el medio físico de transmisión y la señal, de la idea que se difunde a través de los mismos, con miras a efectuar una adecuada delimitación de competencias entre, como mínimo, tres niveles de poder: el comunitario, el estatal y el autonómico, a los que concierne, correlativamente, la protección de diversos intereses públicos concurrentes. La suficiencia y eficacia de los

18 EUROPA. Directiva 2010/13/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 10 de marzo de 2010 sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual). *Diario Oficial de la Unión Europea* núm. L 95, de 15 de abril de 2010.

19 EUROPA. COM (2003) 270 final, de 21 de mayo de 2003, Libro Verde de los servicios de interés general. Numerales 11 y 12.

20 EUROPA. Resolución de 14 de enero de 2004 del Parlamento Europeo, sobre el libro verde. *Diario Oficial de la Unión Europea* núm. C 92 E de 16 de abril de 2004, p. 294-302

21 EUROPA. Resolución del Parlamento Europeo sobre la comunicación de la Comisión titulada “los servicios de interés general en Europa” de 13 de noviembre de 2001.

criterios diferenciadores empleados hasta la fecha, se enfrenta al gran desafío que supone la convergencia tecnológica, la cual, entre otros efectos, genera una difuminación cada vez más perceptible y gravosa entre lo físico, el interfaz y el contenido²².

Dejando planteada la cuestión del interés jurídico que reviste el diferenciar los sectores en convergencia, sobre la cual, dicho sea de paso, no se tiene más respuesta que una defensa a la neutralidad tecnológica y a la seguridad jurídica que demandan, la primera, otorgar el mismo trato a las prestaciones con independencia de los medios y, la segunda, la existencia de criterios nítidos para la delimitación, sólo resta concluir que, cuando se haga mención, a lo largo de este trabajo, al sector de telecomunicaciones o comunicaciones electrónicas, en él deberá entenderse comprendida toda actividad desarrollada por los suministradores de este tipo de prestaciones, destinada a satisfacer las necesidades de sus usuarios, bajo la ordenación y supervisión de las autoridades competentes, que consista, fundamentalmente, en la transmisión de señales de cualquier índole, resultando indiferente el medio de transmisión. Si bien las redes y servicios de comunicaciones electrónicas están integradas, significativamente, por soportes lógicos u otros productos provenientes de la industria del software, se entiende que, por tratarse de cuestiones unidas a la propia noción de sistema de transmisión de información, tienen un carácter accesorio que impide independizarlas del resto de elementos que componen la actividad sectorial²³.

C. Notas caracterizadoras de la ordenación de las telecomunicaciones antes de la era reguladora o desreguladora

Con miras a abordar el estudio de los hitos más relevantes en la historia de la ordenación económica del mercado de las telecomunicaciones se ha seguido un criterio

22 El abanico de terminales que hacen posible la recepción de imágenes difundidas a través de los medios de difusión tradicionales se incrementa (móvil, pda, etc), al tiempo que los medios de provisión de servicios de contenido también se diversifican: TV por Internet, TV a través de UMTS.

23 Lo anterior, no es óbice para señalar que la diferenciación entre el interfaz y el medio físico, propuesta, entre otros autores, por el profesor García Mexía, resulta de utilidad, a los propósitos de este trabajo, por cuanto que al hablar de telecomunicaciones siempre se está haciendo mención al medio físico (junto con el software accesorio) y no al soporte lógico (sistema operativo, aplicaciones, protocolos, etc.) que permite la comunicación.

cronológico, al que se suma un factor analítico de orden teleológico. Los eventos se agrupan de forma tal que den cuenta de la existencia de fases dentro de las cuales existe un entendimiento común sobre el contenido y alcance del interés general presente en la actividad, aún cuando las técnicas para su salvaguardia difieran.

1. Fase experimental

Como lo señalaba tempranamente LORO CHICO²⁴ el origen de la necesidad de intercambiar información, a distancia, se remonta a los albores de los tiempos, cuando los hombres recurrían a las señales de humo o a las palomas mensajeras con el fin de compartir sus impresiones acerca de los eventos de relevancia social y se torna más acuciante durante las épocas de conflictos bélicos, en las cuales la comunicación a distancia, de forma rápida y segura, constituía, y constituye, un factor esencial del éxito de la incursión o encuentro.

No es casualidad, entonces, que la mayoría de los descubrimientos científicos que han supuesto verdaderos hitos en el desarrollo de las tecnologías de la comunicación (desde los sistemas de señales hasta el Internet²⁵) se realicen en el marco de guerras o conflictos armados; en palabras del autor precitado “La guerra, más que cualquier otra actividad humana, depende completamente de las comunicaciones, y recurre a las mejores que se dispone en el momento. Así, durante el siglo XIX fueron las “guerras del telégrafo”; la primera guerra mundial se conoce como la “guerra del teléfono”; la segunda guerra mundial, “como guerra de las radiocomunicaciones”, y las más modernas, como guerras de la electrónica”²⁶.

Puede entonces establecerse un vínculo remoto entre las comunicaciones y los bienes jurídicos de seguridad nacional o preservación de la soberanía, que se conserva hasta nuestros días, como lo pone de presente la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, al justificar la más gravosa, en términos de afección del derecho

24 LORO CHICO, Francisco. Origen de las telecomunicaciones. En: LORO CHICO, Francisco. *Las telecomunicaciones como servicio público*. Madrid: Ministerio del Interior, 1977, p 19-62.

25 Francia adoptó el telégrafo de Chape para transmitir y recibir informaciones del frente e Internet se soporta, hasta 1990, año en el que finaliza la transición al protocolo TCP/IP, en la red de ordenadores ARPANET, desarrollada dentro de un proyecto militar norteamericano.

26 LORO CHICO. p. 52.

a la libertad de empresa, de las medidas interventoras -la reserva de la actividad (LGT; ar. 4.1)- en dichos valores.

El desbordamiento del ámbito de la seguridad y la correspondiente socialización de los servicios y tecnologías de la comunicación, entendida como la generalización de su uso dentro del público, no viene a producirse sino hasta el siglo XIX, cuando se extendió el uso del telégrafo en países como Francia, pasando de su versión óptica (red de torres con vigas de madera móviles que formaban figuras visibles a través de telescopios desde otras torres) a la eléctrica, perfeccionada en los Estados Unidos por Samuel Finley Morse y Alfred Wail, su asociado, quienes en 1843 obtuvieron del Congreso norteamericano treinta mil dólares para una línea telegráfica entre Washington y Baltimore, finalmente inaugurada en 1845. A continuación, el uso del teléfono, patentado por Alexander Graham Bell en 1876, vino a extenderse a finales del siglo XIX y principios del XX, junto con la televisión, que en 1934 y 1936 ya se transmitía regularmente en Alemania y Gran Bretaña, respectivamente²⁷.

2. Fase de expansión

De la mano de S. MUÑOZ MACHADO²⁸ puede seguirse en España la historia de la intervención pública en la economía y, particularmente en el sector de las telecomunicaciones. Señala el autor que a principios del siglo XX convivían dos modelos de gestión económica diferentes: de una parte, como consecuencia de la desconfianza de la presencia de lo público en el mercado y siguiendo con la línea de las privatizaciones, se procedió a entregar en arrendamiento las minas y otros monopolios que no se habían privatizado previamente, tales como, el tabaco, mientras que, de otra parte, se incrementaba la participación directa del Estado en algunos sectores

27 En España, el telégrafo eléctrico se implantó en 1852 con la línea Madrid-Irún, por Zaragoza y Pamplona, y ramales de Zaragoza a Barcelona y de Alsasua a Bilbao y se puso a disposición del público en general, previa la extensión de las líneas, el 1 de marzo de 1855, por mandato de Isabel II. Los antecedentes del uso del teléfono se remontan a 1877, instalándose, en 1885, el primer servicio público telefónico con carácter oficial en Madrid.

28 MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Público Administrativo y Derecho Administrativo en general*, Vol I: Cap. IV La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al Derecho (p.876-1020) y Cap. V Las funciones públicas en el Estado Social y en el marco económico de la libre competencia (1021-1257)., 2ª ed., Madrid: Lustel, 2006, 1231 p.

económicos, tales como, el ferroviario (entre 1919-1936) y el financiero (1919-1928) y se explotaban ciertas actividades, desde sus orígenes, en régimen de monopolio (telecomunicaciones y radiodifusión).

La crisis financiera de finales del s. XIX, los problemas agrícolas del último cuarto del mismo siglo y las guerras mundiales, auspiciaron las nuevas tendencias intervencionistas que gravitaban, de acuerdo con el autor que se analiza, bajo los siguientes principios: 1) medidas de protección hacia el exterior, esencialmente los aranceles, que preservaban el mercado nacional de la afluencia de productos foráneos y con la misma finalidad, restricciones a las inversiones extranjeras en sectores económicos relevantes; 2) medidas de fomento a la producción nacional (ayudas, subvenciones y exenciones); 3) intervención en la producción y comercialización, regulando directamente los mercados (régimen de autorizaciones, empresas públicas y mixtas).

Como causa del intervencionismo se señala, genéricamente, la necesidad de ejercer una supervisión férrea sobre los sectores económicos más relevantes para el desarrollo económico equilibrado territorialmente, en los que la participación privada era insuficiente o resultaba deficitaria. En consecuencia, se procede al despliegue de varias técnicas de intervención:

1. La planificación económica (mediados del s. XX), concebida en Francia, viene precedida del desarrollo de la economía mixta y operaba bajo el entendido que la participación del Estado en las empresas estratégicas garantizaba su sujeción a las directrices del Plan.

2. Monopolización y estatalización de actividades económicas: Despliega sus efectos en sectores de particular relevancia económica o estratégica, pero “no equivale ni a una regulación uniforme, ni al empleo repetido de formas de gestión estandarizadas”²⁹. Indistintamente, para la obtención de las consecuencias jurídicas deseadas, se recurre al arrendamiento del servicio, a la concesión a empresas mixtas o a la gestión directa, a través de organismos descentralizados o por la propia Administración central.³⁰

29 MUÑOZ MACHADO. 2006. p.967

30 Para ejemplificar los argumentos de la monopolización, se trae a colación el caso del sector de hidrocarburos y de la Compañía Arrendataria del Monopolio de Petróleos (CAMPSA).

3. Ordenación económica de algunos sectores (primeros años del s XX) como alternativa a la nacionalización. Los títulos de intervención a los que se recurría a tales efectos, fueron diversos: a) titularidad de bienes de dominio público que debe usar la industria privada para desarrollarse y cuya gestión se le encomienda a través de la concesión; seguridad y la técnica era el servicio público.

Para el caso de las telecomunicaciones, el devenir puede sintetizarse en las siguientes fases:

a) Inicialmente la gestión del servicio telefónico fue llevada a cabo por una empresa mixta, regulada mediante contrato. El Real Decreto Ley de 16 de agosto de 1882 dispuso la concesión por 20 años, precedida de subasta, sin régimen de exclusividad, lo que permitía al Estado reservarse el derecho a otorgar otras concesiones y a prestar el servicio directamente, así como, viabilizaba la existencia de redes privadas sujetas sólo a las restricciones relativas a la seguridad y salubridad públicas. Esta normativa no resultó favorable a la expansión del servicio dada la duración del contrato y el establecimiento de una cláusula de reversión que desestimulaban la inversión en el mantenimiento y actualización de las redes.

b) Con posterioridad hubo una fase de mutaciones vertiginosas en el régimen de explotación del servicio: El Real Decreto de 11 de agosto de 1884 permitía la gestión directa del servicio, mientras que el Real Decreto de 13 de junio de 1886 volvió al sistema de concesión y el Real Decreto de 11 de noviembre de 1890 previó la gestión directa, como regla general, y la concesión como mecanismo subsidiario. Como lo ilustran estos cambios normativos, no existía unanimidad en torno al método de gestión más idóneo y mientras que los defensores de la gestión privada enarbolaban las banderas de la ineficiencia de la dirección pública, sus opositores traían a colación la experiencia de los países foráneos, en los que se había procedido a la estatalización de los servicios y ejemplos de gestión eficaz en la Administración, como el Canal de Isabel II.

c) Mediante el Real Decreto de 15 de agosto de 1894 y el Reglamento del Servicio Telefónico de 26 de junio de 1900 se establecen las siguientes distinciones: Líneas interurbanas, de propiedad del Estado y gestionadas directamente; líneas urbanas, sujetas, en primer lugar, a un régimen de gestión directa y sólo de forma subsidiaria a la concesión a Corporaciones Locales y particulares. La explotación de las líneas privadas se otorga mediante concesión. Esta fórmula mixta planteaba muchos problemas e impidió

que el servicio se desarrollara debidamente, a la par que generaba perjuicios al erario, pero era una solución de compromiso frente a las presiones de las Administraciones interesadas (incluidas las corporaciones locales - Ley de 25 de noviembre de 1908 atribuye a los municipios de Guipúzcoa el derecho a perpetuidad del servicio telefónico.-) y de las empresas privadas.

d) Previo el agotamiento de un seudoproceso selectivo, al que acudieron también Ericsson y New Answer Telephon and Electrical Works, el Real Decreto de 25 de agosto de 1924, partiendo de la base de que el sistema anterior de gestión había sido erróneo, autoriza al Gobierno para suscribir un contrato con la Compañía Telefónica Nacional de España (participada fundamentalmente por la Internacional Telephone and Telegraph Corporation de Nueva York) para la organización, reforma y ampliación del servicio telefónico, según las bases aprobadas.

La suscripción del contrato no estuvo exenta de críticas, como lo recoge Francisco Loro en su tradicional obra³¹, lo cual no obsta para señalar que, en cuanto a la extensión del servicio, pueden verificarse algunos logros destacables³²:

Año	Número de líneas	Número de centrales
1925	102,943	1.135
1930	212.360	2.560
1935	329.180	3.110

31 MUÑOZ MACHADO. 2006. Afirma el autor que pese a la existencia de circunstancias adversas al arrendamiento (el monopolio que se ejercía sobre la red telegráfica que, ya existían pruebas de ello, podía emplearse para prestar servicios de telefonía), a toda prisa, sin un estudio preliminar serio y “cual si estuviese acuciado por misteriosos e irrefrenables influjos” el Gobierno de la Dictadura del General Primo de Rivera arrendó el monopolio de todas las comunicaciones telefónicas, contrariando, a su juicio, la ley de 26 de octubre de 1907 y la de Contabilidad de la Hacienda Pública. (p.104).

32 La información reflejada en la siguiente tabla ha sido extraída de: OTERO CARVAJAL, Luis E. *Las telecomunicaciones en la España contemporánea, 1855-2000*. Cuadernos de Historia Contemporánea, 2007, vol. 29, p.119-152, p. 131.

e) Mediante Decreto Ley de 13 de abril de 1945 el Estado adquiere las acciones de ITT, asumiendo la titularidad de hasta un 79.6% del total de las acciones, se revierte al Estado la concesión de Guipúzcoa, excepto para San Sebastián, y se celebra un nuevo contrato el 31 de octubre de 1946, en cumplimiento de lo previsto en la ley de 31 de diciembre de 1945. En el nuevo contrato: a) Se garantiza el monopolio a la Compañía (se rescatarán todas las concesiones y no se otorgaran nuevas habilitaciones); b) Se pacta un periodo de duración de 30 años, a partir de los cuales el Estado puede proceder al rescate total del servicio, si lo anuncia con una antelación no inferior a 1 año y se retribuye a la empresa; c) Se otorgan derechos de expropiación de terrenos y beneficios tributarios. D) En contraprestación, el Delegado del Gobierno en la empresa tiene competencias de inspección, aprueba los reglamentos técnicos de redes y servicios, resuelve las reclamaciones del público y controla la tesorería, así como, la contabilidad. E) Cláusula de petrificación de las regulaciones administrativas y de las cláusulas contractuales, que no pueden ser variadas unilateralmente, ni pueden implicar la imposición de obligaciones a la Compañía.

f) El contrato vigente hasta la liberalización plena en 1998, se renegó en 1991. Entre 1995 y 1997 el Estado se desprendió de la totalidad de las acciones que aún tenía en el capital social de la empresa (un 32%) reservándose, hasta hace relativamente poco tiempo (Ley 13/2006, de 26 de mayo) y compelido por las autoridades comunitarias (STJE de 13 de mayo de 2003), la denominada acción de oro o derecho a veto³³.

3. Fase de creación y consolidación del mercado: la era de la regulación económica.

El concepto de regulación es claramente polisémico; admite tantos contenidos y alcances como los que le quieran ser atribuidos en un ámbito científico concreto (político, económico, jurídico, etc.), en una tradición jurídica en particular (anglosajona, continental/europea, etc) y hasta en un sector de la vida social específico.

³³ La acción dorada fue ejercitada en el caso del proyecto de fusión de KPN (empresa incumbente en Holanda) y TELEFÓNICA

Partiendo de esta premisa resulta de especial interés para este trabajo comenzar definiendo qué se entiende, a los efectos del mismo, por regulación económica³⁴ y las

34 Sin que pueda considerarse como una lista exhaustiva, pueden citarse en materia de regulación de telecomunicaciones los siguientes textos internacionales: LAFFONT; Jean Jaques y TIROLE, Jean. *Competition in telecommunications*. Cambridge: MIT Press, 2000, 315 p. HELM, Dieter; JENKINSON, Tim (ed). *Competition in regulated industries*. Oxford University Express, 1998, 277 p. CREW. M. (ed) *Expanding competition in regulated industries*. Boston: Kluwer Academic Publishers, 2000, 224 p. CREW, M (ed). *Regulating utilities in an era of deregulation*. Londres: Nacillan Press, 1987, 201 p. En la doctrina nacional, con la misma pretensión ejemplificativa, pueden revisarse: ARIÑO ORTIZ, Gaspar; LOPEZ DE CASTRO, Lucía. *Principios de Derecho Público Económico: modelo de Estado, gestión pública y regulación económica*. 3ª ed. Granada: Comares, 2004. 1089p. MARALET I GARCIA, E. Regulación económica: su instrumentación normativa (el lugar de la ley en el Estado regulador, la experiencia reciente española). *Derecho privado y Constitución*, núm. 17, 2003, p. 327-360. MARTIN MATEO, Ramón. La liberalización de la economía: más Estado menos Administración. Madrid: Trivium, 1988, 227 p. MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Servicio público y mercado: telecomunicaciones*. Madrid: Civitas, 1997, 248 p. MUÑOZ MACHADO, S. ESTEVE PARDO, J. *Derecho de la Regulación Económica I: Fundamentos e Instituciones de la Regulación*. Madrid: lustel, 2009, 944 p. DE LA QUADRA SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás. Introducción. En: DE LA QUADRA SALCEDO, Tomás (Dir) VIDA FERNANDEZ, José (Coord). *Derecho de la Regulación Económica Tomo IV: Telecomunicaciones*. Madrid: lustel, 2009. P. 13-22. DE LA QUADRA SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T, Estado y mercado en un mundo global. *Cuadernos de Derecho Público* núm. 25, 2005, p. 55-106. FERNANDEZ GARCIA, Mª Yolanda. *Estatuto jurídico de los servicios esenciales económicos en red*. Madrid: INAP, 2003. LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *Telecomunicaciones: regulación y mercado*, 3ª ed., Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters, 2010, 788 p. CARLON RUIZ, Matilde. Las telecomunicaciones. En: CANO CAMPOS, T (coord.). *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo, Tomo VIII Los sectores regulados: volumen I*. Madrid: lustel, 2009. P 335-364. CANO CAMPOS, T. El marco general de la intervención pública en la economía y sus técnicas de intervención. En: CANO CAMPOS, T (coord.). *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo, Tomo VIII Los sectores regulados: volumen I*. Madrid: lustel, 2009. P. 13-49. Asimismo, ha de precisarse que, a los efectos de esta tesis, el término de regulación siempre se emplea vinculado al objeto económico, en el sentido de que la materia que es objeto de ordenación es un segmento económico concreto en el que el mercado es un instrumento al servicio de la realización de intereses generales; en ese sentido, siguiendo a DARNACULLETA, cuando se haga mención en este trabajo a la regulación, se hace alusión a lo que la autora define como la regulación económica y la de policía, conjuntamente, toda vez que no se circunscribe, conceptualmente, a la finalidad de ordenar la actividad del mercado, a través de técnicas como la reglamentación, el servicio público, o la empresa pública (regulación económica), sino que también abarca la protección de derechos y bienes socialmente relevantes, a través de mecanismos, tales como, la reglamentación, la fijación de controles preventivos o correctivos (regulación de

razones por las cuales el problema jurídico que se estudia constituye una manifestación de las cuestiones regulatorias abiertas a debate.

a) *Evolución de la teoría de la regulación*

Dentro de la evolución de la teoría de la regulación pueden distinguirse tres etapas: La del análisis normativo de la regulación, durante la cual la regulación se justifica por la presencia de fallos de mercado. Más tarde se desarrollaría la teoría de la captura del regulador, donde la organización administrativa que interviene en el mercado lo hace con el fin de favorecer a una empresa y no en la búsqueda del bienestar social. Por último, se plantean las teorías económicas, dentro de las cuales pueden distinguirse tres versiones: a) de los grupos de interés (STIGLER y PELTZMAN), b) de los buscadores de rentas (KRUEGER) y de la decisión colectiva (BUCHANAN). Lo común a todas ellas es que el Estado interviene al servicio de grupos de interés que operan como buscadores de rentas, lo que refleja la propia naturaleza de las decisiones colectivas en las que se evidencia una pugna constante entre grupos.

El modelo STIGLER Y PELTZMAN, que suele reflejar las ideas básicas de estas teorías, está basado en las siguientes premisas:

- a. La legislación regulatoria redistribuye el bienestar, toda vez que los grupos de interés consiguen que el Estado ejerza su poder de coacción con miras a redistribuir el bienestar desde una parte de la sociedad hacia ellos.
- b. El comportamiento de los legisladores es dirigido por su deseo de permanecer en el poder, lo cual implica que la legislación se emplea para maximizar el poder político.
- c. Los grupos de interés compiten ofreciendo soporte político a cambio de una legislación favorable.

policia). DARNACULLETA I GARDELLA, M^a Mercè. *Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada*. Madrid: Marcial Pons, 2005, 490 p.

Una crítica general a estos intentos por explicar las causas de la regulación, es que, en realidad, no alcanzan su propósito, sino que sirven para justificar algún tipo de intervención³⁵.

Otro reproche que suele realizarse, ya sobre las teorías económicas, es que ignoran importantes elementos del proceso regulatorio, asumiendo que los grupos de interés ejercen un control ilimitado sobre los reguladores, situación que, en entornos como las telecomunicaciones, en los que se ha hecho un esfuerzo significativo, tanto por parte de las autoridades comunitarias como por las nacionales, por promocionar la participación de todos los agentes en la definición de las políticas, haciendo de la transparencia y la consulta, un objetivo y un método de recurso común, no se ajusta fielmente a las condiciones reales de la actividad regulada³⁶.

b) La adhesión a un concepto actual y univalente de regulación económica.

Algunos autores europeos, como DYSON³⁷, proponen una definición amplia de este concepto, construida desde cuatro perspectivas: la cultural (expresa una visión acerca del papel del Estado en la economía y en la sociedad en general), la institucional (mecanismo basado en la experticia), la política (manifestación de acuerdos entre grupos) y, por último, una funcional, que la analiza como una forma de modulación y reconducción de los procesos sociales, definida y ejecutada por los poderes públicos³⁸.

En la tradición norteamericana, estas cuatro perspectivas confluyen en la formulación y ejecución de una técnica de control público que se ejerce sobre actividades económicas privadas, por agencias reguladoras, que salvaguardan el interés general, definiendo el marco jurídico de actuación, a través de un procedimiento administrativo cuasi judicial y

³⁵ PASTOR, Santos. *Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del Derecho*. Madrid: Tecnos, 1989, 263 p. p. 116.

³⁶ GONZALEZ BLANCH, Francisco. La teoría de la regulación económica. En GONZALEZ BLANCH. *Fundamentos del análisis económico de la regulación*. Madrid: Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1997, p.9-26.

³⁷ DYSON, Kenneth y HUMPHREYS, Peter. "Introduction: politics, markets and communications policies". En: DYSON, Kenneth y HUMPHREYS, Peter (ed). *Economy of communications. International and European dimensions*. London: Routledge, 1990, p.1-33

³⁸ DARNACULLETA. 2005. P. 371

vigilando el desarrollo de la actividad. El tema de la supervisión constituye, justamente, el dilema regulatorio: “el control sostenible y focalizado”, como función regulatoria, requiere de un examen de la satisfacción de los valores públicos en juego y de la elaboración de disposiciones que sean sensibles a los cambios.³⁹

El examen de los intereses en juego, que sustenta el dilema regulatorio, desde una perspectiva jurídico/constitucional, apunta a definir la regulación como una manifestación de las tensiones que pueden darse entre el ejercicio de la libertad de empresa y las facultades de dirección de la economía de las que gozan los poderes públicos. La ponderación de estos intereses, atendiendo las condiciones de segmentos económicos concretos, ha dado lugar a diversas formas de ordenación económica que podrían resultar englobadas, todas ellas, en el término regulación, de ahí que, como acertadamente lo señala el profesor PAREJO, esta actividad administrativa no parece constituir una nueva o diferenciada tipología de actuaciones⁴⁰.

39 Señala EBERLEIN que la historia de la regulación norteamericana moderna comienza a finales del siglo XIX cuando la consolidación de grandes compañías comenzó a generar riesgos apreciables en el desarrollo del comercio derivados de sus comportamientos abusivos (potenciales o concretos). Dado que la desconfianza en el funcionamiento de los aparatos administrativos paquidérmicos era mayor que la que se experimentaba sobre las compañías privadas de elevadas dimensiones, este riesgo se conjuró, eludiendo la asunción del control sobre las mismas, vía la adquisición de participaciones en su capital, sino a través de la regulación. El Sherman Act de 1890 y la creación de la Comisión Interestatal de Comercio en 1887 marcaron el nacimiento del estado regulatorio moderno norteamericano. Este tipo de regulación estaba orientada al control sobre el ingreso al mercado y los precios, tendente a evitar los abusos del poder económico.

Hacia 1960 la regulación se expandió a varias actividades empleando como justificaciones la seguridad de los consumidores, la protección medioambiental y la salud. En este proceso pueden identificarse como notas caracterizadoras del modelo, las siguientes: la regulación se basa en normas con contenidos altamente detallados, los reguladores están limitados en sus poderes discrecionales, el activo papel desempeñado por las Cortes y la participación de los interesados en el diseño de las medidas. EBERLEIN, Burkard. *Regulating public utilities in Europe: mapping the problem. EUI Working paper RSC No. 98/42*. Florence: European University Institute, 49 p. P.7.

40 PAREJO ALFONSO, L. “Las relaciones y delimitación de competencias entre el regulador independiente y la Administración General del Estado”. En: SERRANO GONZALEZ, M y BACIGALUPO SAGGES, M. *Cuestiones actuales del Derecho de la energía. Regulación, competencia y control judicial*. Madrid: Iustel, 2010. p. 59-106.

Por el contrario, los defensores de la novedad e individualización de esta función administrativa proponen los siguientes criterios diferenciadores: a) su origen: surge de la reconfiguración (para algunos defenestración) de las técnicas organizativas tradicionales de injerencia pública en la actividad económica (servicio público, empresa pública, etc), en el marco de la redefinición del Estado Social⁴¹; b) desde el punto de vista organizativo, la innovación consiste en el surgimiento de administraciones especializadas, que gozan de autonomía técnica y financiera; c) desde la perspectiva de la finalidad se advierte que la acción interventora obedece a dos propósitos convergentes: de una parte, la creación y conservación de las condiciones de mercado y, de otra, la salvaguardia del interés general, que se circunscribe en la actividad intervenida sólo a determinados segmentos o partes , en abierta superación de la idea de un interés general que permea toda la actividad⁴² y, d) el recurso a las técnicas del Derecho de la Competencia y a las tradicionales del servicio público, reconvertidas en

41 Comprender cabalmente la sistemática de la regulación económica, como actividad administrativa, implica, necesariamente, analizar su vinculación a los cambios operados en la relación Estado-Sociedad en el siglo XX, que han dado lugar a la “(...) reestructuración del papel del poder público en la configuración de las condiciones de vida social como consecuencia no sólo de la economía (la liberalización y la privatización en el contexto de la llamada globalización), sino también de la evolución científico técnica (y de los riesgos por ella generados), llegando a erosionar incluso la posición estatal de monopolización del control social en términos que – aparte de la ya comentada conversión del Estado prestacional en Estado de garantía de las prestaciones (con la consecuencia de la alta dependencia de la autorregulación social desdibujadora, diferencia entre el objeto y el sujeto y, por tanto de las responsabilidades)- comportan (...) el deterioro de la potencia directiva social del Estado (...) [que ante la multiplicidad de riesgos y de intereses, así como ante la progresiva pérdida de confianza del colectivo sobre su ejecución, traslada o comparte con los asociados la responsabilidad de su gestión]” y cambios en la configuración del Derecho Administrativo que no actúa exclusivamente como un límite del ejercicio del poder, sino como un instrumento de dirección y control social, al que se le atribuye como función principal la gestión de intereses y, de contera, la definición de procesos para la resolución de eventuales conflictos. PAREJO ALFONSO, L. “Las relaciones y delimitación de competencias entre el regulador independiente y la Administración General del Estado”. En: SERRANO GONZALEZ, M y BACIGALUPO SAGGES, M. *Cuestiones actuales del Derecho de la energía. Regulación, competencia y control judicial*. Madrid: lustel, 2010. p. 59-106.p.63-66.

42 La regulación no sólo es necesaria para mantener mercados en competencia, sino para crearlos, en primer lugar y, adicionalmente, permite la corrección de efectos indeseables del funcionamiento del mercado, que no se limitan a los conocidos como fallos, sino que se extienden a la satisfacción de variados intereses públicos. EBERLEIN. 1998, p.14 y 15

obligaciones de servicio público, también se considera un signo diferenciador, articulados en el espacio que la doctrina iuspublicista alemana ha dado en llamar como “autorregulación regulada” que, en palabras del profesor PAREJO, consiste en i) “autorregulación” el conjunto de los efectos del mercado tras una privatización por medio de la competencia y (ii) “regulación” la intervención estatal que asegura la efectividad de los intereses públicos⁴³.

La responsabilidad del Estado frente a una actividad regulada pasa de la prestación, a la garantía, que implica, de suyo, el ejercicio de un fuerte poder de vigilancia, como lo pone de presente el profesor MUÑOZ MACHADO “*regular, en este contexto, no es sólo dictar normas, sino una actividad continua de seguimiento y control de una actividad que se manifiesta en poderes normativos de ordenación del funcionamiento del mercado, de vigilancia y supervisión del mismo, de resolución de controversias, de poderes sancionadores, etc.*”⁴⁴. Empero, cabe matizar, que el control y la vigilancia que se ejerce en el desarrollo de la actividad regulatoria no puede confundirse con la policía administrativa clásica, que en el caso que nos ocupa hallaría manifestaciones concretas en el ámbito de aplicación del Derecho a la Competencia, sino que “*expresa una forma de dirección del Derecho que se caracteriza por la ausencia de regulaciones detalladas del comportamiento y la concentración en la articulación de una infraestructura jurídica que garantice en su conjunto que los actores –no todos ya obligados, por su propio*

43 PAREJO ALFONSO. 2010. P. 63. El profesor CANO CAMPOS, siguiendo a ESTEVE PARDO y DARNACULLETA propone una definición que coloca esta noción en el punto medio entre el mercado y el Estado, “consiste esencialmente en que los operadores privados implicados en un concreto sector ordenan su actividad dotándose de forma voluntaria de las normas y los controles adecuados para alcanzar sus fines. Supone, por consiguiente, un retraimiento del Estado a la hora de ordenar la economía a favor de organizaciones de base privada, lo que se traduce en una nueva forma de entender las relaciones entre el Estado y la sociedad (...) [y constituye] probablemente la única estrategia disponible en estos momentos para regular el mercado en un entorno global.”. CANO CAMPOS. 2009. P. 38. De forma genérica DARNACULLETA apunta sobre esta noción “mediante la autorregulación regulada la Administración supervisa la actuación privada de aprobación y aplicación de las normas y los controles privados de cumplimiento de tales normas.(...) la Administración debe velar para que la autorregulación privada conduzca, efectivamente, a la minimización de los riesgos generados por quienes se autorregulan”. DARNACULLETA. 2005. p. 87.

44 MUÑOZ MACHADO, S. ESTEVE PARDO, J. 2009, p. 15-243.

status, por el servicio al interés general- no yerran o desconocen los objetivos y fines preestablecidos.”⁴⁵.

Como lo han advertido los precursores del tema de la autorregulación regulada en España (ESTEVE PARDO y DARNACULLETA⁴⁶) y de manera más general los autores que analizan los retos que enfrenta en Derecho Administrativo, como Derecho de la Administración pública (PAREJO), este campo de la actividad administrativa está aún en fase incipiente: constituye un reto para los operadores jurídicos la construcción de todo el andamiaje que permita al racionalización de esta actividad y su individualización del resto del elenco de quehaceres administrativos, si ello fuere necesario.

Este trabajo pretende, más que hacer una contribución a la realización de este objetivo, cuestión que excede con creces las competencias de quien redacta este escrito, llamar la atención sobre un aspecto que surge del análisis crítico del modelo de regulación norteamericano: la presencia y relevancia de valores no económicos en la teoría de la regulación, constituye una idea que de manera pacífica y normal debería incardinarse dentro del modelo continental europeo en construcción. En palabras del professor EBERLEIN: “ *What can we learn from this short overview of the American regulatory process? First, neither the normative public-interest rationale of market failure nor the positive capture theory of producer dominance are a good guide to current reality of process regulatory. Regulation is not only about the efficient work of the market place, but it is also an important political arena for distributional conflicts and the pursuit of social and political goals advanced for different actors, including the regulatory officials themselves. The so-called public interest can not be deduced from expert economic reasoning. Its definition will depend very much the outcome of these conflicts. Second, while economic regulation is very much about the distribution of costs and benefits and often opposes producer and consumer interest a great variety of interest and actors might exercise influence upon regulatory processes and outcomes. Obviously, this pluralist picture reflects the specific characteristics of the American political system, which offers multiple points of access for diverse interests, notably the Courts and the working*

45 PAREJO. 2010, p. 66.

46 DARNACULLETA, 2005. P. 334., MUÑOZ MACHADO, S. ESTEVE PARDO, J. 2009, p.160-162. PAREJO ALFONSO, Luciano. *Crisis y renovación en el Derecho Público*. Lima: palestra Editores, 2008, 206 p.

of Congress. Therefore, we need to pay close attention to the specific institutional configurations in a given national context, and how they might open or close channels for interest representation, distributional coalitions and political control in general".⁴⁷

La finalidad de la regulación, entonces, no puede definirse, exclusivamente, en términos económicos: la maximización del bienestar colectivo es un concepto que puede explicarse desde varios modelos económicos, pero no puede perderse de vista que expresa, desde el punto de vista jurídico/político, una concreta composición de intereses, públicos y privados, cuya realización constituye el objeto de la actividad administrativa, en los términos y condiciones definidos, para el caso español, entre otras disposiciones, en los artículos 9.2, 10, 103 y Capítulos II y III del Título I CE. .

Así las cosas, desde una perspectiva funcional, será regulación toda la infraestructura jurídica tendente a encauzar la actividad económica de los agentes privados (y públicos cuando actúan como oferentes y demandantes) dentro de los derroteros fijados por los poderes públicos como idóneos para satisfacer las necesidades y las aspiraciones colectivas. A tales efectos, puede que resulten suficientes las técnicas tradicionales ligadas a las actividades de ordenación (ordenación normativa, control preventivo, órdenes, mandatos o prohibiciones) o prestación (servicio público)⁴⁸, empero existen dudas razonables acerca de su efectividad en el ámbito de actividad económica, signadas por el ritmo de los avances tecnológicos.

La suficiencia de las técnicas administrativas clásicas para conjurar los riesgos que se derivan, para la sociedad, de la puesta en disposición de los recursos de comunicación soportados en las redes de comunicaciones electrónicas, así como del recurso al mercado como medio para alcanzar objetivos públicos, constituye, sin lugar a dudas, un tema de gran interés para los estudiosos del Derecho Administrativo. La intención de esta tesis es verificar, para un caso en concreto, la eficacia de dicho instrumental y plantear, más que soluciones alternativas, si ello resultare necesario, cuestiones a atender.

47 EBERLEIN. 1998. P. 10.

48 En este punto, se sigue a PAREJO ALFONSO, Luciano. La actividad de la administración pública: sus características, clasificaciones, formas y principios. En: PAREJO ALFONSO, Luciano. *Manual de Derecho Administrativo*. Barcelona: Ariel, 2004. p. 601-697.

III. UN CASO ILUSTRATIVO: LA MODIFICACIÓN SOBREVENIDA DE LAS CONDICIONES DE EXPLOTACIÓN DE SERVICIOS MÓVILES DE TERCERA GENERACIÓN

El recurso al análisis concreto de una situación particular que ponga en evidencia la problemática jurídica que se intenta analizar, permite definir, con mayor claridad, los alcances y textura del problema, así como los efectos de las soluciones aportadas por los operadores jurídicos. El caso elegido se considera paradigmático, no sólo por las repercusiones que a nivel sectorial tuvo, sino por la riqueza del debate jurídico que se suscitó a su alrededor y, específicamente, por el tratamiento prodigado, tanto por la Administración, como por el Consejo de Estado, a las razones de la intervención pública en materia de telecomunicaciones, elemento vertebral de esta tesis doctoral.

A. Régimen jurídico aplicable al otorgamiento de las licencias para telecomunicaciones UMTS.

El advenimiento de tecnologías que permiten a los usuarios sostener comunicaciones de voz, o facilitan la transmisión de datos, con el atributo de la movilidad, implicó una revolución en el sector de las telecomunicaciones. Tal y como lo señala GAPTEL “*en la última década las comunicaciones móviles se han constituido en la tecnología más determinante en la forma como las personas y los negocios entienden la comunicación y el intercambio de información*”⁴⁹. En Europa, concretamente, la implantación de la tecnología GSM (Global System for Global Communications) constituye el “*éxito tecnológico e industrial*” más relevante del siglo XXI⁵⁰, propiciado, entre otros factores, por la estandarización de la tecnología⁵¹ y la existencia de un ambiente regulatorio

49 GRUPO DE ANALISIS Y PROSPECTIVA DEL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES. Comunicaciones móviles e inalámbricas. Madrid: Red.es, septiembre de 2005.

50 GRUBER, Harald. “An investment view of mobile telecommunications in the European Union”. *Telecommunications Policy*, núm. 23, 1999 p. 521-538.

51 Este fenómeno no se generó de manera espontánea. La Unión Europea, tras las enseñanzas adquiridas durante la implantación de la denominada primera generación de móviles (con tecnología analógica), realizada de manera compartimentalizada, resolvió impulsar a través de la CEPT (Conferencia Europea de Administraciones Postales y de Telecomunicaciones) la estandarización de un sistema móvil paneuropeo digital en 1982. Las primeras recomendaciones GSM fueron publicadas en 1988 y hacia 1993 operadores de 10 países europeos, Honk Kong y Australia comenzaron a operar redes GSM. En la actualidad y de acuerdo con la organización GSM World, las redes terrestres de GSM dan cobertura a más del 80% de la población

inspirado en los principios de mínima intervención, competencia entre redes y apoyo a la inversión⁵²

La valoración respecto al proceso de implantación de la tecnología UMTS en Europa, por el contrario, no es nada favorable: la crítica doctrinal abarca el comportamiento, tanto de los reguladores (europeos y nacionales), como de los operadores, sin dejar de lado al de los suministradores de equipos y contenidos. A los reguladores europeos se les cuestiona, fundamentalmente, la falta de armonización de las condiciones de otorgamiento de las habilitaciones, que derivó en un incremento del grado de incertidumbre de los operadores, así como la extensión de los cánones regulatorios de la telefonía fija a la móvil⁵³, a los reguladores nacionales, la prevalencia del ánimo alcabalero sobre las condiciones de competencia en el mercado⁵⁴; a los operadores, la

mundial. <http://www.gsm.org/technology/gsm/index.htm> [consulta, 21 de noviembre de 2008]. Esencialmente la estandarización permite que los costes de desarrollo de aplicaciones y equipos se abaraten, dado que su producción experimenta una tendencia a los costes marginales decrecientes y, de otra parte, también facilita la interconexión o roaming entre las diferentes redes. Un análisis detallado sobre los efectos de la estandarización en la estructura del mercado de las comunicaciones inalámbricas puede encontrarse en TILSON, David; LYYTINEN, Kalle. The 3G transition: changes in the US wireless industry. *Telecommunications Policy*, núm. 30, 2006, p. 29-42.

52 DE LA PEÑA AZNAR, José; MORENO REBOLLO, Alberto. "Presente y Futuro de las telecomunicaciones móviles". *Economía Industrial*. núm. 337, 2001, p. 75-90. SOTO, Juan; PEREZ, Jorge; FEIJOO, Claudio. Veinticinco años de sociedad de la información en España. *Economía Industrial*. núm. 349 y 350, 2003, p. 63-82. MINGES, Michael; MANNISTO, Laura; KELLY, Tim. "The future is bright, the future is Mobile". *Info*. vol. 1, núm. 6, diciembre de 1999, p. 485-496. GRUBER, Harald; HOENICKE, Marion. "The road ahead towards third generation mobile telecommunications". *Info*. Vol. 1, núm.3, junio de 1999, p. 485-496.

53 DE LA CUETARA, Juan Miguel. Dos errores regulatorios. *REDETI*, Año IV, núm. extraordinario, abril 2001. p. 109-129.

54 GOODRICK, Joanna; SRIVASTAVA, Lara. "Licensing of third generation Mobile". *Info*, 4, 2002, p. 48-55. BAUER, Johannes. "Impact of license fees on the prices of mobile voice service". *Telecommunications Policy* núm. 27, 2003, p. 417-434. ANDERSSON, Per, HULTE'N, Staffan; VALIENTE, Pablo. Beauty contest licensing lessons from the 3G process in Sweden. *Telecommunications Policy*, núm. 29, 2005, p. 577-593. SOKOL, Daniel. The European Mobile 3G UMTS Process: Lessons From the Spectrum Auctions and Beauty Contests. *Va. J.L. & Tech.* núm. 17, 2001. <http://www.vjolt.net/vol6/issue3/v6i3-a17-Sokol.html>. NOAM, Eli. Beyond spectrum auctions: taking the next step o open spectrum access. *Telecommunications Policy*, vol. 21, núm. 5, 1997, pp. 461-475. KLEMPERER, Paul. "Using and abusing economic theory". www.cepr.org/pubs/dps/DP3813.asp. [consultado 9 de diciembre de 2008] KLEMPERER, Paul. "How (not)

forma de introducción de la tecnología, así como su inactividad⁵⁵, y a los suministradores de equipos y contenidos, la velocidad de respuesta ante los desafíos del mercado ⁵⁶ o el diseño y ejecución de sus estrategias comerciales⁵⁷.

No procede, a este punto del trabajo, ir más allá en la valoración de las causas de la dilación en la implantación de esta tecnología en Europa, empero, sí que constituye un buen punto de partida para el análisis de este caso concreto en el que se han ejercitado las facultades de modificación de las habilitaciones para la explotación de redes y servicios de comunicaciones electrónicas establecer que, a 31 de diciembre de 2005, casi 4 años después de la fecha de lanzamiento de servicios fijada por la Unión Europea en la Decisión 128/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre, relativa a la introducción coordinada de un sistema de comunicaciones móviles de tercera generación (UMTS) en la Comunidad, sólo 9 de los 26 operadores entrantes que habían sido beneficiados con las habilitaciones, habían comenzado a prestar sus servicios de manera generalizada⁵⁸ y que las cifras no resultan mucho más alentadoras en la actualidad, si nos atenemos a lo consignado en el decimotercer informe sobre la

to run auctions: the european 3g telecom auctions”. www.cepr.org/pubs/dps/DP3215.asp. [consultado 9 de diciembre de 2008]. MORRIS, Adele. “Spectrum auctions: Distortionary input tax or efficient revenue instrument?”. *Telecommunications Policy* núm. 29, 2005, p. 687-709.

55 HENTEN, Anders; OLESEN, Henning; SAUGSTRUP, Dan; TAN, Su-En. Mobile communications: Europe, Japan and South Korea in a comparative perspective. *Info*, vol. 6, núm. 3, 2004, p. 197-207.

56 BOHLIN, Erik; BURGELMAN, Jean Claude; RODRIGUEZ CASAL, Carlos. Prospects beyond 3G. *Info*, Vol. 6, núm. 3, 2004, p. 359-362. BOHLIN, Erik; BURGELMAN, Jean Claude; RODRIGUEZ CASAL, Carlos. The future of Mobile Communications in the EU. *Telematics and Informatics*, núm. 24, 2007, p. 238-242. FUENTELESZ, Lucio; MAICAS, Juan Pablo; POLO, Yolanda. “The evolution of mobile Communications in Europe: the transition from the second to the third generation”. *Telecommunications Policy*. núm.. 32, 2008, p. 436-449. MAITLANDA, Carleen F. et al. “The European market for mobile data: evolving value chains and industry structures”. *Telecommunications Policy*, núm. 26, 2002, p. 485 -504.

57 STEINBOCK, Dan. What happened to Europe’s wireless advantage?. *Info*, núm. 4/5, 2002, p- 4-11

58 En WHALLEY, J., CURWEN, P. Third generation new entrants in the European mobile telecommunications industry. *Telecommunications Policy*, núm. 30 (2006) p. 622-632, se identifican los siguientes operadores: Hutchinson 3G (Austria); Hi3GDenmark (Dinamarca) –empresa participada por Hutchinson-; Telia Finland (Finlandia); Hutchinson 3G (Irlanda), H3G (Italia) -empresa participada por Hutchinson-; LuXcommunications (Luxemburgo), Hi3G Access Sweden (Suecia) -empresa participada por Hutchinson- ; Hutchinson 3G (Reino Unido).

situación del mercado de las comunicaciones electrónicas elaborado por la Comisión Europea “En 2007 se asistió al despegue de la 3G. Eran ya 86 los operadores que ofrecían la 3G con carácter comercial en todos los Estados miembros, frente a 70 el año anterior. La penetración de la 3G pasó del 11 % a finales del 2006 al 20 %, según estimaciones, a finales de 2007, lo que representa más de 88 millones de abonados (sic).”⁵⁹⁶⁰⁶¹. De forma complementaria y, según lo consignado en el Informe de evolución de los servicios de banda ancha, preparado por la Comisión⁶², en la UE hay 34.040.166 usuarios de servicios de banda ancha móviles⁶³, que contrastan con los más de 500 millones de abonados a la telefonía móvil.

En España, de acuerdo con el informe de GAPTEL sobre la banda ancha⁶⁴, el 2007 (cinco años después de la fecha señaladas por las autoridades comunitarias) fue el año

59 EUROPA. COM (2008) 153 final, de 19 de marzo de 2008, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Informe sobre el mercado único europeo de las comunicaciones electrónicas 2007 (decimotercer informe).

60 De acuerdo con el informe GRUPO DE ANÁLISIS Y PROSPECTIVA DEL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES.2005, sobre banda ancha, los principales agentes del mercado 3G en Europa son: Vodafone (que cuenta con licencias 3G en Francia, Alemania, Grecia, Irlanda, Italia, Holanda, Portugal, España, Suecia y Reino Unido), Orange (que dispone de habilitaciones en Francia, Suiza, Reino Unido, España, Bélgica, Holanda, Rumania y Eslovaquia), Telefónica (España, Reino Unido, Irlanda, Alemania, República Checa y Eslovaquia), TeliaSenorea, T-Mobile, Telecom Italia, Telenor Mobile, KPN Mobile, TMN, Optimus, Wind y Tele2.

61 Los resultados de la explotación de esta tecnología han generado, en algunos casos, la desaparición de los operadores, o cambios significativos en su composición accionarial. En España, por ejemplo, TELIA, socia en Xfera, ha manifestado recientemente su intención de vender su participación. DEL CASTILLO, Ignacio. “Yoigo desnuda al emperador” [en línea], Expansión Digital. 1 de diciembre 2008, <http://www.expansion.com/2008/12/01/empresas/telecomunicaciones/1228088881.html> [consulta: 1 de diciembre de 2008].

62 EUROPA. COM 08-41 final, 28 de noviembre de 2008. Working Document: Broadband access in the UE. Situation at 1 July 2008.

63 En esta cifra no se discriminan los usuarios por tipo de terminal, ni servicio, es decir, se incluyen los usuarios con PC y servicios, tales como, los SMS.

64 GRUPO DE ANÁLISIS Y PROSPECTIVA DEL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES. “Oportunidades y desafíos de la banda ancha”. Madrid: Red.es, 2008.

del lanzamiento de los servicios de 3G basados en tecnología HSPDA⁶⁵ que permite ofrecer velocidades nominales de hasta 3.6 Mbps e incluso alcanzar los 7.2 Mbps. El desarrollo de este mercado puede analizarse empleando varios criterios: a finales de 2006, la penetración de terminales 3G era del 8% (muy inferior al 30% de Italia, o 12% del Reino Unido), los ingresos por servicios GPRS/UMTS ascendían a 207.760.000.000 €, frente a los 440.460.000.000 € percibidos por mensajes cortos, por último, el número de usuarios que se conectan a Internet desde dispositivos portátiles⁶⁶ a través de PCMCIA ⁶⁷o módem USB⁶⁸ superaron los 350.000 a finales de 2006 y se situarán en torno a los 750.000 a finales de 2007.

En suma, el proceso de implantación de la tecnología UMTS en Europa no se ha desarrollado en la forma prevista por los agentes del mercado (reguladores, operadores, usuarios, entre otros), ni ha arrojado los resultados esperados, convirtiéndose en un ejemplo digno de analizarse, desde las más diversas perspectivas, dentro de las cuales una de las que puede aportar el Derecho Administrativo consiste en evaluar el comportamiento de las Administraciones intervinientes, con el propósito de verificar su

65 Según refiere GRUPO DE ANÁLISIS Y PROSPECTIVA DEL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES. 2008, Cingular Wireless (área móvil de AT&T) lanzó UMTS/HSPDA en el 2005 dentro del mercado norteamericano. Actualmente unos 40 operadores en distintos países emplean esta tecnología y se espera que la mayoría de operadores UMTS la implanten en el futuro inmediato.

66 Es importante precisar que los dispositivos portátiles mencionados no abarcan a los terminales de UMTS: son accesorios para PC portátiles que permiten navegar por Internet. Las estimaciones hechas por GRUPO DE ANÁLISIS Y PROSPECTIVA DEL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES. 2008, sobre la extensión de los servicios de banda ancha móvil se realizan bajo el entendido que hay que sumar a los dispositivos para PC los de tipo smartphone , Blackberrys y PDAs, a los que se sumarán nuevos dispositivos entre el 2007-2011. En todo caso, la estimación para ese año (2011) prevé que el 52% de los usuarios de servicios de banda nacha móvil usarán el PC como terminal de acceso y que le 85% de los terminales móviles serán UMTS. (p.90)

67 Una tarjeta PCMCIA (Personal Computer Memory Card International Association) es un dispositivo normalmente utilizado en computadoras portátiles para expandir las capacidades de éste. Se usan para ampliar capacidades en cuanto a: memoria de ordenador, disco duro, tarjeta de red, capturadora de radio y tv, puerto paralelo, puerto serial, módem, puerto USB, etc. <http://es.wikipedia.org/wiki/PCMCIA> [consulta del 10 de diciembre de 2008].

68 Módem USB (Universal Serial Bus) es un dispositivo que permite navegar desde el portátil.

sujeción al ordenamiento y, en especial, a los intereses que constituyen causa y fin de su existencia y actividad.

Con esta idea en mente, se pretende abordar el estudio de este proceso, comenzando por efectuar unas breves referencias sobre el servicio y la tecnología, que permitan comprender el alcance de la normativa aplicable al caso en concreto.

1. La tecnología UMTS⁶⁹

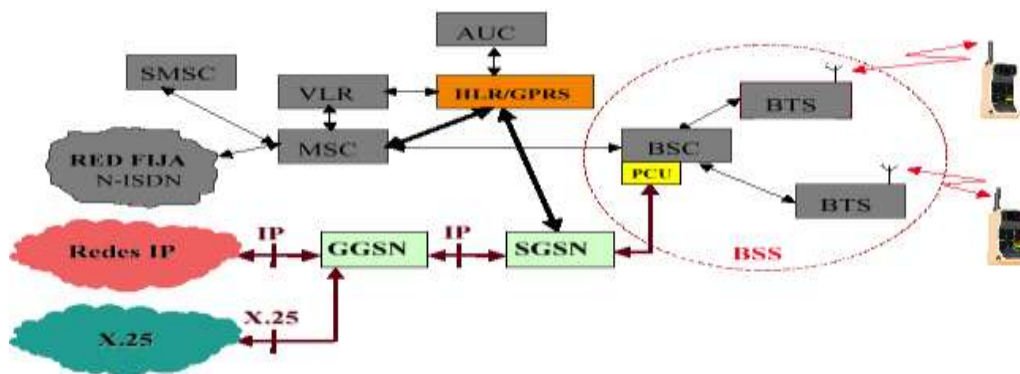
Los principios de los sistemas de comunicaciones móviles celulares, dentro de los cuales las UMTS constituyen una tercera generación o estadio en su evolución⁷⁰, se formularon en 1947 por AT&T, compañía que, como bien es sabido, desarrollaba en exclusiva la explotación de los servicios de telecomunicaciones en los Estados Unidos. Para esa época ya se conocían y empleaban, como sistemas alternativos a los de comunicaciones alámbricas, éstos es, aquellos que usan como medios de transmisión los físicos (cobre, cable coaxial, fibra), los de comunicaciones de radio, que utilizan el aire como medio transmisión, en la prestación de servicios, tales como, el telégrafo o los servicios de difusión (radio y televisión). El avance que implicaba la comunicación móvil celular se refería entonces, no tanto al medio de transmisión, sino a la estructura de la red que posibilitaba la emisión y recepción de comunicaciones, que evoluciona desde un solo transmisor con mucha potencia, para dar cobertura a una gran zona, hasta la noción de célula: un transmisor de menor potencia que da cobertura a una zona limitada. Con este tipo de estructura se persigue que la potencia de transmisión sea lo más baja posible a fin de poder reutilizar el mayor número de frecuencias y, por ende, atender a más

69 Los conceptos técnicos y la historia de los servicios móviles ha sido revisada en: POLLE; Ian. "UMTS". En: POLLE, Ian. *Cellular Communications Explained*, Newnes. 2005. p. 155-172. ERICSSON. UMTS, an overview. Documentación entregada durante una conferencia sobre UMTS. Madrid, 2004. MONTERO PASCUAL, Juan J. *Derecho de las telecomunicaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, 573 p. p. 453-514. RODRIGUEZ LÓPEZ, María Luisa. "Redes y servicios de comunicaciones móviles de tercera generación". En: VILLAR URÍBARRI, José Manuel (coord.) *La nueva regulación de las telecomunicaciones, la televisión e Internet*. Pamplona: Aranzadi, 2003, p. 203-218. HUIDOBRO. José Manuel. *Todo sobre comunicaciones*. 4 Ed. Madrid: Paraninfo Thomson Learning, 2002, 295p.

70 Si bien se habla de evolución en este caso, como se precisará más adelante, las UMTS, en sentido estricto, sólo pueden considerarse una evolución de la fase anterior de la tecnología en lo que atiene al núcleo, toda vez que, la parte de radio, está estructurada bajo unos principios técnicos completamente innovadores.

usuarios, toda vez que cada uno puede usar una frecuencia sin interferir en la de otro. Así, todas las bandas de frecuencias atribuidas a un operador, se distribuyen sobre las células a lo largo de su área de cobertura, de manera que todos los canales de radio se encuentran disponibles para ser usados en cada grupo de células (clusters).⁷¹

En el gráfico siguiente se muestra una arquitectura de red de telefonía móvil básica:



Toda red de GSM está integrada por cuatro partes fundamentales:

1.- La Estación Móvil o *Mobile Station* (MS) que consta, a su vez, del terminal y de la tarjeta SIM (*Subscriber Identity Module*) la cual identifica las características del terminal. Cuando se introduce el PIN en el terminal, éste busca las redes GSM que estén disponibles e intenta validarse en ellas (que lo reconozcan como parte de la red a efectos de poder acceder a sus servicios); una vez que la red ha validado (o reconocido) al terminal, éste queda registrado en la célula que lo ha validado.

2.- La Estación Base o *Base Station Subsystem* (BSS), sirve para conectar a las estaciones móviles con los NSS (subsistemas de conmutación y red), además de ser los encargados de la transmisión y recepción de las comunicaciones. Están compuestos por: La *Base Transceiver Station* (BTS) y la *Base Station Controller* (BSC). La BTS consta de los transmisores y antenas usadas en cada célula de la red y los BSC se utilizan como controladores de los BTS, teniendo como funciones principales la gestión de las frecuencias y el paso de una BSS a otra, etc.

71MARQUEZ SOLIS, Santiago. "Fundamentos de las redes GSM". Disponible en <http://www.wmlclub.com/articulos/fundamentosgsm.htm> [consulta 10 de diciembre de 2008].

3. El Subsistema de Conmutación y Red o *Network and Switching Subsystem* (NSS) se encarga de administrar las comunicaciones que se realizan entre los diferentes usuarios de la red, a través de siete sistemas diferentes:

a. *Mobile Services Switching Center* (MSC) realiza las labores de conmutación dentro de la red y proporciona conexión con otras redes.

b. *Gateway Mobile Services Switching Center* (GMSC): permite la comunicación entre redes fijas y móviles.

c. *Home Location Register* (HLR): es una base de datos que contiene información sobre los usuarios conectados a un determinado MSC, esencialmente su ubicación y los servicios que tiene contratados.

d. *Visitor Location Register* (VLR): consolida toda la información necesaria para que un usuario acceda a los servicios de red

e. *Authentication Center* (AuC): proporciona los parámetros necesarios para la identificación de usuarios dentro de la red y también interviene en la encriptación (codificación) de los mensajes.

f. *Equipment Identity Register* (EIR): se utiliza para proporcionar seguridad en las redes GSM a nivel de equipos válidos, toda vez que contiene todos los *International Mobile Equipment Identity* o IMEI de cada terminal asociado a la red.

g. *GSM Interworking Unit* (GIWU): sirve como interfaz de comunicación entre diferentes redes para comunicación de datos.

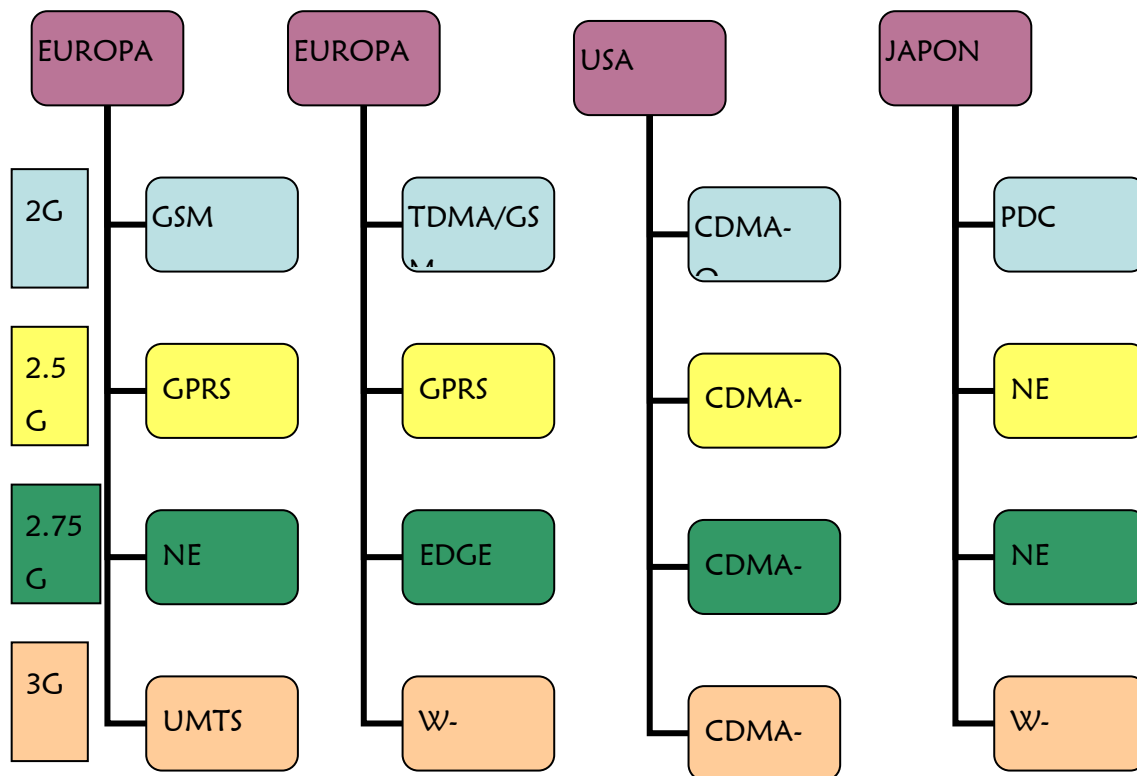
4. Los Subsistemas de soporte y Operación u *Operation and Support Subsystem* (OSS): se conectan a diferentes NSS y BSC para controlar y monitorizar toda la red GSM.

Una estructura como la descrita debe permitir, para que se considere como una red de GSM, el acceso a otras redes de comunicaciones públicas⁷², la movilidad de los usuarios, la continuidad en la prestación del servicio y unos niveles de calidad equiparables, en el caso de las comunicaciones de voz, a los ofrecidos por la telefonía fija.

⁷² Pública en el sentido de que permite su uso por el público en general, en oposición a una red privada que sólo puede ser usada por un determinado número de sujetos.

Estos son los retos que ha venido enfrentado la industria, con apoyo institucional en la mayoría de los casos, y su logro, sumado a la adhesión de nuevas facilidades y prestaciones, se traduce en la existencia de las generaciones de sistemas de comunicaciones móviles, cuyas características, en términos de capacidad de transmisión de información, se sintetizan en la siguiente figura⁷³:

73 Por simplicidad, se ha prescindido de incluir en la gráfica las nuevas generaciones de móviles que incluyen una fase intermedia [mejoras sobre la 3G, tales como, HSPA (High Speed Packet Access) que permiten manejar volúmenes de datos del orden de 14.4 Mbps por usuario en una célula] y una nueva generación, la 4G, que se espera pueda llegar a proveer hasta 100 Mbps. Esta nueva generación se encuentra en fase experimental en Japón por NTTDoCoMo y en Europa aún se encuentra en fase de definición en el marco del 3GPP mediante la arquitectura LTE (Long Term Evolution) que plantea una nueva interfaz de radio, basada en IP, la cual, teóricamente soportará velocidades descendentes de hasta 326 Mbps y ascendentes de hasta 86 Mbps. De acuerdo con GAPTEL en el informe de servicios de banda ancha, no es probable que ningún operador europeo se plantee el despliegue de 4G hasta el 2010, por lo tanto la evolución de las redes en Europa durante este periodo se basará en una evolución del HSPA hacia HSPA+ (High Speed Packet Access Plus) que es una versión mejorada de HSPA y permite una velocidad de 45 Mbps de bajada y 11.5 Mbps de subida. Para más información sobre estas tecnologías puede consultarse: WEBER, Arnd; BOHLIN, Eric; LINDMARK, Sven y WINGERT, Bernd. *Developments for 4G and European Policy. Info*, vol.6, núm. 6, 2004, p. 383-387. FORGE, Simon. *Is fourth generation mobile nirvana or ... nothing?. Info*, Vol.6, núm. 6, 2004, p. 12-23.



Siglas: NE: En ese país o región no se desarrolló un estándar equivalente.

Fuente: “El retraso de las UMTS da protagonismo a las generaciones intermedias de móviles” MUNDO ELECTRONICO No. 343, 2003, p. 60.

a) *La primera generación de móviles*

Esta primera generación de móviles hacía uso de tecnologías analógicas⁷⁴ que permitían la prestación de servicios de voz, con cobertura limitada y baja calidad de servicio. Desde una perspectiva global, esta fase del desarrollo de los sistemas de comunicaciones móviles se caracteriza por la presencia de varios estándares, tanto en los Estados Unidos [IMTS (*Improved mobile telephone service*) y AMPS (*Advanced mobile phone system*)], como en Europa [Radiocom. 2000, NMT (*Nordic mobile telecommunications*) y TACS (*Total Access Communications System*) y en Japón (NAMTS).

74 En la modalidad analógica, la señal se transmite y se recibe en su forma original, mientras que, en la digital, se convierte en unos y ceros, lo que permite efectuar un uso más eficiente del medio de transmisión.

A principios de la década de los noventa, las redes de primera generación tenían cerca de 20 millones de usuarios en todo el mundo y el liderazgo de la industria, en lo que a telefonía se refiere, lo detentaban los Estados Unidos, con el AMPS (como estándar de red) y con los terminales fabricados por Motorola⁷⁵.

b) La segunda generación de móviles

La segunda generación de móviles, por su parte, empleaba tecnología digital, lo que posibilitaba la ampliación de servicios desde los tradicionales de voz hasta la transmisión de datos, eso sí, con velocidades reducidas⁷⁶. En esta fase, los niveles de cobertura y calidad mejoran, en gran medida, como resultado de los procesos de estandarización a los que se hizo mención en los apartados precedentes de este escrito: En efecto, mientras que en los Estados Unidos se emplearon varios estándares diferentes [(TDMA, CDMAONE, iDEN, para telefonía celular), WACS y CDPD (datos)], en Europa los servicios de telefonía celular se decantaron por el estándar GSM⁷⁷⁷⁸, como consecuencia de un proceso impulsado por las instituciones europeas y, en especial, por la Conferencia Europea de las Administraciones Postales y de Telecomunicaciones (CEPT por sus siglas en francés), que en 1982 creó el Grupo Especial Móvil (GSM) con este

75 Una muestra de la hegemonía absoluta en este mercado es acertadamente revelada por DE LA PEÑA AZNAR y MORENO REBOLLO. 2001 cuando señalan que, por extensión, se denominaban “motorolas” a todos los teléfonos móviles, como se habían llamado en España tebeos a las revistas de comics durante mucho tiempo, en recuerdo de la marca que los introdujo.

76 Aparecen entonces los SMS (short messages services) como una facilidad adicional ala voz.

77 Para no incurrir en una imprecisión técnica grave ha de recordarse que las comunicaciones de radio abarcan todo tipo de transmisión de señales que usan el aire como medio de propagación. Dentro de este género pueden situarse las comunicaciones de voz, en la que, a su vez, pueden distinguirse, en función de las tecnologías concretas que usen: las celulares, inalámbricas y de trunking. El trunking y los celulares tienen en común el atributo de la movilidad plena del usuario, mientras que las inalámbricas parten del supuesto que la comunicación tiene algún punto fijo; la otra especie dentro del género comunicaciones de radio está integrada por la transmisión de datos. Así las cosas, en Europa, el estándar GSM para la telefonía móvil celular, convive con el DECT y CT2 para la inalámbrica y el TETRA para el trunking, junto con el ERMES o MOBITEX, que son estándares para servicios de datos.

78 En Japón, por su parte, se empleaban los estándares PDC para telefonía celular y PHS para telefonía inalámbrica.

propósito. Originalmente se presentaron nueve propuestas⁷⁹ y sólo a principios de 1987, basándose en los resultados de simulaciones, se seleccionó un sistema TDMA (*Time Division Multiple Access*)⁸⁰ de banda estrecha, sobre el cual fueron elaboradas las primeras recomendaciones de GSM publicadas en abril de 1988.

Mientras que en Europa se aprovechaba el cambio tecnológico y la estandarización para introducir más competencia el mercado de las telecomunicaciones⁸¹, otorgando las habilitaciones a través de concursos en los que se valoraba positivamente el despliegue de redes, Estados Unidos permitió la fragmentación del mercado y erigió, como método para el otorgamiento de las habilitaciones, las subastas. Como consecuencia de tales decisiones regulatorias, entre otras causas, este país perdió el liderazgo alcanzado durante la primera generación de los móviles, cediéndolo a favor de los países europeos, con sus correspondientes fabricantes de terminales (Nokia, Ericsson, Alcatel, Siemens, etc).

c) *Tercera generación de móviles*

Los avances tecnológicos, el crecimiento de la demanda de servicios móviles y la tendencia a la convergencia entre este mercado y el de Internet, impulsaron la fijación de un estándar mundial que, amén de permitir la realización de comunicaciones de voz en cualquier parte del mundo sin cambiar de terminal⁸², facilitara la navegación por la

79 Seis TDMA, dos híbridas CDMA/TDMA y una FMDA.

80 TDMA divide un canal de frecuencia de radio en varias ranuras de tiempo (seis en D-AMPS y PCS, ocho en GSM). A cada usuario que realiza una llamada se le asigna una ranura de tiempo específica para permitir la transmisión. Esto permite que múltiples usuarios utilicen un mismo canal de frecuencia al mismo tiempo sin interferirse entre sí. Tomado de <http://www.alegsa.com.ar/Dic/tdma.php> [consulta del 9 de diciembre de 2008]

81 EUROPA. Directiva 1996/02, de 16 de enero, por la que se modifica la Directiva 90/388 en relación con las comunicaciones móviles y personales. *Diario oficial de las Comunidades Europeas* núm. 20 de 26 enero 1996, pág. 59, imponía la liberalización del mercado móvil.

82 Este es uno de los efectos de la convivencia de varios estándares tecnológicos asociados a una misma facilidad: un usuario de telefonía móvil europeo, sólo podía emplear su terminal en los Estados Unidos si el equipo era dual, ésto es, podía operar bajo los dos estándares. Un móvil sin esta característica no sería reconocido por la red de telefonía móvil y, en esa medida, sería imposible efectuar o recibir una comunicación desde el mismo. Tal situación debía modificarse con el uso mundial de un mismo estándar

web de forma similar a la que ya resultaba familiar a los internautas con ordenadores personales. Un proyecto de tales dimensiones sólo podía ser acometido por un organismo de carácter internacional en el que estuvieran representadas las diversas tendencias tecnológicas e intereses nacionales, ésto es, por la UIT (Unión Internacional de Telecomunicaciones), que desde 1985 comenzó a desarrollar las actividades tendentes a la estandarización del IMT 2000 (*Internacional Mobile Telecommunications*).

El planteamiento original era avanzar en el camino marcado por la segunda generación de móviles, introduciendo mejoras tecnológicas que se tradujeran en nuevos servicios, permitieran el uso más eficiente de las bandas de espectro radioeléctrico, soportaran varios escenarios posibles (residencial, urbano, rural, zonas densamente pobladas, menos densamente pobladas, etc) e incorporaran todas las tecnologías móviles⁸³. Las modificaciones introducidas a este planteamiento original derivaron en la consolidación de un sistema compuesto por familias, que responden a intereses locales o regionales, las cuales pueden soportar uno o más escenarios y están compuestas por una o varias tecnologías de radio transmisión (RTT)⁸⁴. Así, la familia IMT-2000 está compuesta por

para UMTS pero los resultados no son los inicialmente esperados, como se verá en el transcurso de esta exposición.

83 Para gestionar el nuevo estándar, se suscribió un acuerdo entre las instituciones de estandarización más importantes de Japón, China, Europa, USA y Corea (ARIB, ETSI, CCSA, ATIS, TTA y TTC) en diciembre de 1998 y se creó un grupo denominado “Third Generation Partnership Programme” (3GPP). El estándar UMTS es el resultado de su trabajo conjunto.

84 Las propuestas analizadas y valoradas en la UIT fueron las siguientes

Propuestas para RTT terrestre	Propuestas para RTT satélite
DECT (Europa ETSI)	SAT_CDMA (Corea del Sur)
UWC-136 (USA)	SW-CDMA (Europa ESA)
WIMS W-CDMA (USA)	SW-CTDMA (Europa ESA)
TD-SCDMA (China)	ICO RTT (ICO Global Communications)
W-CDMA (Japón)	HORIZONS (Inmarsat)
CDMA I (Corea del Sur)	
CDMA II (Corea del Sur)	

cinco tecnologías que se corresponden actualmente con cuatro sistemas: UMTS (Universal Mobile Telecommunications System), CDMA 2000 (Code Division Multiple access), DECT (Digital Enhanced Cordless Telecommunications) y UWC-136 (Universal Wireless Communications)⁸⁵.

El sistema UMTS inicialmente fue propuesto por Europa, pero el resultado final obedece a un trabajo conjunto desarrollado por estos países y Japón, Corea y Estados Unidos, en el marco del grupo 3GPP. El sistema adoptado presenta las siguientes características: en la parte de “Radio” se empleó un enfoque revolucionario, dado que se recurre a una nueva tecnología CDMA⁸⁶, que no es compatible, ni permite utilizar las redes GSM. En el núcleo de red, por el contrario, se empleó un enfoque evolucionario, que permite aprovechar parte de la infraestructura de red de la generación 2.5⁸⁷ y migrar

UTRA W-CDMA (Europa ETSI)	
NA W CDMA (USA)	
CDMA2000 (USA)	

85 Dos nuevas interfaces de radio han sido reconocidas como miembros de la familia IMT 2000: se trata de la TD-SCDMA (desarrollada originalmente para el mercado chino) y 1xEV-DO.

86 CDMA es una tecnología que permite hacer un uso más eficiente del espectro, al posibilitar el uso simultáneo de frecuencias por varios usuarios que son reconocidos por la estación base por códigos digitales únicos que se otorgan de manera aleatoria. http://www.upv.es/satelite/trabajos/Grupo3_99.00/GlobalStar8.htm [consulta 9 de diciembre de 2008].

87 La generación 2.5 de móviles se estaba desarrollando de forma paralela a la tercera generación, entre otras razones, porque el enfoque era claramente evolutivo, esto es, se trataba, básicamente, de mejorar las prestaciones y capacidades de la segunda generación, aprovechando al máximo la red existente. En Europa, fundamentalmente, surgieron dos tecnologías que pueden asociarse a esta generación: El GPRS (General Packet Radio Service) y EDGE (Enhanced Data rates for GSM of Evolution) que ofrecían, en su orden, hasta 115 Kbps o 384 Kbps de velocidad de transmisión, sin necesidad de modificar las bandas de frecuencia asignadas a GSM, ni introducir cambios en la infraestructura de red. Tales tecnologías permitían satisfacer la demanda de web o de comercio electrónico de nivel medio o bajo, a excepción del video de alta calidad. Como se analizará en el apartado correspondiente de la tesis, el recurso a esta generación de móviles se generalizó, aparentemente, como consecuencia de las dilaciones en el despliegue de la tercera generación, empero esta aseveración se cuestiona desde este momento dado que, desde el año 2000, ya se alzaban voces de alerta acerca de la rapidez con la que los operadores de GSM estaban implantándolas en sus propias sistemas y los problemas que ello podría generar en el desarrollo de la tercera generación, teniendo

paulatinamente hacia redes basadas en IP; por último, en cuanto a los servicios se estableció un enfoque abierto, evitando la especificación detallada de funcionalidades y características, de tal suerte que los operadores pudieran fácilmente diferenciar sus servicios.

Estructurada con fundamento en las especificaciones reseñadas en el párrafo anterior, la arquitectura de red UMTS se configura a partir de dos subsistemas: la red de gestión y la de telecomunicaciones. La primera desempeña, entre otras, las funciones de provisión de medios para la facturación y tarificación de los abonados, el registro y definición de sus perfiles, así como, la gestión de la seguridad en el manejo de los datos personales de los abonados y del funcionamiento mismo de la red (detección y corrección de averías, recuperación del funcionamiento tras periodos de suspensión del servicio, etc).

La red de telecomunicaciones, es la encargada de soportar la transferencia de información entre dos puntos de una conexión y se compone de los siguientes elementos: a) El núcleo (*core network*) incorpora las funciones de transporte (señalización y conmutación, entre otras) que permiten, como su denominación lo sugiere, la transferencia de la información de un punto a otro de la misma red o de otra a la que ésta se halla interconectada y las de inteligencia, relativas a la conexión de una red con otras redes. B) La red de acceso (UTRAN), proporciona la conexión entre los terminales y el núcleo y c) los terminales móviles, que han de satisfacer las exigencias del estándar para resultar operativos con este tipo de redes⁸⁸.

en cuenta que la amortización de tales inversiones podía constituir un fuerte incentivo para la ralentización del proceso de implantación de la generación venidera. FINNIE, Graham. "Permisos de Conducir". *Global Communications*, junio de 2000, p. 8. TORRES LÓPEZ, María Asunción. "La tercera generación de telecomunicaciones móviles y la adjudicación de las licencias". *REDETI*, núm. 8, 2000, p. 93-126, p. 112. Es más, existen evidencias acerca de que las grandes consultoras aconsejaban a sus clientes el recurso a estas tecnologías, dada la incertidumbre que rodeaba a las inversiones en UMTS. JP MORGAN y ARTHUR ANDERSEN. *Industry Analysis: Wireless data, the world in your hand*. Informe inédito. Londres: 2000. 151p.

88 Las redes UMTS desplegadas en la actualidad están basadas mayoritariamente en la Release5, cuya especificación se terminó en el 2002 en el 3GPP. Esta versión introdujo importantes novedades en la evolución WCDMA, entre las que puede destacarse el HSPDA que le permite alcanzar velocidades de transmisión de datos, en sentido descendente, superiores a las de la versión del 2000 (release99), debido a la inclusión de un canal compartido en dicho enlace. En el desarrollo inicial se conseguían velocidades de descarga de 1.8 Mbps, manteniéndose las de subida en los 384 Kbps de la release99, actualmente se ofrecen

A través de una red como la descrita pueden prestarse servicios de voz y datos, éstos últimos a grandes velocidades, con niveles de cobertura y calidad superiores a los suministrados por la generación anterior. Teniendo en cuenta que esta tecnología expresa la convergencia entre el mundo de las comunicaciones móviles e Internet, las posibilidades de servicios para usuarios finales se presentaban como ilimitadas, siempre y cuando se potenciaran los atributos de las comunicaciones móviles, en concreto, la portabilidad y la oportunidad. Las consultoras⁸⁹ coincidían en señalar que las claves en el diseño de servicios radicaban en explotar: la capacidad de identificar la localización del usuario, con miras, por ejemplo, a enviarle publicidad sobre sitios próximos; la conexión en tiempo real, de tal forma que se le pudiese suministrar información que resultara de interés, al momento en que ésta se produjese y, teniendo en cuenta las restricciones que sobre las funcionalidades de la navegación por la *web* implicaban el tamaño de los terminales, existía también una posición unánime acerca de la necesidad de generar servicios personalizables que superasen los problemas que, en términos de tiempo y capacidad, podía suscitar la navegación indiscriminada por la *web*. En el estudio de JP Morgan, se relevan además como características a tener en cuenta, la efectividad del coste, que alude a la necesidad de acreditar que el recurso a servicios móviles de datos tiene un coste similar o inferior al de los accesos o servicios alternativos y la seguridad en las transacciones.

Algunos de los servicios que se tenían en cuenta en los estudios de viabilidad de las inversiones en UMTS, bien porque ya se estaban desarrollando o porque se creía que

hasta 3.6Mbps e incluso hasta 7.2 Mbps de descarga, si bien la velocidad teórica que permite esta tecnología asciende a 14.4 Mbps. En la siguiente especificación del estándar UMTS, la Release 6, que se terminó a principios de 2005, aparece el HSUPA (High Speed Uplink Packet Access), que mejora la velocidad de transmisión pero en sentido ascendente, con una solución de compartición de enlace similar a la de HSDPA. Con esta nueva tecnología se aumenta la velocidad de subida, teóricamente, desde 384Kbps hasta 5.76 Mbps. Actualmente, la combinación de HSDPA con el HSUPA se denomina HSPA (aparece recogida en la release7) y permite una velocidad teórica de 14.4 Mbps de bajada y 5.76 Mbps de subida

⁸⁹ MORGAN y ARTHUR ANDERSEN. Industry Analysis: Wireless data, the world in your hand. Informe inédito. Londres: 2000. 151 p. JUPITER. Mobile reneveu models: short-terms constraints breed, long-term opportunities. Informe inédito. Londres: 2000, 33 p.

podrían resultar de interés para los usuarios comunes⁹⁰, eran los relativos a comunicación [SMS, e-mail, MMS (*multimedia message services*⁹¹), UMS (*unified message service*⁹²)], suministro de información de interés [reportes financieros, noticias, páginas amarillas, información sobre viajes, publicidad uno a uno, entretenimiento (horóscopo, juegos, resultados de la lotería, etc), música, videos], prescindencia de documentación [abarcaban servicios que requiriesen la identificación del titular, como la afiliación a organizaciones, programas de fidelización, historial médico, pasaporte, documentos de identificación, firmas electrónicas, etc), servicios financieros (banca, inversiones en bolsa, sistemas de pago, etc). Específicamente para los usuarios de negocios se consideraban facilidades de interés, las de acceso a información corporativa, recursos de planificación empresarial, identificación de la ubicación de empleados, monitorización de sistemas, entre otros⁹³.

2. Condiciones de prestación

Expuestas algunas consideraciones básicas sobre las tecnologías, resulta procedente hacer referencia las condiciones jurídicas bajo las cuales se permitía su explotación en Europa, en general y en España en particular.

a) *Primera generación de móviles*

La telefonía móvil analógica en España se basaba en las tecnologías TMA-450 y, posteriormente, en la TACS-900, que operaban, en su orden, en las bandas de 450 Mz y

90 En esta noción se engloban los usuarios finales, es decir, aquellos que no emplean los servicios como insumos de otras facilidades comercializables, considerados como sujetos privados, esto es, al margen de su condición de empleados, ejecutivos o dueños de empresas.

91 Son los mensajes multimedia.

92 Se trata de un servicio unificado de mensajes de texto e imagen.

93 Frutando las expectativas, en un informe reciente de la OCDE sobre los servicios de banda ancha se verificaba que el ritmo de absorción de servicios de contenidos para móviles estaba siendo más lento de lo esperado: la mayoría de los usuarios en los países OCDE solamente envían SMS, adquieren “ring tones” y descargan música y juegos sencillos. Es posible, destaca la Organización, que tales contenidos mejoren, cuando los operadores actualicen sus redes, incrementando su capacidad de transmisión y desarrollen nuevos modelos de negocios, en los que incluyan precios competitivos y planes de promoción. ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *Broadband growth and policies in OECD countries*. 2008, p.97.

900 Mz y formaba parte de los servicios cuya explotación realizaba Telefónica en exclusiva, en virtud del contrato concesional⁹⁴ celebrado entre esta compañía y el Estado español. El servicio estaba regulado mediante la Resolución del Delegado del Gobierno en Telefónica, de 3 de julio de 1986, que aprobó el reglamento del servicio de telefonía móvil automática⁹⁵ y tales previsiones normativas se referían, básicamente, a la relación de Telefónica con el usuario y aquella que podía establecerse entre el operador y el proveedor de terminales móviles. En cuanto a la primera cabe resaltar que tenía un carácter fuertemente tuitivo y con este espíritu estaba compuesta por procedimientos para la resolución de averías, controversias, etc, así como por garantías de calidad y continuidad del servicio.

El advenimiento de las tecnologías digitales no supuso la desaparición inmediata de este servicio⁹⁶: El Real Decreto 1486/1994⁹⁷ contemplaba la retirada gradual de los servicios: durante 1998 desaparecerían los servicios prestados con la tecnología TMA-450 y el 1 de enero de 2007 se retirarían los servicios TACS-900. Asimismo, la liberalización del sector, iniciada en 1987, no abarcó a esta tecnología y, por consiguiente, su explotación se realizó, durante toda su vigencia, en régimen de monopolio, lo que la avocaba a una intervención pública estricta y directa⁹⁸.

94 La historia del contrato de concesión suscrito por el Estado y Telefónica aparece recogido en el apartado III.C.2 de este capítulo.

95 ESPAÑA. Resolución del Delegado del Gobierno en Telefónica, de 3 de junio de 1986, que aprobó el reglamento del servicio de telefonía móvil automática. *Boletín Oficial del Estado* núm. 174, de 22 de julio de 1986, p. 26288 – 26292.

96 Se establecieron reglas de convivencia tecnológica equiparables a las previstas en la actualidad para la transición de la televisión analógica a la digital.

97 ESPAÑA. Real Decreto 1486/1994, de 1 de julio, por el que se aprueba el reglamento técnico y de prestación del servicio de telefonía móvil automática. *Boletín Oficial del Estado* núm. 168, de 15 de julio de 1994, p. 22665 – 22673. Modificado por el Real Decreto 1252/1997. *Boletín Oficial del Estado* núm. 163, de 13 de agosto de 1997, p. 24640 – 24643.

98 ESPAÑA. Orden Ministerial de 30 de marzo de 1995, por la que se establece el régimen de prestación del servicio de telecomunicaciones de valor añadido de telefonía móvil automática en su modalidad analógica. *Boletín Oficial del Estado* núm. 101, de 28 de abril de 1995, p. 12573 – 12582.

b) *Segunda generación*

En la Comunicación 1994/145 final, de 27 de abril, Libro verde sobre un planteamiento común en el campo de las comunicaciones móviles y personales en la Unión Europea - Hacia un entorno de comunicaciones personales⁹⁹. que dio lugar a la expedición de la Directiva 1996/2, de 16 de enero, por la que se modifica la Directiva 90/388 en relación con las comunicaciones móviles y personales¹⁰⁰. se establecía, como propósito general, la fijación de condiciones para la creación de un mercado europeo de comunicaciones móviles, estableciendo como medios para su realización, la estandarización y la adopción de medidas que favorecieran el advenimiento de varios operadores¹⁰¹.

El entorno regulatorio, en palabras del responsable del ente regulador español, consistía “[en] una serie de reglas aceptadas tácitamente por los operadores y reguladores, algunas escritas y otras no, pero igualmente efectivas. La primera era el derecho a la continuidad tecnológica, la segunda a la introducción gradual de competencia (normalmente un operador más con cada generación tecnológica), la tercera y consecuencia de la anterior, una cierta garantía de que habría mercado para todos los concesionarios y la cuarta el no intervenir excesivamente en los precios finales. La contrapartida de los operadores, ha sido un gran esfuerzo inversor (no siempre justificado en un entorno de mercado más competitivo) que ha dinamizado a la industria y ha fomentado coberturas y calidades del servicio muy importantes”¹⁰².

99 EUROPA. COM 1994/145 final, de 27 de abril, Libro verde sobre un planteamiento común en el campo de las comunicaciones móviles y personales en la Unión Europea - Hacia un entorno de comunicaciones personales. DOCE, núm.145, pág. 1.

100 EUROPA. Directiva 1996/02, de 16 de enero, por la que se modifica la Directiva 90/388 en relación con las comunicaciones móviles y personales. *Diario oficial de las Comunidades Europeas* núm. 20 de 26 enero 1996, pág. 59.

101 Concretamente: la abolición de los derechos de explotación exclusiva implicaba que el recurso a la banda de 900 MHz debía estar garantizado, al menos, para dos operadores, al tiempo que se autorizaba el licenciamiento en la banda 1800 MHz.

102 RODRIGUEZ YLLERA, Reinaldo. “Las comunicaciones móviles en la encrucijada regulatoria”. REDETI, Año IV, núm. extraordinario, abril 2001. p. 17-30. Sobre la regulación de los servicios móviles también pueden consultarse: LADA, Luis. La importancia del presente en el futuro de la telefonía móvil. *REDETI*, Año IV, núm. extraordinario, abril 2001. p. 31-71. NORIEGA, Raquel. “Diferencias tecnológicas y evolutivas de

Como prueba de la veracidad de tales afirmaciones puede verificarse que el régimen jurídico aplicable a las concesiones para la prestación de los servicios de GSM en la banda de 900 Mz, contiene unas reglas de introducción de competencia que respetan la continuidad tecnológica, garantizan, materialmente, la existencia de mercado suficiente para los operadores y la no intervención excesiva en las tarifas a usuarios finales. En contraprestación, los adjudicatarios adquieren diversos compromisos vinculados al servicio, concretamente, y al desarrollo del sector, en general.

A pesar de que, al ser calificado en el Real Decreto 1486/1994 como un servicio de valor añadido, podría haberse dado aplicación al régimen general consagrado en la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de ordenación de las telecomunicaciones¹⁰³, erigiendo la libre concurrencia como principio de explotación, la actividad fue definida como de servicio público y su desarrollo se sometió, de contera, al régimen concesional (art.2).

El mismo Real Decreto 1486/1994¹⁰⁴ dispuso la creación de un duopolio para la prestación del servicio en su modalidad digital, en la banda de 900 Mz, con tecnología GSM, reservando una de las concesiones a Telefónica¹⁰⁵, mientras que sometía el otorgamiento de la otra a la realización de un concurso público, regulado por la Orden

las redes fijas y móviles”. *REDETI*, Año IV, Núm. extraordinario, abril 2001. p. 129-141. GUAL, Jordi. “Regulation and development of electronic communications in Europe”. *Info*, Nº. 4, 2002, p. 42-49. AMENDOLA, Giovanni; FERRAIUOLO, Angelo. “Regulating mobile communications”. *Telecommunications Policy*, Nº. 19:1, 1995, p. 29-42. LEMBKE, Johan. “EU regulatory strategy for mobile Internet”. *Journal of European Public Policy*, Nº. 9:2, abril 2002, p. 273-291.

103 ESPAÑA. Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones. *Boletín Oficial del Estado* núm. 303 de 19 de diciembre de 1987, p. 37409 – 37419. art. 20.2

104 En adelante y a efectos de citar disposiciones específicas de este texto normativo, se empleará la abreviatura RDGSM.

105 Conforme lo dispuesto en la disposición transitoria primera, Telefónica podía solicitar la transformación de su título habilitante para la prestación del servicio GSM en el plazo de cuarenta y cinco días desde la entrada en vigor del Reglamento, aceptando su sometimiento a todas las reglas del pliego y demás normas aplicables al servicio, a excepción de aquellas que se derivaran del otorgamiento de un nuevo título (como el pago del canon inicial), o de la asunción, por parte del otro concesionario, de compromisos particulares. Telefónica podía prestar el servicio a través de una filial a la que, en ese caso, cedería la habilitación o, directamente acometer tal empresa, evento en el cual debía mantener una separación funcional y contable entre las actividades.

Ministerial de 26 de septiembre de 1994¹⁰⁶, del cual resultó beneficiario Airtel Móvil, adquirida posteriormente por Vodafone.

A los efectos de este trabajo cabe destacar, como aspectos relevantes del régimen jurídico de este servicio, el plazo de duración de la concesión fijado en veinticinco años, prorrogable por un solo período de cinco años (RDGSM; art. 7)¹⁰⁷ y la garantía de interconexión, tanto con la red pública conmutada fija (RDGSM; art. 17), a precios orientados a costes y aprobados por la Administración (RDGSM; art. 19), como con otras redes móviles, nacionales e internacionales (RDGSM; art. 18)¹⁰⁸, a precios libremente acordados por las partes.

106 ESPAÑA. Orden de 26 de septiembre de 1994 por la que se aprueba el pliego de cláusulas de explotación y de bases de adjudicación y se convoca el concurso público para la adjudicación de una concesión para la prestación del servicio de telecomunicación de valor añadido de telefonía móvil automática en su modalidad GSM. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 231 de 27 de septiembre de 1994, p. 29771 – 29785.

107 El plazo original era de quince años, prorrogables hasta por cinco más, sin embargo, para dar cumplimiento a la decisión de la Comisión Europea 97/181/CE, publicada en el DOCE L 76/19, de 18 de marzo de 1997, mediante la cual se instaba a España a rembolsar la tasa pagada por Airtel (85.000 millones de pesetas) o a adoptar medidas compensatorias en valor equivalente a la misma, al entender que la satisfacción de dicha tasa por este operador, en exclusiva, colocaba a Telefónica en situación de abusar de su posición de dominio y distorsionaba el mercado, el Gobierno decidió ampliar este plazo, reducir los cargos de interconexión con Telefónica y otorgarle una licencia para explotar GSM con tecnología DCS-1800 sin necesidad de realizar el pago previsto inicialmente para el resto de concesionarios (28.813.700.000 pesetas). La modificación se introdujo mediante el Real Decreto 1252/1997, de 24 de julio, por el que se modifica el reglamento técnico y de prestación del servicio de telecomunicación de valor añadido de telefonía móvil automática, aprobado por el real decreto 1486/1994, de 1 de julio, y se regula el régimen de prestación del servicio de comunicaciones móviles personales en su modalidad DCS-1800. ESPAÑA. Real Decreto 1486/1994, de 1 de julio, por el que se aprueba el reglamento técnico y de prestación del servicio de telefonía móvil automática. *Boletín Oficial del Estado* núm. 168, de 15 de julio de 1994, p. 22665 – 22673. Modificado por el Real Decreto 1252/1997. *Boletín Oficial del Estado* núm. 163, de 13 de agosto de 1997, p. 24640 – 24643.

108 Esta norma también fue objeto de modificación por el Real Decreto 1252/1997 toda vez que, en la versión original, la interconexión con redes móviles de otros países debía realizarse a través de la red de Telefónica. Tal cambio constituye otra medida compensatoria de la cuota inicialmente pagada al Estado por Airtel, en cumplimiento de la decisión de la Comisión Europea a la que se ha hecho mención en párrafos anteriores de esta tesis.

De otra parte ha de relevarse que la facultad de fijación de los precios a usuarios finales se somete al deber de comunicación previa a la Administración y a las organizaciones de consumidores y sólo excepcionalmente podía estar limitada por la acción de la Comisión Delegada del Gobierno para asuntos económicos (RDGSM; art. 22) al definir una banda tarifaria, al tiempo que la Administración se reserva las facultades de ordenación del servicio y del uso del espectro radioeléctrico, se erige como órgano de resolución de conflictos entre los operadores involucrados en la prestación del servicio, veedora de los derechos de los usuarios finales, para lo cual se prevé la sujeción del contrato con el abonado a un procedimiento de aprobación previa (RDGSM; art. 24), ejerciendo, adicionalmente, las facultades de inspección y sanción (RDGSM; art. 36 y 37).

Finalmente, en el capítulo V (arts. 25-33, especialmente) se consagra el régimen de obligaciones y derechos de los operadores que eventualmente intervienen en la prestación del servicio, fijando reglas de comportamiento, no sólo para los suministradores del servicio GSM propiamente dichos, sino también para Telefónica, como explotador, en exclusiva, de la red de telefonía pública conmutada fija y para los proveedores de servicios portadores, así como los derechos de los abonados al servicio.

A su turno, el pliego de cláusulas de explotación y de bases de adjudicación de la concesión¹⁰⁹, imponía la obligación de adquirir compromisos de cobertura específicos, dentro de un programa de expansión de red fijado, con carácter de mínimos, por la propia Administración (bases 41), calidad, creación de empleo, aportaciones directas e indirectas al desarrollo tecnológico e industrial, aportación financiera al Tesoro Público y contribuciones a la economía española, entre otros (Bases 8 y 9).

Adicionalmente, en la base 26, se define, como una regla de preservación del equilibrio financiero de la concesión, una suerte de programa de introducción de la competencia en el mercado que prescribía, para los tres primeros años de la duración del contrato, la

¹⁰⁹ ESPAÑA. Orden de 26 de septiembre de 1994 por la que se aprueba el pliego de cláusulas de explotación y de bases de adjudicación y se convoca el concurso público para la adjudicación de una concesión para la prestación del servicio de telecomunicación de valor añadido de telefonía móvil automática en su modalidad GSM. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 231 de 27 de septiembre de 1994, p. 29771 – 29785.

existencia de un solo competidor (Telefónica de España, sí solicitaba la transformación de su habilitación para prestar servicios analógicos) en la banda de 900Mz y de otro, con cobertura nacional, en la banda 1800 Mz¹¹⁰. Vencido este plazo, la Administración podía entregar, libremente, otras concesiones para el mismo servicio y cobertura geográfica, sin que los prestatarios de servicios GSM en la banda 900 pudiesen resultar beneficiarios de las mismas¹¹¹.

Otro tanto puede señalarse tratándose del marco jurídico que rodeó el otorgamiento de la concesión para la prestación de los servicios GSM en la banda de 1800 Mz, definido en el Real Decreto 1252/1997 y en la Orden de 26 de febrero de 1998¹¹²., que remite a la regulación de la telefonía móvil automática, con algunas salvedades¹¹³. Conforme a lo previsto en dicha normativa, los concesionarios de servicios GSM podían solicitar el otorgamiento de una concesión para esta banda de frecuencia y se abriría un concurso público para entregar una habilitación adicional, con cobertura nacional. Los operadores de GSM debían manifestar su sometimiento a la normativa aplicable a esta materia, hallándose obligados a cumplir con los mismos compromisos generales¹¹⁴ que el operador que resultare beneficiario del concurso público al que se hizo mención previamente; así, Telefónica tuvo que pagar la aportación al Tesoro que, posteriormente sufragó también Retevisión Móvil¹¹⁵ como adjudicataria de la concesión,

110 El Estado se reservaba, durante el plazo de “conurrencia limitada” la posibilidad de entregar concesiones para DCS-1800, con coberturas locales.

111 El Real Decreto 1252/1997 cambió este programa de introducción a la competencia, ya que permitió a los operadores de GSM solicitar el otorgamiento de esta concesión (artículo 4), para participar, junto con el beneficiario de un concurso para la entrega de otra habilitación, de este nuevo mercado.

112 ESPAÑA. Orden de 26 de febrero de 1998, por la que se aprueba el pliego de condiciones para el otorgamiento de la concesión para la prestación del servicio de comunicaciones móviles en la modalidad DCS-1800. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 54, de 4 de marzo de 1998, p. 7498-7511.

113 Las normas específicamente excluidas de la remisión regulan situaciones particulares de la concesión del GSM en la banda 900 Mz: su definición, la transformación del título de Telefónica, los plazos para la suspensión del servicio en la modalidad analógica, etc.

114 En oposición a los compromisos particulares que el concesionario adquiriere durante el concurso.

115 Retevisión móvil actuaba bajo la marca de Amena y era la unidad de negocio móvil de Retevisión, empresa mixta de telecomunicaciones, creada al amparo del artículo 4 del Real Decreto Ley 6/1996, de 7 de junio, de liberalización de las telecomunicaciones, como operador alternativo a Telefónica en el mercado de

mientras que Airtel resultó exonerada del pago, dando cumplimiento a la decisión de la Comisión Europea 97/181/CE, al tenor de lo dispuesto en la disposición adicional primera del Real Decreto 1252/1997. Asimismo, se comprometían a mantener una separación funcional y contable de sus operaciones y a formalizar el contrato de concesión de forma simultánea al beneficiario del concurso, momento a partir del cual la normativa consagraba una moratoria de 6 meses para iniciar la explotación.

En lo que atañe al pliego, tampoco se advierten notables diferencias con el empleado para el concurso de la banda 900 Mz, a excepción del canon inicial a pagar por beneficiarios de la concesión (según la base 25 los concesionarios debían pagar como aportación al tesoro, la suma de de 26.613.700.000 pesetas, más otros 2.200.000.000 destinados a sufragar los costes derivados de la liberación del espectro radioeléctrico necesario para la implantación y desarrollo del sistema), el programa de extensión de red que se reduce a exigir, según la base 41, que transcurrido un año desde la formalización de la concesión, el servicio debe estar implantado como mínimo en las zonas urbana e intermedia de los municipios de más de 500.000 habitantes y un cambio drástico en la garantía de la conservación de la ecuación financiera, al amparo de la cual se enuncia expresamente que” *no supondrá alteración del equilibrio económico-financiero, ni dará derecho a indemnización por alteración del referido equilibrio, la entrada de nuevos competidores en la prestación del servicio, ni la modificación de las condiciones de prestación que se deriven de la adaptación de la normativa nacional vigente a las normas comunitarias*” (base 26).

c) *Tercera generación de móviles*

El régimen general de las habilitaciones para la prestación de servicios de telecomunicaciones en las bandas reservadas a los sistemas de comunicaciones móviles de tercera generación, estaba contenido en la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, la Orden Ministerial de 22 de septiembre de 2008, por la que se establece el régimen de las licencias individuales y la Orden de 10 noviembre de 1999 por la que se aprueba el pliego de cláusulas administrativas particulares y de

la telefonía fija. Posteriormente, como consecuencia de la escisión y venta de las sociedades miembros del grupo AUNA (Amena, Auna, Auna Cable y Tenaria) en el 2005, Amena fue adquirida por France Telecom, las empresas de cable por ONO y la red portadora por ABERTIS.

prescripciones técnicas para el otorgamiento por concurso, mediante procedimiento abierto, de cuatro licencias individuales de tipo B2 para el establecimiento de la red de telecomunicaciones necesaria y para la explotación del servicio de comunicaciones móviles de tercera generación¹¹⁶.

Antes de exponer, con cierto grado de detalle, las previsiones contenidas en la normativa española sobre la materia y, en especial, en la norma reguladora del concurso, resulte pertinente efectuar algunas consideraciones sobre las características del proceso de implantación de esta tecnología, a nivel europeo, para verificar sus objetivos y alcance general:

3. La licitación por las Licencias UMTS: el caso europeo

La historia de los móviles de tercera generación en Europa (en lo sucesivo, UMTS) encuentra su punto de partida en la Comunicación de la Comisión de 15 de octubre de 1997¹¹⁷. en la cual se estableció, expresamente, una restricción para el otorgamiento automático de habilitaciones para la provisión de este tipo de servicios a los detentadores de otros títulos habilitantes para la prestación de servicios de telecomunicaciones. De forma complementaria, en la Decisión No. 128/1999/CE, de 14 de diciembre de 1998, del Consejo y Parlamento Europeos, relativa a la introducción coordinada de un sistema de comunicaciones móviles e inalámbricas de tercera generación (UMTS) en la Comunidad, se estableció que el desarrollo de las UMTS debía realizarse en un entorno competitivo, dentro del cual, el número de habilitaciones sólo podría restringirse por razones de insuficiencia de la capacidad del espectro; las condiciones de otorgamiento debían satisfacer los principios de objetividad, no discriminación, proporcionalidad, suficiencia en cuanto al detalle de las condiciones y

116 ESPAÑA. Orden de 10 noviembre de 1999 por la que se aprueba el pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas para el otorgamiento por concurso, mediante procedimiento abierto, de cuatro licencias individuales de tipo B2 para el establecimiento de la red de telecomunicaciones necesaria y para la explotación del servicio de comunicaciones móviles de tercera generación. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 270 de 11 de noviembre de 1999, p. 39340-39347.

117 EUROPA. COM (1997) 513 final, de 15 de octubre de 1997. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y social y al Comité de las regiones - Estrategia y orientaciones políticas referentes al desarrollo futuro de las comunicaciones móviles e inalámbricas (UMTS) - Resultado de la consulta pública y propuestas para la creación de un entorno favorable.

prohibición de entrega automática y resultaba conveniente definir los alcances de los acuerdos de interconexión e itinerancia entre los operadores.

En cuanto a los aspectos técnicos se determinó que la manera más eficiente de realizar la atribución de frecuencias era a través del Comité Europeo de Radiocomunicación y que la colaboración con el ETSI era necesaria para promover una norma común y abierta en la prestación de los servicios UMTS compatibles en toda Europa.

En línea con estos planteamientos se elaboró el calendario de introducción y despliegue de la tecnología en Europa, instando a los Estados Miembros a adelantar las acciones tendientes a la implantación gradual y coordinada de estos servicios en su territorio, a más tardar el 1 de enero de 2002, de tal suerte que, durante el 2000 debía definirse el régimen de habilitaciones necesarias para proveer la facilidad y el 2001 fuera el año de despliegue de la red. La intención subyacente tras esta decisión era la de no perder el liderazgo que Europa había alcanzado en el desarrollo de la telefonía móvil y dotar de mayor dinamismo a este mercado que, ya para esas fechas, mostraba excelentes resultados en lo que a la demanda y oferta de los servicios GSM (segunda generación en Europa) se refería.

Dadas las diferencias que entre los diferentes ordenamientos de los Estados Miembros podían verificarse en relación con las modalidades de procesos selectivos encaminados al otorgamiento de las licencias¹¹⁸ y/o “*la poca ambición* [demostrada por las autoridades comunitarias] *en la coordinación* [de dichos procesos]”¹¹⁹, los países optaron por desarrollar diferentes sistemas en el otorgamiento de habilitaciones, proceso decisorio dentro del cual, a juicio de algunos autores, resultó capital el deseo de participar de los rendimientos que este próspero segmento estaba generando a los operadores¹²⁰, dando lugar a la coexistencia de los concursos y las subastas, que alcanzaron, estas últimas, sus mayores cotas en Alemania (50.485 millones de euros) y el Reino Unido (37.263 millones de euros).

El proceso de otorgamiento de las habilitaciones, se resume en el siguiente cuadro:

118 RODRIGUEZ LÓPEZ. 2003. p. 209.

119 MONTERO PASCUAL. 2007. p. 461

120 ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Dios salve a los móviles (de las subastas UMTS). *REDETI* (número extraordinario), abril de 2001, p. 71 y ss

País/territorio	Licencias 2G	Licencias 3G disponibles	Licencias 3G entregadas	Método (a)	Fecha (m/a)	Adjudicatarios (b)
Albania (c)	3	-	-	-	-	-
Andorra (c)	1	1	1	AD	01/05	STA
Austria	4	6	6	C+S	11/00	Hutchinson 3G, MaxMobil, MobilKom Austria, ONE, tele.ring, 3G Mobile
Belarus (c)	4	-	-	-	-	-
Bélgica	3	4	3	S	02/01	KPN Mobile 3G, Mobistar, Proximus
Bosnia-Herz. (c)	4	-	-	-	-	-
Bulgaria (c)	3	3	3	AD (1) AL (2)	03/05 (d)	Mobiltel, Viva Ventures, Globul
Croacia (c)	3	3	2	AD/AL	10/04	T Mobile, VIPnet
Croacia (c)	3	1	1	AD	10/04	Treca Sreca
Chipre	2	2	2	S/AL	12/03 (e)	Investcom, CyTA
República Checa	3	3	2	S	12/01 (f)	Euro Tel Praha, Radio Mobil
República Checa	3	1	1	AL	02/05	Oskar
Dinamarca	3	4	4	S/AL	10/01	Hi3G Denmark, Orange, TDC, Telia Denmark
Dinamarca	3	1	1	S/AL	12/05	Sonofon

Estonia	3	3	3	C/AL	07/03 (g)	Eesti Telecom, Radiolinja, Tele2
Islas Feroe (c)	2	-	-	-	-	-
Finlandia	3	4	4	C+canon anual	03/99	Radiolinja, Sonera, Suomen 3G, Telia Finland
Francia	3	4	2	C+canon/AL	07/01	Orange, SFR
Francia	3	2	1	C+canon/AL	09/02	Bouygues Télécom
Alemania	4	6	6	S	07/00	E-Plus Hutchison, Group 3G, Mannesmann, MobilCom Multimedia, T-Mobile, Viag Interkom
Gibraltar (c)	1	-	-	-	-	-
Grecia	4	4	3	S	07/01	CosmOTE, Panafon, Stet Hellas
Guernsey (c)	1	2	1	C/AL	03/03	Wave Telecom
Hungría	3	4	3	S	12/04	Pannon, T-Mobile, Vodafone
Islandia	3	-	-	-	-	-
Irlanda	3	4	3	C+canon	06/02 (h)	Hutchison 3G Ireland, mmO2, Vodafone Ireland
Irlanda	3	1	1	C+canon	11/05	Smart Telecom (i)
Isla de Man (c)	1	1	1	AL	04/99	Manx Telecom

Italia	3	5	5	C+S	11/00	H3G, IPSE 2000, TIM, Wind, Omnitel
Jersey (c)	1	1	1	AL	05/06	Jersey Telecom
Latvia	3	3	2	S/AL	09/02	LMT, Tele2 (j)
Latvia	3	1	1	S/AL	05/05	Bité (j)
Liechtenstein (c)	4	4	3	AL	07/01 (k)	Mobilkom, Viag tele2/tango, Europlattform
Liechtenstein (b)	4	1	1	AL	10/03 (l)	Liechtenstein Telenet
Lituania	3	3	3	C+canon/AL	02/06	Bité, Omnitel, Tele2
Luxemburgo	3	4	3	C+canon annual	05/02	EPT, Orange, Tele2
Luxemburgo	2	1	1	AD	07/03	LuXcommunications
Macedonia (c)	2	-	-	-	-	-
Malta	2	3	3	AD/AL	08/05	GO Mobile, Vodafone, 3G Telecoms
Moldavia (c)	3	-	-	-	-	-
Monaco (c)	3	1	1	AL	06/02	Monaco Telecom
Holanda	5	5	5	S	07/00	Dutchtone, KPN Mobile, Libertel- Vodafone, Telfort, 3-G Blue
Noruega (c)	2	4	4	C+canon+canon anual	12/00	Broadband Mobile, HetCom GSM, Telenor, Tele2
Noruega (c)	2	2 (m)	1	S/AL	09/03	Hi3G Access

Noruega	2	1 (m)	1	S	08/06	n/a
Polonia	3	4	3	C/AL	12/00	PKT Centertel, Polkomtel, Polska Telefonica Cyfrowa
Polonia	3	1	1	AD+canon anual	05/05	Netia
Portugal	3	4	4	C+canon+canon anual	12/00	ONI-Way, Optimus, Telecel, TMN
Rumania (c)	4	4	2	AD	11/04 (n)	MobiFon, Orange
San Marino (c)	1	-	-	-	-	-
Serbia M (c)	4	-	-	-	-	-
Eslovaquia	2	3	3	S	07/02	EuroTel, Orange, Profinet.sk (o)
Eslovaquia	2	1	1	C+AD	08/06	Telefónica
Slovenia	3	3	1	S	11/01 (p)	Mobitel
Slovenia	3	3	n/a	S	09/06	n/a
España	3	4	4	C+canon+canon annual	03/00	Airtel, amena, Telefónica, Xfera
Suecia	4	4	4	C+canon annual	12/00	Europolitan, Hi3G Access, Orange Sverige, tele2
Suiza (c)	3	4	4	S	12/00	Dspeed, Orange, Swisscom, Team 3G
Turquía (c)	3	-	-	-	-	-

Reino Unido	4	5	5	S	05/00	BT3G, Hutchinso 3G, One-2-One, Orange, Vodafone
Ucrania (c)	5	1	1	AL	12/05	Ukrtelecom

Fuentes: Informes anuales, páginas web de compañías y de reguladores, reportes¹²¹.

121 Esta tabla ha sido traducida de su versión original en inglés de: WHALLEY, J., CURWEN, P. 2006, p. 622-632. El autor efectúa algunas consideraciones sobre el contenido de la tabla, que se traducen a continuación:

Siglas: S=subasta; AD=adjudicación directa; AL=dado el número limitado de oferentes, en la práctica la habilitación se entrega mediante adjudicación directa por un precio mínimo; C=concurso.

(b) Los licenciatarios son citados con el nombre que tenían al momento de la adjudicación.

(c) No es un estado de la UE

(d) Las tres licencias no fueron entregadas en la misma época, ni con el mismo método. MobilTel recibió la licencia en marzo de 2005 tras un proceso de negociación directa, mientras que Viva Ventures y GloBul recibieron sus licencias en abril de 2005.

(e) Investcom fue el único proponente en la subasta y a Cy TA le fue otorgada por el mismo precio.

(f) Se trataba de la tercera ocasión en la que la República checa intentaba llevar a cabo el otorgamiento de habilitaciones. Los dos anteriores, de negociación directa, resultaron fallidos por falta de interesados.

(g) Las tres licencias no se entregaron simultáneamente. Easti Telecom y Radioling recibieron sus licencias en julio de 2003, mientras que Tele2 la recibió en agosto de ese mismo año.

(h) Las tres licencias no se entregaron simultáneamente. Hutchinson 3G Ireland recibió su licencia en Junio de 2002, mmO2 en agosto y Vodafone en septiembre, ambas, de ese mismo año.

(i) Si bien técnicamente hubo un adjudicatario, el regulador denunció que Smart no cumplía con las exigencias y la licencia fue revocada en 2006. Smart ha apelado la decisión.

(j) El incumbente obtuvo su licencia sin agotar algún proceso selectivo y no podía participar en ningún concurso hasta mayo de 2005.

(k) Las tres licencias no se entregaron simultáneamente. Viag Europlattform aceptó la licencia en marzo de 2001, mientras que tele2/tango y Mobilkon recibieron sus licencias en 2001.

(l) Telecom inicialmente rechazó la oferta de una licencia: Su propietario, Swisscom vendió la compañía al gobierno en julio de 2003 y cuando la transferencia se completó en octubre, la compañía renombrada "Liechtenstein TeleNet" aceptó la licencia.

(m) Han sido devueltas por sus originales licenciatarios.

(n) Dos licencias serán entregadas durante el 2006.

A la vista de las dilaciones en la implantación de la tecnología, la Comisión Europea comenzó a manifestarse sobre las acciones a seguir, mediante diversas comunicaciones, cuyo contenido se sintetiza en los párrafos siguientes:

En la “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento, la Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: Introducción de las comunicaciones móviles de tercera generación en Europa”¹²² la Comisión manifiesta su confianza en las perspectivas del desarrollo de esta tecnología, al tiempo que enfatiza en los objetivos de fortalecimiento de la sociedad de la información y conservación del liderazgo tecnológico mundial en materia de comunicaciones móviles, como inspiradores del proceso.

Se ocupa también la Comisión de analizar la precaria situación financiera de los diversos operadores ocasionada, a juicio de esta autoridad, por el alto nivel de endeudamiento en el que éstos habían incurrido con el propósito de participar en las subastas para el otorgamiento de las licencias, así como para atender las obligaciones de inversión en el despliegue de las redes, que, junto con los efectos que sobre el sector estaba desplegando la ruptura de la burbuja financiera de las empresas punto com, los había llevado a un gran deterioro en la calificación de su solvencia y a padecer un incremento de los tipos de interés que les resultaban aplicables, circunstancias que incidían negativamente sobre su capitalización bursátil.

Sin entrar a desechar o criticar a las subastas, como proceso legítimo de otorgamiento de habilitaciones, la Comisión llama la atención sobre la necesidad de evitar la fragmentación regulatoria que se está derivando de las medidas adoptadas por los países para hacer frente a las circunstancias económicas desfavorables que rodean a los operadores y propone como acciones armonizadas, la promoción del diálogo entre los operadores, los reguladores y los fabricantes de equipos para definir una estrategia

(o) Si bien técnicamente hubo un adjudicatario, la licencia de Profinet.sk fue revocada por incumplimiento.

(p) Al segundo intento. Una primera subasta planeada para mayo de 2001 no atrajo interesados y un tercer intento está pendiente.

122 EUROPA. COM (2001) 141, de 20 de marzo, comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento, la Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: Introducción de las comunicaciones móviles de tercera generación en Europa.

común que permitiera alcanzar los propósitos comunes avalados por las instancias europeas, que podían incluir la compartición de infraestructuras, la flexibilidad en la elección de la plataforma tecnológica que sustentara los servicios, las posibles vías de cesión o transmisión del espectro, entre otras.

Asimismo, en la “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: hacia el pleno despliegue de las comunicaciones móviles de tercera generación”¹²³, la Comisión reitera su intención de contribuir al buen desarrollo del proceso de implantación de esta tecnología, como instrumento para la realización de los propósitos fijados en el plan *e-Europe 2002* en el contexto de la estrategia de Lisboa y retoma su análisis sobre la situación financiera de los operadores para afirmar que el progresivo deterioro de las clasificaciones de solvencia y la importante erosión en la capitalización bursátil de los operadores y fabricantes, conduce a una falta de disponibilidad de fondos para inversiones, especialmente, en los operadores entrantes, que incentiva el recurso a infraestructuras existentes, la adopción de tecnologías de generación 2.5, entre otras decisiones empresariales. Esta situación unida a la incertidumbre sobre la disponibilidad de los equipos y terminales ha erosionado la perspectiva comercial de este segmento, en particular, y del mercado de las telecomunicaciones, en general.

Analizando algunas experiencias de los Estados Miembros, en cuanto a las medidas de paliación de este fenómeno, la Comisión concluye que, en principio, las condiciones de las licencias no deben modificarse, toda vez que la previsibilidad y estabilidad del entorno regulatorio constituyen un baluarte sectorial. Sólo debe contemplarse tal posibilidad, cuando las circunstancias hayan experimentado alteraciones imprevisibles, y siempre de manera proporcionada, transparente y no discriminatoria, atendiendo nuevo marco regulador europeo. Concretamente, la revisión de las obligaciones de despliegue debe acompañarse de un proceso previo de consulta pública que busque identificar tanto las causas de la dilación, como las posibles soluciones, así como, del intercambio

123 EUROPA. COM (2002) 301 final, de 11 de junio, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento, la Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: hacia el pleno despliegue de las comunicaciones móviles de tercera generación.

de información con otras autoridades para avanzar en un enfoque armonizado en la Unión Europea.

No valora como urgente la posibilidad de modificar la duración de las licencias por considerarlo un aspecto crítico pero a largo plazo, mientras que la situación financiera y tecnológica del segmento se tiene por coyuntural o transitoria, al tiempo que desaconseja cualquier modificación en las tasas o pagos asociados la obtención y explotación de las licencias ya que puede resultar contraproducente desde una perspectiva comercial, al incrementar la incertidumbre que rodea al negocio. Por último, sugiere la revisión de la posibilidad de compartir infraestructura, como una medida que puede disipar la preocupación por el medio ambiente, facilitar la adquisición de emplazamientos para estaciones base y disminuir los gastos de despliegue de red.

Como medidas a favor del despliegue de la 3G la Comisión analiza las oportunidades que brinda el nuevo marco regulatorio¹²⁴: la ubicación y compartición de instalaciones, contribuirá a resolver, o cuando menos paliar, las dificultades derivadas de la consecución de emplazamientos para las antenas y las estaciones base; pueden emplearse las facultades de armonización para definir niveles de emisión seguros y las de fijación de estándares técnicos para equipos, con miras a disipar las inquietudes que, sobre los riesgos sobre la salud asociados a esta tecnología, están manifestando las colectividades en los diferentes países. De otra parte, releva el apoyo ofrecido a la investigación y desarrollo de aplicaciones móviles, así como, su deseo de acometer reformas que permitan la flexibilización de la gestión y uso del espectro radioeléctrico.

Por último, en la “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento, la Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones relativa a los obstáculos que impiden un acceso generalizado a los nuevos servicios y aplicaciones de la sociedad de la información a través de plataformas abiertas en los ámbitos de la televisión digital y las comunicaciones móviles de la tercera generación”¹²⁵ se hace hincapié en la necesidad de

124 Se referían al sistema jurídico integrado por las Directivas 2002/19 (acceso), 2002/20 (autorizaciones), 2002/21 (marco), 2002/22 (servicio universal).

125 EUROPA. COM (2003) 410 final, de 9 de julio, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento, la Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones relativa a los obstáculos que impiden un acceso generalizado a los nuevos servicios y aplicaciones de la sociedad de la información a través de

garantizar la interoperabilidad entre las redes, los terminales y las aplicaciones, como postulado del pleno desarrollo de las tecnologías 3G y se advierten, como factores que afectan el acceso a estos servicios, la confianza de los consumidores sobre la eficiencia y eficacia de los mecanismo de protección de su datos e intimidad, que puede y debe ser reforzada, tanto por la industria como por las Administraciones; la gradualidad del avance hacia la demanda y acceso a una gama completa de servicios 3G, desde las facilidades provistas por las redes GPRS, que puede ser impulsado por las Administraciones, propiciando que sus propios servicios de la sociedad de la información estén disponibles a través de plataformas de comunicaciones 3G y la rigidez de los mecanismo de gestión y asignación del espectro radioeléctrico.

Como se verá a continuación, la importancia de las consideraciones expuestas por la Comisión en las comunicaciones sintetizadas, radica, en el ámbito español, en servir de fundamento a las decisiones mediante las cuales se ejercitaron las facultades de modificación de las licencias para la prestación de servicios UMTS: el Gobierno español otorgó plena validez a las aseveraciones de esta autoridad relativas a las causas del deterioro en la situación financiera de los operadores y sin efectuar grandes elucubraciones sobre los motivos que justificaban la intervención, procedió a la adopción de algunas de las medidas propuestas por la Comisión, se anticipa, sin seguir plenamente sus directrices y a la toma de otras decisiones, aún en contravía de lo recomendado por esta instancia comunitaria.

Sin perjuicio de lo anterior y sin que existan pruebas suficientes que permitan valorar, positiva o negativamente, el contenido y origen de las motivaciones que acompañaron estas decisiones, lo que sí resulta incuestionable es la oportunidad y entidad del respaldo otorgado por la Comisión a los operadores de servicios UMTS y el viro, de último momento, que sufrió la política de implantación de la tecnología. En efecto, en una actitud, casi sin precedentes, la Comisión hizo propia la defensa de los intereses de los operadores y fabricantes de los equipos, instando a los Estados Miembros a la adopción de medidas que les permitiesen afrontar las dificultades financieras por las que estaban atravesando, so pretexto de salvaguardar, de esta forma, la integridad del

plataformas abiertas en los ámbitos de la televisión digital y las comunicaciones móviles de la tercera generación

mercado, sin que en realidad aportase pruebas acerca del impacto real del fracaso de tales agentes, no sólo sobre el desempeño del segmento de la economía, sino sobre el bienestar social en general, arrojando, alimentando, con nuevas ascuas, la ya antigua, pero no por ello resuelta, discusión acerca de la plena identidad entre el interés del mercado y el de los agentes (objeto de la salvaguardia del mercado) y sobre el carácter jurídico de esta institución (instrumental o finalístico).

De otra parte, sí se analizan las características de la intervención comunitaria, se pueden distinguir varias etapas en el proceso de impulso a la implantación de la tecnología UMTS: la primera, de apoyo incondicional y generación de expectativas, una segunda fase de validación de circunstancias (existencia de una situación financiera desfavorable en los operadores), un tercer momento de procura de adopción armonizada de remedios y un último estadio de redireccionamiento estratégico, que parte del reconocimiento de que la introducción de la tecnología debía ser gradual y, en esa medida debía permitirse y favorecerse la consolidación de una fase tecnológica intermedia: la generación 2.5. En un sector económico tan dependiente de los avances tecnológicos, la vertiginosidad de los cambios en la política interventora no resulta extraña, empero los efectos derivados de tales modificaciones vuelven a alertar sobre la importancia de la neutralidad tecnológica, como principio rector de la actividad reguladora y el denominado “coste del error regulatorio”¹²⁶, dos cuestiones ampliamente debatidas en la comunidad científica económica y que deben ser objeto de valoración desde la perspectiva jurídica, sí se pretende dar coherencia y consistencia al sistema jurídico de las comunicaciones electrónicas.

4. La licitación de las licencias UMTS: el caso español.

En España, segundo país en Europa¹²⁷ en entregar las licencias, las habilitaciones fueron entregadas previo concurso, cuyo pliego de cláusulas fue aprobado mediante sendas

126 Sobre este tema pueden consultarse, entre otros: MCGOWAN, David. *Between logic and experience: error costs and United States v. Microsoft Corp.* *Berkeley technology law journal*. vol. 20 p.1185-1245. POSNER. Eric. *Cost-benefit analysis as a solution to principal agent problem.* *Admin. L. Rev.* núm. 53, 2001, p. 289-299.

127 Finlandia entregó sus licencias en marzo de 1999.

Órdenes Ministeriales de 10 de noviembre de 1999. Sobre el contenido de los pliegos, resulta pertinente hacer referencia a los siguientes aspectos:

El objeto de las bases era “el establecimiento de las cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas para la adjudicación, por concurso y mediante procedimiento abierto, de cuatro licencias individuales de tipo B2 para el establecimiento de la red de telecomunicaciones necesaria y para la explotación del servicio de comunicaciones móviles de tercera generación, así como la definición de sus prescripciones técnicas.”(cláusula 1) . Los oferentes podían elaborar sus propuestas con base en cualquiera de las tecnologías que integran la familia IMT-200, pero una de las licencias se reservaba para una oferta que emplease UMTS¹²⁸.

Conforme al Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias, nota de utilización nacional UN-48, las bandas cuya explotación fue objeto de la concesión eran, por operador: 15Mz en la banda 1920-1980 Mz (pareadas), 15 Mz en la banda 2110-2170 Mz (pareadas) y 5Mz en la banda 1900-1920 o 2010-2025 Mz (no pareadas) y la habilitación correspondiente debía solicitarse en conjunto con la licencia B2, dando lugar a la expedición de una única decisión (cláusula 2) .

Conforme a la cláusula 8 del Pliego, los licitadores debían asumir diversos compromisos y obligarse a cumplir determinados plazos de ejecución (apartados 2.10, y 3.2, entre otros).

De acuerdo con la cláusula 9 del Pliego, los licitadores debían incluir en el sobre número 3 determinados compromisos y garantías relativos a las aportaciones directas e indirectas a la creación de empleo y al desarrollo tecnológico e industrial de la economía nacional. Todos y cada uno de los compromisos adquiridos debían presentarse debidamente garantizados, incluidos, los relativos al cumplimiento de las obligaciones de servicio público que se le impusieran a los adjudicatarios (cláusula 19)

128 M^a Asunción Torres López indicaba que esta exigencia podía resultar discriminatoria, toda vez que los operadores establecidos podían tener incentivos para migrar hacia otras tecnologías, dada la configuración actual de sus redes, mientras que los entrantes debían ajustarse a esta exigencia, en aras de asegurar la selección. TORRES LÓPEZ. 2000.

La duración de la licencia era de 20 años, prorrogables por una sola vez por otros diez a petición del interesado (cláusula 22) y el ámbito geográfico de la licencia era todo el territorio nacional (ibidem).

En la cláusula 25 se obligaba a cada licenciario a satisfacer, en concepto de aportación financiera al Tesoro Público, la cantidad total de 21.750 millones de pesetas y en las cláusulas 37 y 40 se disponía que el "1 de agosto de 2001 el servicio estará implantado como mínimo en las zonas urbanas en los términos definidos por el Instituto Nacional de Estadística en su Nomenclátor de la última edición del censo de población y vivienda de las ciudades de más de 250.000 habitantes", previendo que, tal fecha podía ser modificada por la Secretaría General de Comunicaciones si existía constancia fehaciente de la falta de capacidad del mercado para suministrar el equipamiento necesario para completar el despliegue ofrecido.

Al tenor de lo dispuesto en la cláusula 26 "Las licencias para la prestación del servicio se otorgarán con carácter no exclusivo, pudiendo la Administración, en aras de una competencia efectiva, otorgar en el futuro nuevas licencias si las disponibilidades de espectro radioeléctrico lo permitieran. La explotación del servicio se efectuará en régimen de competencia. No supondrá alteración del equilibrio económico-financiero de las licencias, ni dará derecho a indemnización por alteración del referido equilibrio, la entrada de nuevos competidores en la prestación del servicio."

Por último, en relación con el despliegue de red (cláusula 38) se establecía un deber de suministro de itinerancia nacional¹²⁹ de los titulares de licencias del servicio de telefonía móvil automática GSM o del servicio de comunicaciones móviles personales DCS-1800 que, en virtud del concurso, accedan a licencias de sistemas IMT-2000, a favor de los

129 Conforme la cláusula 38 del pliego, A los efectos previstos en esta cláusula, se entenderá por itinerancia nacional el servicio prestado por los operadores GSM o DCS-1800 a los operadores IMT-2000 que permite a los usuarios de estos últimos que hayan sido dados de alta en aquellas zonas en las que los operadores IMT-2000 ofrezcan servicio con cobertura propia, la realización y terminación de llamadas, a través de las redes GSM o DCS-1800, en aquellas provincias del territorio nacional donde los operadores IMT-2000 no dispongan de red propia y, por tanto, se encuentre limitada su actividad comercial, pero esté planificado el despliegue de infraestructuras según los compromisos adquiridos en sus ofertas.

operadores que no dispongan de licencias GSM o DCS-1800 cuando se cumplan las condiciones siguientes:

- a) El titular exclusivamente de la licencia IMT-2000 que solicita la itinerancia nacional ha iniciado la prestación del servicio con la cobertura mínima prevista en el pliego y,
- b) El titular de la licencia IMT-2000 y GSM o DCS-1800 al que se demanda la itinerancia nacional ha iniciado la comercialización, explotación o suministro a los usuarios de ofertas combinadas de servicios IMT-2000 y GSM o DCS-1800.

Al concurso se presentaron los operadores de telefonía móvil que ya tenían una licencia de GSM (Airtel, Telefónica Móviles y Retevisión Móvil/Amena) y los consorcios "MOVI2", integrado por LINCE TELECOMUNICACIONES, S.A, FERROVIAL TELECOMUNICACIONES, S.A, IBERDROLA DIVERSIFICACION S.A., CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID, CAJA DE AHORROS DE VALENCIA, CASTELLON Y ALICANTE y CAJA DE AHORROS DE GALICIA, "XFERA" integrado por VIVENDI FCC, ACS; MERCAPITAL; TELIASONERA; MANNESMANN; ACESA y "MOVILWEB 21" que estaba controlado por: DEUTSCHE TELECOM, JAZZTEL, junto a otros accionistas minoritarios como ABENGOA, OHL, HIDROCANTÁBRICO, BANKINTER, y el Grupo BELINCHÓN. La adjudicación se realizó mediante Orden del 10 de marzo de 2000 y lo beneficiarios de las mismas resultaron ser los operadores de GSM y XFERA, con las siguientes puntuaciones¹³⁰:

Telefónica Móviles: 332,4 puntos

Airtel Móvil: 313,3 puntos

Retevisión Móvil: 295 puntos

Xfera móviles: 293,8 puntos

Movi2: 290,3 puntos

Mobilweb 21: 275,2 puntos

La decisión fue recurrida ante la Audiencia Nacional por la compañía LINCE TELECOMUNICACIONES, S.A quien manifestó su inconformidad con la decisión con fundamento en las siguientes argumentaciones: a) Los criterios de selección fueron

130 TORRES LOPEZ. 2000. p. 123

modificados una vez se conocieron los resultados de su aplicación; b) El consorcio Xfera había modificado la oferta vencido el plazo para presentar solicitudes; c) El anteproyecto técnico de esta Compañía no estaba firmado por un Ingeniero de Telecomunicaciones. La Audiencia inadmite el recurso contencioso-administrativo por considerar que la actora carecía de legitimación activa, sin abordar el estudio del fondo del asunto¹³¹. No fue este el único avatar jurídico al que tuvieron que hacer frente los adjudicatarios de las licencias: otro punto de discrepancia surgía en torno a la participación de MANESSMANN tanto en Vodafone, como resultado de la fusión¹³² y en Xfera (7%), toda vez que, conforme a la cláusula 6 del pliego, cada licitador debía presentar una única proposición y no podía suscribir, ni individual, ni conjuntamente, otra oferta, extendiéndose esta regla a los partícipes económicos de cada licitador. La solución aportada por el Gobierno fue interpretar esta cláusula en el sentido de que la incompatibilidad sólo operaba para empresas participantes con más de un 10% en el capital de las compañías.

131 AUDIENCIA NACIONAL. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 8. Sentencia de 26 de noviembre de 2002. Recurso contencioso-administrativo núm. 663/2000. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Alberto Fernández Rodera.

132 Aprobada el 26 de julio de 2000 por la Comisión.

IV. LA ALTERACIÓN DE LAS CONDICIONES DE LA LAS LICENCIAS¹³³.

En relación con la modificación de las licencias, disponía la cláusula 28 del Pliego que "el Ministro de Fomento podrá modificar la licencia en los términos y con los efectos previstos en los artículos 102¹³⁴ y 164¹³⁵ de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y en el punto 7 de la disposición transitoria cuarta de la Orden de licencias¹³⁶,

133 Experiencias similares se han presenciado en los siguientes ámbitos:

- Cable. En 1997, Fomento otorgó a Telefónica una concesión para que prestara servicios de telecomunicaciones por cable en todas las demarcaciones en las que se dividió el territorio nacional. La operadora anunció el proyecto Imagenio para desplegar una red de cable en toda España con una inversión de más de 3.000 millones de euros. Sin embargo, Telefónica abandonó ese proyecto, sin invertir un euro, y anunció que emplearía una tecnología alternativa (denominada ADSL) que utilizaba la línea de cobre tradicional. El Gobierno autorizó esa modificación. Un año después adjudicó los concursos para el segundo operador de cable por demarcación con compromisos de inversión de más de 6.000 millones. Pero en 2003 pactó una reducción de esos compromisos y la liberación de avales.
- Televisión y radio digital. El Consejo de Ministros autorizó en septiembre de 2003 la modificación de los contratos de los dos canales de televisión digital otorgados en 2000 a Net TV (Vocento) y Veo TV (Recoletos, El Mundo), posponiendo y reduciendo los compromisos de inversión, empleo y cobertura. Un año antes concedió una licencia a Quiero TV, que cerró en mayo de 2003. En radio digital no se han cumplido los plazos de cobertura
- LMDS. De los seis consorcios que ganaron la licencia de telefonía vía radio en marzo de 2000, sólo tres están en funcionamiento, y no han invertido ni la tercera parte de los más de 2.000 millones comprometidos.

134 En virtud de esta norma, los contratos, una vez perfeccionados, sólo pueden modificarse por el órgano de contratación, por razones de interés público en los elementos que lo integran, siempre que estén justificadas por necesidades nuevas o causas imprevistas y se haga constar tales hechos en el expediente.

135 Específicamente el contrato de gestión de servicios públicos puede modificarse por razones de interés público, hallándose obligado el órgano contratante a conservar la ecuación financiera del contrato.

136 Disposición transitoria cuarta. 7. Si, durante el período de vigencia de una licencia individual que lleve aparejada una concesión o autorización demanial, resultase preciso adecuar sus características técnicas al Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias, el Ministerio de Fomento asignará al titular de la licencia una banda de frecuencias alternativa. Cuando ello no sea posible, se estará a lo dispuesto en el artículo 20.3. que prescribe "(..) Las licencias individuales se extinguirán por las causas que resulten aplicables de las señaladas en el artículo 168 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. Además, serán causas de extinción de una licencia individual, las siguientes: (...) 3º. La pérdida de adecuación de las características técnicas de la red al Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias sin que

sin perjuicio de las facultades que en materia de interpretación de contratos tiene atribuidas la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones".

A solicitud de los licenciarios, quienes instaban la modificación de las condiciones de la licencia con fundamento en la teoría de la imprevisión, fundando su aplicación en el prolongado retraso en la disponibilidad de la tecnología UMTS, la inexistencia de terminales comercializables a gran escala, las dificultades para la obtención de licencias municipales, la aparición de desarrollos tecnológicos no previstos como el acceso inalámbrico a redes fijas (Wi-Fi) o el desarrollo de los servicios GPRS (2,5 G)], la Administración introdujo las siguientes variaciones a las habilitaciones, a lo largo del tiempo:

1. Alteración del régimen de garantías: Inicialmente, los avales sufrieron una modificación en razón al cumplimiento parcial de las obligaciones de extensión de las redes¹³⁷ y, con posterioridad, de una pluralidad de avales vinculados a varios tipos de compromisos, se pasó a un único aval que, en caso de concretarse el siniestro, debía restituirse hasta situarse en el monto inicial¹³⁸.

exista la posibilidad de asignar al titular de la licencia frecuencias en otras bandas. En este supuesto, el titular de la licencia tendrá derecho a ser indemnizado, con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

137 Sobre la existencia de esta primera reducción de avales, dan cuenta todos y cada uno de los dictámenes del Consejo de Estado emitidos con ocasión de la segunda revisión de los avales (ESPAÑA. CONSEJO DE ESTADO. Dictamen 6/2003, de 13 de marzo, en el que se analiza el proyecto de Resolución que atiende la solicitud de XFERA; ESPAÑA. CONSEJO DE ESTADO. Dictamen 7/2003, de 13 de marzo, en el que se analiza el proyecto de Resolución que atiende la solicitud de TELEFONICA MÓVILES; ESPAÑA. CONSEJO DE ESTADO. Dictamen 8/2003, de 13 de marzo, en el que se analiza el proyecto de Resolución que atiende la solicitud de VODAFONE y ESPAÑA. CONSEJO DE ESTADO. Dictamen 142/2003, de 20 de marzo, en el que se analiza el proyecto de Resolución que atiende la solicitud de ORANGE) empero, sobre la causa y la forma jurídica empleada para introducir dichos cambios, no pueden citarse fuentes más fiables que las periodísticas http://www.sentimientobursatil.com/cuidador/comentarios/comentario_20021115.htm

138 Este cambio se introdujo a través de las siguientes Resoluciones: Resolución del 21 de marzo de 2003 del Secretario de Estado de Política Científica y Tecnológica, en sustitución del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información por la que se modifican los avales de XFERA; Resolución del 24 de marzo de 2003 del Secretario de Estado de Política Científica y Tecnológica, en sustitución del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, por la que

2. Modificación de los plazos de ejecución de los proyectos¹³⁹.

3. Eliminación de las obligaciones relativas a la creación de empleo y a la contribución al desarrollo tecnológico e industrial a instancia de la Comisión Europea que, a través de comunicaciones enviadas el 26 de mayo y 23 de diciembre, ambas de 2003, por la Dirección General de la Sociedad de la Información, al Gobierno Español, manifestó su desacuerdo con estos compromisos por no guardar relación directa con el proyecto, de tal suerte que podían ser contrarias al derecho comunitario y, en especial, al artículo 6 de la Directiva 2002/20/CE, de 7 de marzo de 2002.

se modifican los avales de AIRTEL (hoy VODAFONE); Resolución del 25 de marzo de 2003, del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información por la que se modifican los avales de TELEFÓNICA MÓVILES; Resolución del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información de 7 de abril de 2003 por la que se modifican los avales de AMENA (hoy ORANGE). Los textos de las resoluciones no tienen carácter público.

139 Mediante Resolución del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y la Sociedad de la Información de 26 de julio de 2001, en uso de la facultad atribuida en la cláusula 37 del pliego, se prorrogó por un periodo de 10 meses el plazo para el cumplimiento de la obligación de implantación del servicio UMTS con la cobertura mínima prevista. A través de la Resolución del 8 de abril de 2002, de este mismo órgano, se interpretó la metodología del cómputo del plazo para la ejecución del proyecto que derivó en una ampliación del mismo. De otra parte, las modificaciones operadas sobre el resto de condiciones de las licencias que se detallan en este estudio, también comportaron modificaciones sobre los plazos de ejecución. Mención especial requiere el caso de Xfera que, de acuerdo con las fuentes periodísticas, en ausencia de otras más fiables, enfrentó dificultades de diversa naturaleza para iniciar operaciones (entre otros, cambios accionariales que condujeron a una distribución del capital entre TELIA-SONERA con un 76.5%, FCC con 3.44% y ACS con 14.6% -ver EL MUNDO. Industria afirma que “de momento” Xfera busca socio para salir en el verano. 23 de febrero de 2006. EL MUNDO. Los socios de Xfera no llegan a un acuerdo que salve la licencia. 31 de mayo de 2006. EL MUNDO. Koplowitz se queda en Xfera junto a Florentino Pérez para lanzar el servicio móvil en otoño. 25 de junio de 2006), al punto que, sólo comenzó operaciones hasta el 1 de diciembre de 2006, previa la noticia de que el Gobierno ya estaba considerando la posibilidad de revocar la habilitación (Xfera deja de existir: El gobierno lleva al Consejo de Ministros la revocación de la licencia. 18 de mayo de 2006. disponible en <http://www.elconfidencial.com/economia/noticia.asp?id=3686&edicion=18/05/2006&pass=> (25 de julio de 2007). Se tiene noticia de los acercamientos entre este operador y el Gobierno, tendentes, se supone, a renegociar las condiciones del inicio de las operaciones, especialmente, tras la consolidación del capital accionarial (EL MUNDO. Xfera pide “trato de favor” para dar telefonía móvil en Navidad. 30 de agosto de 2006), pero no se cuenta con información suficiente sobre los medios jurídicos desplegados en aras de sustentar tales acercamientos.

4. Modificación de las obligaciones de inversión, calidad y servicios ofrecidos¹⁴⁰.

1. La alteración por el advenimiento de causas imprevisibles e irresistibles

El fundamento legal de las primeras solicitudes de modificación, relativas a la reducción de los avales, consistió en acreditar la existencia de circunstancias imprevisibles e irresistibles que alteraban la ecuación contractual (teoría del riesgo imprevisible), empero, tanto la Administración como a su turno el Consejo de Estado, desestimaron esta fundamentación por considerar, en el caso del órgano consultivo, que la teoría del riesgo imprevisible, como excepción del principio de riesgo y ventura que rige la contratación pública, debía interpretarse restrictivamente y aplicarse de manera rigurosa, de tal suerte que, en este evento, no se podían entender verificadas las condiciones de extraordinariedad e imprevisibilidad que han de calificar, según reiterada jurisprudencia y doctrina, las circunstancias que originan tal efecto negativo sobre la economía del contrato que se rebasa con creces los límites de la aleatoriedad que todo contrato de tracto sucesivo trae consigo aparejada¹⁴¹.

En su defecto, la Administración propone y el Consejo de Estado¹⁴² avala como fundamento jurídico, el ejercicio del *ius variandi* hallándose probadas las exigencias legales para su ejercicio: la concurrencia de necesidades nuevas o imprevistas y existencia de un interés público en la modificación. Así las cosas, el resto de solicitudes de

140 Los alcances de las peticiones de modificación no son de público conocimiento. De su existencia y contenido general sólo se tiene conocimiento a través de los dictámenes del Consejo de Estado rendidos con ocasión de las propuestas de resolución de modificación de las habilitaciones: ESPAÑA. CONSEJO DE ESTADO. Dictamen 443 de 11 de marzo de 2004 (VODAFONE), ESPAÑA. CONSEJO DE ESTADO. Dictamen 444 (XFERA), 11 de marzo de 2004, ESPAÑA. CONSEJO DE ESTADO. Dictamen 619 (TELEFÓNICA MÓVILES) de 25 de marzo de 2004 y ESPAÑA. CONSEJO DE ESTADO. Dictamen 620 (ORANGE), de 25 de marzo de 2004. Tampoco en este caso se encuentran disponibles las decisiones definitivas.

141 A estos requisitos, para la aplicación de la teoría del riesgo imprevisible, debe sumarse uno tercero: la inexistencia de mecanismos en el contrato que permitan efectuar su revisión y adecuación a las nuevas circunstancias.

142 La decisión se adopta con el voto particular de los Consejeros Permanentes del Estado D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y D. Landelino Lavilla Alsina quienes consideran que la existencia de razones de interés público es dudosa (Dictámenes 443 y 444 de 11 de marzo de 2004 y 619 y 620 de 25 de marzo de 2004).

modificación, atinentes a la segunda reducción de avales o modificación de los compromisos de inversión, creación de empleo, aportación a la economía y calidad, recurrieron a este fundamento jurídico.

Asimismo, en todos los casos, la Administración y, a su turno, el Consejo de Estado consideran que no ha habido distorsión a la licitación que precedía al otorgamiento de las habilitaciones, toda vez que la modificación se fundaba en causas sobrevenidas.

2. Concurrencia de necesidades nuevas e imprevistas

Como se manifestó en los apartados precedentes de esta tesis, el ejercicio de la potestad de modificación de las condiciones impuestas a los titulares de las licencias B2 que habilitan la prestación de servicios de UMTS en España, estuvo básicamente justificado en las consideraciones efectuadas por la Comisión Europea, analizadas para el caso español, por el Consejo de Estado. No se aluden en los dictámenes de este órgano consultivo a alguna suerte de análisis o estudios particulares que abundasen en las argumentaciones ofrecidas por la Comisión Europea, de forma tal que no resulta aventurado afirmar que tales valoraciones no integran el expediente administrativo que acompaña tales decisiones. Así las cosas, ha de entenderse que el sustento fáctico de los actos administrativos que expresan el ejercicio de la facultad de modificación prevista en el art. 102 de la Ley de Contratos vigente para esa época, coincide con las apreciaciones de la instancia europea.

Varias son las consideraciones que surgen acerca de la suficiencia de esta motivación: de una parte, no existe duda acerca de la necesidad de acreditar la concurrencia de los supuestos que facultan a la Administración a adoptar una decisión de tal naturaleza, por tratarse de una exigencia contenida en el art. 102 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995¹⁴³, de otra, las consideraciones efectuadas por la

143 Se reitera que esta norma era la vigente para la época del otorgamiento de las habilitaciones. Las peticiones de modificación se resuelven bajo el imperio del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el cual se aprueba el texto refundido de la ley de contratos de las Administraciones Públicas, de forma tal que, conforme lo manifestado por el Consejo de Estado, dando aplicación a la disposición transitoria primera del texto refundido, los contratos cuyos expedientes de contratación se hayan iniciado bajo la vigencia de la ley de 1995 seguirán rigiéndose por tal norma, excepto, para este caso, en lo atinente al procedimiento y competencia para el ejercicio de la facultad de modificación, que se rige por lo dispuesto en el texto normativo de 2000.

Comisión no tienen un carácter jurídico vinculante, toda vez que, conforme el Derecho Comunitario, las comunicaciones sólo tienen un efecto interpretativo o aclaratorio, que no alcanza, ni siquiera a tener el efecto o entidad de una recomendación.

Adicionalmente, las observaciones de la Comisión Europea sólo fueron atendidas parcialmente: se recuerda que, al valorar la viabilidad de introducir modificaciones sobre las habilitaciones, la Comisión las califica como una medida excepcional, fundada en alteraciones imprevisibles y que, en todo caso ha de ser proporcionada, transparente y no discriminatoria. Concretamente, aclara la Comisión, la revisión de las obligaciones de despliegue debe acompañarse de un proceso previo de consulta pública que busque identificar tanto las causas de la dilación, como las posibles soluciones y de un análisis de experiencias regulatorias foráneas.

Ninguna de estas condiciones son satisfechas por las decisiones que se comentan: el carácter imprevisible y sobrevenido de las causas se entiende probado por las declaraciones, con entidad simplemente aclaratoria, efectuadas por la Comisión. Los juicios de proporcionalidad, transparencia y no discriminación, brillan por su ausencia, así como, para el caso de los cambios introducidos en el cronograma de despliegue de red, la consulta pública sobre las causas y la idoneidad de los remedios propuestos, para no hablar de la valoración de las experiencias de los países del entorno.

La simple verificación de la existencia de estas irregularidades, permite plantear objeciones sobre la validez del acto, a la luz de lo dispuesto en el art. 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, empero, no es ésta la única consideración que soportaría una acción como la referida, como se verifica a continuación:

a) *Disponibilidad de la tecnología UMTS*

Según lo manifestado en los dictámenes del Consejo de Estado sobre las resoluciones mediante las cuales el Ministro de Fomento introdujo las modificaciones que se analizan, el retraso en la disponibilidad de la tecnología UMTS y de los correspondientes terminales, imposibilitaba, de una parte, cumplir con los plazos inicialmente ofertados, al tiempo que había permitido el desarrollo de nuevas tecnologías, alternativas y competidoras de dicho sistema que, en ciertos casos, son más eficientes para satisfacer las necesidades contempladas en el pliego UMTS; por ejemplo, el GPRS posibilita la prestación de servicios de transmisión de datos a velocidades moderadas (en torno a los 30 Kbps), con una cobertura del 99% y a precios asequibles. Por su parte, el Wi Fi

satisface necesidades específicas de comunicación en recintos, con un despliegue mínimo de antenas. La aparición sobrevenida de estas tecnologías competidoras, según el Consejo de Estado, hacía que el despliegue de redes tan densas como las propuestas, no resultara necesario en ese momento, bastando una extensión más limitada para dar los mismos servicios. “No sería acorde con el principio comunitario de neutralidad tecnológica exigir un uso ineficiente y excesivo de la tecnología UMTS en perjuicio de las tecnologías competidoras GPRS o Wi-Fi”.

Ya se había anticipado en los párrafos precedentes de este escrito que la indisponibilidad de la tecnología era un riesgo conocido por los agentes sectoriales desde los inicios del proceso, hecho que se corrobora con las siguientes consideraciones:

El riesgo tecnológico aparece reconocido por la doctrina como un factor clave del proceso de implantación de la tecnología de comunicaciones móviles de tercera generación¹⁴⁴. No se trata de un riesgo excepcional, sino de una circunstancia ordinaria en el ámbito de las empresas tecnológicas, en las que el denominado círculo virtuoso que generan las economías de escala de producción de un bien o aplicación, puede o no suscitarse. En caso afirmativo, teniendo en cuenta que los productos tecnológicos presentan unos costes marginales decrecientes, existe una relación muy significativa entre la estrategia de los operadores y la de los productores de equipos o diseñadores de aplicaciones: si la red explotada por los operadores incrementa su base de usuarios, esto funciona como un elemento de atracción para los potenciales suscriptores del servicio, quienes, a su vez, demandarán más terminales e incrementarán los incentivos para el desarrollo de aplicaciones. Como cualquier círculo, no puede establecerse en este ciclo un punto de origen o destino, es decir, es posible que, justamente, el incremento de la demanda de servicios provistos por un operador dependa de la disponibilidad de terminales compatibles o del número de aplicaciones diseñadas para la plataforma que éste usa, de forma tal que no puede hablarse, propiamente, de que exista alguna suerte de liderazgo en el proceso.

Un fenómeno que contribuye a la consolidación del círculo es la estandarización: cuando este fenómeno opera de facto, como sucede, por ejemplo, en el campo de los sistemas operativos para PC en el que Microsoft ha logrado posicionar el ambiente

144 Ver: GRUBER, HOENIECKE.1999; MINGES, MANNISTO, KELLY.1999;GRUBER.1999

Windows como el más demandado por los consumidores, o mediante un impulso institucional, como sucedió con el estándar GSM, todos los agentes sectoriales tienen mayores incentivos para hacer sus inversiones y desarrollar sus bienes y servicios, dada la predictibilidad de las especificaciones técnicas que terminarán imponiéndose en el mercado. No es necesario esperar a identificar qué tecnología adquiere el liderazgo, es más demandada y por ello la producción de los bienes y servicios relacionados va a beneficiarse de las economías de escala, sino que la industria, en general, conoce de antemano las reglas del juego en la que los agentes intervienen. Esta condición es importante, más no exclusiva para que una actividad resulte exitosa, porque bien puede suceder que una tecnología estandarizada no sea demandada por los usuarios y la industria no obtenga las utilidades esperadas de las inversiones realizadas en torno al estándar.

Para el caso de las UMTS debe tenerse en cuenta que el estándar IMT-2000 sólo fue aprobado en 1999, de tal suerte que el círculo virtuoso no pudo comenzar a desplegar sus plenos efectos sino a partir de esa fecha. Previamente, la industria podía ir trabajando en paralelo a las discusiones del 3GPP, en aras de beneficiarse las ventajas competitivas derivadas del ser el primero en participar en un mercado, pero los agentes cautelosos reservarían sus esfuerzos y recursos hasta el momento en que los trabajos concluyesen. Así mismo, la incertidumbre sobre la demanda de servicios¹⁴⁵ de tercera generación también aconsejaba ser cauto en el desarrollo de equipos y terminales: en el entorno GSM, los SMS estaban constituyendo un éxito, lo cual no garantizaba que el resto de potenciales facilidades tuvieran el mismo nivel de aceptación, como, en efecto, no lo han tenido¹⁴⁶.

145 RODRIGUEZ CASAL, BURGELMAN, BOHLIN.2004; RODRIGUEZ CASAL, BURGELMAN, BOHLIN.2007; En el 2000, la consultora Júpiter manifestaba “Sin perjuicio del interés que en la industria inalámbrica y de Internet suscita la interactividad móvil, los consumidores continúan escépticos sobre el valor que supone el suministro de servicios de datos para dispositivos móviles. La encuesta realizada por esta compañía sugiere que un 67% de los usuarios emplea un dispositivo móvil (móvil, PDA, smartphone) y, entre ellos, sólo un 5% usa o está interesado en emplear servicios móviles interactivos”. Al indagar sobre las causas de esa falta de interés, los mismos consumidores valoraron como la preponderante el desconocimiento del beneficio de tener acceso a los servicios (39%), seguido de sus costes (17%) y ninguno mencionó la falta de disponibilidad de aplicaciones como neurálgica. JUPITER.2000

146 GAPTEL. 2008.

La velocidad en el desarrollo de las soluciones de hardware, también incidían sobre el ritmo de preparación de los servicios: al no existir una red establecida y probada como exitosa, los diseñadores de aplicaciones no tenían suficientes incentivos para bombardear al mercado con propuestas de servicios capaces de atraer a los consumidores, por consiguiente, el mercado para los servicios móviles de banda ancha, no terminaba de consolidarse, ni desde la perspectiva de la demanda, ni de la oferta.

A tal grado de incertidumbre sobre las características de tecnología, del nivel y tipo de demanda por los usuarios y acerca de la correspondiente disponibilidad de servicios y aplicaciones, debe sumarse el desarrollo de la generación 2.5 de móviles, concretamente, del GPRS y EDGE, que tiene lugar de forma paralela a la tercera generación, como lo reconoce el UMTS FORUM que, además, sugiere emplearlas como una fase transitoria de introducción de las UMTS: *“Many within the industry believe that an important step along the way will be the widespread deployment of packet radio services being developed for second generation systems, such as GPRS (General Packet Radio Service) for GSM. These systems will give valuable experience with connectionless systems for the operators and could provide a platform for the development of service interworking functions and service provider interfaces as well as a core of mobile multimedia services. This can be done with less initial investment than is necessary for UMTS, where a completely new radio infrastructure and terminals will be needed. Customers can be attracted onto these intermediate networks by the provision of attractive services from new content and service providers. These customers will then be willing to invest in new UMTS terminals in the anticipation of better and more efficient delivery of these services and more. In turn, this provides the incentive for network operators to invest in UMTS infrastructure in order to satisfy the need for capacity demanded by a successful mobile multimedia mass market”*¹⁴⁷. Posición que es compartida por JP MORGAN y ARTHUR ANDERSEN, óptimos exponentes de la opinión de las empresas consultoras en el ámbito de las industrias tecnológicas, cuando a

147 UMTS FORUM. “The Path towards UMTS Technologies for the Information Society”. 1998. disponible en http://www.umts-forum.org/component/option,com_docman/task,cat_view/gid,143/Itemid,12/ [consulta 16 de diciembre de 2008].

la pregunta por qué invertir en UMTS, exponen las siguientes razones, en pro y en contra:

“Dado el alto nivel de inversiones necesarias para obtener una licencia UMTS y desplegar una red de esta naturaleza, existen muchas incertidumbres sobre los beneficios derivados de la UMTS:

- Una banda ancha inalámbrica de más de 300 Kbps está muy por encima de los requerimientos de las aplicaciones actuales.
- La tecnología permite actualizar las redes GSM y ofrecer una velocidad de transmisión de hasta 384 Kbps.
- Los costes de actualización de una red GSM a EDGE se estiman alrededor de un 7% de los costes de despliegue de una red GSM., mientras que los costes de implantación de una red UMTS están muy por encima de éstos, especialmente si hay que pagar cantidades significativas para obtener las licencias.
- La mayoría de los operadores no tienen una idea precisa acerca de los servicios que deben desarrollare para las redes UMTS.

Esas incertidumbres sugieren que las inversiones en UMTS son de alto riesgo. El perfil de riesgo de un operador se ve incrementado, además, si hay dudas acerca de su flujo de ganancias, se han pagado altos costes por las licencias y asumido deudas significativas.

Esto no es óbice para señalar que existen algunos aspectos positivos en este tipo de inversiones:

- Las licencias UMTS constituyen una oportunidad única de extender la presencia de un operador a todos los países europeos. Los operadores móviles establecidos encuentran en esta tecnología una oportunidad para limitar la competencia en el mercado, impidiendo el ingreso de nuevos operadores¹⁴⁸.

148 En el mismo sentido puede verse el Informe de la banca de inversión del Deutsche bank. DEUTSCHE BANK. “UMTS: the third generation game”. Informe inédito. Berlin: 2000, 27p.

- Dado que las expectativas del crecimiento del mercado móvil se han visto superadas con creces en la realidad, los operadores necesitan más espectro para atender a sus clientes actuales y/o incrementar su base de usuarios.”

A partir de estos raciocinios, estos consultores concluyen que el debate sobre estos servicios está mal planteado, porque no se trata de un asunto que tenga que ver con una demanda de servicios de banda ancha, sino de la necesidad de disponer de más espectro, dado el incremento inesperado del número de usuarios de los servicios de comunicaciones móviles: “*The bandwidth debate is often confused because it relies not on demand level of particular users (who might be pleased with 300 Kbps) but rather density of users and hence network capacity issues*”.

Con sustento en las anteriores argumentaciones puede concluirse que, los riesgos tecnológicos asociados al desarrollo de las UMTS eran previsible y conocidos por los agentes sectoriales, no sólo porque resultan inherentes a las industria tecnológicas, sino porque existen evidencias acerca de que ya para la época de los hechos que se analizan, se alzaban voces autorizadas que alertaban sobre tales circunstancias.

b) Denegación de las licencias urbanísticas para la instalación de antenas y bases de radio.

Este problema, según el Consejo de Estado, era particularmente grave en España donde, a consecuencia de la alarma social producida a partir del mes de noviembre de 2001, un importante número de municipios había suspendido el otorgamiento de licencias que resultan necesarias para el establecimiento de las estaciones base y de las antenas y, en el que la posibilidad del uso parcial de las infraestructuras GSM no satisfacía las exigencias de cobertura ofertada por los titulares de las licencias.

Contrario a lo manifestado por el Consejo de Estado, ni esta situación tiene el carácter de imprevisible, ni se circunscribía al ámbito de los servicios móviles, toda vez que desde el primer Informe Anual de la CMT, en 1998, el ente regulador llamaba la atención sobre la necesidad de introducir correctivos a la tendencia de los entes locales de entorpecer el desarrollo de las redes de telecomunicaciones con la negativa a

reconocerles habilitaciones para el uso del dominio público o para la ocupación de propiedad privada¹⁴⁹.

c) *La crisis financiera del sector*

Considera el Consejo de Estado que esta causa no constituye, por sí misma, justificación suficiente para el uso del *ius variandi*, ya que no puede considerarse una necesidad nueva o imprevisible, pero sí debe ser tomada en cuenta como agravante de los efectos nocivos derivados de las causas imprevisibles y no imputables a los licenciatarios.

3. Existencia de un interés público

Según el Consejo de Estado, existe un indudable interés en el desarrollo de las redes y servicios de comunicaciones móviles de tercera generación, como instrumentos al servicio de la consolidación de la sociedad de la información.

Asimismo existe un interés público en evitar que, a consecuencia del coste financiero derivado de las dilaciones tanto, en el desarrollo de la tecnología, como en el despliegue de las redes, la competencia en el sector se vea afectada, habida cuenta de que tales costes serán difícilmente asumibles por los entrantes.

Por último estima el supremo órgano asesor del Gobierno que el fomento del uso eficiente de los recursos disponibles en el mercado de las comunicaciones móviles y el cumplimiento del principio de neutralidad tecnológica constituyen también razones de interés público que han de ser tuteladas mediante el ejercicio del *ius variandi*.

Esta fundamentación ha de ser objeto de similares observaciones a las expuestas con ocasión de la valoración de razones de interés público aducidas por las autoridades comunitarias: como bien lo dejaron expuestos los consejeros D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y D. Landelino Lavilla Alsina, en sus votos particulares, no puede confundirse el interés de las empresas, con el del mercado, máxime si éstas ni siquiera logran acreditar la dependencia de su supervivencia o estabilidad económica de la efectiva aceptación de sus peticiones de modificación.

Tampoco puede efectuarse un análisis de eficiencia en el uso de las tecnologías para justificar el recurso de unas, frente a las demás, al tiempo que se aduce el principio de

149 COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Informe anual de 1998. p. 16.

neutralidad tecnológica, que, en todo caso, no puede considerarse plenamente salvaguardado en la implantación de las UMTS en España, cuando el propio pliego cláusulas que regentaba el concurso mediante el cual se entregaron las habilitaciones, privilegiaba una tecnología de la familia IMT-2000 sobre las restantes.

4. Modificación del régimen jurídico de las tasas por el uso del espectro.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 73.3 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones y mediante la Ley 13/2000, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, artículo 66, se cuantificaron los parámetros para la definición de la tasa de reserva por el uso del espectro radioeléctrico. De acuerdo con los operadores, esta revisión suponía un incremento de más del 1.000% sobre el valor original y carecía de justificación objetiva toda vez que la intención subyacente tras la medida era compensar las diferencias entre los montos de recaudación obtenidos por el Estado Español y otros estados europeos (Inglaterra y Alemania, especialmente) con ocasión del otorgamiento de las habilitaciones para suministrar servicios móviles de tercera generación.

Una vez efectuadas las liquidaciones para el pago de las tasas, elaboradas por la Secretaría de Estado para las Telecomunicaciones y la Sociedad de la Información, los operadores (AMENA, VODAFONE y XFERA) procedieron a su impugnación ante el Tribunal Económico Administrativo Central y, al resultar desestimadas sus pretensiones, interpusieron recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo). En el siguiente cuadro se recogen los hitos fundamentales de los procesos:

Operador	SETSI	TEAC	TC	Audiencia Nacional
XFERA	Resolución de 230401	Resolución 290901		Sentencia desestimatoria de 130706

XFERA	Resolución de 290301	Resolución 250901	Auto 111/2006 (Pleno) de 28 de marzo. Inadmite la cuestión de constitucionalidad planteada sobre el artículo 66.2.2.4 de la LPGE2000.	
XFERA	Resolución 290301	Resolución 250901	Auto 113/2006 (Pleno) de 28 de marzo. Inadmite la cuestión de constitucionalidad planteada sobre el artículo 66.1.3.5 de la LPGE2000.	
ORANGE	Resolución 290301	Resolución 111001		Sentencia desestimatoria de 170706
VODAFONE		Resolución 200203		Sentencia que estima parcialmente el recurso, pero rechaza el fondo del asunto. 311005
TME				Sentencia desestimatoria de 130706

Convenciones: Secretaria de Estado para las Telecomunicaciones y la Sociedad de la Información. TEAC= Tribunal Económico Administrativo Central. TC= Tribunal Constitucional.

Los recursos esencialmente se fundaban en los siguientes argumentos:

Anulación derivada de la inconstitucionalidad de la norma que fundamenta el procedimiento de valoración de la tasa. A juicio de los recurrentes, las previsiones contenidas en la Ley general de Presupuestos para el 2000 sobre esta materia, atentaban contra los principios de seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad y se excedían

los límites de la potestad tributaria. Frente a este argumento y, con base, en la mayoría de los casos, de lo manifestado por el Tribunal Constitucional, la Audiencia consideró que no existían tales infracciones al ordenamiento superior, toda vez que el criterio de valoración era razonable.

Vulneración de la normativa comunitaria (Directiva 97/13; art. 11 –entre otros). La Audiencia consideró que no existía tal vulneración, siendo que la propia Directiva admitía la viabilidad de imposición de condiciones a los operadores habilitados, siempre que éstas fueran objetivas, razonables y no discriminatorias, tal y como se configuraban en este evento.

Falta de motivación: los recurrentes aducen que la tasa no puede cobrarse teniendo en cuenta que las subbandas de frecuencias de espectro radioeléctrico no habían sido asignadas y, en todo caso, a la fecha de la liquidación, no había podido hacerse uso de las mismas. La Audiencia rechaza este argumento bajo el entendido que los Pliegos daban cuenta de la especial circunstancia de tener que realizar algunos ajustes en las actuales atribuciones de bandas de frecuencias a efectos de permitir el uso exclusivo de las mismas por parte de los operadores y, en esa medida, se trataba de una condición asumida libremente por el concesionario.

Finalmente, la norma que dio origen al conflicto fue modificada mediante la Ley 23/2001, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2002, en el sentido de reducir las cuantías de la tasa, asegurando su permanencia durante un plazo de 5 años (art. 68.5).

V. LA DELIMITACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS Y EL INTERÉS DE LA INVESTIGACIÓN

La situación anteriormente descrita plantea problemas jurídicos de diversa orden, dentro de los cuales se han seleccionado aquellos que guardan relación con el objeto de este estudio, esto es, las causas que justifican el ejercicio de la facultad de modificación de los títulos habilitantes en materia de telecomunicaciones:

Al tratarse de un sector, de una parte, en el que confluye la actividad interventora de autoridades de diverso nivel, a quienes se les ha confiado la guarda y realización de intereses diversos y, de otra, que no siempre existe la suficiente claridad acerca del objeto de la salvaguarda, la identificación del interés tutelable por cada una de las

Administraciones y la composición que ha de hacerse de los mismos en aras de la realización conjunta de los propósitos, constituye el problema central de esta tesis.

En efecto, los hechos narrados han puesto de presente la necesidad de identificar con meridianeidad cuál es el interés público que ha de salvaguardarse con la intervención pública en materia de telecomunicaciones: sí el mercado fuese una institución jurídica que obrase como referente del sistema axiológico, resulta crucial definir su contenido desde esa perspectiva, en particular, sí puede hablarse de una identidad entre el mercado, como valor, y los intereses de los operadores, o sí por el contrario existen otros referentes que han de emplearse a la hora de definirlo en el marco descrito.

Otra forma de abordar este asunto es plantear la existencia de otros valores de referencia en el subsistema jurídico, que justifiquen la actividad interventora y expliquen la racionalidad del ejercicio de la potestad. Una u otra perspectiva conducen a la enunciación de un sistema axiológico, propio de las telecomunicaciones, que sirva de norte a la hora de interpretar y ejercitar las potestades administrativas, en general, y la de modificación de las habilitaciones, en particular.

La definición del interés público en el sector de las comunicaciones electrónicas ha sido abordada desde una concepción económica, partiendo de la hipótesis de que la competencia efectiva constituye el eje central del sistema comunitario, del que bebe, a su turno, el nacional. Si bien el modo de aproximación es extrajurídico, el propio tratamiento del tema por la teoría económica pone de presente la necesidad de recurrir al sistema jurídico como elemento definidor de cierre. En otras palabras, como en su momento se verificará, la ausencia de una definición unívoca de competencia efectiva en la teoría económica aboca al operador jurídico al recurso al instrumental propio de la ciencia jurídica para la dilucidación de la cuestión.

En la búsqueda de esos criterios y condiciones jurídicas que permiten cerrar la definición, se pasa revista de la actividad regulatoria, identificando los parámetros que sirven de base a la acción interventora del Estado, desde la concepción, que se ha traído a colación previamente, de que la actividad regulatoria excede la simple aplicación de metodologías económicas tendentes a la resolución de los denominados fallos de mercado, en un entorno caracterizado por intereses que inciden sobre la acción de las autoridades, para situarse en la definición de la infraestructura jurídica tendente a encauzar la actividad económica de los agentes privados (y públicos cuando actúan

como oferentes y demandantes) dentro de los derroteros fijados por los poderes públicos como idóneos para satisfacer las necesidades y las aspiraciones colectivas.

La ausencia de evidencias suficientes que den cuenta de la existencia y permanencia de una lógica inmanente al devenir regulatorio, conducen a la necesidad de extrapolar la cuestión de la definición del concepto “competencia afectiva” a un marco jurídico más general que el rige para las comunicaciones electrónicas, situando la cuestión en un terreno netamente jurídico como lo es la categoría del servicio de interés económico general. En este estadio, surgen varias cuestiones de interés: la primera, la verificación de que, al tratarse de un tema de importantes connotaciones políticas, la delimitación de la categoría y de su régimen jurídico no es un asunto desprovisto de conflictividad. En efecto, como se tendrá la ocasión de analizar en el Capítulo IV, no existe unanimidad ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia, acerca de cuáles son los criterios definitorios de la noción. La aproximación casuística que el Tribunal de Justicia hace del problema, genera una disparidad de criterios que, pese al quehacer de la Comisión, no logran encajar dentro de un sistema jurídico coherente y previsible. Se verificará, por ejemplo, que no existe una clara diferenciación entre interés y actividad; que no se define, de manera meridiana, lo que constituye un interés económico general, para distinguirlo de un interés no económico y que pese a las importantes consecuencias de la tipificación, atinentes al régimen jurídico que le resulta aplicable a una actividad, el tema es objeto de debate abierto a la interpretación.

Con miras a dotar de una coherencia mínima a este discurso, se acoge como definición de actividad económica de interés general, el ofrecimiento al público de bienes y servicios, con carácter oneroso, que responden a necesidades que la colectividad advierte como de interés general, esto es, cuya satisfacción no es indiferente a los poderes públicos, como tampoco lo es la elección del mecanismo para su satisfacción. Se afirma, en esta tesis, que la elección del mercado como medio de atención de la necesidad no es una cuestión accidental en la noción, sino un elemento esencial de la misma: el interés es económico porque el poder público no se acerca a la necesidad de manera aséptica, sino con la idea de cumplir sus cometidos, un ámbito en el que exista una diversidad de agentes, dispuestos a ofrecer la prestación, a un precio específico. La propia existencia del mercado constituye un interés para el poder público, no es solamente un medio para la satisfacción del interés y esa revalorización, por llamarlo de alguna manera, que acompaña el concepto de mercado y de la noción conexas, competencia efectiva, surge por la propia configuración del subsistema jurídico de los

servicios de interés general en Europa, en el que el juicio de compatibilidad entre el mercado y las misiones de interés general confiadas a las empresas que realizan una actividad calificada como de interés económico general (TFUE; art. 106.2) implica que hay una preferencia, eso sí condicionada por la propia realización de los demás intereses, de este valor sobre los demás. Se intenta, de esta manera, resolver las dificultades interpretativas dimanadas de la ausencia de claridad sobre los elementos que integran la categoría, planteando la cuestión como un asunto, netamente jurídico, de ponderación de intereses y aplicación de reglas de resolución de conflictos.

Esta propuesta de definición, como es obvio, no tiene ninguna pretensión de validez universal: sólo sirve de marco para las reflexiones posteriores que intentan vincular la noción de competencia efectiva, a la de un mercado que se erige como valor jurídico, de tal suerte que, sería un contrasentido, pretender que carece de dicha connotación; Se afirma entonces que la revalorización de la noción conduce a la necesidad de dotar de contenido jurídico al concepto, situándolo dentro del sistema axiológico, comunitario, en primera instancia, y nacional de otra, de tal suerte que, la misión de interés general sea compatible con su funcionamiento, al tiempo que el funcionamiento, se coloque al servicio de la misión, en una sinergia que constituye una segunda fase de interacción entre los dos valores.

En esa segunda fase se plantea la necesidad de verificar los resultados de la operación del mercado, cuestión cuya importancia fue detectada tempranamente por las autoridades comunitarias y que es objeto de discusión en el marco de otro tópico general que se había dejado planteado previamente: la competencia efectiva como resultado. La cuestión jurídica cuya resolución se acomete es el señalamiento de la consecución de objetivos públicos concretos y verificables como parte indispensable de la triada, rivalidad y estructura, que fundamenta la noción de competencia efectiva. Se afirma que sólo es efectiva la competencia que conduce a la obtención de resultados concretos y verificables, que deben ser objeto de supervisión y evaluación por parte de las autoridades.

Como parte de las medidas e instrumental al servicio de las actividades de supervisión y control, finalmente se analiza la relación de las habilitaciones con la realización de los objetivos y se perfila una definición general que, al ser contrastada con las evidencias del caso de estudio, demuestra su eficiencia e idoneidad como medio para la regulación de

las relaciones entre Administración y operadores, en un entorno de competencia efectiva.

Por último resulta importante reseñar que la regulación de las redes de nueva generación y la consolidación del mercado secundario del espectro radioléctrico han vuelto a poner sobre la mesa la necesidad de precisar los objetivos públicos de intervención en este segmento económico, de cuya importancia para el desarrollo económico y social, nadie se atreve a dudar.

Con esta tesis se pretende contribuir al debate de estas cuestiones, a partir de la dilucidación de una noción cuyo empleo reiterado, curiosamente, no ha conducido a la necesaria clarificación de su contenido jurídico. En efecto, no es inusual que los operadores jurídicos enfrenten la resolución de cuestiones de esta índole con el convencimiento de que el mercado y la competencia son cuestiones extrajurídicas de cuya dilucidación se ocupan los estudiosos de la ciencia económica, en algunos casos animados por miembros de tan meritoria disciplina que promueven mantener a los juristas al margen de estos asuntos, pretextando la puridad de sus nociones, empero, como se intentará demostrar a lo largo de esas páginas, ni es cierto que exista un convencimiento unánime acerca de lo que significa la competencia y el mercado para los economistas, ni tampoco lo es que el concepto esté al margen de las concepciones políticas que alimentan los sistemas jurídicos.

Alcanzar una definición sobre estos extremos resulta vital para el funcionamiento de un sistema jurídico como el de las comunicaciones electrónicas que pivota o, cuando menos erige como objetivo fundamental, la conservación de las condiciones de competencia efectiva, como finalidad de la intervención pública, empero, como se ha demostrado en otros casos, la introducción de elementos extrajurídicos en sistemas jurídicos suele ser un asunto que desata interesantes polémicas, en los dos órdenes (el extra y el jurídico en sí). En este caso, algunos de estos debates se han intentando zanjar marginando la acción de los operadores jurídicos, pero la realidad se impone para evidenciar la insuficiencia de las soluciones extrajurídicas en un entorno normativo.

El robustecimiento de los sistemas jurídicos demanda que el encaje “artificial” de dichas nociones en los mismos este acompañado de una valoración desde la metodología propia de esta disciplina científica en un intento por “traducir” al Derecho, instituciones nacidas en otros ámbitos del conocimiento. En esa traducción, la noción se dota de contenido, y aún cuando resulta factible que, en algunos eventos, mute, lo cierto es que

en ningún caso se desnaturaliza, de tal suerte que constituye un esfuerzo de interés común para los investigadores de distintas áreas, contribuir a la revisión de estas cuestiones fundamentales. Del quehacer conjunto, sin lugar a dudas, se obtendrán los mejores resultados, objetivo que tratándose del andamiaje normativo que rodea el desarrollo de una actividad de gran trascendencia económica y social, no constituye una cuestión menor.

CAPITULO II. LA COMPETENCIA COMO CRITERIO DE EXPLICACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES¹.

En este capítulo se realiza una revisión del concepto de competencia efectiva en diversos ámbitos: por una parte a nivel general en el marco de la teoría económica, y por otra, su concreción en los ámbitos europeo y nacional. En el primer apartado se revisa el concepto de competencia en el campo de la teoría económica, para concluir que, contrario a lo que podría creerse en un primer momento, no se trata de una noción unívoca cuyo contenido haya sido pacíficamente acordado por los estudiosos de las ciencias económicas, sino por el contrario, de un concepto polivalente, fuertemente marcado por las concepciones políticas imperantes en cada estadio de la historia económica de los países. Se entiende que el carácter polisémico de dicha noción no puede traspasar, sin más, las fronteras de la ciencia económica hasta la jurídica, que requiere de un grado de univocidad que resulte consistente con la idea de seguridad jurídica. Por lo tanto, se concluye que la noción sólo puede llenarse de contenido de manera contextual o sistemática, esto es, teniendo en cuenta el sistema axiológico y la propia organización de los ordenamientos que la recogen.

A efectos de delimitar los alcances y contenido de la noción en los ámbitos comunitario (segundo apartado) y nacional (tercer apartado), se revisan los marcos jurídicos generales (derecho originario y normativa de competencia en el marco comunitario y marco constitucional, en el caso español) y se contrastan con la noción en la normativa sectorial (cuarto apartado), cuya aplicación se valida con la revisión de la práctica regulatoria de la autoridad española de las telecomunicaciones (Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones), para concluir que los criterios de valoración y segmentación de los mercados son preponderantemente de carácter estructural y, de modo residual, de comportamiento, brillando por su ausencia los exámenes de tipo funcional o de resultados.

¹ Este capítulo está inspirado en esta cita y su reflexión complementaria: “*The lawyer who has not studied economics... is very apt to become a public enemy*” (Justice Brandeis- 1916- citado por Bishop & Waker) a lo que habría que añadir, que resulta también peligroso atribuir a la economía más que un papel instrumental en el análisis y aplicación del Derecho.

La inconsistencia entre este modelo y el resto del sistema jurídico español, demandante de una visión funcional o de resultados, del mercado, como bien jurídico tutelable, exige identificar las posibles causas de esta situación y con esa finalidad se revisan, en el capítulo siguiente, las medidas generales de ordenación adoptadas por las autoridades comunitarias, y nacionales, en la búsqueda de una definición más consistente de la noción, en el ámbito español.

I. LA COMPETENCIA EFECTIVA EN LA TEORÍA ECONÓMICA: UNA NOCIÓN POLISÉMICA, HISTÓRICA Y CON CONTENIDO IDEOLÓGICO.

El recurso a conceptos extrajurídicos, en la configuración de los sistemas jurídicos, es una práctica común en los ordenamientos, lo cual no implica que exista una definición meridiana sobre la manera idónea de efectuar la extrapolación de las nociones venidas de otras disciplinas jurídicas al mundo del Derecho. La ausencia de dicho procedimiento no soslaya el hecho de que la convivencia entre elementos jurídicos y extrajurídicos sea, en algunos casos, difícil.

Un buen ejemplo es el de la noción del mercado que, pese a ser un concepto al que se apela de manera general en multiplicidad de normas, ha sido objeto de una recepción acrítica por los operadores jurídicos. En el presente trabajo resulta necesario intentar una caracterización de este término, desde un punto de vista jurídico, toda vez que constituye unas de las claves, o es la clave, en la que se apoya el poder público en su regulación del sector de las telecomunicaciones.

A. Competencia y poder de mercado.

Contrario a lo que podría pensarse dado que los orígenes del derecho de la competencia pueden situarse en el siglo XIX, no existe unanimidad en la doctrina, ni en la jurisprudencia (comunitaria y nacional), sobre los alcances y contenido de la noción de competencia, sus objetivos o, en caso de conflicto entre diversos intereses (si los hubiere), los criterios para determinar la prevalencia de unos sobre los otros. En la doctrina nacional, los profesores CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA han llamado la atención sobre este punto², mientras

² CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZALEZ; J. Derecho europeo de la competencia: objeto, fuentes y sistema. En: CALVO CARAVACA, Alfonso (coord.). *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Madrid: Colex, 2000, p. 243-477

que, a nivel internacional, son contundentes las afirmaciones efectuadas por BASKOY³ y MONTI quien sobre este asunto señala “*the controversies over role to the competition law in regulated markets have been expressed in specially colourful language in the United States with the Professor Fox concluding that there is a “battle for the soul of antitrust”*”⁴⁵.

Esta falta de consenso en torno a tópicos vitales puede justificarse, entre otras causas, por la diversidad de escuelas de pensamiento económico que intentan explicar estas nociones. Por exceder del marco de análisis de esta tesis, la alusión a tales corrientes se circunscribirá a la identificación de algunas ideas centrales de cada una de ellas y relacionadas con la temática jurídica, con la finalidad de poner de manifiesto el contenido propio y las diferencias derivadas de las distintas perspectivas analíticas⁶, con miras a verificar que salvaguarda de

³ BASKOY, Tuna. Introduction. En: *The political economy of European Union competition policy: a case study of the telecommunications industry*. New York: Routledge, 2008. 242p. (p. 1-20)

⁴MONTI, Giorgio. *EC Competition Law*. UK: Cambridge, 2007, 506 p. (p.6).

⁵ STREEL, A. Current and future European Regulation of electronic communications: a critical assessment. *Telecommunications Policy* núm. 32, 2008, ps. 722-734. Este autor llama la atención sobre la ausencia de claridad en los objetivos de la regulación para la competencia efectiva en el marco de las comunicaciones electrónicas y, siguiendo a Garnham, menciona cuatro paradigmas regulatorios [a) El modelo Schumpeteriano: en el que las autoridades reguladoras promueven una competencia que no está basada en los precios sino en la innovación; b) El modelo competitivo neoclásico en que la competencia se basa en los precios y no se permite la obtención de ganancias excesivas; c) El modelo de política industrial “ligera” – soft industrial policy model- en el que se promueve el ingreso de determinados modelos de negocio y d) Un modelo de política industrial robusto, en el que el Estado está involucrado en la provisión de los servicios o, al menos garantiza que dichos servicios estén a disposición de los ciudadanos, para concluir que el paquete de directivas de 2003 no elige entre ninguna de las tres opciones.

⁶ En este análisis se sigue a: DE QUEROL ARAGON, Nuria. ¿Qué es y para qué sirve el análisis económico del Derecho?. En: *Análisis Económico del Derecho*, Madrid: Ediciones FIEC, 2007, p. 13-27. BASKOY, Tuna. Theories of market competition. En: *The political economy of european union competition policy: a case study of the telecommunications industry*. New York: Routledge, 2008. 242p. (p.20-47) y a REIS MOURAO, Paulo. El institucionalismo norteamericano: orígenes y presente. *Revista de Economía Institucional*, vol. 9, núm 16, primer semestre/2007, p. 315-325. BISHOP, Simon; WALKER, Mike. *Economics of E.C. Competition Law: concepts, application and measurement*. London: Sweet & Maxwell, 1999, 356p. CABRAL, Luis. *Economía Industrial*. Madrid: McGraw-Hill, 2001, 197p. COLOMA, Germán. *Análisis económico del derecho privado y regulatorio*. Buenos Aires: Fundación Centro de Estudios Políticos y administrativos, 2001. 310p. SHAPIRO & KAPLOV. Antitrust. En: POLINSKY, Mitchell; SHAVELL, Steven. *Handbook of Law and Economics*, Volume 2. North-Holland, p. 10177-1224.

Es procedente indicar que el fin de esta exposición no es efectuar una relación omnicompreensiva del pensamiento económico relativo a la competencia y sus efectos, ni efectuar una crítica que escapa a la

las condiciones de competencia no constituye, en modo alguno, un objeto cuya definición esté acabada, sea pacífica, o pueda calificarse de aséptica, desde el punto de vista político⁷, sino que se trata de una noción de difícil concreción, que puede usarse y, en efecto se usa, en diversos sentidos y modos. En este análisis del concepto de competencia vamos a seguir dos hilos conductores:

1) Por un lado, el pensamiento económico ha intentado definir la competencia considerando, esencialmente, tres factores: la estructura de mercado, el comportamiento (mecanismo o proceso) y el resultado⁸. Según se privilegie una u otra visión, se hará uso de un instrumental analítico u otro y, lo más importante, el punto de partida de la valoración será diferente, así como los resultados de la acción interventora, que se traduce en un modelo de mercado y una definición jurídica específica. Por ello, si la competencia efectiva es una situación asociada a la estructura del mercado, la autoridad de competencia se centrará en identificar si se dan las características concretas de tal situación y considerará irrelevantes, o cuando menos de importancia relativa inferior, las valoraciones sobre el comportamiento de los agentes o sus resultados⁹. Si, por el contrario, considera que el

especialidad del autor sobre las ideas y el instrumental económico; simplemente, como ha quedado expresado en el texto, se busca resaltar que no existe unanimidad sobre ciertos puntos cruciales y que el recurso a un instrumental concreto responde a una idea preconcebida de la competencia.

⁷ PP. CRAIG, M.A. "A case study: competition and regulation". En: CRAIG, M.A. . *Administrative Law*. Fourth Edition. London: Sweet & Maxwell, 1999, 321-363. p.328

⁸ En este apartado, el modelo se usa para establecer como referentes analíticos los criterios de estructura, proceso y resultados, sin que las conclusiones que se extraen de los mismos deban interpretarse estrictamente dentro del marco teórico del paradigma, en otras palabras, cuando se afirma que una visión es estructural no significa que se acepte que la estructura de ese mercado condiciona el comportamiento y por ende el resultado, o que éste sea el único factor a tener en cuenta, sino que, dentro de estos tres criterios, se usa de forma preferencial uno sobre los demás, con miras a llegar a una conclusión sobre el estado de la competencia.

⁹ Para realizar análisis estructurales se emplean como herramientas económicas, los índices de concentración, tales como las ratios de concentración (consisten en la suma de las cuotas de mercado de las n mayores empresas), el índice Hirschmann-Herfindhal (HHI) (se define como la suma de las cuotas de mercado al cuadrado, de tal suerte que, entre mayor sea el valor del índice mayor será la diferencia entre el tamaño de las empresas) y los índices de inestabilidad (compara las cuotas de mercado en dos periodos), entre otros. Estas medidas han sido objeto de varias críticas dentro de las que pueden destacarse las siguientes: a) Las medidas de concentración no explican situaciones en las que el comportamiento y los resultados afectan la estructura, dado que se le emplean en análisis en los que el modelo ECR se concibe unidireccionalmente; b) Si el mercado está incorrectamente definido, la medida es inútil [un ejemplo muy ilustrativo de esta situación es lo que en la literatura de competencia se conoce como la falacia del celofán: en la sentencia de la Corte Suprema

factor determinante de la competencia es la rivalidad entre los agentes, se concentrará en establecer sí tal pugna existe o no y el grado de incidencia que sobre ésta ejercen las características de los mercados¹⁰. Por último, hay autores, como BISHOP Y WALKER, que destacan la necesidad de privilegiar los resultados sobre el resto de los criterios y, en esa medida, abogan por el recurso a los datos y no sólo a los modelos teóricos como fundamento de las decisiones¹¹.

de EEUU en el caso “EEUU c/ DuPont de Nemours” (351 US 377, 1956), se determinó que el celofán formaba parte del mismo mercado relevante que otros materiales que también servían para envolver paquetes, sin tener en cuenta que era justamente su precio monopólico lo que había generado la aparición de productos sustitutos]. Para un análisis de las limitaciones del instrumental tradicional en la delimitación de mercados tecnológicos puede verse: OCDE. *Application of competition policy to high tech markets*. Disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/34/24/1920091.pdf>. [6 de mayo 2009]. RICHARDS. The limitations of market based regulation of the electronic communications sector. *Telecommunications Policy* núm 30, 2006, p. 201-222. GUAL, Jordi. Market definition in telecom industry. *Centre for economic policy research* núm. 3988, 2003, 57p. c) El número de competidores no es un buen indicio del grado de competencia e el mercado: 1) Si hay varias empresas, pero están cartelizadas, no hay una situación de competencia, 2) Hay segmentos de mercado en los que la competencia no es en el mercado, sino por el mercado, como cuando median procesos selectivos. En estos eventos, hay pocos agentes, del lado de la oferta, pero la competencia por el mercado es vigorosa; 3) Hay mercados que son competitivos porque los agentes condicionan su comportamiento al de otros agentes, en otros mercados (ésta es la idea central tras la teoría de los mercados contestables a la que se hará mención más adelante) ;d) Los índices no tiene en cuenta que, en algunos casos, los agentes están participados los unos por los otros; e) Las ratios de concentración y el HHI son medidas estáticas; los índices de inestabilidad constituyen, en este sentido, una mejora de los anteriores, pero también presentan problemas de interpretación y aplicación (determinación de los periodos, etc). [BISHOP y WALKER (2.46) P. 37], [CABRAL, p. 19 y 20.] FABRA, Natalia. Presentaciones sobre regulación <http://www.eco.uc3m.es/~nfabra/> [28 de abril de 2009]

¹⁰ Dentro del instrumental económico empleado bajo esta consideración se tiene: el Índice de Lerner (si una empresa sistemáticamente puede situar su precio por encima del coste marginal, posee poder de mercado), la demanda residual (aquella que queda sí se extraen del mercado todas las de los competidores y que en caso de ser positiva y poco elástica al precio demuestra que hay poder de mercado), y el índice de pivotalidad (refleja si la oferta de una empresa es imprescindible para cubrir la demanda, descontada la capacidad del resto). Se critica de estos índices que no sirven para identificar la existencia de poder de mercado, sino situaciones de abuso y que la tasación del coste marginal es modulable. FABRA, Natalia. Presentaciones sobre regulación <http://www.eco.uc3m.es/~nfabra/> [28 de abril de 2009]

¹¹ [BISHOP y WALKER. Puntos 1.10-1.12 (p. 6 y 7) y 2.01 (p. 11)]. Estos autores reconocen que una de las cuestiones más difíciles a la que se enfrentan los operadores del derecho de la competencia es identificar los resultados (o presuponerlos en el caso de valoraciones ex ante) ya que es difícil contar con los datos necesarios para hacer estimaciones fiables y resulta riesgoso llegar a conclusiones empleando datos inapropiados (tales

2) El otro hilo conductor es el denominado poder de mercado¹² que constituye un concepto central en la normativa de competencia¹³ de tal suerte que en esta exposición se pretende dar explicación de las distintas perspectivas del análisis del poder del mercado¹⁴.

consideraciones suelen explicar el hecho de que las autoridades de competencia recurren de forma más ordinaria a los análisis cualitativos más que a los cuantitativos). Admitiendo tales limitaciones, siguen abogando por el uso de técnicas empíricas complementarias a los análisis teóricos en búsqueda de decisiones que se correspondan cabalmente con los objetivos de esta política: “*There is a choice to be made between using available data to make informed decisions or to use pure theoretical arguments. Within the confines of a particular case, provided they are used and their results examined with care, empirical techniques offer useful complementary analysis to theoretical arguments.*” P. 7. El recurso al análisis económico cuantitativo, como fundamento de las decisiones basadas en Derecho de la Competencia Comunitaria, fue ampliamente discutido en el ámbito de la revisión de la aplicación del artículo 102 TFUE, ya que en este marco se planteaba un cambio de enfoque analítico, desde el examen del comportamiento, a la valoración del impacto de la conducta. La discusión gravitó en torno a varios ejes, dentro de los cuales, a los efectos de este trabajo, cabe resaltar: a) El recurso al análisis económico ha sido requerido por el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas al anular decisiones de la Comisión, en materia de concentraciones, por carecer de fundamento económico suficiente (TPI, 6 de junio de 2002, Caso T-342/99 *Airtours plc v Comisión*; TPI de 22 de octubre de 2002, *Schneider Electric SA v Comisión*, Caso T-77/02; TPI, 22 de octubre de 2002, *Tetra Laval v Comisión*, caso T-80/02 – sentencia confirmada por el TJCE, sentencia de 15 de febrero de 2005, Caso C 13/03P-); b) El enfoque de impacto ha sido empleado exitosamente en decisiones recientes de la Comisión: Asunto COMP/38.784 - *Wanadoo España contra Telefónica*, 4 de julio de 2007 y Asunto COMP/38.233 – *Wanadoo*, 16 de julio de 2003 y Asunto COMP/37.792 – *Microsoft*, 24 de marzo de 2004. Ver VICKERS; John. *Abuse of Market Power. The Economic Journal*, vol. 115, núm. 504, Features (Jun., 2005), p. 44-61

¹² Esta noción, extraída de la teoría económica, aparece consagrada en la normativa comunitaria, en el art. 14.2 de la Directiva marco y, en la nacional en el Anexo a la LGT, apartado 8, Real Decreto 2296/2004; art. 3.2 para indicar que el poder de mercado es una posición de fuerza económica que permite que el comportamiento de un agente sea, en medida apreciable, independiente de los competidores y de los consumidores (sean o no sus clientes). Señala SHAPIRO que no hay identidad plena (pero sí relación estrecha) entre el concepto económico y el jurídico del poder de mercado, ya que en economía lo crucial no es plantear la dicotomía entre la existencia o no existencia de poder de mercado, sino determinar la suficiencia del poder de mercado. (SHAPIRO; p.1096). Mismo sentido, (BISHOP y WALKER; p.12). SHAPIRO critica esta definición al considerar que no es racional que un agente, aún cuando tenga poder de mercado, actúe con independencia de sus competidores o clientes, sí, por ejemplo, la elasticidad de la demanda es alta. *This test is not especially useful either, since even a firm with great market power does not rationally behave independently of its competitors or customers. That is, there is some monopoly price, PM, which—however high it may be—implies that a price of, say, 2PM would be less profitable due to far greater consumer substitution away from the product at that higher price.* (p.1098).

¹³ La capitalidad de este concepto se explica también por la teoría económica: el modelo clásico de competencia perfecta, empleado en los Estados Unidos para la definición de la política *antitrust* que fundamenta el *Sherman*

1. Escuela de Harvard

El modelo explicativo desarrollado por esta Escuela se denomina “The Structure Conduct Performance (SCP)” o “Paradigma Estructura- Conducta- Resultados” y fue elaborado por

Act, presenta las siguientes características: hay muchos compradores y vendedores, el producto es homogéneo [es el atributo antónimo a la diferenciación y alude a la equivalencia entre las cualidades y prestaciones de los productos de forma tal que resultan intercambiables], no hay restricciones a la entrada, ni a la salida y hay información completa y gratuita. En esas condiciones, el precio se fija por la interacción de la oferta y la demanda y se situará en el punto donde se iguale al coste de producir una unidad adicional (coste marginal), permitiendo la maximización del bienestar, esto es, los productores maximizan su utilidad y los compradores su beneficio. Esta situación es eficiente, en términos KALDOR Y HICKS (que mejoraron la versión tradicional de la eficiencia paretiana – ningún agente puede mejorar su bienestar sin empeorar la condición de otro-) porque ningún agente puede compensar a otro la pérdida de bienestar que le implicaría mejorar su situación. En este modelo todos los oferentes son precio aceptantes (*price taker*), es decir, no tienen la capacidad de incidir sobre el precio. Si un oferente tiene poder de mercado, goza de la capacidad de fijar su precio (*price maker*), obviamente, esta elección está limitada por las condiciones de demanda a la que se enfrenta (especialmente a la elasticidad, es decir, la respuesta ante los cambios en los precios). Para aumentar el precio, el vendedor con poder de mercado produce menos bienes y aumenta su nivel de utilidad (porque cobra más y gasta menos). Lo que el monopolista obtiene de esta decisión (utilidad), no compensa lo que el resto de los agentes, especialmente los consumidores, pierden, ya que la cantidad ofrecida es inferior a la que los consumidores estarían dispuestos a demandar si el precio se ajustase más al coste marginal. Sobre el análisis de las pérdidas de bienestar que implica la existencia de poder de mercado se ocupa, concretamente, una rama de la microeconomía denominada Economía del bienestar. El primer teorema de este ámbito de estudio indica que si no hay poder de mercado, la solución de equilibrio es eficiente y, a *contrario sensu*, el poder de mercado genera ineficiencias porque hay varias transferencias de bienestar (desde el sector afectado a otros sectores de la economía, desde los consumidores a las empresas, desde unas empresas a otras) que no se compensan con las ganancias obtenidas por quien detenta el poder de mercado.

¹⁴ En este punto se sigue a los autores que aparecen en la nota al pie 6 y a siguientes: ORDOÑEZ DE HARO, J. Manuel. *Aspectos económicos del funcionamiento competitivo de los mercados* Vol. I. Sevilla: Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, 2009. 288p. JOSKOW, Paul. Static Competition and Market Power En: JOSKOW, P. *Empirical industrial organization*, vol I, Cheltenham; Northampton: Edward Elgar, 2004, 112p. STEPHEN, Martin. Dominance. En: *Industrial organization: a European perspective*, Oxford [etc.]: Oxford University Press, 2001, 254p. BELLEFLAMME, Paul Market power En: *Industrial organization: markets and strategies*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010, 702 p. VICKERS, J.; YARROW, George. Privatization: an economic analysis. 6ed. Cambridge (Massachusetts) [etc.]: MIT Press, 1995, 454 p. MARTIN, Stephen. Market Power and/or Efficiency? *The Review of Economics and Statistics*, vol. 70, núm. 2 (May, 1988), pp. 331-335.

los economistas de Harvard EDWARD MASON y JOSEPH BAIN, entre 1930 y 1950¹⁵. Originalmente se empleó para la definición de la política de competencia y posteriormente se popularizó en el marco de los análisis estratégicos, como el elaborado por Michael PORTER¹⁶. El modelo primigénicamente consideraba la existencia de una relación unidireccional entre la estructura, el comportamiento y los resultados, de tal suerte que, si se daban ciertas condiciones estructurales, era previsible observar un determinado comportamiento y, por ende, obtener unos resultados específicos. En la década de los 80s, MCKINSEY sugirió la incorporación de elementos dinámicos al modelo y concluyó que la interdependencia, especialmente entre comportamiento y estructura, funcionaba en los dos sentidos¹⁷.

Como elementos de estructura¹⁸ se identifican el número y la dimensión relativa de las empresas, el grado de diferenciación del producto, la estructura de costes, el grado de integración vertical con sus proveedores y las condiciones de entrada. En el concepto de conducta puede considerarse como evidencias, la competencia en precios, publicidad, así como los gastos en investigación y desarrollo. Como referentes para los resultados se emplean el grado de eficiencia estática, la forma como el excedente total se divide entre consumidores y productores, la variedad de producto, el empleo, la estabilidad de precios, el avance tecnológico y la tasa de introducción de nuevos productos.¹⁹

En los Estados Unidos, el análisis de la escuela de Harvard llegó a ser la base de la política de la competencia en los años sesenta y permaneció así hasta que, a mediados de los años setenta, los enfoques neoclásicos y neoinstitucionales comenzaron a imponerse.

¹⁵ HOVENKAMP, Herbert. *The Neoclassical Crisis in U.S. Competition Policy, 1890-1960*, University of Iowa. Disponible en http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=herbert_hovenkamp [consulta 20 de mayo de 2012]

¹⁶ PORTER, M. *Competitive Strategy: techniques for analyzing industries and competitors*. New York: Free Press, 1980, 400 p.

¹⁷ Para revisar los alcances del modelo y sus aplicaciones puede verse: CABRAL, Luis. *Economía Industrial*. Madrid: McGraw-Hill, 2001, 197p.

¹⁸ En el texto se habla indistintamente de estructura o de elementos estructurales.

¹⁹ SCHERER, F. M. y ROSS, D. *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Third edition, Boston:Houghton Miffl in., 1990, 713 p.

Las críticas a este modelo se centran en dos cuestiones: a) Los problemas en la elección adecuada de las medidas utilizadas y b) el carácter lineal del análisis. Sin restar importancia a los factores de estructura, también debe aceptarse que se trata de variables que pueden alterarse con el paso del tiempo y como consecuencia del comportamiento de los agentes. Vg. *“Las fusiones alteran el grado de concentración; la diferenciación del producto puede ampliar el propio mercado y segmentarlo, permitiendo la persistencia de monopolios de marcas; la sobreinversión en capacidad puede forzar a salir de la industria a algunas empresas; la publicidad puede alterar la intensidad y elasticidad de la demanda; el ritmo de innovación impuesto por algunas empresas puede modificar los costes de producción. A su vez, los resultados también influyen sobre las variables de estructura, aunque en menor medida”*²⁰.

En resumen, esta Escuela legó al análisis *antitrust* la definición de varios factores esenciales para la comprensión del desarrollo de los mercados, aportó una herramienta analítica para comprender la vinculación entre ellos y defendió que los denominados fallos de mercado, tales como, los monopolios naturales²¹, las externalidades²², los bienes públicos²³, asimetría de la información²⁴, cuellos de botella (*bottlenecks*)²⁵, debían ser solventados por las

²⁰ ORDOÑEZ DE HARO, p. 30.

²¹ Un bien o servicio puede ser producido a un menor coste por una sola empresa, que por varias, lo que comporta que esa empresa domina por completo el mercado.

²² Beneficio (o coste) derivado de la producción de un bien o servicio que recae sobre un tercero, es decir, un sujeto diferente al productor o consumidor de ese bien. El problema de la externalidad es que su efecto (positivo o negativo) no está incluido en el precio del bien o servicio que se genera, de forma tal que, en el caso de que la producción esté sujeta a una externalidad negativa (genere un efecto negativo en el tercero, por ejemplo, la contaminación), la obligación de internalizarla (en el ejemplo, la obligación de depurar los desechos) hace que la cantidad producida sea inferior a la socialmente deseable (porque los costes son altos y sólo quienes estén muy concienciados y tengan la capacidad de asumirlos podrán demandar esos productos), mientras que si es positiva el nivel de producción será mayor.

²³ Son aquellos bienes que cumplen dos requisitos: no exclusión (se puede disfrutar aunque no pagues) y la no rivalidad (el consumo de A no excluye el consumo de B). Se trata de bienes o servicios cuyo consumo se considera de interés general y, por consiguiente, aún cuando el mercado no los provea de forma automática, el Estado esté interesado en su provisión; por ejemplo, la salud, la defensa, la justicia, etc.

²⁴ Para que se entienda que esta circunstancia constituye un fallo en el mercado, deben darse las siguientes condiciones: a) El productor tienen más información que el comprador sobre el producto; b) Un vendedor puede distribuir bienes de calidad inferior a la de otros vendedores sin que sus ventas se resientan; c) los productos de mejor calidad serán expulsados del mercado.

autoridades públicas, dadas las ineficiencias que ellos implicaban; es más, toda causa de ineficiencia era en sí misma un fallo de mercado.

2. Escuela de Chicago

Por su parte, los miembros de la Escuela de Chicago²⁶, definen la competencia como un proceso basado en el comportamiento de los agentes. Para estos autores, el modelo de competencia perfecta es una buena aproximación a la forma como operan (o deberían operar) los mercados si el Estado no interviene. Bajo estas premisas el poder de mercado es transitorio y su permanencia depende de la fortaleza de las barreras de entrada²⁷.

En el mismo sentido, la escuela Austriaca releva el papel de las empresas en el proceso competitivo, calificado, de plano como dinámico y en el que los equilibrios estáticos, del tipo precio igual a coste marginal, son imposibles. Los miembros de esta Escuela definen la competencia como un proceso de rivalidad y negociación, dinámico y vacilante, en torno a los precios y otros factores, que impulsa, tanto a productores, como a compradores, a recurrir y demandar las mejores tecnologías, bienes y servicios disponibles. Para Schumpeter, miembro destacado de esta escuela, el mercado es un “vendaval perenne de destrucción creativa” (*perennial gale of creative destruction*), en el que, descubrir e implementar innovaciones, requiere estar en posesión de una gran cuota de mercado: nuevas empresas con nuevos productos o nuevos métodos de producción reemplazarán y llevarán a la quiebra a las antiguas, adquiriendo una posición de dominio en el mercado; son justamente las expectativas de alcanzar tal posición las que sirven de incentivo para que

²⁵ Insumos esenciales para competir que no pueden duplicarse en un plazo corto, o que no resulta rentable duplicar.

²⁶ Algunos autores que se reconocen como miembros de esta escuela son: FRIEDRICH VON HAYEK, RONALD COASE, GEORGE STIGLER, MILTON FRIEDMAN, ROBERT FOGEL, GARY BECKER, RICHARD POSNER y ROBERT E. LUCAS. HOVENKAMP, Herbert. The Neoclassical Crisis in U.S. Competition Policy, 1890-1960, University of Iowa. Disponible en http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=herbert_hovenkamp [consulta 20 de mayo de 2012].

²⁷ Mercado contestable (BAUMOL, PANZAR y WILLIG) o impugnabile es aquel que se disciplina por la competencia potencial por la presencia de pocas barreras de entrada: a) No hay costes hundidos, lo que no obsta para que existan costes fijos; b) las empresas tienen acceso efectivo a las mismas funciones de producción, por lo que sus funciones de costes serían potencialmente idénticas. Así, aunque haya pocas empresas, se lograrían los mismos efectos en eficiencia distributiva y asignativa que en un modelo de competencia perfecta.

las empresas sean más eficientes (mejoren sus productos y/o introduzcan mejoras en los procesos productivos)²⁸.

Todos los integrantes de estas escuelas tienen en común su percepción acerca de que, como principio básico, las leyes de la competencia deben perseguir la eficiencia económica y su aplicación se debe restringir, consecuentemente, a penalizar aquellas conductas que no sean eficientes así como promover las que sí lo sean. El criterio determinante de la competencia es el estructural (si hay pocas barreras al ingreso es improbable que un agente pueda ejercer poder de mercado) y que el poder de mercado es temporal, de forma tal no es necesario acudir a las manifestaciones del ejercicio del poder político, en sus vestes de Derecho de la competencia o regulación, para encausarlo, máxime si tal poder está condicionado por los intereses y presiones de determinados grupos sociales o económicos²⁹.

A partir de 1970, se observa una absorción progresiva de los argumentos de la escuela de Chicago por parte de la política antimonopolio de Estados Unidos. Esto significó que, apelando a la creación de eficiencias o constitución de estructuras eficientes, muchas de las fusiones o tipos particulares de conducta encontraran menores trabas legales.

²⁸ NICHOLAS, Tom. Why Schumpeter Was Right: Innovation, Market Power, and Creative Destruction in 1920s. America *The Journal of Economic History*, vol. 63, núm. 4 (Dec., 2003), pp. 1023-1058

²⁹ Una corriente crítica de este pensamiento es la institucionalista, que no puede situarse en una única escuela sino que está integrada por los trabajos de insignes economistas, tales como, VEBLEN, AYRES, HALES y COMMONS. Esta corriente preconiza la negación de las verdades absolutas e ineludibles de los supuestos clásicos acerca del mercado (como la dotación de factores, la condición de “*ceteris paribus*” y la consideración del precio como una variable fundamental), relevan el papel de los factores históricos, sociales e institucionales en el desarrollo económico; reconocen la existencia de cambios permanentes que impiden el recurso a modelos estáticos de competencia; apoyan la visión de las instituciones y de las agrupaciones, más que la perspectiva individualista del *homo economicus*; se centran en analizar el comportamiento de los agentes, relegando valores abstractos, tales como, el precio. Esta corriente rechaza la existencia de un orden armonioso y de libre interacción entre las fuerzas del mercado y reconoce el conflicto como una circunstancia natural que debe ser reconducida por un sistema de control económico establecido por las instituciones. Los institucionalistas actuales [entre otros, HALL y SOSKICE (2002), WILLIAMSON (1998), POWELL y DIMAGGIO (1991)] se ocupan de temas, tales como, a) la imperfección del mercado basada en el tamaño; b) la posibilidad del control de precios en una economía con pocos agentes; c) permanencia de los desequilibrios en un mercado; d) discusión del supuesto de movilidad limitada de recursos y factores; e) crítica de la hipótesis de la maximización hedonista, etc.

A pesar de las críticas que se pudieran hacer al enfoque de Chicago³⁰, habría que reconocer el gran mérito de esta tradición en proporcionar un análisis económico riguroso a la política de la competencia.

3. La nueva economía institucional

Se trata esencialmente de un avance en la metodología aplicable a los planteamientos de la Escuela de Chicago, que resulta especialmente útil en mercados con pocos agentes, cuyos comportamientos se condicionan entre sí. La explicación sobre las interacciones y sus resultados, puede explicarse a partir de la teoría de juegos, que constituye una herramienta valiosa en el análisis de competencia.

El recurso a estas metodologías no está desprovisto de críticas, dentro de las que cabe destacar el hecho de que para cada diferente sector estudiado se tienen que adaptar los supuestos y conceptos de solución de los modelos aplicados. La dificultad de elección entre la gran cantidad de modelos existentes y de acertar en su adecuación al sector que se investiga constituye un problema adicional.

Como se reseñaba previamente, la distinción entre las corrientes de pensamiento que pueden inspirar un sistema jurídico no tiene una finalidad exclusivamente metodológica, sino que constituye una ineludible premisa que explica, así no sea de forma holística, la manera de abordar los fenómenos económicos, entre ellos, el poder de mercado y el recurso a un instrumental analítico, con prescindencia de los demás.

Así, sí la concepción económica tras un sistema jurídico concreto, puede calificarse como heredera de la Escuela de Harvard, Vg. en sus orígenes, el derecho *antitrust* norteamericano, la idea del mercado, como mecanismo de asignación eficiente de recursos, se ubica en la base del entramado normativo, junto con la garantía de la libre acción de los agentes. En tal escenario, el Estado es simplemente un garante del normal funcionamiento del sistema, esto es, de la libre formación de los precios, de tal forma que sus intervenciones sólo están justificadas por la presencia de alguna situación (comportamiento o condición) que incida sobre los mismos. Los análisis de competencia se centrarán en la estructura de mercado y recurrirán al modelo de competencia perfecta, así como a las medidas de concentración, que tienen un carácter preferentemente estático, para

³⁰ McNulty, Paul. Economic Theory and the Meaning of Competition. *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 82, núm. 4 (Nov., 1968), pp. 639-656

identificar la presencia de un poder de mercado que, no por temporal, se advierte con buenos ojos.

Si por el contrario la ideología es más próxima a la Escuela de Chicago, la competencia es un proceso condicionado por el comportamiento de los agentes, más que por la estructura del mercado: si existe una verdadera presión competitiva, lo que estructuralmente puede interpretarse como poder de mercado (Vg. la concentración económica), no constituye ninguna irregularidad, toda vez que las empresas cuentan con incentivos para generar eficiencias, trasladables a los consumidores. Bajo esta inspiración, resulta congruente el recurso a los modelos de competencia imperfecta y a las medidas de comportamiento, concretamente, aquellas que tienen en cuenta la naturaleza de la interacción estratégica³¹³².

³¹ La ausencia de interacción estratégica es un presupuesto de la competencia perfecta. Esto implica que cada oferente o demandante percibe que sus beneficios dependen de sus propias decisiones y de otra serie de variables exógenas, pero no de las decisiones que individualmente puedan tomar otros oferentes o demandantes. *Contrario sensu*, los modelos de competencia imperfecta, conciben que el comportamiento de los agentes se condiciona recíprocamente; para explicar dichas relaciones surge la teoría de juegos. Dentro de los modelos que se emplean en este caso, se tienen: aquellos en los que se parte de la premisa que las empresas compiten entre sí (no colusivos) y en las que hay un acuerdo (para repartirse el mercado, para fijar precio, definir la cantidad a producir, etc) denominados colusivos. Dentro del primer grupo de modelos (no colusivos) hay dos subcategorías: aquellos en los que se analizan las decisiones de los agentes, siguiendo la metodología de la teoría de juegos, considerando que las decisiones son simultáneas [Modelos de Bertrand y Cournot], y los que se estructuran bajo el supuesto de que los juegos son consecutivos (hay un líder que decide y el resto lo sigue) [modelo Stackelberg]. Los modelos colusivos muestran cómo, si las empresas interactúan un número infinito de veces, pueden coordinar sus estrategias, amenazarse con periodos de desvío o ser conscientes de que no vale la pena desviarse, teniendo en cuenta los castigos futuros. Manteniendo la consistencia metodológica de este escrito, ha de señalarse que, sobre estos modelos, también se alzan varias voces críticas, que van desde la dificultad de diferenciar la cooperación, de la colusión, hasta los comentarios concretos que se hacen sobre los modelos y sus limitaciones. Por ejemplo, el modelo de Cournot parte de la idea de que las empresas compiten eligiendo cantidades y hay un precio que vacía el mercado (suponiendo que la demanda es elástica). En este caso, dadas las cantidades de sus competidores, ninguna empresa puede incrementar su utilidad produciendo una cantidad diferente a la de equilibrio (Equilibrio no cooperativo de Nash). El precio en estos casos siempre está por encima del coste marginal: se aproxima cada vez más a él, en la medida que haya más empresas. En un mercado con estas características, el poder de mercado será mayor, cuanto menor sea la elasticidad de la demanda y mayor la cuota. Se critica que el modelo tiene premisas difíciles de verificar en la realidad: sólo se tiene ascendencia sobre la cantidad, el tipo de elasticidad y la condición de capacidad ilimitada.

³² Como lo reseñan los profesores CALVO CARAVACA y CARRASCOSA, existen dos tipos de explicaciones sobre las razones que tiene el Estado para intervenir en la economía: para quienes se sitúan en la órbita de la economía clásica, como la escuela económica normativa, el Estado actúa movido por el deseo de evitar

B. Competencia efectiva

Como lo han puesto de presente en la doctrina nacional los profesores CALVO y CARRASCOSA, las autoridades comunitarias, examinando la experiencia norteamericana, prescindieron de emplear como referente en la construcción del sistema jurídico europeo de competencia el modelo de la competencia perfecta, entre otras, por las siguientes razones:

a) Excepcionalidad de las condiciones de competencia perfecta y existencia de estructuras de mercado diversas, tales como los oligopolios, etc. La competencia no vendría dada tanto por la lucha entre operadores sino de fomentar el surgimiento de unidades de producción con suficiente entidad económica como para competir con las de otros mercados, sin que ese proceso de crecimiento sea tal que disminuya el estímulo de la innovación y la productividad, ni impida que los consumidores cuenten con opciones;

b) Las nuevas estrategias de marketing hacen que el principio de la soberanía del consumidor decaiga, toda vez que condicionan sus decisiones. La racionalidad de los consumidores, entendida desde la perspectiva de la maximización de sus beneficios, se hallan condicionadas por la asimetría de la información y por las estrategias publicitarias.

situaciones heterogéneas –de diversa importancia y naturaleza- como, por ejemplo, la lucha contra el poder del monopolio, la competencia despiadada, la asimetría de la información, el acceso a un servicio universal o las externalidades. En ese sentido, la regulación es una respuesta a los problemas creados por el juego espontáneo de los mercados. Para otros autores, próximos a la escuela de Chicago (STIGLER, POSNER y PELTZMAN), que defienden la teoría económica positiva, la regulación es una decisión pública (public choice) que expresa la voluntad del Estado de favorecer a determinados grupos (generalmente a aquellos que están en condición de ofrecerle mayor apoyo), aunque con ello cause perjuicio a otros segmentos de la sociedad. CALVO CARAVACA, A y CARRASCOSA GONZALEZ, J. Derecho europeo de la competencia: objeto, fuentes y sistemática. En: CALVO CARAVACA (coord). *Derecho Europeo de la competencia*, Madrid: Colex, 2000, p. 147-283. CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZALEZ, Javier. Objeto, fuentes y sistemática En: CALVO CARAVACA, Alfonso (coord.). *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Madrid: Colex, 2003, p. 243-477.

Es importante resaltar que las críticas a la teoría positiva, o mejor, los hechos que les dieron origen, han cambiado ostensiblemente, tal y como lo apunta EBERLEIN, la mayoría de los observadores del proceso están de acuerdo con que en la actualidad existe tal diversidad de grupos de intereses políticos, que la teoría de la public choice o de capture resulta insuficiente para explicar el fenómeno: el éxito que han alcanzado grupos de defensa del medio ambiente o de los derechos de los consumidores, demuestran que no sólo los intereses de la industria son los prevalentes y, por el contrario, que tales intereses pueden jugar un rol importante en la definición de las políticas regulatorias. EBERLEIN, Burkard. Regulating public utilities in Europe: mapping the problem. *EUI Working paper RSC No. 98/42*. Florence: European University Institute, núm. 49, p.9

Frente al modelo de competencia perfecta, surge el de la competencia efectiva, o no falseada (*workable competition*)³³ que es el que se ha empleado como referente en la política de competencia europea³⁴.

No obstante, la definición de este modelo, en cualquier caso, no está desprovista de problemas, a pesar de estar realizada en el propio derecho positivo. En efecto, el apartado 27 de la Directiva Marco³⁵, 18 de la Recomendación de la Comisión de 2007, relativa a los

³³ Se discute sí, en efecto, competencia efectiva (*effective competition*) y viable o suficiente (*workable competition*) son términos equiparables: En la jerga comunitaria “*workable competition*” alude a una situación de mercado en que se dan las condiciones mínimas para que pueda haber competencia entre distintos operadores y no resulte imposible la entrada de otros competidores potenciales. En cambio, el término «competencia efectiva», utilizado sobre todo en América Latina como equivalente de *workable competition*, es preferible reservarlo para la traducción de *effective competition*, que designa un concepto más amplio y se refiere a una situación de competencia normal -no «de mínimos»-, como se desprende de su definición en la base terminológica IATE: the situation in which there are a number of noncolluding firms in each market area, no firm occupies a large part of the market, and new firms can enter the market on terms equal to existing firms. [una situación en la que hay un número de firmas que no coluden, ninguna tiene una cuota de mercado significativa y las firmas entrantes pueden ingresar al mercado en condiciones equivalentes]. http://ec.europa.eu/translation/bulletins/puntoycoma/100/pyc1002_es.htm [27 de marzo de 2009]. Una posición diferente la mantienen KOENING, VOGELANG, FUHLING, LOETZ, NEUMANN, al analizar la introducción del estándar de “*effective competition*” en el ordenamiento alemán, basado en el modelo de “*workable competition*”. Para estos autores, el modelo original (*workable*) permite aceptar la existencia de competencia en un mercado con posición de dominio y satisface los requerimientos del segundo, es decir, no se trata de un concepto de competencia de mínimos, sino que abarca la situación descrita por el modelo de competencia efectiva (tendente a controlar el poder de mercado), al tiempo que satisface el resto de funciones atribuidas a la competencia (contribuye a alcanzar la eficiencia productiva y la dinámica). KOENING, VOGELANG, FUHLING, LOETZ, NEUMANN. *Workable competition in telecommunications markets- the example for Germany*. Computer and telecommunications Law Review, 2003, vol. 9, núm. 3, p. 68-75.

³⁴ CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZALEZ; J. Derecho europeo de la competencia: objeto, fuentes y sistema. (p.158 y 159). (CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZALEZ, Javier; 2003, p. 250). Para BASKOY la teoría de la competencia efectiva (*effective competition*) surge del esfuerzo conjunto de un economista institucionalista americano llamado Clark [quien originalmente empleó el término “*workable*” para luego cambiarlo por “*effective*” dada la connotación estática del mismo] y de los ordoliberales europeos quienes optaron por un camino intermedio entre el *laissez faire* y el comunismo, dentro del marco teórico neoclásico, para desarrollar la teoría. (BASKOY, p. 22).

³⁵ EUROPA. Directiva 2002/21/CE, de 7 de marzo, relativa a un marco regulador común de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. 108, de 24 de abril de 2002, p. 33-48.

mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de comunicaciones electrónicas³⁶ y, con posterioridad, las Directrices de Comisión sobre análisis de mercado y evaluación de peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas³⁷ determinan, en su apartado 19, que concluir que en un mercado pertinente existe competencia efectiva equivale a verificar que ningún operador disfruta individual o colectivamente de una posición dominante en dicho mercado. Para ello, agrega el apartado 20, las autoridades nacionales de regulación deberán realizar un análisis estructural y prospectivo del mercado, de forma tal que la ausencia de poder de mercado tenga un carácter duradero³⁸.

Como se analizó en el apartado anterior (I.A), la presencia y los efectos del poder de mercado no son una cuestión resuelta, ni pacífica, ni completamente, en la doctrina ni en los estrados judiciales comunitarios (ni nacionales) ya que, según se privilegie un factor de competencia u otro (estructura, comportamiento o resultado), se pueden llegar a la conclusiones diferentes acerca de su existencia, entidad o persistencia, tres caras del problema (poder de mercado) que constituye pieza clave de la piedra angular (competencia) de este sistema jurídico.

Y es que no puede perderse de vista en este análisis que el poder de mercado que interesa al Derecho es aquel que le permite a un individuo actuar con independencia del resto de los agentes en el mercado, de manera que pueda establecer unilateral y autónomamente las condiciones del intercambio; además la entidad de la fuerza económica y su vocación de permanencia en el tiempo debe ser de magnitud suficiente para que genere esta posibilidad (si se trata de un análisis de competencia ex ante) o este efecto (si la valoración es ex post).

³⁶ EUROPA. Recomendación de la Comisión 2007/879/CE, de 17 de diciembre de 2007, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 344, de 28 de diciembre de 2007, p. 65-69.

³⁷ EUROPA. Comunicación 2002/C 165/03, de 11 de julio de 2002, Directrices de Comisión sobre análisis de mercado y evaluación de peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. C 165 de 11 de julio de 2002 p. 0006 – 0031.

³⁸ Similar consideración aparece recogida en el art. 27 de la Directiva Marco.

Por esta razón, lo que en principio parece una presupuesto de hecho relativamente fácil de determinar (presencia/ausencia de poder de mercado), se torna en un proceso de gran complejidad, como se intentará evidenciar a continuación, de la mano de las reflexiones de los profesores BISHOP & WALKER y BASKOY:

Según advierte BASKOY, la competencia efectiva fue definida originalmente por los ordoliberales³⁹ y CLARK, como una rivalidad en precios entre unidades de negocio y vendedores con el fin de maximizar sus utilidades en un entorno en el que ninguno de ellos ejerce un apreciable poder de mercado⁴⁰.

En línea con esta idea, BISHOP & WALKER señalan que la competencia efectiva es equiparable a un proceso de rivalidad, mediante el cual el segmento económico crea y distribuye los beneficios. Sin embargo, apuntan estos autores que esta definición no resuelve la cuestión de cuánta rivalidad es necesaria para entender que hay competencia y además puede conducir a la conclusión errónea de que la eliminación de la rivalidad siempre resulta lesiva a la competencia, aún cuando la experiencia demuestre que, bajo ciertas condiciones, la reducción del número de agentes conduce a un incremento en el bienestar del consumidor. Emplear una noción de este tipo implica hacer de la rivalidad un fin en si mismo con independencia del efecto que ella genere sobre el bienestar del consumidor y desconoce que la eliminación de competidores es connatural a la actividad económica, de forma tal que lo importante sea distinguir las razones que justifican tal eliminación, para diferenciar, a su vez, un acto lesivo de la competencia, de otro que lesiona a los competidores⁴¹. El objetivo económico de la normativa comunitaria de competencia es evitar que la competencia sea lesionada, no proteger a los competidores⁴².

³⁹ La Escuela de Friburgo u ordoliberalista propugnaba la idea de que la intervención del Estado se contrajera a la garantía de las condiciones para ejercitar la libre competencia, de tal suerte que cualquier intervención respetara el mecanismo de los precios y evitara el desplazamiento de la dirección de la economía hacia el poder público. El origen de esta corriente se sitúa en el pensamiento de Walter Eucken, seguido por de autores como Franz Böhm, Hans Großmann-Doerth y Leonhard Miksch. A este grupo, estrictamente de ordoliberales, se sumó otro grupo de economistas como Wilhelm Röpke, Alexander Rüstow, Alfred Müller-Armack y Ludwig Erhard para conformar la economía social de mercado (*soziale Marktwirtschaft*).

⁴⁰ BASKOY; p. 23.

⁴¹ En este mismo sentido: ALLENDE SALAZAR CORCHO, Rafael. El abuso y sus efectos. Modernización del art. 82 TCE: revisión o reforma. En: MARTINEZ LAGE, Santiago (Dir). *La modernización del derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 155-191. En este escrito, el autor llama la atención sobre la necesidad de analizar los efectos de las conductas tipificables como de abuso, en el

Continúa BASKOY señalando que la competencia efectiva puede definirse como un mercado oligopólico en el que la utilidad está garantizada, dadas las siguientes condiciones: hay un número adecuado de agentes⁴³, no hay barreras a la entrada, acceso gratuito a la información y cierta incertidumbre sobre los precios. En esta definición, la clave está en la ausencia de restricciones al ingreso, presupuesto que, a juicio de BISHOP & WALKER ignora la realidad del comportamiento económico, ya que existen comportamientos que, al tiempo que generan restricciones de ingreso (o salida), mejoran el bienestar de los consumidores⁴⁴.

Una tercera opción consiste en definir la competencia efectiva como el conjunto de circunstancias en las que ninguna firma puede influir sobre el precio del mercado; esta aseveración encuentra su sentido pleno dentro del modelo de competencia perfecta que, como se afirmaba previamente, carece de expresiones prácticas ordinarias y resulta cuestionable como fundamento de una política de competencia. En palabras de BISHOP y WALKER “*It is not a realistic or sensible goal to attempt to replicate the assumed conditions [se refieren a los presupuestos de la competencia perfecta] and its adoption would lead to perverse conclusion that many firms that operate in competitive markets and so earn only a normal level of profit are not, in fact, subject to effective competition*”⁴⁵.

Concluyen estos mismos autores señalando que la última definición es inadecuada porque justificaría la intervención en mercados que no la requieren (pocos, si es que existen, cumplen los presupuestos de la competencia perfecta) y las dos primeras, adolecen de dos cuestiones esenciales: no pueden actuar como referentes en un análisis de competencia (¿cuándo existe suficiente rivalidad? ¿qué entidad de barreras de ingreso es aceptable?) y se centran en las características del mercado, más que en los resultados del proceso.

marco de un análisis “*rule of reason*”, prescindiendo del recurso a pruebas, tales como, las de la eliminación de competidores (si la conducta tiene el efecto de reducir el número de agentes es anticompetitiva), de sacrificio (una conducta será anticompetitiva cuando implique un sacrificio para quien la desarrolle que no pueda explicarse sino en su intención de lesionar la competencia), del competidor igualmente eficiente (será anticompetitiva si excluye a un competidor igual o más eficiente), para centrarse en las del perjuicio a los consumidores.

⁴² BISHOP, WALKER; p. 13-15.

⁴³ Presupuesto sobre el que caben las reflexiones precedentes ¿qué número es el adecuado?.

⁴⁴ BISHOP, WALKER; p. 15.

⁴⁵ BISHOP, WALKER; p. 15.

Abundando en el tema, BASKOY concluye que el modelo incluye en la contradicción fundamental de incluir elementos dinámicos en un marco teórico neoclásico, para privilegiar los análisis estructurales, más que sobre el proceso y sus resultados⁴⁶.

Para BISHOP & WALKER la competencia efectiva sólo tiene sentido si reporta beneficios a los consumidores y a las empresas (incrementa el bienestar social); así las cosas, determinar que las condiciones de un mercado son de “competencia efectiva” depende no tanto de que sus características se ajusten a unos presupuestos estructurales, como que se alcancen determinados resultados, en términos de bienestar del consumidor⁴⁷. Si la competencia efectiva es ausencia de poder mercado y éste se infiere de la presencia de precios que se sitúen por encima de los precios competitivos, teniendo por tales aquellos que superan a los costes marginales, ha de concluirse que, por lo menos virtualmente, todas las firmas poseen algún poder de mercado. Esto puede llevar a proponer, o bien que todas las industrias necesitan algo de regulación o que hay que distinguir entre cantidades significativas y despreciables de poder de mercado para llegar a la convicción de que hay competencia efectiva siempre que no haya una cantidad significativa de poder de mercado que esté siendo ejercitada, teniendo en cuenta que el referente del precio competitivo no es infalible⁴⁸. En sentido similar se posicionan KOENING et al. en su defensa del concepto “*workable competition*” sobre “*effective competition*”: la segunda sólo atiende a la finalidad de eliminar el poder de mercado y no a las funciones de eficiencia productiva y dinámica, predicables también de la competencia⁴⁹.

Se comparta o no la conclusión alcanzada por estos autores en cuanto a la prevalencia de los resultados como factor para verificar la existencia de la competencia en un segmento del mercado, lo cierto es que tal aseveración sólo halla su sentido pleno si se analiza en un contexto que permita identificar cuál es el resultado perseguido por la competencia. En efecto, el argumento lógico no está completo si se asevera que competencia no es un situación de estructura (no está definida por un número de agentes, o por la existencia de barreras de entrada), ni un proceso caracterizado por la rivalidad (la pugna entre competidores, reales o potenciales, que se hallan dentro del mismo mercado o en

⁴⁶ BASKOY; p. 25.

⁴⁷ BISHOP y WALKER; op. Cit. p. 16.

⁴⁸ BISHOP y WALKER; (1.06, 1.07); p. 4 y 5.

⁴⁹ KOENING et al; p. 72

mercados próximos) sino una situación en la que se obtiene un resultado, sí éste no se define en función a un objetivo.

Y es la determinación de este “resultado” y su objetivo la que suscita las siguientes cuestiones: (1) el objetivo es meramente económico o no, (2) y cómo y quién define ese objetivo. Estas dos cuestiones pueden no tener una solución única, como se evidencia a continuación:

C. El carácter funcional de la noción: los objetivos a los que sirve la competencia.

Preguntarse sobre los objetivos es pertinente en el medida que, en determinados ámbitos (como es el caso de las telecomunicaciones), no se crea “espontáneamente” una situación de competencia efectiva y, en algunos casos, ni siquiera de mercado; corresponde entonces al poder público “corregir” los aspectos que impiden llegar a esa situación de competencia efectiva, si cree que ésta constituye el medio más adecuado para alcanzar los objetivos públicos que subyacen tras la actividad o entiende que es un fin en sí misma. En los dos casos, el “esfuerzo” en la creación de las condiciones de competencia efectiva tiene unos costes en recursos (regulación, supervisión) y en derechos, que el poder público ha de justificar: si la competencia es un fin, el juicio de razonabilidad no será tan exigente como si se trata de un medio para alcanzar un resultado concreto y, en ambos, la claridad sobre el propósito de la intervención, la justifican al tiempo que la limitan.

Bajo esta premisa resulta pertinente señalar que en el análisis del derecho de la Unión Europea sobre competencia, la doctrina⁵⁰ distingue esencialmente entre los objetivos

⁵⁰Por todos, [BISHOP y WALKER (1.05- 1.07)]. MOTTA, Máximo. *Competition Policy: History, objectives and the law*. En: MOTTA. *Competition Policy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 1-39. HERNANDEZ DELGADO, José. La actividad reguladora del Estado y la competencia. . En: ORTIZ BLANCO, Luis y COHEN, Simón. *Derecho de la competencia europeo y español*. Madrid: Dykinson, 2008, p.239-251. CASTELL BORRAS. Brigitte. La limitación de la competencia. En: *La defensa de la competencia en la CEE*. Barcelona: editorial Praxis, 1986. p. 160-193. MONTI, Mario. La nueva política europea de la competencia. En: BENEYTO PEREZ, J.M (Dir) MAILLO GONZALEZ – ORUS, Jeronimo (coord). *El nuevo derecho comunitario y español de la competencia: descentralización, análisis económico y cooperación internacional*. Barcelona: Bosch, 2002. p. (1-20) ARIÑO, Gaspar; LOPEZ DE CASTRO GARCIA-MORATO, Lucia. *Derecho de la competencia en sectores regulados: fusiones y adquisiciones, control de empresas y poder político*. Granada: Comares, 2001, p. 187-342. CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZALEZ. El derecho europeo de la competencia: objeto, fuentes y sistemática. En: CALVO CARAVACA (coord) *El derecho europeo de la competencia*. Madrid: Colex, 100. P. 147-283. GUTIERREZ, Inmaculada y PADILLA Atilano. Economía de la competencia. En: BENEYTO PEREZ, J.M (Dir) GONZALEZ ORUS, J.M (Coord) *Tratado de Derecho de la*

económicos y no económicos. Dentro de los motivos económicos se diferencia, a su vez, entre los que coinciden con la teoría económica, relativos la eficiencia y a la equidad, y aquellos que sin referirse directamente al funcionamiento del mercado tienen connotación económica, tales como, la integración económica (consolidación del mercado único), creación de empleo, lucha contra la inflación, promoción de la pequeña y mediana industria, entre otros. De otra parte, se tienen por propósitos no económicos los relacionados con la democracia económica y las finalidades sociales (mejora de las condiciones de vida, atención de las personas con necesidades sociales especiales, etc).

El siguiente cuadro resume el conjunto de objetivos que se le atribuyen a la política de competencia europea:

No económicos	Democracia económica	
	Beneficios sociales	
Económicos	Eficiencia (asignativa, productiva o dinámica)	Bienestar social
		Bienestar del consumidor
	Equidad (eficiencia distributiva)	
	Connotaciones económicas	Integración
		Creación de empleo
		Apoyo a las PYMES
Inflación		

1. Objetivos económicos

De acuerdo con la teoría económica, una situación es eficiente, en términos de Pareto, cuando no es posible encontrar otra situación en la que alguien pueda mejorar su posición,

competencia. Tomo I, Barcelon: Bosch, 2005, p. 1-59. VELASCO SAMPEDRO, Luis Antonio. El derecho europeo de la competencia. En: VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio (coord). *Derecho Europeo de la competencia: antitrust e intervenciones públicas*. Valladolid: editorial Lex Nova, 2005 p. 39-55. ALESE, Femi. Introduction En: ALESE, Femi. *Federal Antitrust and EC Competition Law Analysis*. UK: Ashgate, 2008, p. 1-7. WAELBROECK, Michel y FRIGNANI, Aldo. Derecho europeo de la competencia: (vol. 4 del comentario J. Mégret). Tomo I. Barcelona: Bosch, 1998, 718p. BELLAMY, Christopher. *European Community Law of Competition*. Londres: Oxford University Press, 2008, 1679 p. WOUDE, Marc van der. *EC Competition Law Handbook 2008-2009 edition* . Londres: Sweet & Maxwell, 2008, 612p. PROSSER, Tony. *The limits of Competition Law. Markets and public services*. Oxford: Oxford University Press, 2005. P.17-38.

sin que para ello otro sujeto vea empeorada la suya. Una matización de esta noción fue propuesta por KALDOR Y HICKS, quienes concluyeron que si el beneficio total neto es el máximo (el grado de empeoramiento de unos se compensa con la mejoría en los otros) se puede hablar de una situación de eficiencia. Asimismo la eficiencia cuenta con varias “expresiones”: la productiva o técnica (*productive efficiency*), aparece cuando una combinación de insumos genera la máxima producción alcanzable, minimizando los costes de producción; la asignativa (*allocative efficiency*) se da cuando los bienes y servicios son distribuidos entre los consumidores de acuerdo con los precios que ellos están dispuestos a pagar, teniendo en cuenta que tales precios no exceden del coste marginal de producción; la eficiencia dinámica (*dynamic efficiency*) se alcanza cuando los productores están continuamente innovando y mejorando la calidad de sus productos para atraer nuevos consumidores y, más que una categoría diferente a las anteriores, es una forma de abordar su comprensión en movimiento, es decir, se habla de una situación de eficiencia dinámica cuando se alcanzan los propósitos en términos asignativos/productivos, al tiempo que se generan incentivos para innovar o invertir. Por último, la eficiencia distributiva (*distributive efficiency*), por su parte, hace referencia, tanto a la distribución de la renta entre los individuos (países, regiones, grupos, etc.) como a la observancia de la regla de que quien se beneficie (o perjudique) debe asumir los costes del beneficio (o perjuicio)⁵¹.

Estas finalidades no son, necesariamente, coincidentes; verbigracia, una fusión puede generar grandes eficiencias productivas (dado que, por ejemplo, al unir sus plantas dos empresas pueden alcanzar economías de escala y alcance en la producción), al tiempo que puede colocar a las empresas intervinientes en posición de incrementar los precios por encima de aquellos que se darían en una situación competitiva (ineficiencia asignativa)⁵²; la garantía de acceso a servicios mayoristas puede resultar benéfica en términos de eficiencia asignativa e ir en detrimento de la eficiencia dinámica (ya que puede llegar a constituir un

⁵¹ Como lo manifiesta GERADIN la mayoría de los abogados y economistas piensan que el objetivo esencial de la normativa competencia es promover la eficiencia económica. Sin embargo, pocas normas definen qué es la eficiencia económica y entre ellas no están la normativa europea, pese a que se trata de un concepto al que se hace alusión en una gran cantidad de directrices, regulaciones, etc. El problema es mucho más serio si se tiene en cuenta que los economistas no están de acuerdo con lo que significa y que, en un proceso, cada parte pueden ofrecer pruebas sobre las eficiencias o ineficiencias derivadas de un comportamiento. GERADIN, Damien. Efficiency claims in EC competition law and sector specific regulation. *Tilburg Law and Economics Center*, noviembre de 2004.

⁵² GERADIN; p.4

desincentivo a la inversión en los mercados ascendentes);⁵³ adicionalmente no existe algún límite que impida a los mercados competitivos producir una distribución inequitativa: los mercados competitivos no aseguran que la renta y el consumo se destinen a quienes están más necesitados o tengan mayores méritos. Incluso, existen factores que pueden influir en sentido contrario. Por lo tanto, puede afirmarse que, sin medidas correctoras, la desigualdad inicial y los factores de inequidad pueden potenciarse, transmitirse y hasta perpetuarse, merced a la competencia.⁵⁴

Así las cosas, se advierte que la eficiencia y la equidad pueden ser objetivos excluyentes, o complementarios (también existen situaciones en las que se puede llegar a maximizar ambos); en el primero de los casos, la opinión predominante es que la competencia debe dar prioridad a los objetivos de eficiencia ya que la redistribución tiene otros cauces para imponerse, como son los subsidios, los impuestos y la regulación de los mercados⁵⁵.

Aún en el campo de las eficiencias asignativa o productiva, como nortes de la política competencia, se plantea también una disyuntiva acerca de si el propósito es maximizar el bienestar total (el de la industria o sector) o el del consumidor. En el segundo de los casos, la competencia tiene manifestaciones en términos de reducción de precios, mejoras en la calidad, surgimiento de productos innovadores, mientras que, en el primero, la cuestión capital es definir si el grado de empeoramiento de una parte del sector (consumidores o empresas) se compensa con la mejoría en el otro (también desde la perspectiva de la demanda o de la oferta).

RENCKENS⁵⁶ releva la necesidad de hacer transparente la elección del criterio empleado para definir las mejoras en el bienestar, en aras de dar seguridad jurídica a las partes y

⁵³ Ver Capítulo II, A.7. e) nuevos desafíos regulatorios, en el que se analiza la disyuntiva entre imponer la obligación de dar acceso a las redes de nueva generación (eficiencia asignativa) y mantener o incrementar los incentivos a la inversión (eficiencia dinámica).

⁵⁴ GUESTRIN, Sergio. Fundamentos para un nuevo análisis económico del derecho. De las fallas del mercado al sistema jurídico. Buenos aires: De palma, 2004. p. 319. En el mismo sentido, PASTOR, Santos. Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del Derecho. Madrid: Tecnos, 1989. p. 124.

⁵⁵ DE QUEROL ARAGON, Nuria. ¿Qué es y para qué sirve el análisis económico del Derecho?. En: Análisis Económico del Derecho, Madrid: Ediciones FIEC, 2007, p. 13-27.

⁵⁶ RENCKENS, An. Welfare standards, substantive tests, and efficiency considerations in merger policy: Refining the efficiency defense. *Journal of Competition Law and Economics*, No. 3, vol 2, p. 149-179. Un análisis similar

mejorar la coherencia en la aplicación de las reglas de competencia, al tiempo que propone la siguiente clasificación de estándares, en función al peso relativo que se atribuye al bienestar total, o al del consumidor⁵⁷:

Precio (price standard)	Ganancias en el bienestar del consumidor (<i>consumer surplus</i>)	Hillsdown (Hillsdown standard)	Ganancias ponderadas en el bienestar (<i>Weight surplus</i>)	Ganancias en el Bienestar total (Total surplus)
Si el resultado post-concentración es un incremento en el precio, esta operación se cuestiona.	Aún cuando el precio se incrementa, si las ventajas totales para los consumidores, en términos de calidad y servicio, superan tal efecto, la concentración es aceptada.	Las eficiencias resultantes de la concentración deben exceder la totalidad de pérdidas en el bienestar del consumidor.	Permite que las autoridades decidan, caso por caso, si privilegian el bienestar del consumidor o de los productores.	Si la suma no ponderada de las ganancias en el bienestar de los productores y de los consumidores es positiva, la concentración es aceptada.

Los economistas defensores del bienestar del consumidor como parámetro de eficiencia consideran, entre otros argumentos, que éste es un mecanismo que fortalece la acción de la autoridad reguladora dado que genera incentivos para que las empresas, en un entorno caracterizado por la asimetría de la información, revelen datos al regulador⁵⁸, al tiempo que evita los efectos nocivos de la capturar del regulador a través del *lobby* de las empresas⁵⁹.

El profesor MOTTA, por su parte, aduce como argumentos en contra del recurso a este estándar, los siguientes: el bienestar del consumidor, por definición, no tiene en cuenta las ganancias de las empresas. Sin embargo, en economías avanzadas los consumidores son

sobre los criterios de eficiencia aparece en DE LA MANO, Miguel. For the customer's sake: The competitive effects of efficiencies in European merger control. *Enterprise Papers* No 11, 2002, 88p.

⁵⁷ Este autor también señala la existencia de voces disidentes en la doctrina que ponen el acento en la necesidad de valorar la presencia otros intereses, tales como, los de los oferentes en otros mercados, el bienestar nacional, el crecimiento de la productividad, etc.

⁵⁸ BESANKO y SPULBER. *Journal of Law, Economics & Organization*, núm. 8 (1992) Delegation, Commitment, and the Regulatory Mandate; Spulber, Daniel F.; Besanko, David, p. 126 y ss.

⁵⁹ NEVEN y ROLLER. *Discrepancies Between Markets and Regulators: an Analysis of the First Ten Years of EU Merger Control*. INSTITUT UNIVERSITAIRE DE HAUTES ETUDES INTERNATIONALES THE GRADUATE INSTITUTE OF INTERNATIONAL STUDIES, GENEVA HEI Working Paper No: 10/2002.

propietarios de las empresas, directamente o través de fondos, de tal suerte que los intereses de estos consumidores se verían afectados, si se reducen los beneficios de las empresas. Es claro que aquí la diferencia entre uno u otro interés no es tan meridiana.

Segundo, si uno aplica al pie de la letra el principio de la maximización del bienestar del consumidor (precios igual a costes marginales) el mercado sería reemplazado por una regulación, dado que, pocos segmentos cumplen espontáneamente esta condición. Tercero, los bajos precios y beneficios privan a las empresas de incentivos para innovar, invertir e introducir nuevos productos y, por último, contribuir al bienestar de los consumidores de hoy puede significar lesionar los intereses de los de mañana.⁶⁰

No puede concluirse cabalmente esta reflexión sin traer a colación algunas consideraciones de orden jurídico que constituyen una interpretación, en términos legales, de estos objetivos económicos: tanto la eficiencia productiva, como asignativa, se presume que garantizan que las personas sean tratadas de forma no discriminatoria, toda vez que colocan a los individuos en posición de tomar decisiones libremente (soberanía del consumidor), asumiendo los costes reales de las mismas. Sin embargo, hay serias limitaciones para que un modelo de mercado garantice el tratamiento de los ciudadanos como iguales: la primera, la visión reduccionista del ciudadano como consumidor (asunto que se tratará a continuación) y la segunda, la propia idea de consumismo, de la que deviene el concepto de consumidor, está relacionada con la capacidad de compra y ésta no puede considerarse equiparable entre todos los miembros de la sociedad. Citando a PROSSER “Above all, markets are seriously inadequate means of protecting rights to equal citizens because do not come to markets as equals. Our market power as consumers is determined by the existing distribution of wealth in which we are placed, and this determines our ability to satisfy our preferences in a market system. In the absence of a Dworkinian redistribution to ensure equality of resources, competitive markets are likely to defeat the equal allocation of rights because of the radically unequal power of different market actors”.⁶¹

⁶⁰ MOTTA, Máximo. *Competition Policy: History, objectives and the law*. En: MOTTA. *Competition Policy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 1-39.

⁶¹ PROSSER: 2005, p. 28 y 29.

2. Objetivos extraeconómicos

Las estructuras de mercado competitivas han sido consideradas como una manifestación económica del sistema político de pesos y contrapesos (“*check and balances*”), en el cual la capacidad de adoptar decisiones, en este caso de índole económica, está dispersa entre una multitud de organizaciones que compiten entre sí, de forma que se controlan y limitan las unas a las otras⁶². Este era, sin duda alguna, el fundamento del *Sherman Act*⁶³. Sin embargo, las críticas que se realizaban en torno al recurso a objetivos extraeconómicos, dieron lugar a la decantación del bienestar del consumidor como nuevo referente la política de competencia. Como lo explican BROCK & OBST, al definir la noción de “bienestar” los defensores de esta nueva visión sobre la política de competencia han proscrito las consideraciones relativas a la concentración del poder económico, al calificarlas como proposiciones “caducas y pseudo económicas”, para sustituirlas por las que se consideran más asépticas, desde el punto de vista político y que guardan relación con la presencia de resultados y factores físicamente aprensibles. Esta concepción “purista” del bienestar, como también lo apuntan estos autores, reduce la visión del comportamiento humano a la perspectiva del consumo racional de bienes y servicios materiales⁶⁴, dejando de lado que las preferencias no son objetivas, sino que están condicionadas por la percepción personal del sujeto acerca de lo que contribuye a mejorar su situación. En palabras de los autores “*As Becker⁶⁵ (and Betham before him) pointed out, economic welfare is not limited to material goods and services alone. If individuals value something, then it is economically valid –indeed essential- that it be explicitly incorporated into an analysis of economic welfare. If something matters to individuals and their sense of their*

⁶² BROCK, J; OBST, Norman. Market concentration, economic welfare and antitrust policy. *Journal Industrial Competition Trade*, N°. 9, 2009, p. 65-75. p. 66

⁶³ PROSSER agrega que esta visión del Derecho de la Competencia, como un medio para combatir el poder político y social en los Estados Unidos, también tuvo su ascendencia en la formulación del Derecho de la competencia europeo de la mano de los ordoliberales quienes, además de razones de eficiencia asignativa, enarbolaban motivos relacionados con los riesgos de la concentración del poder en las compañías. PROSSNER: 2005, p. 24.

⁶⁴ Esta visión miope del consumidor, también ha sido destacada por POSSNER

⁶⁵ Como soporte de su hipótesis estos autores citan los trabajos de BECKER, premio nobel de economía en 1992 por sus trabajos sobre la ampliación del objeto de la microeconomía para la inclusión de comportamientos humanos, más allá del consumo racional de bienes y servicios.

own wellbeing, then it is an economically relevant factor to explicitly factor in consideration. Conversely, a theoretical approach that dictates, a priori, which consumer preferences and values are, and are not, to be taken into account is profoundly inimical to the trust of the modern method of economic analysis”.

La vigencia de la cuestión de la descentralización del poder económico⁶⁶ como objetivo de la política de competencia europea, ha sido analizada por la doctrina⁶⁷ para concluir que, si bien formalmente se considerada superada tal visión, lo cierto es que materialmente pueden ofrecerse ejemplos, como el caso *Microsoft*, cuyos resultados pueden interpretarse en términos de recelo sobre la simple detentación del poder de mercado. Sobre la inexistencia de un riesgo real de influencia del poder económico sobre el político se ha referido el profesor Ariño en los siguientes términos “ *el poder económico no es un poder originario sino un poder derivado y sometido al imperio de las leyes. Si el poder económico se somete a las leyes, y en concreto a las reglas de competencia, no representa ningún peligro para la sociedad, sino, por el contrario, una potencial mejora en la productividad y en la gama y precio de los servicios ofrecidos a los consumidores. (...).Por otra parte en una etapa de desregulación, en la que el poder político ha perdido su capacidad de influencia sobre los comportamientos empresariales, vía la regulación*

66 En general sobre la democracia económica puede consultarse DIVAR, Javier. *Análisis del poder económico* Pamplona: Universidad de Deusto, 1991. RECIO ANDREU, Albert. Dimensiones de la democracia económica. *Mientras tanto*, Nº. 79, 2001, págs. 19-40. DAHL, Robert Alan. *La democracia económica: una aproximación*. Barcelona: Hacer, 2002, 163 p. SCHWEICKART, David. *Democracia económica : propuesta para un socialismo eficaz*. Barcelona: Cristianisme i Justícia , 1993, 36p. La otra cara de la moneda de la descentralización del poder, es la denominada soberanía del consumidor, explicada por PROSSNER como la posibilidad de elegir entre diferentes proveedores, como una manifestación de la libertad. Explica el mismo autor que los procesos de liberalización, en algunos casos, justamente han arrojado los resultados contrarios al eliminar, verbigracia, los subsidios cruzados entre zonas rurales y urbanas; en las primeras, las posibilidades de elección del consumidor se ven reducidas. PROSSNER, op. cit. P. 19 y 20.

67 Por todos, CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZALEZ. El derecho europeo de la competencia: objeto, fuentes y sistemática. En: CALVO CARAVACA (coord) El derecho europeo de la competencia. Madrid: Colex, 100. P. 147-283. VELASCO SAMPEDRO, Luis Antonio. El derecho europeo de la competencia. En: VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio (coord). Derecho Europeo de la competencia: antitrust e intervenciones públicas. Valladolid: editorial Lex Nova, 2005 p. 39-55. ARIÑO, Gaspar. Bases para la adaptación de los criterios de defensa de la competencia en sectores neoregulados. En: ARIÑO, Gaspar; LOPEZ DE CASTRO GARCIA-MORATO, Lucia. Derecho de la competencia en sectores regulados: fusiones y adquisiciones, control de empresas y poder político. Granada: Comares, 2001, p. 187-342

tradicional, la política de defensa de la competencia no puede convertirse en el nuevo instrumento de intervencionismo público sobre la vida empresarial. Sería una nueva forma de dirigismo estatal, en contradicción con los objetivos de liberalización y transformación del papel del Estado en la economía”⁶⁸.

De la mano de los objetivos de descentralización del poder, aparecen otros propósitos que exceden del ámbito económico, tales como, la solidaridad y justicias sociales, que subyacen tras política de la competencia. En efecto, la normativa de liberalización también suele fijar objetivos que trascienden de la creación y consolidación del mercado, hacia la generación de medios que permitan garantizar, por ejemplo, la igualdad real y efectiva entre los ciudadanos. Este es el espíritu que alienta, entre otras expresiones, la institución del servicio universal en el ámbito de las comunicaciones electrónicas, dentro de la cual el mercado aparece como un medio para garantizar el acceso general, en condiciones de calidad y asequibilidad a un conjunto de servicios que se consideran esenciales para la colectividad.

D. Las reglas de resolución de los conflictos de intereses

La pluralidad de objetivos de un sistema jurídico genera un ámbito propicio a la consolidación de conflictos de intereses. En algunos casos, el propio sistema determina las reglas para su resolución, mientras que en otros los criterios han de extraerse de sistemas análogos o del ordenamiento visto como un todo. En el caso del Derecho comunitario de la competencia, aún cuando se da el presupuesto para la conflictividad axiológica, no existe unanimidad entre la doctrina acerca de la existencia real de conflictos entre intereses, ni sobre las reglas para su resolución:

De una parte, la creación y consolidación del mercado común, pese a estar recogida como objetivo central del proceso de integración jurídico-económico (TUE; art. 2), no parece gozar de ningún tipo de rango especial dentro del sistema axiológico, como lo han advertido autores como BISHOP & WALKER quienes consideran que la prevalencia de la integración económica como objetivo sobre el resto de finalidades y, concretamente, sobre los eficiencia asignativa, es un asunto formal, sin mayor trascendencia efectiva, toda vez que, en ningún caso se puede eludir el análisis de los resultados de una decisión basada en tal fin sobre el bienestar so pretexto de tutelarla, ya que es factible que al intentar salvaguardar la primera (la integración) se obtengan resultados perversos para la segunda

⁶⁸ ARIÑO; Derecho de la competencia en sectores regulados, p. 271.

(eficiencia asignativa) que en el mediano o largo plazo conduzcan a un resquebrajamiento del mercado interior⁶⁹.

GERADIN, por su parte, no cree que haya un conflicto real entre la eficiencia y la integración del mercado único, porque considera que la creación de tal mercado estimula la competencia y, en esa medida, contribuye a la eficiencia asignativa; asimismo genera un incremento del tamaño del mercado que favorece la expansión de las empresas y la consecuente realización de las economías de escala, de modo tal que se generan beneficios en términos de eficiencia productiva y, finalmente, la creación de un mercado único facilita la diseminación de las tecnologías a través del territorio de la Unión promoviendo de esta manera la eficiencia dinámica⁷⁰.

ODUDU afirma que el art. 101 TFUE contiene una jerarquía de objetivos donde las ganancias de eficiencia productiva/asignativa se sitúan por delante de los propósitos que en este escrito se han denominado “con connotaciones económicas”, toda vez que la búsqueda de estas finalidades, tales como, la integración, la justicia social y económica y el medio ambiente, está subordinada a que no exista riesgo para la competencia, entendida como rivalidad entre los agentes.⁷¹.

Asimismo PROSSER alude al conflicto entre los objetivos de eficiencia asignativa y descentralización del poder (u otros extraeconómicos) trayendo a colación el modelo británico de la postguerra en el Reino Unido, en el que el fundamento del análisis no era la eficiencia sino la verificación de si las restricciones a la competencia atentaban o no contra el interés público. Este examen era de carácter discrecional pero su flexibilidad permitía incluir razones de carácter social que justificaban el despliegue de conductas que, de otra forma, habrían sido consideradas como anticompetitivas⁷².

El mismo autor, al aludir a las posibles soluciones para el conflicto entre los valores económicos (eficiencia y elección del consumidor) y no económicos (derechos sociales y solidaridad) subyacentes en el régimen de los servicios de interés económico general,

⁶⁹ BISHOP. 1.08 y 1.09 p. 5 y 6

⁷⁰ GERADIN; p. 6

⁷¹ ODUDU, Okeoghene. Article 81(3), discretion and direct effect. *European Community Law Review*, núm. 23, vol.1, 2002, p. 17-25.

⁷² PROSSER: *The limits*; p. 25. Reconoce el autor la temporalidad del recurso a este modelo, que no sobrevivió a la llegada al poder de los laboristas en 1997 y careció de acogida en el ámbito europeo.

afirmaba que cada bloque de valores cuenta con una legitimidad propia y la decisión regulatoria dependerá de la preponderancia que se les reconozca, conforme a las siguientes reglas: si está vinculado a una provisión de una necesidad básica (como el suministro de agua), los valores sociales son los prevalentes; si está en conexión con la ciudadanía (como los servicios públicos de difusión), la solidaridad será la prevalente, y cuando esos valores sean menos fuertes y haya un espacio para la competencia efectiva, el rol prioritario lo asumirá el Derecho de la Competencia⁷³.

Excede la finalidad de este escrito resolver la cuestión del carácter ficto o real de los conflictos, o la dilucidación de las reglas para su resolución, pero sí que interesa, a los efectos de esta tesis poner de presente que existe una pluralidad de objetivos, sujetos a una ponderación de la que resulta el objeto de una habilitación competencial cuyo elemento subjetivo y carácter jurídico constituye una problemática añadida a esta cuestión. En efecto, al reconocer que la ponderación o composición de intereses no necesariamente se rige por unas reglas estrictas, dada la ausencia de un sistema axiológico común (en el sentido de que se extienda más allá del art. 101 TFUE), que esté organizado jerárquicamente, se concluye que una operación jurídica de esta naturaleza expresa el ejercicio de una facultad discrecional por parte de una autoridad de competencia; la identificación de la autoridad competente, a tales efectos, en un sistema complejo de ejecución como el que caracteriza al Derecho comunitario de competencia, puede significar que se valoren otros intereses adicionales o que el balance, en uno u otro escenario conduzca a resoluciones del conflicto no necesariamente coincidentes.

Ante una situación de esta naturaleza, en la que se hallan en juego valores superiores del ordenamiento como la certidumbre jurídica, una de las soluciones posibles puede ser la centralización de las decisiones en las instancias comunitarias, que viene a garantizar la prevalencia de determinados objetivos y la uniformidad en el tratamiento jurídico de las decisiones. Justamente, la normativa de comunicaciones electrónicas, viene a constituir una manifestación del recurso a esta alternativa, ya que el sistema de formulación de las políticas, definición de los derroteros normativos y seguimiento de su aplicación permiten a las instancias comunitarias encausar la acción de las nacionales hacia el logro de los cometidos comunes.

⁷³ PROSSER, Tony. Competition Law and public services: from single market to citizenship rights?. *European public law*, vol. 11, núm. 4, 2005, p. 543-581.

E. La asunción de un concepto unívoco: un reto que trasciende la ciencia económica

Antes de revisar los denominados, a efectos de este escrito, objetivos extraeconómicos, resulta procedente recapitular sobre las ideas centrales de lo expuesto hasta ahora sobre la noción de competencia y los objetivos de la política de competencia, para sentar las bases de las próximas valoraciones, partiendo de la premisa de que estos temas constituyen una expresión de la interacción (sinérgica, por lo menos en el plano del deber ser) entre las ciencias económica y la jurídica, en la que no hay que subestimar, pero tampoco sobrevalorar, el papel de ninguna de las dos disciplinas en la racionalización de los sucesos.

Al abordar el análisis de estos tópicos no puede prescindirse de la teoría económica, toda vez que estas nociones provienen, dirían algunos⁷⁴, y se alimentan, aceptan la mayoría, de los avances en esta área del conocimiento. Como cualquier otra ciencia, la teoría económica es dinámica, de tal suerte que está revisando constantemente sus hipótesis, así como su instrumental analítico y, aún cuando algunos pretendan adscribirle el atributo de aséptica políticamente, no hay dudas acerca de la estrecha relación que vincula también a estas disciplinas. Reconociendo entonces que el pensamiento político es la inspiración (o influjo) común que actúa, en el marco de esta explicación, como punto de partida, el Derecho y la ciencia económica abordan el análisis y las soluciones de las situaciones sociales, desde sus propias características (como ciencias) y con sus propias limitaciones, de tal suerte que, verbigracia, la velocidad de los cambios en el posicionamiento de la ciencia económica sobre un tema al que también se le reconoce relevancia jurídica, no necesariamente coincide con la capacidad adaptativa del Derecho y, concretamente, del ordenamiento positivo, a tales circunstancias. Así las cosas, tras una noción jurídica en el campo del Derecho a la Competencia, por hablar sólo del que atañe tangencialmente a esta tesis, puede identificarse una determinada teoría económica, válida en su día y hoy, por ejemplo, completamente revaluada en el entorno científico económico, sin que esto suponga una anomalía o deficiencia que preocupe a los operadores jurídicos, a menos que la finalidad que el sistema jurídico atribuye a tal noción no se cumpla como consecuencia de dicha digresión; en tal caso, si la norma lo permite, se hará una interpretación del

⁷⁴ Conocida es la discusión acerca de si el mercado (en su vertiente de intercambio) existe sin el Derecho, o si el Derecho es previo al mercado, de ahí que se afirme que algunos, por los primeros, dirían que el origen del mercado es económico y no jurídico.

concepto que permita alcanzar su efecto útil o, de lo contrario, procedería una reforma normativa que dotara de consistencia al sistema.

Desde la perspectiva de las limitaciones o características de la ciencia económica, que repercuten en el ámbito jurídico, ha de señalarse su carácter argumentativo, tanto en su vertiente teórica, como en la empírica: dos posiciones jurídicas contrarias son susceptibles de gozar de un soporte económico igual de robusto y, los datos obtenidos en el crisol y analizados a través de la lupa económicos no tiene una única explicación, esto es, pueden emplearse como prueba de la validez de las dos argumentaciones. Así las cosas, la Economía no contribuye a eliminar la incertidumbre (fortaleciendo la seguridad jurídica), lo cual no obsta para que se tenga por un elemento de juicio valioso que, junto con otros, ha de aquilatarse en un examen jurídico⁷⁵.

Tras estos párrafos introductorios resulta procedente reiterar, dado que es una constante en este tema, que no existe unanimidad, ni en la doctrina, ni en la práctica administrativa o judicial, comunitarias o nacionales, sobre lo que puede entenderse por competencia y a qué finalidades atiende este concepto y que, por tanto, lo que se diga en esta tesis sobre este extremo debe valorarse estrictamente en el marco de su propósito (tratar de identificar el alcance de la competencia efectiva como objetivo de la normativa de comunicaciones electrónicas) y sin que quepa atribuírsele mayor pretensión o utilidad que servir a tal fin, dando cuenta del estado del arte en esta materia.

Para aproximarse a dichas nociones se ha propuesto el recurso al antiguo paradigma Estructura - Comportamiento - Resultado, como derrotero analítico, toda vez que permite evidenciar, entre otras cosas, las diferencias de aproximación y conclusiones entre algunas escuelas de pensamiento económico: para los seguidores de la Escuela de Harvard, la competencia, definida en torno al concepto de poder de mercado, entendido como una posición que permite a quien la detenta actuar de forma independiente a sus clientes y competidores, es, preponderantemente una cuestión *estructural* (simplificando, varios agentes en el mercado, con tamaños similares), que puede analizarse de manera estática (como si se hiciera un corte trasversal en el tiempo), con miras a evidenciar la consecución de resultados en términos de eficiencia asignativa (los recursos están distribuidos de forma

⁷⁵ Creo que, es en línea con este pensamiento, que el Director de esta tesis ha afirmado que la función del análisis económico del Derecho es de carácter crítica, más no innovador o constructivo.

tal que se paga por ellos el mayor precio posible) o productiva (los costes de producir un conjunto n de unidades se minimizan en la mayor medida posible).

Coincidiendo en la concepción del poder de mercado como un asunto de disciplina de comportamiento (los proveedores no pueden actuar de forma independiente), temporal o con vocación de permanencia, las escuelas liberales, como la de Chicago, aportan una perspectiva dinámica de la competencia que, sin abandonar la idea de la eficiencia asignativa o productiva, relevan el criterio de *comportamiento* y, por ende, la condición de rivalidad, como elemento definitorio de la competencia, para verificar si ésta también crea también incentivos a la inversión y a la innovación.

La verificación del grado o nivel de eficiencia (asignativa, productiva, dinámica, etc) alcanzado por una situación de mercado se realiza, entre otros medios, a través de los estándares o criterios del bienestar. Si el objetivo de una política de competencia es mejorar el bienestar del consumidor se identificará si la asignación de los recursos y los incentivos a la innovación y a la inversión, inciden favorablemente en el surgimiento de ofertas diferenciadas en términos de precio, calidad, cantidad, etc. Si, por el contrario, se usa otro estándar, como el del bienestar total, se verá si el beneficio alcanzado por una parte del mercado (la oferta, por ejemplo), compensa el eventual perjuicio causado al otro (en la hipótesis, la demanda).

Sobre estos elementos se estructura un sistema de condiciones necesarias y prevalentes e las que se derivan unas presunciones, bien sobre la existencia de una conducta y sus resultados, o exclusivamente sobre su impacto⁷⁶; el carácter de las presunciones depende, a su vez, de la naturaleza del análisis de eficiencias: si se admite, en el ámbito de la aplicación de los arts. 101 o 102 TFUE, o del análisis de concentraciones, que la existencia de eficiencias elimina la lesión a la competencia (*rebuttal*), la presunción es *iuris tantum*, mientras que si se admite sólo como defensa la presunción opera *iures et de iure* y estamos en presencia de un régimen de excepción .

En suma, a los efectos de esta tesis, una concepción estructural de la competencia conduce a tener como condición necesaria y prevalente la presencia de varios oferentes de tamaños similares, que condicionan su comportamiento entre sí, de forma tal que la rivalidad (comportamiento) y el resultado (eficiencia asignativa/productiva en términos, por

⁷⁶ Dado la presencia del factor X (estructura, comportamiento o resultado), al que se le reconoce una importancia relativa superior sobre los demás, se deduce la existencia de la consecuencia Y.

ejemplo, de ganancias en el bienestar del consumidor) se deducen del cumplimiento de dicha condición.

Una perspectiva conductual, eleva a condición necesaria y prevalente la rivalidad entre los agentes, bajo el entendido de que la presencia de evidencias verificables sobre la existencia y magnitud de la pugna por el mercado conduce a presumir la realización de resultados favorables en términos de eficiencia dinámica (que, se recuerda, puede englobar aspectos de eficiencia asignativa o productiva).

Las visiones anteriores tienen en común que el énfasis del sistema jurídico se coloca en la garantía de la libertad de acción de las empresas como objetivo (juridificado) de la política de competencia, bajo el entendido de que sí se da este presupuesto, el bienestar del consumidor está garantizado.

Por último, una aproximación desde el resultado conduce a afirmar que la competencia por la que propende Derecho es aquella que alcanza un resultado consistente en salvaguardar la capacidad de elección del consumidor, resultando indiferente que tal garantía se derive de la presencia de varios operadores (estructura), o del grado de la presión competitiva presente en el mercado (comportamiento). La condición necesaria y prevalente en este caso será que los consumidores disfruten de una variedad de ofertas en términos de precios, variedad y calidad, con independencia de las características que presente la fuente de tal diversidad. Importante resulta aclarar que este objetivo hay que particularizarlo dentro del gran ámbito competencial que constituye la tutela de los derechos de los consumidores, toda vez que si bien hay una finalidad común (tuitiva, en la mayoría de los casos, ya que se parte de la creencia que existe una posición de inferioridad del consumidor frente al proveedor), el medio y, por ende, el instrumental es diferente: cuando se habla de competencia, en este sentido, se vigila que las condiciones de intercambio se consoliden de forma tal que el consumidor no vea menoscabada su capacidad de elección, sin que haya lugar, verbigracia, a revisar sí las condiciones de intercambio son idóneas (en términos de calidad o cantidad, información) ya que de esto se ocupa el derecho del consumidor propiamente dicho⁷⁷.

⁷⁷ Se quiere con ello significar que no todo problema de elección del consumidor tiene respuesta en el Derecho de la Competencia y que, en gran medida, la robustez y eficacia de este sistema jurídico depende que sus estudios sean capaces de deslindar, claramente, su objeto e instrumental exclusivos).

II. LA NOCIÓN DE COMPETENCIA EFECTIVA EN EUROPA.

La promoción y salvaguardia de las condiciones de competencia efectiva en el mercado único es un objetivo que se han ido posicionando y recolocando, constantemente, dentro del conjunto de cometidos de la Unión Europea a lo largo de la historia de este proceso de integración jurídico económica. Una revisión de los alcances de este fenómeno se realiza a continuación:

A. El mercado único como eje central del sistema jurídico comunitario

En la redacción del artículo 2 del Tratado de la Comunidad Europea, podían distinguirse dos tipos de propósitos inspiradores de este proceso de integración económica y política: de una parte, los netamente económicos⁷⁸, atinentes al desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas; el aumento del nivel de empleo y la protección social; la competitividad y convergencia en los resultados económicos, y de otra, los sociales o no económicos, que propugnan por la igualdad entre hombres y mujeres, la protección y mejora de la calidad del medio ambiente, la mejora del nivel y la calidad de vida, así como la cohesión económica y social, así como, la solidaridad. A la realización de estos propósitos sirven, según la propia redacción del mismo artículo, el mercado interior, la unión económico-monetaria, así como las acciones y políticas comunes. Con arreglo a lo dispuesto en el art. 3.g) TCE, para alcanzar las finalidades descritas en el artículo 2, las acciones de la Comunidad implicarán, entre otras cuestiones, la fijación de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior. En esta estado de cosas, el mercado interior aparece consagrado como un medio para la realización de los objetivos de la Comunidad, principalmente de los económicos, al que se vincula la noción de competencia no falseada; es el mercado interior, en competencia no falseada, el que debe contribuir a la consecución de los objetivos de la Comunidad.

En la redacción actual del TUE, el artículo 2 se ocupa de fijar el sistema de valores de la Unión (la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho y la defensa de los derechos humanos), al tiempo que en el artículo 3.1 se señalan como finalidades, la promoción de la paz, de los valores y del bienestar de los ciudadanos. Con estos presupuestos, los diversos numerales del art. 3 aluden a los objetivos concretos de la Unión, dentro de los que se encuentran el establecimiento del mercado interior (TUE; art.3.3). Esta consagración positiva, en la que aparecen valores, fines y objetivos, integra el

⁷⁸ Relativos al desarrollo económico, los factores productivos y al funcionamiento del mercado único.

sistema axiológico del ordenamiento comunitario que también contempla “ (..) *a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Unión y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación de los Tratados, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido. El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán dichos principios y condiciones mediante reglamentos, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, sin perjuicio de la competencia que incumbe a los Estados miembros, dentro del respeto a los Tratados, para prestar, encargar y financiar dichos servicios*”.

Volviendo sobre lo manifestado en el Capítulo I.III.B.2, la introducción del artículo 14 del TFUE ha significado un avance en la delimitación competencial en materia de servicios de interés económico general y fortalecido la consciencia de que el mercado interior constituye el vértice de la regulación de las comunicaciones electrónicas.

Ejemplo paradigmático de la validez de la anterior aseveración lo constituyen los fundamentos jurídicos relacionados en la parte motiva de las Directivas de liberalización de terminales⁷⁹ y de liberalización de servicios⁸⁰, analizados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: en la Sentencia de 19 de marzo de 1991⁸¹ mediante la que se resuelve la impugnación de la Directiva de terminales por diferentes Estados Miembros se discutía la competencia de la Comisión para, al amparo del artículo 106.3 TFUE, dictar una Directiva que prohibiera el reconocimiento de derechos especiales o exclusivos en el campo de los terminales. El TJCE, apartándose de la posición del Abogado General, indicó que la

⁷⁹ EUROPA. Directiva 88/301/CEE de la Comisión de 16 de mayo de 1988 relativa a la competencia en los mercados de terminales de telecomunicaciones *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* L 131 de 27 de mayo de 1988, p. 73-77.

⁸⁰ EUROPA. Directiva 90/388/CEE de la Comisión, de 28 de junio de 1990, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* L 192 de 24 de julio de 1990, p. 10-16.

⁸¹ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 19 de marzo de 1991. Asunto C-202/88. República Francesa contra Comisión de las Comunidades Europeas. Competencia en los mercados de terminales de telecomunicaciones. FJ. 21 y ss. En el mismo sentido: TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 17 noviembre 1992, Asunto C 291/90, Caso Reino de España y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas, FJ. 12. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 12 de julio de 1994, Asunto C 314/93, Caso François Rouffeteau contra Robert Badia. FJ. 7.

potestad normativa es una forma de concreción de las obligaciones que se derivan del Tratado y advierte que la concesión de derechos exclusivos, si bien en sí misma no es necesariamente incompatible con el Tratado, ha de analizarse en conjunto con el resto de las disposiciones que integran el derecho originario de la Unión, las cuales, para este caso en concreto y teniendo en cuenta que lo terminales no forman parte de la red de telecomunicaciones, apuntaban a tal prohibición, en observancia de la libertad de circulación de bienes consagrada en el artículo 34.

De otra parte, en la Sentencia de 17 de noviembre de 1992⁸², al analizar la validez de la Directiva de servicios, el Tribunal consideró que la aplicación del artículo 56 TFUE, que prohíbe las restricciones a la libre prestación de servicios, con las salvedades contenidas en los artículos 51 y 52, imponía la supresión de los derechos especiales o exclusivos para la prestación de servicios de telecomunicaciones.

En concordancia con lo anterior, el marco normativo vigente⁸³, se funda, en el artículo 114 TFUE, es decir, responden a un esfuerzo de armonización de las legislaciones de los Estados miembros, con miras a la consolidación del mercado interior.

⁸² TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. . Sentencia de 17 de noviembre de 1992. Asuntos acumulados C-271/90, C-281/90 y C-289/90. Reino de España, Reino de Bélgica y República Italiana contra Comisión de las Comunidades Europeas. Competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones.

⁸³ EUROPA. Directiva 2002/77, de 16 de septiembre, de competencia en el mercado de redes y servicios de comunicaciones electrónicas. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 249, de 19 de septiembre de 2002, p. 21-27. EUROPA. Directiva 2002/19/CE, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 108 de 24 de abril de 2002, p. 7-20. EUROPA. Directiva 2002/20/CE del Parlamento y Consejo Europeos, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización) *Diario oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 108 de 24 de abril de 2002, p. 21-32. EUROPA. Directiva 2002/21/CE del Parlamento y Consejo Europeos, de 7 de marzo, relativa al marco regulador común de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 108, de 24 de abril, p. 33-50. EUROPA. Directiva 2002/22/CE, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal) *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 108 de 24 de abril de 2002, p. 51-77. Todas, en la redacción dada por la EUROPA. Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, *Diario oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 337 de 18 de diciembre de 2009, p. 11-36, EUROPA. Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas *Diario Oficial de la Unión Europea*

Como se deduce fácilmente de lo anteriormente expuesto, es el establecimiento y consolidación de un mercado de comunicaciones electrónicas europeo lo que persiguen las autoridades comunitarias al intervenir en este sector de la economía, sin que ello sea óbice para que las medidas de promoción de las condiciones de competencia resulten compatibles con otras finalidades conexas, vinculadas a la realización de objetivos públicos, como resulta patente en el ámbito del servicio universal⁸⁴.

El mercado para las instancias comunitarias, en el marco de los servicios de interés económico general, carácter jurídico que ostentan las comunicaciones electrónicas, no sólo ha sido valorado como el instrumento principal para la realización de los intereses públicos presentes en este sector económico, sino que resulta tan profunda y profusamente defendido como tal que llega a adquirir carices o connotaciones de objetivo en sí mismo.

Sin querer entrar en la polémica acerca de si la Unión Europea constituye o no un proceso de integración jurídico/política fundado en razones que trascienden lo económico⁸⁵, lo cierto es que, en materia de comunicaciones electrónicas, el mercado ha sido y es en la actualidad el elemento material de las títulos competenciales de intervención comunitaria y el respeto de las condiciones de competencia efectiva en el mismo, su finalidad. Es más, la

núm. L 201 de 31 de julio de 2002, p. 37-59. EUROPA. Reglamento (CE) nº 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores. *Diario oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 364 de 9 de diciembre de 2004, p. 1-11.

⁸⁴ Ha de precisarse también que las políticas comunitarias definidas en el marco del impulso a la sociedad de la información, (el actual Plan i2010 presentado por la Comisión Europea en 2005) establecen tres líneas de acción específicas: la de consolidación del mercado de comunicaciones electrónicas, la promoción de la sociedad de la información y la extensión de sus beneficios a toda la sociedad. La normativa de comunicaciones electrónicas que se analiza claramente está incurso en la primera de estas tres líneas, de tal suerte que, si bien es cierto que comparte los objetivos generales, de corte social, de toda la estrategia, no lo es menos que se le ha encomendado un propósito específico cual es la salvaguardia del mercado.

⁸⁵ Debate que suele configurarse alrededor de la peyorativa calificación de la “Europa de los mercaderes” y cuya actualidad puede revisarse, entre otros, en los siguientes textos. SANCHEZ NAVARRO, Angel. “El debate sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa en Francia”. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 15, 2004, ps. 365-383. TAMBO ARIAS, Carlos. “Diez sugerencias para repensar críticamente la Unión Europea”. *Revista Interuniversitaria de formación del profesorado*, núm. 51, 2004, p. 107-126. ALBIEZ DOHRMANN, Klaus. “Mercado interior, contratos y Derecho de la Competencia”. *Revista de Derecho Constitucional*, En-Jn de 2006, p. 101-120. PEREZ AMOROS, Francisco. “De la Europa de los mercaderes a la Europa Social: Los aspectos sociales de la Constitución Europea de 2004”. *Revista Técnica laboral*, vol. 29, núm. 112, 2007, p. 255-281.

discusión, no menos exenta de conflictividad, acerca de si el régimen jurídico aplicable de forma preferente en el sector debía ser específico o general (para referirse al Derecho de la Competencia) aparentemente se ha zanjado o tiende, mejor, a favorecer al segundo frente al primero, de tal suerte que es, cuando menos, la ambición de las autoridades comunitarias, que el régimen jurídico de las comunicaciones electrónicas sea, o coincida en mayor medida, con las normas de competencia, cuyo objeto y finalidad, simplificando la cuestión, es la protección del mercado⁸⁶.

Ahora bien, el mercado que interesa o tiene relevancia jurídica para el Derecho comunitario de las comunicaciones electrónicas, resulta, como el resto de “mercados “ de cuya regulación se ocupa el Derecho, de difícil aprehensión, como bien jurídico, no sólo porque carece de entidad física, sino también porque se trata de una entequeia que proyecta sus efectos en la realidad en una dimensión material múltiple, relativa a la actividad (intercambio), al territorio dentro del cual ésta se lleva a cabo, y al objeto de la misma (el bien o servicio), otra dimensión temporal (originada por los análisis de tipo prospectivo) y una última subjetiva, referida a la condición de operador o usuario de comunicaciones electrónicas.

Bajo estos presupuestos puede intentarse como definición, la siguiente: el mercado europeo de las comunicaciones electrónicas consiste en el conjunto de intercambios económicos que tienen lugar entre los oferentes de bienes y servicios de comunicaciones electrónicas y sus demandantes (otros operadores o usuarios finales), dentro del territorio de la Unión, en

⁸⁶ CALVIÑO SANTAMARIA, Nadia. Regulación y competencia en telecomunicaciones: los nuevos retos derivados del marco comunitario. *ICE*, núm. 832, septiembre-octubre de 2006, p. 59-74. Esta autora analiza las bondades y desventajas de la confluencia, enfatizando en la atención que debe prestarse a lo que ella denomina los “conflictos sustantivos” entre autoridades: situaciones en las que un comportamiento está avalado por la regulación sectorial y, sin embargo, puede resultar contrario al derecho de competencia. Paradigmáticos son los casos de Deutsche Telecom (Decisión de la Comisión de 21 de mayo de 2003 en el Caso COMP/C-1/37451, 37578, 37579, relativo a la aplicación del artículo 82 del Tratado CE a Deutsche Telecom AG) y Telefónica, ambos por compresión de márgenes en servicios con precios regulados (Asunto COMP/38.784 - Wanadoo España contra Telefónica). Sobre la misma materia GONZALEZ GONZALEZ, Jeronimo. SANZ FERNANDEZ VEGA, Beatriz. *Nuevo marco regulatorio europeo en el sector de las telecomunicaciones: una regulación sectorial que introduce conceptos y principios de derecho de la competencia*. Madrid: Instituto de Estudios Europeos, 2002, 50p. BERTHIN, Daniel; GODART, F; JOLLE`S, Maya y NIHOUL, Paul. Sector-specific regulation in European electronic communications – meant to disappear?. *Info*, vol. 7, Iss: 1, 2004, p. 4 – 19; HOVENKAMP, Herbert. Antitrust and the regulatory enterprise. *Colum. Bus. L. Rev.* 335, issue 2, 2004, p. 335-379.

un plazo específico, que puede abarcar eventos pasados, presentes y hasta futuros (concretamente, aquellos que se analizan cuando se efectúan valoraciones de demandas potenciales, en el marco de las delimitaciones de los mercados por productos).

A partir de esta noción ha de procurarse delimitar, tanto la finalidad, como el alcance de la protección prodigada a tal bien jurídico, nominada, comúnmente, como salvaguardia de las condiciones de competencia efectiva. Para alcanzar estos propósitos se ha considerado conveniente revisar los objetivos de la protección en la doctrina comunitaria, para contrastarlos con las medidas concretas de salvaguardia, valoradas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

B. El alcance de la protección judicial comunitaria a las condiciones de competencia efectiva

En la sentencia del TJCE de 25 de octubre de 1977, asunto Metro/Saba, se indicó que la competencia no falseada a la que se refieren los artículos 3 y 81 del Tratado, implica la existencia en el mercado de una competencia efectiva, esto es, de la dosis de competencia necesaria para que ese respeten los objetivos y las exigencias fundamentales del Tratado y, en especial, la formación de un mercado único en condiciones semejantes a las de un mercado interior. Esta exigencia admite que la naturaleza y la intensidad de la competencia puedan variar en función de los productos los servicios de que se trate y de la estructura económica de los mercados sectoriales afectados⁸⁷.

Tras esta consideración inicial, que da lugar a pensar que se admite la existencia de competencia sin que la presión competitiva se ejerza desde la presencia de una pluralidad de oferentes, el Tribunal ha adoptado, entre otras, las siguientes decisiones, en las que se pone de relieve la importancia de la libertad de acceso y el trato igualitario en cuanto a las condiciones de explotación del servicio:

Al resolver una cuestión prejudicial planteada en torno a los efectos de la aplicación del principio de Oferta de Red Abierta a las líneas alquiladas, específicamente sobre los derechos de explotación de tales redes y servicios de forma especial o exclusiva, el Tribunal consideró *“de los objetivos que pretenden alcanzar, se desprende que los derechos exclusivos o especiales a los que se hace referencia deben entenderse, de manera general, como los derechos que las autoridades de un Estado miembro conceden a una empresa o a*

⁸⁷ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 25 de octubre de 1977, asunto Metro SB-Grossmarkte GMBH et Co. KG/Comisión, Asunto 26/76.

un número limitado de empresas, según criterios que no son objetivos, proporcionales y no discriminatorios, y que afectan sustancialmente a la capacidad de las demás empresas para establecer o explotar redes de telecomunicaciones o prestar servicios de telecomunicaciones en el mismo territorio, en condiciones sustancialmente equivalentes”.⁸⁸

Posteriormente, al analizar el incumplimiento de un Estado Miembro de las condiciones fijadas por los entes comunitarios en la Directiva 96/2 de 26 de enero para la liberalización de los servicios de comunicaciones móviles personales, el Tribunal afirmó *“La libre competencia en el mercado de las comunicaciones móviles y personales requiere que la posibilidad de acceder a este mercado sólo se vea restringida por exigencias esenciales y únicamente en relación con limitaciones de disponibilidad del espectro de frecuencias. Cuando el acceso se subordina a la obtención de una autorización, tal situación requiere que los interesados conozcan el procedimiento que han de seguir y los criterios que rigen el otorgamiento de dicha autorización. Por esta razón los artículos 2, párrafo segundo, y 3 bis de la Directiva 90/388 exigen a los Estados miembros el establecimiento de procedimientos públicos y transparentes de concesión de licencias, que se desarrollen según criterios objetivos y que carezcan de efectos discriminatorios”*.⁸⁹

Revisando la misma norma, con posterioridad advirtió *“Por lo que se refiere a la Directiva 96/2, es preciso recordar que tiene por objeto establecer un marco normativo que permita explotar el potencial de las comunicaciones móviles y personales, suprimiendo con la mayor brevedad todos los derechos exclusivos y especiales, eliminando, para los operadores de redes móviles, tanto las restricciones a la libertad de explotación y desarrollo de sus redes para ejercer las actividades previstas en sus licencias o autorizaciones como las distorsiones de la competencia, y permitiendo a dichos operadores controlar sus costes (véase la sentencia de 16 de octubre de 2001, Comisión/Grecia, asuntos acumulados C-396/99 y C-397/99, Rec. p. I-7577, apartado 25)”*⁹⁰, para atribuir el carácter de

⁸⁸ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 12 de diciembre de 1996. caso C 302/94. FJ34.

⁸⁹ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 16 de octubre de 2001. casos acumulados C 396/99 y C397/99. FJ27

⁹⁰ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 22 de mayo de 2003. Caso C 462/99. FJ 96.

distorsiva de la competencia, a una medida nacional consistente en la exoneración de la tasa por el uso de una frecuencia a una empresa pública dominante⁹¹.

En línea con lo anterior, en el caso C334/03, sentencia de 20 de octubre de 2005, se declaró que Portugal había incumplido la Directiva 96/19, al otorgar un trato discriminatorio a las empresas diferentes a la pública dominante, con respecto al cobro de tasas por el uso del dominio público viario *“Como se desprende del vigésimo tercer considerando de la Directiva 96/19, si los Estados miembros no concedieran a los nuevos operadores autorizados los mismos derechos y privilegios legales para instalar sus redes en terrenos públicos y privados que aquellos de los que se benefician los organismos históricos de telecomunicaciones, el despliegue de las redes de dichos nuevos operadores se retrasaría, lo que equivaldría en determinados ámbitos a mantener de facto derechos exclusivos en favor de los citados organismos”*⁹².

De forma más contundente, al responder una cuestión prejudicial sobre la exoneración del pago de tasas por el uso de recursos de numeración al operador dominante en Alemania, el Tribunal contestó: *“39. A este respecto, es necesario recordar que un sistema de competencia no falseada tan sólo será posible si se garantiza la igualdad de oportunidades entre los diferentes agentes económicos (véase la sentencia de 22 de mayo de 2003, Connect Austria, C-462/99, Rec. p. I-5197, apartado 83). (...)*

*45. En lugar de facilitar de manera significativa la entrada en el mercado de nuevos operadores, como indica el quinto considerando de la Directiva 97/13 (véase la sentencia Albacom e Infostrada, antes citada, apartado 35), atenuando las disparidades competitivas entre la empresa en posición dominante y los nuevos operadores en el mercado de las telecomunicaciones, una normativa como aquella de que se trata en el procedimiento principal tiene el efecto de mantener dichas disparidades. Constituye un obstáculo a la entrada de éstos en el citado mercado y, por consiguiente, frena el desarrollo de la competencia y la promoción de servicios innovadores, al contrario de lo que exige el tercer requisito establecido en el artículo 11, apartado 2, de la Directiva 97/13”*⁹³.

⁹¹ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 22 de mayo de 2003. Caso C 462/99.FJ 87.

⁹² TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 20 de octubre de 2005. Caso C334/03. FJ29.

⁹³ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 20 de octubre de 2005. casos acumulados 327/03 y 328/03.

Al revisar la validez del cobro anticipado de gastos de gestión administrativa de habilitaciones, el Tribunal advirtió “*A fin de evaluar el grado de claridad del artículo 11, apartado 1, de la Directiva 97/13 y de apreciar el carácter manifiesto o no de la incompatibilidad del Derecho nacional con dicho artículo, es preciso tener en cuenta los objetivos de la citada Directiva, la cual forma parte de las medidas adoptadas para la liberalización total de los servicios y de las infraestructuras de telecomunicaciones y su objetivo es facilitar la entrada en el mercado de nuevos operadores (en este sentido, véase la sentencia Albacom e Infostrada, antes citada, apartado 35). A este respecto, la imposición de un canon de muy elevada cuantía que cubre una estimación de los gastos generales sobre un período de 30 años puede obstaculizar gravemente la competencia (...)*”.⁹⁴

Como se infiere de lo anteriormente expuesto, el Tribunal entiende que cuando los operadores pueden libremente ingresar al mercado o, en casos debidamente justificados (como por ejemplo, las limitaciones para el acceso derivadas de la escasez de los recursos) se enfrentan a restricciones al ingreso⁹⁵, que en cualquier evento son iguales, o tienen los

⁹⁴ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Casos acumulados C 392/04 y C422/04. FJ70

⁹⁵ Un planteamiento muy interesante alrededor de las restricciones de ingreso a los mercados, aparece formulado en el artículo de D. L. PAREJO, a propósito de la Directiva Bolkeinsten. Señala el profesor PAREJO la diferencia entre los “obstáculos en general”, derivados de cualquier regulación sustantiva del ejercicio del derecho a la prestación de servicios, que constituye una competencia exclusiva de los Estados Miembros ya que la Unión carece de habilitación para la formulación de una política económica propia, de los “obstáculos a la libre prestación intracomunitaria” que son los únicos que prohíbe en sentido estricto el TCE por su efecto proteccionista discriminatorio. Tal distinción resulta de gran interés para este trabajo si se tiene en cuenta que, desde la perspectiva de la salvaguardia del mercado interior, todo el régimen habilitatorio se aprecia simplemente como una barrera de ingreso cuya eliminación es un objetivo connatural a un proceso liberalizador o de creación de mercado; entendido así, no hay necesidad de agotar la segunda fase del análisis, propuesta por el doctrinante, tendente a determinar su carácter discriminatorio, aún cuando, como bien se explica en el artículo, es este atributo el que, en últimas, justifica su descalificación jurídica. En otras palabras, no puede hablarse de que el régimen comunitario proscriba todo sistema habilitatorio en aras de la consolidación del mercado interior, ni siquiera, según lo reseña el profesor Parejo, que pueda considerarse una excepción dentro del sistema, sino que, respetuosa de la competencia para la definición de la política económica de los Estados, la Unión sólo persigue aquellas restricciones que conduzcan a la discriminación. Entre nacionales y extranjeros. Siendo que, como se analizará en los capítulos subsiguientes de este escrito, el régimen habilitatorio no sólo está ligado a la realización de los objetivos de plena competencia, ámbito dentro del cual tampoco debe proscribirse sin más, tal y como se ha explicado, sino que se incardina como una pieza dentro del sistema

mismos efectos para todos y pueden permanecer en él y desarrollar su actividad económica (la explotación de las redes o la prestación de los servicios) en condiciones sustancialmente equivalentes, esto es, sin que los poderes públicos otorguen un trato de preferencia de unas frentes a las otras y obligando a los operadores incumbentes a otorgar un trato no discriminatorio, así como a poner a disposición de los terceros infraestructuras que se consideran necesarias para competir, se está en presencia de un mercado en competencia efectiva.

Teniendo en cuenta que, de acuerdo con lo señalado previamente, las claves de la competencia no falseada se hallan en la pluralidad de oferentes y la igualdad de oportunidades, ha de concluirse que la traducción jurídica del modelo económico de la competencia efectiva, que alimenta la técnica regulatoria europea y aparece positivizado, consiste en el respeto del ejercicio del haz de facultades que integran el derecho a la libertad de empresa, con observancia del principio de no discriminación, en dos planos diferentes: por un lado, el de la intervención de las autoridades y, por otro, el de la actuación del operador dominante, con miras a lograr que ningún operador sea colocado en posición ventajosa frente a los demás por el ordenamiento o la Administración, o esté en capacidad de incidir sobre el nivel de precios o el volumen de la oferta de manera diferente a como lo hacen el resto de los agentes.

En relación con el derecho a la libertad de empresa ha dicho el Tribunal *“Acto seguido, debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia, el libre ejercicio de una actividad profesional, al igual que el derecho de propiedad, forma parte de los principios generales del Derecho comunitario. No obstante, estos principios no constituyen prerrogativas absolutas, sino que deben tomarse en consideración en relación con su función en la sociedad. Por consiguiente, pueden imponerse restricciones al libre ejercicio de una actividad profesional, así como al derecho de propiedad, siempre y cuando estas restricciones respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad Europea y no constituyan, habida cuenta del objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos así*

de ordenación económica de una actividad, cumpliendo, en este marco, las misiones que le han sido encomendadas, su valoración a la luz de la normativa comunitaria, debe acompañarse, necesariamente, de la obertura del ángulo de examen que supone su consideración como simple barrera de ingreso. PAREJO ALFONSO, Luciano. La Directiva Bolkenstein y la ley paraguas ¿legítima el fin cualesquiera medios para la reconversión del Estado autoritativo?”. *Revista española de derecho europeo*, núm. 32, 2009 , págs. 431-467

garantizados (véase, especialmente, la sentencia de 17 de octubre de 1995, Fishermen's Organisations y otros, C-44/94, Rec. p. I-3115, apartado 55)”.⁹⁶

Justamente, una prueba adicional de la relevancia del mercado como bien jurídico dentro de la Unión la constituye la calificación jurídica privilegiada que ostenta el derecho a la libertad de empresa dentro del ordenamiento comunitario (principio general), la cual no obsta para que, en condiciones equiparables a las que se advierten dentro del marco jurídico nacional, como se analizará más adelante, tal ejercicio se conciba como condicionado o modulado por la normativa, siempre que exista una justificación en el interés general de la Unión y la limitación soporte un juicio de racionalidad y proporcionalidad.

De otra parte, resulta importante destacar que desde la perspectiva de la relación entre el ordenamiento/Administración y el ciudadano, la observancia del principio de no discriminación en el ámbito de la normativa europea de las comunicaciones electrónicas tiene las mismas connotaciones que en el resto de los ámbitos sociales (ni las normas, ni las actuaciones administrativas pueden crear ventajas o desventajas de unos agentes frente a los demás), al tiempo que la cualificación del sujeto activo de la infracción al deber de no discriminación sí que requiere una explicación adicional: para el Derecho de las comunicaciones electrónicas tiene relevancia preponderante el comportamiento discriminatorio de un operador dominante porque éste incide o tiene la potencialidad de influir sobre el proceso de formación de precios o sobre la cantidad o calidad de los bienes o servicios ofrecidos, es decir, afecta la neutralidad del proceso derivado del conjunto de intercambios económicos.

A su vez, la importancia del atributo de neutralidad puede explicarse, o bien desde el punto de vista de los objetivos económicos de la política de competencia, como una forma de evitar las ineficiencias asignativas y productivas que el poder de mercado suscitan, en el marco de sus análisis estáticos de competencia estructural, o bien reconociendo que tal política, de la que es heredera la de comunicaciones electrónicas, sigue otorgando un sitio de honor a la descentralización económica como justificante de su existencia: el Derecho de

⁹⁶ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 28 de abril de 1998. Caso C 200/1996 FJ21. En el mismo sentido TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. (Sala Segunda) Sentencia de de 22 de mayo de 2007. Caso T 1216/05 FJ 87. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (Sala Tercera) Sentencia de 11 de septiembre de 2002. Caso T 13/99 FJ457. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. (Sala Quinta) Sentencia de 29 de enero de 1998. FJ 74.

la competencia pretende evitar que un sujeto adquiera tal control sobre un mercado específico que, *mutatis mutandis*, pueda comportarse como el propio Estado, fijando precios, o nivel de cantidades óptimos para sus intereses.

Se concluye entonces que la protección prodigada al mercado, comporta, de una parte, la aplicación estricta de los cánones de racionalidad y proporcionalidad sobre cualquier restricción que pretenda imponerse al ingreso, salida o permanencia en el mercado y, de otra, la proscripción de los actos contrarios al principio de no discriminación, en los planos antes enunciados, teniendo en cuenta que su contenido ha sido definido por el Tribunal de Justicia, en términos similares a los de la jurisprudencia nacional, así: “*Según reiterada jurisprudencia, el principio de igualdad de trato o de no discriminación exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que este trato esté justificado objetivamente*”⁹⁷.

III. LA NOCIÓN COMPETENCIA EFECTIVA EN ESPAÑA

Conforme lo previsto en el art. 3.a) de la LGT, uno de los objetivos de este cuerpo normativo es garantizar la competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones, velando porque no exista falseamiento ni restricción de la competencia en la explotación de redes o en la prestación de los servicios. Siguiendo la estructura argumentativa empleada en los apartados precedentes de este trabajo, cabe señalar que tal finalidad comporta como propósito la búsqueda de la eficiencia asignativa y dinámica, en el marco de una competencia definida de manera estructural. Empero, la competencia y el mercado a los que alude la legislación española, no necesariamente son los mismos a los que se refiere la Europa, dada la diversidad de funciones que estas instituciones atienden en los dos sistemas jurídicos.

⁹⁷ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. (Gran Sala) Sentencia de 10 de enero de 2006. Caso C344/04. The Queen a instancia del Internacional Air Transporte Association y Europa Low Fare Airlines Association contra Departamento de Transporte. FJ95. En el mismo sentido, TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 23 de noviembre de 1999. caso C149/96. República Portuguesa contra Consejo. FJ89. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. (sala sexta) Sentencia de 19 de noviembre de 1998, Reino Unido e Irlanda del norte contra el Consejo. Caso C 150/94, FJ97. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. (Gran Sala) Sentencia de 14 de diciembre de 2004. Caso C210/03. The Queen a instancia de Swedish Match AB y Swedish Match UK contra el Departamento de Salud. FJ70.

Así, mientras que el mercado es un valor en sí mismo, dentro del ordenamiento comunitario, en el ámbito nacional tal institución tiene una relevancia instrumental, como se explica a continuación:

A. El mercado y la competencia en la Constitución Española.

Siguiendo al profesor ARIÑO⁹⁸, la Constitución económica española tiene un carácter abierto toda vez que consagra principios aparentemente contrapuestos⁹⁹, que pueden articularse de formas múltiples, según las concepciones políticas imperantes¹⁰⁰. A juicio de este doctrinante, el modelo consagrado constitucionalmente corresponde a lo que se conoce como una “Economía Social de Mercado”¹⁰¹, sistema que gravita entre los dos

⁹⁸ ARIÑO, Gaspar. Constitución Económica. En: *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*. 3 ed. Granada: Comares, 2004, p. 125-161.

⁹⁹ ARIÑO; 2004, p. 125

¹⁰⁰ MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. *Derecho Administrativo Económico I*. Madrid: La ley. 1988-1991. p.81 dice que “la indeterminación de las cláusulas económicas, habitual en todos los textos constitucionales, es exigencia requerida para la actualización democrática del sistema”.

¹⁰¹ MARTÍN RETORTILLO indica que si bien un sector de la doctrina no está de acuerdo con esta postura, entre otras razones, porque la propia noción fue rechazada por los constituyentes, no cabe duda de que en efecto es aplicable al sistema español, porque la economía de mercado prevista en el artículo 38 hay que encuadrarla en el contexto del Estado Social de Derecho del artículo 1. Se trata de una formulación elaborada por los demócratas-cristianos alemanes en la década de los cuarenta, a la que progresivamente se fueron alineando otras fuerzas políticas, ya que admite, dada su amplitud, tanto medidas intervencionistas orientadas a asegurar el funcionamiento del mercado depurándolo de factores obstaculizadores, como medidas armonizadoras (que no canceladoras) del principio del mercado en equilibrio con las mejoras sociales. MARTIN RETORTILLO. *Derecho Administrativo Económico I*. p. 83. Por su parte, Ramón MARTÍN MATEO considera que la Constitución española se decanta por un modelo de economía social de mercado, que implica, de forma vinculante para los poderes públicos, no sólo el respeto de las conductas y situaciones jurídico-privadas que ajusten al mismo, sino el mandato activo a los responsables del Estado de alcanzar los objetivos fijados en la CE. MARTIN MATEO, Ramón. Caracteres de la Intervención Pública. En: *El marco público de la Economía de Mercado*. Madrid: Editorial Trivium, S.A. p. 71-89. Reiterando su posición en Liberalización de la Economía. En: *Liberalización de la economía: más Estado, menos Administración*. Madrid: Trivium, 1988. P. 107 -109. En sentido contrario, CORREA HENAO, Magdalena. quien manifiesta que esta noción fue acuñada por la Escuela de Friburgo u ordoliberalista en la que se propugnaba porque la intervención del Estado se contrajera a la garantía de las condiciones para ejercitar la libre competencia, de tal suerte que cualquier intervención respetara el mecanismo de los precios y evitara el desplazamiento de la dirección de la economía hacia el poder público. CORREA HENAO, Magdalena. *Libertad de Empresa en el Estado Social*. Colombia: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2008, p. 245. En el mismo sentido, OSCAR DE JUAN ASENJO, quien señala la incorrección del empleo del término en España y releva su origen, que también sitúa en la Escuela de Friburgo,

extremos liberal (abstencionismo público) o socialista (economía dirigida) y que, como mínimo, admite dos interpretaciones: a) No es una solución ecléctica entre los sistemas radicales, sino que se fundamenta en una economía de mercado que admite ciertas intervenciones del Estado complementarias y compatibles con aquella, que persiguen la consolidación y conservación de una red de seguridad que garantice una mínima cobertura de servicios.

caracterizándolo así: El sector público asume una función ordenadora, concretada básicamente a la defensa de la competencia y a la estabilidad económica; por el contrario, no estaría autorizada a entrometerse en la dirección del proceso económico, lo cual no obsta para que pueda llevar a cabo una política de corrección social. Toda actividad económica pública se rige por los principios de subsidiariedad, independencia institucional y conformidad con el mercado, éste último referido a la atribución de la función de dirección económica al parámetro precios (p.66); por el contrario, el término se empleó en España para designar un sistema incardinado en torno a dos ejes: por una lado estarían los principios del Título I que configuran un sistema de mercado capitalista, fundamentado en la propiedad privada de los medios de producción, impulsado por la iniciativa privada y coordinado por el mercado. A la vez, este sistema se halla socialmente orientado, en el sentido de que las libertades económicas conllevan una función social intrínseca y el sector público complementa la iniciativa individual llenando las lagunas sociales que ésta deja sin cubrir o corrigiendo sus deficiencias más ostensibles (p.64). DE JUAN ASENJO, Oscar. *La Constitución Económica Española*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

Sobre los modelos económicos puede consultarse. STOLBER, Rolf. Sistemas económicos. En: *Derecho Administrativo económico*. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas, 1992, p. 50 -55. Por su parte, ENTRENA CUESTA, siguiendo a GARCIA ECHEVARRIA, señala las siguientes características de la economía social de mercado: a) El mercado es el mecanismo de coordinación de las decisiones descentralizadas, por lo que debe asegurarse su funcionamiento; b) Debe garantizarse la libertad de acceso y la estabilidad monetaria; c) La política económica debe ser constante para reducir el riesgo de los agentes; d) Se garantiza la propiedad privada y la libertad contractual. El Estado debe garantizar: 1) La capacidad de la competencia en el mercado para que funcione como mecanismo de control de los monopolios y oligopolios, evitando o reduciendo la concentración del poder en el mercado, ordenando, completando y fomentando la competencia; 2) En el proceso de distribución ha de intervenir para corregir los resultados del mercado, mediante una política de rentas y patrimonio; 3) Sus actuaciones han de ser coyunturales para dar constancia a los procesos; 4) Interviene en actuaciones estructurales en las actividades que no pueda acometer el sector privado por su riesgo indefinido o larga duración; 5) Realiza una política social que asegure las prestaciones necesarias para los individuos cuyas necesidades no hayan sido satisfechas por el mercado. Todas estas medidas deben ser conformes con el mercado y no sustitutivas del mismo. ENTRENA CUESTA, Ramón. La libertad de empresa. En: GARRIDO FALLA, F (coord.) *El modelo económico en la Constitución Española*, Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1981, p. 15-67.

b) Es una combinación asistemática de los dos sistemas, que opera sin seguir un orden jerárquico de regla general y excepción.

Inclinándose por la alternativa A, el profesor Ariño explica su posición desde la siguiente tabla:

Columna 1	Columna 2
Derecho a la propiedad y libre transmisión de la misma (CE; art. 33.1)	Función social de la propiedad y subordinación de la riqueza al interés general (CE; art. 33 y 128.1)
Libertad de elección y emprendimiento de profesión y oficio (CE; art. 35.1 y 38)	Iniciativa pública y reserva al sector público (CE; art. 128.2)
Economía de mercado y defensa de la competencia (CE; art. 38)	Planificación de la actividad económica, modernización y desarrollo de los sectores económicos y redistribución de la renta (CE; art. 130 y 131)
Libertad de crear y gestionar autónomamente empresas (CE; art. 38)	Subordinación de la actividad empresarial privada a las exigencias de la economía general. Intervención de empresas cuando lo exija el interés general: participación de los trabajadores en la empresa en sus diversas formas (CE; art. 38 in fine; arts. 128.1 y 128.2 in fine)
Derecho a la negociación colectiva y defensa de la productividad (CE; arts. 37 y 38)	Derecho de huelga (CE; art. 37.2)
Libertad de comercio e industria, libre circulación de personas y bienes (CE; art. 38 y 139).	Defensa y protección de los consumidores; régimen de autorización de los productos comerciales (CE; art. 51).

A juicio del profesor ARIÑO, la columna 1 postula las reglas generales y la columna 2 las excepciones, que señalan los lineamientos para efectuar las correcciones que necesite el mercado, con miras a satisfacer las necesidades sociales. Confirma, a su entender, esta postulación, el hecho de que la CE exige en cada caso una ley para las “grandes rupturas del modelo” (nacionalización, planificación, intervención de empresas), de modo tal que el modelo económico queda sujeto a la dirección política ejercida por el poder legislativo quien encuentra limitada su capacidad de acción en el respeto al contenido esencial de los derechos económicos fundamentales.

Los principios contenidos en la columna 1 priman sobre los contenidos del Título VII (Economía y Hacienda; art. 128 y ss) y sobre los principios rectores de la política económica y social (Título I, Cap. III), porque se trata de derechos y libertades directamente alegables ante los tribunales ordinarios, que vinculan a los poderes públicos, su regulación está sometida a reserva legal (CE; art. 53.1) y reciben la protección del

Tribunal Constitucional en el evento que una norma infrinja su contenido esencial [CE; art. 161.1.a)].

A los fines de este trabajo, la postura asumida por este autor se considerarán como las más representativa de la comprensión del sistema económico definido en la Constitución Española como caracterizado por el reconocimiento de la preeminencia de la iniciativa privada sobre la pública, bajo el entendido de que el mercado es un eficiente asignador de recursos y, en consecuencia, sólo procede la asignación a los poderes públicos de funciones de complementación y garantía del funcionamiento cabal del mercado. Sobre esta premisa construye la teoría de que el Estado sólo interviene para solventar los fallos de mercado, garantizar las condiciones de competencia y atender las necesidades colectivas que éste, por sí solo, es incapaz de solventar. El mercado se erige como el instrumento al que el constituyente le confía la misión de alcanzar los propósitos superiores de mejora de las condiciones de vida los ciudadanos, quedando relegado el Estado a un papel meramente complementario y subsidiario¹⁰².

Como posición intermedia, se trae a colación la asumida por el profesor S. MUÑOZ MACHADO¹⁰³ quien señala que la iniciativa pública en materia económica, tras la Constitución de 1978, no puede considerarse subsidiaria respecto de la iniciativa privada¹⁰⁴. Sin embargo entiende que la libertad de empresa se ha visto fortalecida por el nuevo régimen constitucional, toda vez que el ejercicio de las potestades públicas de creación de empresas se sujeta a la economía de mercado, de forma tal que, verbigracia, las empresas

¹⁰² En el mismo sentido, (ENTRENA CUESTA; 1981, p.128) quien indica que el modelo de economía de mercado está basado en la libre empresa, cualesquiera sean los condicionamientos con que el modelo vaya enderezado. No se trata de un modelo mixto sino de economía social de mercado, que no es una forma intermedia entre el capitalismo y el socialismo, sino la integración de un sistema de competencia económica con el progreso social (p. 131). En el mismo sentido. AAVV. La Constitución Económica Española de 1978. En: *XIV Jornadas de Estudio. El sistema económico en la Constitución Española*. Vol. I, Madrid: Ministerio de Justicia, 1994, p. 33-69. En contra DE LA QUADRA SALCEDO, Tomás. Estado y mercado en un mundo global. *Cuadernos de Derecho Público*, No. 25. 2005.p. 55-107.

¹⁰³ MUÑOZ MACHADO. Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y del Derecho Público en General I*: Capítulo IV La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al derecho (p.876-1020) y Cap. V Las funciones públicas en el Estado Social y en el marco económico de la libre competencia (1021-1257). 2ª ed. Madrid: lustel. 2006. p. 1065. Postura que había sido defendida previamente por el mismo autor en: MUÑOZ MACHADO; Los Límites constitucionales a la Libertad de Empresa; p. 142

¹⁰⁴ En el mismo sentido DE JUAN ASENJO; p. 95. GARRIDO FALLA. El modelo económico. p. 67.

públicas y privadas han de competir en igualdad de condiciones y resulta imperativo que sectores antes controlados total o preferentemente por operadores públicos se privaticen, en orden a la consolidación de un mercado competitivo. En un sentido similar puede apreciarse la postura del profesor MARTINEZ LÓPEZ MUÑIZ quien al referirse a las exigencias constitucionales que pesan sobre el ejercicio, por parte del legislador, de la facultad de reservarse actividades y bienes, indica que la *publicatio* es algo excepcional, que necesita una cualificada justificación y por lo tanto ha de aplicarse restrictivamente, de forma tal que sólo está permitida cuando “*viene requerida por un interés general más importante que el implicado en la máxima posibilidad de expansión del derecho a la propiedad y la libertad de empresa o de trabajo, que no podría ser debidamente satisfecho con medidas menos restrictivas de estos derechos y libertades constitucionales*”.¹⁰⁵

Como representantes de posturas alternativas, se han elegido a los profesores Sebastián Martín-Retortillo, Luciano Parejo Alfonso, Tomás de la Quadra Salcedo y Luis Arroyo Jiménez.

S. MARTIN RETORTILLO¹⁰⁶ comentando al profesor Ariño entiende que la aplicación de este canon interpretativo de “regla general y excepción”¹⁰⁷ haría inviable cualquier tipo de actuación de la Administración económica, desconociendo que los poderes públicos están habilitados para modular el ejercicio de este derecho (conforme lo establecen CE; art. 10.1 y CC; art. 1.255) por tres razones concretas: a) el marco de la economía del mercado no excluye la actuación de los poderes públicos en el ámbito económico, por el contrario, permite y, hasta en algunas ocasiones, impone la actuación de los poderes públicos en el marco económico, entre otras cosas, para garantizar la libre competencia o realizar

¹⁰⁵ MARTINEZ LOPEZ MUÑIZ, José Luis. La *publicatio* de recursos y servicios. En COSCULLUELA MONTANER, Luis (coord.) *Estudios de Derecho Público Económico: Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Sebastián Martín Retortillo*. Madrid: Civitas, 2003 P. 707

¹⁰⁶ MARTIN RETORTILLO BAQUER, S. *Derecho Administrativo Económico*. P. 88

¹⁰⁷ Si bien ha de advertirse que la lleva hasta el extremo de la abstención.

determinadas prestaciones que resulta obligado asegurar¹⁰⁸ y que no pueden garantizarse por el mecanismo del mercado; b) el propio artículo 38 habilita la actuación de los poderes públicos al sujetar el ejercicio a las exigencias de la economía nacional y de la planificación y c) la interpretación sistemática de la CE obliga a considerar la viabilidad de la intervención. Asimismo afirma que la explicación dada por el profesor ARIÑO acerca de la relación entre los artículos 38 y 128 superiores, no es jurídicamente convincente “*por la razón elemental de que no es posible establecer jerarquía, ni ningún tipo de relación axiológica entre las normas*”¹⁰⁹.

Concluye su argumentación indicando¹¹⁰ que cualquier opción de sistema económico en España pivota, entre otros, en el principio de concurrencia de la iniciativa pública y privada (CE; art. 128): en la norma superior existe una habilitación explícita para que exista la iniciativa pública en la actividad económica, de tal suerte que no hay sectores económicos que estén vedados a dicha iniciativa, ni hay prelación entre las iniciativas (son dos categorías heterogéneas: de una parte, el reconocimiento de un derecho público subjetivo y de otra la habilitación para la actuación económica del sector público¹¹¹). La participación privada, consagrada en el art. 38 superior y la pública, prevista en el art. 128 CE han de situarse en un régimen jurídico de rigurosa paridad que se deduce de la necesidad de que

¹⁰⁸ En este sentido, MUÑOZ MACHADO ha precisado, contrastando la Constitución española con la Alemana, que puede hacerse una diferenciación entre los servicios de autoridad y los de gestión (prestaciones o económicos), para centrar el núcleo irreductible de los servicios no privatizables en los primeros y en aquellos que han sido definidos constitucionalmente como sometidos a un régimen público, tales como, la seguridad social. Para el resto de servicios que no están vinculados a funciones de autoridad, el interés de organizarlos para satisfacer necesidades colectivas, se protege con técnicas como el servicio universal. (p. 1076 y 1077).

¹⁰⁹ MARTIN RETORTILLO, Sebastián. *Derecho Administrativo económico*. Madrid: La ley, 1988. P. 99. En el mismo sentido puede analizarse la postura de Luis Arroyo quien al considerar si es posible o no plantear una relación de preferencia *prima facie* entre la libertad de empresa y algunas manifestaciones del Estado Social de Derecho, como ocurre en los modelos de Estado de Derecho, en los que se afirma, de forma generalizada, la vigencia de la máxima *indubio pro libertate*, concluye que en la CE no opera tal fenómeno. ARROYO. Luis. *Libre empresa y títulos habilitantes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 256.

¹¹⁰ MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S; p. 95 y ss

¹¹¹ MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S; p. 155. En el mismo sentido. COSCULLUELA MONTANER, Luis (coord.) *Estudios de Derecho Público Económico: Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Sebastián Martín Retortillo*. Madrid: Civitas, 2003, p. 121.

coexistan dentro de una economía de mercado y por la observancia del Tratado de Roma¹¹².

Por su parte, el profesor PAREJO¹¹³ manifiesta que la denominada Constitución Económica no puede ser interpretada como un conjunto normativo autónomo, sino que ha de comprenderse dentro del sistema que constituye la Constitución, presidido por valores y notas caracterizadoras del Estado¹¹⁴. A su juicio, en la Constitución económica pueden distinguirse tres grupos normativos: El primero, traza las líneas estructurantes del sistema (arts. 7, 33, 35, 37, 38, 128 y 131 CE) y está integrado por normas que, de una parte, pueden poner en evidencia una aparente contraposición de principios (Vg. Libertad de empresa vrs planificación) y, de otra, tienen un contenido heterogéneo, en el que coexisten (a) principios estructurantes del orden constitucional, (b) derechos fundamentales complejos, por tener una vertiente subjetiva y otra institucional y (c) principios materiales, así como, reglas de organización de los poderes públicos.

¹¹² DE JUAN ASENJO, controvierte la prevalencia del artículo 38 sobre el 128.2, planteada por el profesor Ariño, señalando que la libertad de empresa no es un derecho fundamental, toda vez que no goza de la garantía de amparo prevista en el artículo 53.2 CE y si bien constituye un derecho básico del ciudadano, que como tal vincula a los poderes públicos (CE, art. 53.1) eso no le atribuye mayor preponderancia que al resto de derechos. DE JUAN ASENJO, Oscar. *La Constitución Económica Española*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 97. Sobre las posiciones adoptadas por la doctrina sobre el tema de la subsidiariedad, el autor trae a colación, entre otros, a los siguientes autores: A favor, T. R. FERNANDEZ “*Reflexiones sobre la empresa pública española*”. LOPEZ GUERRA. “*Las dimensiones del estado social de Derecho*”, MUÑOZ MACHADO. “*La distribución de las competencias económicas entre el poder central y las autonomías territoriales (...)*”. TAMAMES. “*Introducción a la Constitución Española*”. En contra, ENTRENA CUESTA. “*La libertad de empresa*”. BAENA. “*La ordenación del mercado interior*”. ARIÑO. “*La empresa pública*”. MARTINEZ LOPEZ MUÑIZ. “*Poderes de ordenación económica (...)*”:

¹¹³ PAREJO ALFONSO, Luciano. El sistema económico en el ordenamiento español. *Revista de Derecho Público*. núm. 37. Editorial Jurídica Venezolana. 1989. p. 39-52. En el mismo sentido, PAREJO ALFONSO, Luciano. *Manual de Derecho Administrativo: Instituciones generales: Bases, Fuentes, organización y sujetos, actividad y control*. Barcelona: Ariel Derecho, 2003, p. 78 y ss.

¹¹⁴ Sobre el origen de la fórmula Estado Social y democrático de Derecho, ver DE LA QUADRA. Estado y mercado. P. 67-70. El Estado democrático debía hacer suya la tarea, no tanto de que los órganos del Estado sean democráticos, como que la sociedad de la que todo surge sea, ella misma, y como tal sociedad, democrática (...). Los medios propios del Estado democrático [así entendido] se complementaban y reforzaban con los medios o instrumentos social, puesto que las prestaciones [que le son características, educación, seguridad social] creaban las condiciones de una sociedad más libre, más igualitaria y democrática (p.69).

El segundo, está conformado por preceptos que son homogéneos en cuanto a su contenido, todos están estructurados bajo el título de principios rectores de la política social y económica, en los que se señalan disfunciones no deseadas en el sistema económico (Vg. Aseguramiento del uso racional de los recursos naturales, promoción de las condiciones de acceso a una vivienda digna, entre otros).

El tercer bloque está configurado a partir de habilitaciones y mandatos positivos a los poderes públicos, en orden a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo sean reales y efectivas, así como a remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y a facilitar la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Estos bloques normativos deben interpretarse de forma sistemática, tomando en consideración las siguientes claves interpretativas:

a) Tanto las notas caracterizadoras del Estado (derecho, social y democrático -CE; art. 1.1), como los valores superiores (libertad, justicia, igualdad y pluralismo político -CE; art. 1.1) presentan una relación de preeminencia o supraordenación (que no es equiparable a la de jerarquía) sobre los derechos fundamentales y los principios constitucionales.

b) Los derechos fundamentales constituyen un sistema de valores de especial preeminencia dentro del ordenamiento, tal y como lo dispone el artículo 10.1 CE, en reconocimiento de la estrecha vinculación entre éstos y el respeto a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad.

c) Los principios del artículo 9 constituyen una manifestación concreta del sistema de valores y están vinculados a las notas caracterizadoras del Estado: los mandatos contenidos en el artículo 9.3 están relacionados con el carácter social y la igualdad, así como, los principios consagrados en el artículo 9.2 están vinculados con el atributo de “derecho” y la libertad.

d) En el juego recíproco de los principios de Estado de Derecho¹¹⁵ y Estado Social, la primacía corresponde al primero si se trata del entorno inmediato de la dignidad de la

¹¹⁵ STOLBER señala como manifestaciones de esta nota caracterizadora, en el ámbito del derecho administrativo económico: la legalidad de la Administración económica, la validez o corrección de la seguridad jurídica en relación con la actuación administrativa económica, certeza de las medidas económico-administrativas, proporcionalidad. STOLBER, Rolf. *Sistemas económicos*. En: *Derecho Administrativo económico*. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas, 1992, P. 84-92

persona y el libre desarrollo de la personalidad, lo que se traduce en una mayor resistencia del orden social a la acción conformadora del poder público; a *contrario sensu*, la acción interventora de los poderes públicos se despliega de forma más contundente, en los ámbitos menos próximos a dichos valores, enmarcados constitucionalmente bajo el título de los principios rectores de la política económica y social. En el plano medio se ubican los derechos constitucionales, no fundamentales, tales como, la libertad de empresa, en los que el intérprete ha de atenerse al orden constitucional material¹¹⁶.

e) Los artículos 38, 128 y 131 están conectados sistemáticamente, de forma tal que, por las exigencias de la economía general han de tenerse: (i) el principio de subordinación al interés general de toda la riqueza del país, sea cual fuere su forma y titularidad; (ii) la reserva legal de recursos o servicios esenciales; (iii) el reconocimiento de la iniciativa pública.

Por una interpretación sistemática de la Constitución que resuelva la aparente contraposición de las normas integrantes de la Constitución Económica, aboga también el profesor DE LA QUADRA SALCEDO quien señala que la tensión entre la libertad de empresa y la intervención pública, no puede resolverse extrayendo alguna preeminencia del artículo 38 de la CE, no sólo porque en su propia consagración ya se halla limitado, sino porque la intervención estatal puede exhibir títulos que la conectan también con libertades públicas y derechos fundamentales¹¹⁷. al menos, de dimensión prestacional, ubicados en el capítulo II del Título I, pero también con los del Capítulo II del mismo Título. La garantía y promoción de la igualdad real y efectiva, que constituye la razón de ser del Estado Social y democrático de Derecho, explica no sólo las políticas de gasto redistributivas, sino también la asunción, por el Estado, de obligaciones públicas que impliquen prestación o su imposición a otras empresas: *“Se trata en definitiva de que si la dignidad de la persona humana y los derechos que le son inherentes son el fundamento del orden político y de la paz social como afirma el artículo 10 de la Constitución, entonces el mandato del artículo 9.2 y los instrumentos que a su servicio ha puesto el título VII de la Constitución, no se han configurado en obsequio del poder – de un poder insaciable y deseoso de cada vez más presencia en la vida pública – sino en obsequio de unas mujeres y*

¹¹⁶ Ver las similitudes de este raciocinio con el expresado por PROSSER en la nota 73 supra.

¹¹⁷ DE LA QUADRA; Estado y mercado, p. 61

hombres a la altura de la dignidad que se merecen y, en definitiva y por eso mismo, en obsequio de la paz social.¹¹⁸

LUIS ARROYO JIMÉNEZ¹¹⁹, por su parte, coincide con S. MARTÍN RETORTILLO en cuanto que la Constitución económica no es neutral¹²⁰ porque actúa como límite al ejercicio de los poderes públicos, pero tampoco es unívoca, porque admite tantas opciones como el ejercicio del pluralismo político y del Estado democrático demanden. A juicio de este autor, no puede establecerse una relación de jerarquía dentro del conjunto de normas que integran la Constitución Económica, de tal suerte que, cualquier conflicto que se suscite entre ellas ha de ser resuelto mediante un instrumento hermenéutico que parta de la igualdad entre las normas. El autor en mención propone el recurso a la teoría de “la ponderación de principios” como método para analizar el fenómeno de desplazamiento/prevalencia de un derecho o principio frente a otro¹²¹. Al analizar los

¹¹⁸ DE LA QUADRA. Estado y mercado, p. 64

¹¹⁹ ARROYO JIMENEZ, Luis; p. 217

¹²⁰ Advierte CORREA HENAO, M. que la neutralidad no es un presupuesto para negar la existencia de la Constitución Económica, sino una garantía que se activa a favor del principio democrático (p.765). Sobre la neutralidad de la CE S. MUÑOZ MACHADO indica que tal carácter sólo es atribuible si se tiene por tal el hecho de que la Constitución no establece ninguna restricción ni a la creación de empresas por la Administración, ni a la participación en obras del capital privado. Pero tal neutralidad se matiza a favor de uno u otra iniciativa: de una parte, la empresa pública puede ir acompañada de una declaración de reserva que, en algunos casos, la exime del cumplimiento de normas del Tratado de la UE y, de otra, sólo las empresas públicas deben justificar su servicialidad al interés general. (p.1092). Para DE JUAN ASENJO la CE es una norma abierta, compatible con una pluralidad de sistemas económicos y tal situación no resulta extraña a la experiencia foránea, en la que el decantamiento por un sistema en particular resulta excepcional y está justificada por razones históricas y políticas específicas. La apertura no implica vacuidad: no todo comportamiento económico o ley tienen cabida en el marco constitucional: existen reglas básicas que disciplinan el comportamiento de los agentes (p.69). Precisa ENTRENA CUESTA que el orden económico debe ser abierto y flexible, capaz de soportar diversos programas políticos, pero lo bastante afirmado para dar a la vida económica la certidumbre que le es imprescindible (p.109). Finalmente STOLBER precisa que la neutralidad alude a la no consagración de un modelo económico particular: implica la existencia de un amplio margen para la regulación y conformación de la actividad económica, cuya reorientación, en un momento determinado, puede hacerse sin cambio constitucional (p. 67).

¹²¹ Como elementos esenciales de esta mecanismo interpretativo, de cuya explicación se ocupa exhaustivamente el profesor Arroyo, cabe resaltar a los efectos de este trabajo: a) Presupuestos: 1) Identificación de dos normas jurídicas. 2) Existencia de un conflicto (el supuesto de hecho cabe en dos definiciones normativas, cuya aplicación supone dos consecuencias diversas). 3) Utilidad de la ponderación: el sistema no ofrece una solución de preferencia incondicionada, esto es, no puede inferirse ningún tipo de prelación o preeminencia entre las

conflictos entre la libertad de empresa (entendida como una expresión del Estado de Derecho) y otros principios constitucionales derivados de la caracterización del Estado, como social, y en línea con lo manifestado por el Dr. LUCIANO PAREJO, el Dr. LUIS ARROYO concluye “*Primero, en el ámbito propio de aquellas manifestaciones de la libertad que se encuentran más próximas al núcleo de la personalidad y dignidad del individuo, y alejadas por tanto de la configuración del orden social y económico, la libertad negativa goza de una posición de prevalencia prima facie frente al Estado social. Segundo, en el caso del ejercicio del derecho a la libertad de empresa puede afirmarse que, en general, los principios de libre empresa y Estado social no se relacionan entre sí en base a una relación de prevalencia, ni en abstracto, ni prima facie, de modo que el único instrumento del que dispone el operador a la hora de concretar la aplicación del principio de proporcionalidad es el que representa la ley de ponderación. Por último, allí donde el ejercicio del derecho a la libertad de empresa genere unas consecuencias especialmente intensas respecto de la configuración del orden socioeconómico, la resolución del conflicto entre libre empresa y Estado social pasa por la consideración de la existencia de una relación de prevalencia prima facie en beneficio del segundo*”¹²².

Con fundamento en lo anterior puede afirmarse que la CE consagra un modelo o sistema económico que no puede interpretarse en un único sentido, dado que no existe ninguna regla interpretativa que permita justificar, cabalmente, la prevalencia o preeminencia de una modalidad de posicionamiento del Estado frente a la economía concreta. Cada sistema halla en la Constitución fundamento para su implementación, al tiempo que, sustento para exclusión de su aplicación más radical (la que niega la existencia del otro)¹²³.

La coexistencia jurídica de estos dos sistemas en el marco constitucional, no implica que el legislador sea enteramente libre a la hora de definir la regulación de un sector de la

normas. 4) El conflicto no ha sido resuelto por una instancia resolutoria vinculante. Sí se dan las condiciones antes descritas, ha de analizarse la procedencia y corrección de la medida que pone de relieve el conflicto: ésta se justifica por la existencia de una norma de igual o superior rango a la desplazada y es proporcional al fin que se pretende alcanzar (juicio de adecuación, necesidad y proporcionalidad). En cualquier caso, la medida no puede afectar el núcleo esencial del derecho consagrado en la norma desplazada.

¹²² ARROYO; p. 210

¹²³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 37/1981, de 16 de noviembre de 1981, en la que se afirma que la Constitución Económica “no garantiza necesariamente un sistema económico ni lo sanciona. Permite el funcionamiento de todos los sistemas que se ajustan a los parámetros y sólo excluye aquellos que sean contradictorios con los mismos.”.

actividad económica. En primer lugar, porque no puede incurrir en los extremos antes señalados (ni se admiten sistemas completamente centralizados, ni se puede dejar al libre mercado la distribución de los recursos) y, en segundo término, porque la CE dota de elementos de juicio que permiten efectuar una valoración, caso por caso, sobre qué principio ha de prevalecer sobre otro. A tales efectos, la dogmática jurídica ha elaborado una herramienta denominada “ponderación de principios” que además de establecer los presupuestos para su adopción, cifra en determinadas claves la constitucionalidad de la decisión (fundamentalmente, en el juicio de proporcionalidad recíproca).

De otra parte, si el legislador se decanta por una opción como la reserva de la actividad, al amparo del artículo 128.2 CE¹²⁴. lo hace sin que exista ninguna imperatividad al respecto, como lo señalaba el profesor Dr. DE LA QUADRA SALCEDO al relevar que “... *no hay un canon de publicatio que permita decir con absoluta seguridad cuando una actividad puede o no ser publicada o sometida a alguna disciplina especial, por razón de los intereses de carácter general en presencia. Todo lo más, hay actividades en que puede considerarse, a la vista de una serie de circunstancias concurrentes, como injustificable su reserva al Estado o la concesión por éste de derechos exclusivos o especiales. Simultáneamente hay otras en que es posible ese tipo de intervención de la Administración, sin que ello quiera decir, sin embargo, que sea necesaria o indispensable su configuración como servicios públicos; lo único que significa es que la intervención administrativa puede estar justificada*”¹²⁵.

¹²⁴ MARTINEZ LOPEZ MUÑIZ indica que el ejercicio de esta facultad está sometido a los siguientes requisitos constitucionales. A) Exigencia objetiva y sustancial: esencialidad del bien o servicio; b) Las libertades públicas como un ámbito materialmente excluido; c) El interés general como causa legitimante; d) Formalización mediante ley. p. 701 y ss.

¹²⁵ QUADRA, p. 149. En el mismo sentido, MARTINEZ LOPEZ MUÑIZ; p. 704. PAREJO (Servicios públicos y servicios de interés general, p. 55) Pueden citarse autores que opinan lo contrario, como Carmen CHINCHILLA, quien aplicando la teoría de la “única solución justa” propone que el Tribunal Constitucional controle las decisiones del legislador [La jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS 25/04/2003 – RJ 2003/3735; STS 14/11/2002 – RJ 2003/1190) emplea esta teoría para distinguir los conceptos jurídicos indeterminados de la discrecionalidad. En la segunda, existe un conjunto de soluciones justas dentro de las cuales el legislador puede elegir libremente, en los primeros, sólo existe una solución]. CHINCHILLA MARIN, Carmen. *La radiotelevisión como servicio público esencial*. Madrid: Tecnos, 1988, p. 92 y 98. Al analizar el principio de racionalidad aplicable a las medidas de intervención económica, Luis COSCULLUELA señala que tal racionalidad tiene como parámetros de referencia supuestos, doctrinas y modelos económicos que lo sitúan en el marco de la discrecionalidad política en cuya valoración no entran los Tribunales “y ello pese a que tanto la Constitución

Ni tampoco puede afirmarse que, al optar por esta vía (la reserva del art. 128.2 CE), el legislador, ante el carácter esencial de la actividad que se pretende ordenar, esté persiguiendo una consecuencia jurídica diferente a la de limitar la iniciativa privada en la actividad, ejerciendo la potestad de reserva¹²⁶, que puede conducir a la eliminación absoluta de la participación privada¹²⁷, dentro de los límites y bajo las condiciones que ha definido la

como el Tratado de la Comunidad Europea ofrecen a algunos objetivos a conseguir que pudieran proporcionar parámetros para enjuiciar las medidas económicas” (p. 135).

¹²⁶ CARRO FERNÁNDEZ VALMAYOR. J.L Opina, por el contrario, que no es necesario recurrir al 128.2 CE para reservarse la titularidad de una actividad, si no se va a prestar en régimen de monopolio. CARRO FERNANDEZ- VALMAYOR, José Luis. Servicio público e intervención pública. Una reflexión general sobre los servicios públicos de relevancia económica. En: COSCULLUELA MONTANER (coord). *Estudios de Derecho público económico: Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*; Madrid: Civitas, 2003, p 602. MARTINEZ LOPEZ MUÑIZ, José Luis. La publicatio de recursos y servicios. En COSCULLUELA MONTANER, Luis (coord.) *Estudios de Derecho Público Económico: Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Sebastián Martín Retortillo*. Madrid: Civitas, 2003, p. 694 y ss. Este autor opina que la reserva no es más que la atribución a entidades públicas de la titularidad exclusiva de un bien o servicio, caracterizada por su tipicidad, toda vez que no tiene por objeto un bien o prestación específica sino que se refiere a un tipo abstracto de bienes.

¹²⁷ Fue objeto de debate por la doctrina, si la reserva implicaba de suyo la explotación monopolística. Indica MARTINEZ LOPEZ MUÑIZ que la publicatio no comporta necesariamente gestión pública directa, ni siquiera la exclusividad de un solo gestor, porque de la aplicación de los principios constitucionales pro libertate y máxima participación posible de la sociedad civil (fundamentados en los artículos 10.1 y 9.2 de la CE) se deduce que la exclusividad gestora, o la gestión directa, sólo resulta aplicable en los casos en que los fines públicos de la publicatio no puedan asegurarse a través de estos medios (p. 696). En otra parte, también indica el tratadista que lo determinante del servicio público, no es ni que esté dirigido a una generalidad de sujetos, ni la importancia de la actividad en orden a la conservación y mejora de las condiciones de vida, ni la sujeción al derecho público, ni que la gestión sea adelantada por un ente público, sino el hecho de que se reserve su titularidad exclusiva al Estado, de modo tal que se sustraiga del ámbito de actuación de los particulares y hasta de los poderes públicos que no son beneficiarios de la reserva (p. 700). El profesor FERNANDO GARRIDO FALLA considera que de la interpretación del artículo 128.2 CE se infieren las siguientes conclusiones: la creación de empresas públicas no está vinculada a la esencialidad del servicio, ni a las demás exigencias que pesan sobre la reserva; no hay servicios públicos que no sean esenciales, en otras palabras, sólo son servicios públicos los reservados [reserva de titularidad con admisión de la gestión directa e indirecta] y puede haber lugar al reconocimiento de la presencia de un interés público, que no conduzca a la reserva, basado en la necesidad de salvaguardarlo en actividades que se dirijan al público en general, que de lugar a la reglamentación de la actividad (servicio público impropio, según la denominación italiana o virtual, de acuerdo con la nomenclatura francesa). GARRIDO FALLA, Fernando. ¿Crisis de la noción del servicio público?. En: COSCULLUELA MONTANER, Luis (coord.) *Estudios de Derecho Público Económico: Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Sebastián Martín Retortillo*. Madrid: Civitas, 2003, p. 447-453. Del mismo autor puede revisarse. *Introducción General. El modelo económico en la Constitución Española*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1981, p.

69. MARTIN REBOLLO sostiene que no pueden identificarse los servicios públicos con los esenciales y el verdadero límite a la libertad de empresa no son los servicios públicos, sino aquellos que puedan considerarse esenciales (p.633). MARTIN REBOLLO, Luis. Sociedad, economía y Estado (a propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo servicio público). En: COSCULLUELA MONTANER, Luis (coord.) *Estudios de Derecho Público Económico: Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Sebastián Martín Retortillo*. Madrid: Civitas, 2003. Señala VILLAR PALASÍ sobre el origen de la noción del servicio público, que antes del fallo del Consejo de Estado francés, el concepto de servicio público era operante en un doble nivel, sustantivamente, como título de potestad administrativa, y, procesalmente, como criterio de separación del contencioso de la Administración. Al comienzo del derecho administrativo español, dominio público, obra pública y servicio público, son técnicas de mutuo apoyo que sólo cobran independencia en el siglo XX. La idea de uso general que sirvió de palanca para fundamentar gran parte del demanio engendró la categoría del servicio público (a través del uso exclusivo y excluyente del demanio, para prestar a su vez el servicio de uso general) y ha pasado a ser la técnica prevalente (p. 169). La misma filiación entre el servicio público y el demanio generó que la forma de gestión indirecta fuera la concesión y de ella surge la idea de que la concesión era en régimen de monopolio. Pero nunca ha habido una ligazón indefectible, porque desde el S XIX se prevé la delegación. Las potestades que caracterizan al servicio público son de *ope proprietatis*: deber de garantizar la prestación continuada; garantías a fijar por la Administración, potestad tarifaria y potestad de modalizar la prestación, la falta de un derecho subjetivo para devenir concensionario. (p. 187 y p. 193) y sus elementos: la publicatio de la actividad, la relación de sujeción especial y las sanciones administrativas por incumplimiento de los términos negociales privados (p.286), conservación del principio de igualdad de los usuarios (p.264). El servicio público es una técnica institucional, apegada a una finalidad concreta, que la hace perecedera. La idea del servicio público ha sido y es frecuentemente una idea comprensiva de muy diversas técnicas: abarcó cosas tan heterogéneas como la función pública no concedible, las regalías, los servicios públicos propios o integrados y las actividades reglamentadas (p. 197). Nació como un esquema justificativo de unas consecuencias legales exorbitantes y sirvió espléndidamente a los fines de expansión de potestad a la que el Estado liberal, pese a su objetivo, no podía renunciar; se evidenció como la fórmula mágica para socializar, sin socializar (p.202). VILLAR PALASÍ, José Luis. El título especial de potestad: el dominio reservado. En: *Intervención administrativa en la industria*. P. 137-256. ENTRENA CUESTA. (p. 163): El servicio público supone, por definición, la titularidad pública de la actividad, cuya mera gestión se cede al concesionario, lo que evidentemente niega el derecho propio y originario de los sujetos económicos a emprender la actividad; pero no es sólo esta cuestión que podría considerarse formal: en la gestión del servicio público, el concesionario está sujeto a las cláusulas concesionales y, sobre todo, a los poderes exorbitantes de la Administración concedente, de forma que, aunque frente al ejercicio de so mismos pueda el concesionario accionar su derecho al equilibrio financiero, no cabe sostener que el concesionario se encuentra en posición de ejercicio de la libertad de empresa. (DE LA QUADRA; Estado y mercado, p.73 y ss): Contrasta el modelo del servicio público, con el de las *public utilities* para concluir que las notas diferenciadoras se fueron haciendo cada vez más difusas, como lo evidencia, la existencia de los servicios públicos virtuales, cuya naturaleza real se asemeja, hasta casi la identidad, con las *public utilities*.

jurisprudencia para el caso de actividades que estén vinculadas a la realización de derechos fundamentales¹²⁸¹²⁹, o a la regulación de la actividad, bajo el entendido de que la reserva opera como un mero apoderamiento o habilitación para actuar, que no excluye el ejercicio de los derechos a la libre competencia y a la libertad de empresa¹³⁰.

En el otro extremo de la balanza, en el juicio de ponderación de principios, se ubica el mercado y la libertad de empresa como, contrapeso, si se quiere, de la facultad contenida en el art. 128 CE. En el marco de esta investigación, analizar un derecho como la libertad de empresa se justifica en la medida que existe una clara relación entre el ejercicio de este derecho y la noción de competencia efectiva. En efecto, tal y como se advertía previamente¹³¹, a los efectos de esta tesis, se tiene por mercado, en este caso nacional, de las comunicaciones electrónicas el conjunto de intercambios económicos que tienen lugar entre los oferentes de bienes y servicios de comunicaciones electrónicas y sus demandantes (otros operadores o usuarios finales), dentro del territorio español, en un plazo específico, que puede abarcar eventos pasados, presentes y hasta futuros (concretamente, aquellos

¹²⁸ Como lo ha puesto de relieve el profesor MUÑOZ MACHADO, al comentar la STC 206/1990, dictada a propósito de la ley de televisión, en la que se dice que “ *la reserva [de] un servicio público esencial, vinculado al ejercicio de otros derechos fundamentales, no puede implicar el cierre total de la actividad a la iniciativa económica: debe garantizarse la participación privada, en aras de salvaguardar los derechos fundamentales conexos, aunque sea a título de concesionarios*” MUÑOZ MACHADO; p. 1079.

¹²⁹En la sentencia sobre el servicio de televisión, antes comentada, existe un razonamiento de interés para este análisis: si la actividad que se pretende regular está en conexión con el ejercicio de otros derechos fundamentales, no habría lugar a la reserva en régimen de monopolio público, es decir, a una intervención plena que hiciera nugatorio el ejercicio del derecho a la libertad de empresa, porque en este evento la primacía del Estado de derecho y sus expresiones está garantizada por su conexión con la dignidad humana y el desarrollo de la personalidad, sustento del orden político y social, al tenor de lo dispuesto en el artículo 10.1 CE. La Constitución no admite la publicación de aquellas actividades que formen parte del contenido esencial, necesario, de libertades públicas constitucionalmente reconocidas y garantizadas, que estén en conexión con la dignidad personal. A lo sumo, pueden ser objeto de limitaciones de carácter general e igual, por razones proporcionadas y justificadas de orden público. MARTINEZ LÓPEZ MUÑIZ; p. 705-706. No puede haber libertades declaradas servicios públicos, porque las primeras ostentan un supervalor constitucional. MARTIN REBOLLO, Luis. Sociedad, economía y Estado (a propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo servicio público). En: COSCULLUELA MONTANER, Luis (coord.) *Estudios de Derecho Público Económico: Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Sebastián Martín Retortillo*. Madrid: Civitas, 2003, p. 633.

¹³⁰ PAREJO. Servicios públicos y servicios de interés general; p. 53.

¹³¹ Capítulo II, II.A

que se analizan cuando se efectúan valoraciones de demandas potenciales, en el marco de las delimitaciones de los mercados por productos). La acción material de intercambio está fundada, jurídicamente, entre otros derechos, en la propiedad (presupuesto indispensable para que haya una transferencia económica) y en la libertad de empresa (desde la perspectiva del suministrador del servicio), de tal suerte que, desde una perspectiva jurídica, el mercado es el ámbito o espacio (temporal, territorial y subjetivo) en el que se ejercita la libertad de empresa, entre otros derechos.

Atendiendo estas consideraciones, se estima que la definición del mercado en competencia efectiva debe encontrar sus raíces en el ejercicio de la libertad de empresa, cuestión que se trata a continuación:

B. Breve *excursus* sobre la libertad de empresa en la Constitución Española.

Expuestas las consideraciones generales previas sobre el marco jurídico superior dentro del cual se desarrolla la actividad económica, pública o privada, procede efectuar unas consideraciones específicas sobre el derecho consagrado en el art. 38 de la CE cuyo ejercicio se realiza materialmente en el marco de esta institución de difícil aprehensión jurídica que es el mercado¹³².

1. Noción y carácter jurídico

La doctrina nacional no ha logrado unanimidad en torno al alcance y carácter jurídico de esta noción (si se trata de un derecho subjetivo, o de una libertad, un derecho fundamental o una garantía institucional), entre otras razones, porque, como se han dejado consignado previamente, existe una multiplicidad de perspectivas para analizar este tópico. Es claro que si se sigue una línea de pensamiento como la del profesor ARIÑO se llega al encumbramiento de la libertad de empresa como derecho subjetivo de primerísimo orden, mientras que, una visión opuesta conduce al debilitamiento de carácter como límite a las injerencias del poder público, como se evidencia a continuación:

¹³² Cabe advertir a este punto que excede de la pretensión de este apartado el dar cuenta de la variedad de cuestiones que se suscitan alrededor de este derecho ni, mucho menos, dar respuesta categórica a algunas de las cuestiones planteadas; su objeto se circunscribe a situar el mercado dentro del entramado jurídico, con miras a dimensionarlo adecuadamente

Señala el profesor ARIÑO que la libertad de empresa (denominación actual de la proverbial libertad económica¹³³)¹³⁴ engloba la libertad de contratos, la libertad de transacciones económicas, la libertad de acceso a la actividad y la libertad de ejercicio de ésta y se trata de un derecho subjetivo¹³⁵, cuya protección puede ser invocada por el individuo en cada caso¹³⁶; como el resto de derechos subjetivos está limitado por la defensa de otros bienes constitucionales e intereses sociales: respeto a los derechos de los demás (CE; art. 10.1), entre ellos, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos (CE; art. 51.1), las exigencias de la economía en general y, en su caso, de la planificación (CE; art. 38 in fine), la subordinación de toda la riqueza al interés general de la nación (CE; art. 128.1), derechos de los trabajadores y consumidores y respeto a las leyes del mercado y competencia leal. En sentido similar, el profesor E. SORIANO ha apuntado “*Nuestro entero sistema político se basa y se nutre, entre otras libertades fundamentales, de la libertad de empresa, que es la que permite crear la riqueza, base de la imposición fiscal y de muchos otros elementos que permiten la actuación de los poderes públicos. Es de interés público que nuestras empresas funcionen y puedan funcionar, y es contrario al interés público, normalmente, que se elimine la libertad empresarial de un sector. Y los titulares de tales libertades de lo que disponen es de verdaderos derechos subjetivos que podrán limitarse, sí, pero que en principio son derechos dignos de ser ejercitados y cuya eliminación es una*

¹³³ De la cual señala el profesor Ramón MARTÍN MATEO en “El marco público de la economía del mercado”: “la libertad económica, necesaria dentro de ciertos límites, para adicionar eficacia al sistema, es un instrumento, no un derecho fundamental o equivalente, ni el presupuesto de una política que enfrente la libertad a la opresión, polémica ilegítima desconocedora de la democracia. Hay otros valores capitales que pertenecen al mismo ideario, que alumbró la Revolución francesa con el respeto a las libertades: las inherentes a la solidaridad. (...) Tampoco es cierto que la autonomía del mercado suponga un Estado de libertades políticas o conduzca indefectiblemente a la democracia.” (Introducción p. 20 y 21)

¹³⁴ ARIÑO. Principios, p. 254

¹³⁵ MARTIN RETORTILLO. Derecho Administrativo Económico. p. 87. Apoya la tesis de que se trata de un derecho subjetivo que como tal otorga a su titular un status jurídico protegible por los tribunales (CE; art. 24, 53 y 106) frente a posibles actuaciones de los poderes públicos. En particular, los poderes deberán actuar con base una habilitación legal y respetando el contenido esencial. En contra TORNOS MAS, Joaquin. *Constitución y ordenación económica*. En: Régimen Jurídico de la intervención de los poderes públicos en relación con los precios y las tarifas. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1982, quien manifiesta que se trata de una libertad, lo que no supone atribuir posiciones subjetivas que puedan hacerse efectivas ante quien pretenda alterarlas. La libertad conlleva que su objeto se convierta en principio del ordenamiento y que, por tanto, no pueda ser suprimido por el legislador (...) el derecho subjetivo nacerá, en su caso, de la ley (p.151).

¹³⁶ ARIÑO. Principios. p. 257

*pérdida para la comunidad entera. Como todo derecho, es limitado; pero justamente como todo derecho, no como un derecho que deba considerarse mal visto y cuya aproximación jurídica deba partir de la restricción al mismo*¹³⁷.

Por su parte, el profesor S. MARTÍN RETORTILLO¹³⁸ advierte que la libertad de empresa es un concepto que resulta prácticamente imposible definir en abstracto, pero que, en cualquier caso, opera como una proyección al ámbito de la iniciativa económica del principio de libertad, que constituye un valor superior de la CE (CE; art. 1) y genera una situación subjetiva cuyo respeto constituye uno de los fundamentos del orden político y de la paz social (CE; art. 10)¹³⁹. En línea con lo anterior, MAGDALENA CORREA apunta que este derecho es, en realidad, una libertad, desde la perspectiva de la doctrina constitucional francesa clásica, dado que está integrada por un conjunto de prerrogativas del sujeto individual frente al Estado, reconocidas en la Constitución y protegidas por la reserva de ley y el respeto del núcleo esencial del derecho¹⁴⁰.

En concordancia con lo señalado a manera de conclusión en el apartado precedente de esta tesis, el carácter jurídico de la libertad de empresa se entiende condicionado o modulado por la proximidad de los efectos de su ejercicio al ámbito más cercano a la dignidad de la persona, en oposición al de la configuración del orden económico y social, de tal suerte que, transcribiendo al profesor LUIS ARROYO, resulta necesario reconsiderar la concepción tradicional de las libertades fundamentales, como ámbitos de autonomía caracterizados por la ausencia de interferencias, así como, por permitir el desarrollo de la personalidad, que ha sido matizada por la influencia del principio de Estado Social de derecho que implica *“la consideración de los derechos fundamentales como instrumentos que tendrían como fin, no sólo el desarrollo de la personalidad individual en el ámbito de las relaciones de producción, sino también, y no menos importante, la consecución de la libertad y la igualdad reales y efectivas (...) su fundamento ya no es único y la utilidad social deja de ser un elemento ajeno y negativo, para ser junto a la individual, un*

¹³⁷ SORIANO GARCIA, Jose Eugenio. El Derecho Público de la Competencia. La Administración y el mercado. En: *Derecho público de la Competencia*. Madrid: Marcial Pons, 1998. p.144.

¹³⁸ MARTIN RETORTILLO. Derecho Administrativo Económico. p. 85

¹³⁹ DE JUAN ASENJO agregará que se trata de un derecho subjetivo, protegido por las garantías del artículo 53.1 superior, pero no consustancial a la dignidad de las personas. p. 153.

¹⁴⁰ MAGDALENA CORREA; p.168.

*componente propio de los derechos fundamentales de propiedad y libre empresa*¹⁴¹. En consecuencia, la calificación de derecho subjetivo, ligada a la noción tradicional que advierte en lo social un límite externo al derecho, ha de transformarse en otro concepto que incorpore la dualidad teleológica del instrumento, esto es, en posición legitimante, desde la cual se puede reaccionar ante las interferencias del poder público y demandar la promoción de su ejercicio, pero desde el reconocimiento de la doble finalidad a la que sirve la noción¹⁴².

En el marco de la discusión acerca de la naturaleza jurídica de la libertad de empresa se han efectuado interesantes reflexiones sobre la prevalencia de su vertiente objetiva sobre la subjetiva: destaca el profesor ARIÑO que la dimensión objetiva del derecho, en algunos casos, se transforma en una dimensión institucional de contenido más difuso y por ello mucho más apta para ser regulada e intervenida¹⁴³. Sigue este autor diciendo que el concepto de garantía institucional termina convirtiéndose en un parámetro económico que debe ser respetado, pero que no es accionable como derecho subjetivo y, en casos específicos, puede ser anulado por completo, como lo acredita el hecho de que el Tribunal Constitucional sólo ha anulado un precepto (STC 96/2002, de 25 de abril) por violación de la libertad de empresa. Sobre este particular opina LUIS ARROYO que *“ni de la jurisprudencia del TC se deriva expresamente la superación de la comprensión de la libertad de empresa, en tanto derecho individual, como derecho público subjetivo, ni para justificar la posibilidad de limitar el derecho resulta necesario -ni siquiera procedente – acudir a la técnica de la garantía institucional”*¹⁴⁴. Para este autor, la dimensión objetiva de un derecho fundamental siempre resulta complementaria a la subjetiva y, en ningún caso, implica la reducción de su nivel de protección¹⁴⁵. De forma general, la vertiente objetiva remite a un mandato a los poderes públicos consistente en garantizar la integridad y promover la efectiva actualización de los bienes jurídico-constitucionales contenidos en la norma¹⁴⁶. de tal suerte que, en el ámbito concreto de la libertad de empresa supone, “no

¹⁴¹ ARROYO. p. 95

¹⁴² ARROYO. p. 97

¹⁴³ Esta posición se ve respaldada por las afirmaciones, de este tenor, proferidas por el Tribunal Constitucional en sentencias, tales como, STC 83/1984, de 24 de julio, (FJ 3) y STC 112/2006, de 5 de abril (FJ. 8).

¹⁴⁴ ARROYO. p. 98

¹⁴⁵ ARROYO. p. 106

¹⁴⁶ ARROYO. p. 108

*sólo un deber de abstención y no injerencia, sino también, la promoción, tanto del ejercicio del derecho a acceder al mercado, como del desarrollo autónomo de la facultad de organizar y configurar libremente la actividad empresarial*¹⁴⁷.

En suma, trátase de un verdadero derecho subjetivo, o de una garantía institucional, los poderes públicos tienen la obligación de garantizar su ejercicio, eliminando los obstáculos que puedan entorpecerlo o hacerlo nugatorio, siempre en el marco de una economía social de mercado, esto es, de un sistema que modula su contenido en función a los demás intereses presentes en la actividad.

Con esta premisa en mente (que se trata de un derecho modulable) puede afirmarse que, en el ámbito de las comunicaciones electrónicas, la presencia del interés general conduce a que el ejercicio de la libertad de empresa, como derecho a desarrollar una actividad económica concreta, se vea condicionado, no sólo por la eventual reserva de la actividad (LGT; arts. 4.1 y 4.5), o con la imposición de obligaciones de servicio público (LGT; arts. 20 y ss), sino en general por las reglas que hacen posible la consecución de los objetivos públicos fijados para este sector económico, verbigracia, aquellas que posibilitan la consolidación de un mercado en competencia, entendida como rivalidad entre los operadores, tales como, la interconexión y el acceso (LGT; arts. 11 y ss), los derechos de ocupación de dominio público (LGT; arts. 26 y ss.) y la imposición de obligaciones en función de la posición en el mercado (LGT; art. 10), así como por la concurrencia de otros derechos y bienes constitucionales que permiten delimitar la extensión de este derecho.

La influencia de lo social en la nueva definición de los derechos constitucionales permite entender que la articulación del derecho a la libertad de empresa con los restantes derechos constitucionales vinculados, directa o indirectamente al sector de las comunicaciones electrónicas, en el sentido de que se realicen en este segmento de la economía o guarden relación a otros ámbitos conexos, como el de la seguridad, el territorio, etc., y, en concreto, con el valor superior de la solidaridad, entendida, materialmente, como el deber de ejercer los intereses propios de forma respetuosa o no obstructiva para con los demás (vertiente pasiva) y en la obligación de contribuir o favorecer al libre desenvolvimiento de los intereses ajenos (vertiente activa), con el fin, entre otros, de subvenir las diferencias existentes entre la calidad de vida de las personas en razón de las condiciones de su lugar

¹⁴⁷ ARROYO. p 113

de residencia o por las condiciones socioeconómicas o personales de su existencia¹⁴⁸, conduce, entre otras cosas, al reconocimiento de la condición de colaborador en la realización de los objetivos públicos al operador de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, de tal suerte que el desarrollo de su actividad económica (ingreso, actividad y salida) está fuertemente condicionado por esa servicialidad a la consecución de otros fines.

Este condicionamiento se traduce, de una parte, en el reconocimiento de una posición que le permite ejercer facultades que en condiciones ordinarias no detentaría (ocupación del dominio público, utilización del dominio radioeléctrico, recursos de numeración, etc.) y a la que le incumbe el cumplimiento de obligaciones que tampoco la generalidad de sujetos que desarrollan actividades comerciales están obligados a soportar, mientras que, de otra, no implica ninguna suerte de debilitamiento del grado de protección otorgado a este derecho, gozando éste de la protección prodigada a los restantes derechos constitucional al tenor de lo dispuesto en el art. 53.1 CE (vinculación de los poderes públicos, reserva de ley y respeto del contenido esencial), de tal suerte que *“no puede defenderse desde la perspectiva constitucional, que existan límites internos a la libertad económica que, incluso con carácter general, puedan dejar huérfano al empresario de protección jurídica”*¹⁴⁹¹⁵⁰.

2. Núcleo esencial

El núcleo esencial del derecho es, según FRITZ OSSENBÜL citado por el profesor ARIÑO¹⁵¹, el siguiente:

a) Libertad de acceso al mercado y creación de empresas, que puede verse limitada por la reserva de la actividad al amparo del artículo 128 CE y el ejercicio de la iniciativa pública, pero en condiciones de igualdad¹⁵². La condiciones subjetivas de admisión, derivadas de la

¹⁴⁸ Ver Capítulo IV, III. A. 4. La solidaridad social como criterio estimativo del interés general presente en la actividad.

¹⁴⁹ MARTIN RETORTILLO. p. 177

¹⁵⁰ Ver Capítulo IV, IV, D. Los estatutos del usuario y del operador

¹⁵¹ ARIÑO; 2004. p. 260.

¹⁵² Cabe advertir que la igualdad entre agentes en un mercado como las comunicaciones electrónicas se construye más desde la idea de que el respeto de este Derecho Fundamental implica que no se prodigue el mismo trato a sujetos en posición diferente; de ahí que exista un régimen particular para los operadores con peso significativo en el mercado, unas obligaciones concretas para los operadores que tengan la condición de Administraciones públicas, un régimen específico para los operadores a los que se les imponen obligaciones de

naturaleza de la actividad que exige acreditar una cualificación profesional o solvencia económica, en defensa y protección de la seguridad y de los derechos de los consumidores, público, o en función, de la especial confianza que los ciudadanos depositan en las empresas, han de ser proporcionadas y no arbitrarias y resultarán más comunes en actividades regladas-reglamentadas o disciplinadas- que en campos de entera libertad – actividades libres-. Por su parte, cualquier limitación del número de agentes desde el ingreso, ha de ser proporcionada y razonable, dadas las limitaciones que introduce la normativa europea para la concesión de derechos especiales o exclusivos, y teniendo en cuenta que, cuando se habla de cupos o cuotas para entrar, no es raro encontrarse con motivos espurios que intentan justificar restricciones “*se alegan condicionantes técnicos para imponer imitaciones a las televisiones privadas, cuando todo el mundo sabe que el espectro radioeléctrico permitiría un mayor número de empresas*”¹⁵³

De acuerdo con el profesor ENTRENA CUESTA, las limitaciones de acceso al mercado deben imponerse con carácter general, no sólo en observancia del principio de igualdad, sino que no hay economía de mercado si las condiciones, objetivas o subjetivas de acceso al mismo difieren. La Ley no puede atribuir facultades discrecionales, en orden al acceso al mercado y las condiciones deben ser razonables¹⁵⁴.

b) Libertad de organización

Abarca la libertad de dirección, producción, inversión, política comercial, precios, competencia leal y contratación. Por tratarse de una expresión del derecho a la libertad, las medidas limitativas de su ejercicio tienen un carácter restrictivo (actividad pública limitadora debe asumir siempre las fórmulas que resulten menos restrictivas para la libertad individual), han de ser proporcionadas y respetar el principio de igualdad¹⁵⁵. La aplicación

servicio público, etc. La igualdad de condiciones se materializa, en sentido estricto, en el ingreso, en cuanto que todos los agentes están sometidos al régimen de comunicación previa y, si lo requieren, a la obtención de las habilitaciones para el uso del espectro radioeléctrico.

¹⁵³ ARIÑO; 2004, p. 263.

¹⁵⁴ ENTRENA CUESTA; p. 160.

¹⁵⁵ MARTIN RETORTILLO. p. 171. S. MUÑOZ MACHADO advierte que el ejercicio del derecho a la libertad de empresa no puede estar sujeto a restricciones desproporcionadas o arbitrarias, que puedan impedirlo o menoscabarlo gravemente y extiende esta restricción a las Administraciones públicas, señalando que “no pueden subordinar la creación, establecimiento, traslado, ampliación, etc, de empresas, a condicionamientos

del principio de igualdad al ámbito económico puede constituir el control último y más intenso de la actuación de los poderes públicos, por eso llama la atención que no se use ampliamente¹⁵⁶.

En oposición a la postura asumida por el profesor ARIÑO, LUIS ARROYO señala que los derechos de inicio, definición de la organización interna, desarrollo y cese de una actividad susceptible de aprovechamiento económico, no constituyen el núcleo esencial del derecho, sino su contenido protegido *a priori*¹⁵⁷. Para la delimitación de la materia que, en definitiva, es objeto de protección constitucional, el legislador ha de recurrir a la técnica de ponderación de los principios que exige justificar: (i) que el concreto modo del ejercicio del derecho cuya protección se excluye, afecta a otro bien jurídico que la Constitución salvaguarda, de modo tal que pueda hablarse de un conflicto entre principios constitucionales; (ii) la medida restrictiva satisface las exigencias de la proporcionalidad y (ii) en todo caso respeta el núcleo esencial¹⁵⁸.

La dificultad de definir el contenido inexpugnable de este derecho se ve acentuada por la delimitación que realiza el constituyente de su ámbito de ejercicio: la economía de mercado

3. Economía de mercado

Para el profesor GARRIDO FALLA, la noción “economía de mercado” se usa como contrapunto de la economía dirigida; es la consagración de una libertad concreta dentro de un clima de libertad económica¹⁵⁹. En sentido similar, el profesor QUADRA SALCEDO, ha puntualizado “*el mercado es una resultante del ejercicio de un derecho fundamental de libertad que se manifiesta también en el orden económico*”¹⁶⁰. *El mercado en el orden social*

desproporcionados, arbitrarios, que no cuenten con habilitación legal expresada del modo formal [se refiere a leyes estatales o autonómicas, en el ámbito de sus competencias] antes indicado” (p.1067).

¹⁵⁶ MARTIN RETORTILLO. p. 175

¹⁵⁷ Quiere con ello significar que el grado de afectación o condicionamiento de estas facultades son las que se analizan dentro de la técnica de ponderación de principios y los resultados de la aplicación de la misma son, verdaderamente, el núcleo esencial.

¹⁵⁸ ARROYO. p. 144

¹⁵⁹ GARRIDO FALLA (coord). *El modelo económico en la Constitución Española, Vol I*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1981. F. Garrido Falla. Introducción general. 19-101. p. 63.

¹⁶⁰ DE LA QUADRA. Estado y mercado en un mundo global, p.72.

*y económico es lo contrario a la intervención y a la planificación; el mercado implica reconocer inicialmente y sin perjuicio de posteriores correcciones, a las fuerzas espontáneas o ciegas de la economía, la capacidad de encontrar solución, y la solución más eficiente, a esos problemas. Si el servicio público supone intervención administrativa, el mercado supone ausencia de toda intervención o, si se quiere, libertad, según un término muy querido por todo liberal que se precie y con el que pretende colocar su pasión bajo un pabellón de grandes pretensiones.”*¹⁶¹. En contra, a juicio del profesor COSCULLUELA ¹⁶², la noción está perfectamente definida, en cuanto las reglas del mercado están contenidas en normas jurídicas, especialmente las relativas a la defensa de la competencia, tanto comunitarias, como nacionales, así como en las decisiones de carácter administrativo que tengan por objeto o como efecto disciplinar un segmento del mercado y en las propias normas que establezcan los agentes cuando el ordenamiento abre un resquicio para la autorregulación.¹⁶³.

Lo anterior pone de presente que el mercado, objeto de tutela normativa, no es una realidad o ente que cuyo origen o existencia sean ajenos al mundo jurídico: El mercado es una noción que sólo puede concretarse allí donde exista un poder público o social que garantice, de una parte, la seguridad, el orden público y los derechos de propiedad y, de otra, permita desarrollar el mercado y garantice el orden público económico, entre otras formas, fijando límites a la libertad de empresa, en procura de la realización de otros objetivos superiores¹⁶⁴. En palabras del profesor Parejo “ *el mercado al que se refiere el artículo 38 es un mercado en el que concurren operadores económicos privados y públicos (en pie de igualdad), cuyo marco o régimen es objeto de una acción conformadora del poder público (a través de la normación y de la planificación) con vistas al interés general y cuyo ámbito propio está integrado por todos aquellos sectores de la actividad económica no reservados por la Ley al sector público”* ¹⁶⁵ y concluye el profesor SORIANO diciendo “*corresponde al Estado cuidar y preservar el mercado y su correcto funcionamiento, como elemento precioso para construir una sociedad más libre y más madura. El mercado, es claro, no se cuida por sí mismo. Ello conduciría a su destrucción por el más poderoso. (...)*

¹⁶¹ DE LA QUADRA; Estado y mercado, p. 72

¹⁶² COSCULLUELA. p. 114

¹⁶³ MUÑOZ MACHADO; p. 1065- 1068

¹⁶⁴ SAINZ MORENO. Orden Público Económico y restricciones de la competencia. *RAP* 84, pp. 597 y ss.

¹⁶⁵ PAREJO ALFONSO, Luciano. El sistema económico en el ordenamiento español. p. 47.

El mercado (...) no es un elemento natural de la sociedad. Es un elemento social totalmente artificial, un invento muy sofisticado de las sociedades más cultas, invento que por demás no tiene una gran historia, sino que es bastante reciente (como mercado libre)¹⁶⁶.

La justificación del interés jurídico que acompaña al mercado ha sido explicada, entre otros, por el profesor LUIS COSCULLUELA quien afirma “*El mercado no es un valor en sí mismo, sino un marco en el que se afirman valores que están definidos y garantizados por las reglas jurídicas. Es la defensa de estos valores el propósito que persigue la intervención de los poderes públicos en la economía. Valores que se conectan a la afirmación del régimen de libertades en el ámbito económico y al reconocimiento de la propiedad privada, que como expresiones del Estado de Derecho, constituyen, en él mismo, un presupuesto necesario de la economía de mercado*”¹⁶⁷.

Hay autores que, a la realización de los derechos constitucionales económicos, adicionan otros objetivos superiores al sistema axiológico a cuyo servicio se halla el mercado: así, para el profesor DE JUAN ASENJO la norma fundamental de la Constitución Económica es la subordinación de la riqueza al interés general (CE; art. 128.1), que puede calificarse como una condición importante para asegurar el desarrollo integral de las personas que componen la sociedad (CE; art. 10.1) y la realización de los valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1.1). A esta meta se puede llegar por varias vías, sin que pueda afirmarse que la Constitución se decante por alguna en concreto.¹⁶⁸, dentro de las cuales se halla la economía de mercado, cuya esencia radica en un estilo de economía en donde el poder económico se encuentra descentralizado (existe una pluralidad de agentes que pueden tomar decisiones de relevancia económica) y desconcentrado (el poder económico se encuentra repartido entre varios agentes)¹⁶⁹. “*Sólo en una situación de competencia se logra el equilibrio y la compensación mutua de los poderes económicos (cuando el poder económico se halla concentrado deviene una fuente de explotación y nos aleja de los valores superiores de igualdad y libertad). Sólo bajo la presión de los competidores el sistema productivo tiende a adaptarse a las necesidades del consumidor adquiriendo de esta manera una proyección social. Sólo por el acicate del beneficio y la sanción de la*

¹⁶⁶ SORIANO. Desregulación, privatización, p. 13

¹⁶⁷ COSCULLUELA. p.113

¹⁶⁸ DE JUAN ASENJO. p. 143.

¹⁶⁹ DE JUAN ASENJO, p. 144

pérdida económica los empresarios tratarán de minimizar los costes e innovar, consiguiéndose una asignación más eficaz de los recursos escasos”¹⁷⁰.

En términos de instrumento garantizador de la descentralización del poder y del ejercicio de la libertad de elección de los usuarios, amén de objetivos económicos de eficiencia en la asignación y distribución de recursos¹⁷¹, explica el profesor SORIANO la noción del mercado y de la libre concurrencia al mismo en los siguientes términos: *“El mercado, concebido como la institución de intercambio libre de bienes y servicios, fiscalizada por el Estado para garantizar su conservación y garantizar su mayor perfección, a fin de que los usuarios de tales mercados, los ciudadanos en definitiva, sean servidos por el mayor número posible de empresarios, con dispersión de su capacidad de influencia, aumento de la oferta de tales servicios, de su capacidad de elección por parte de los usuarios y con actualización permanente de la capacidad de innovación”¹⁷² Es de interés público, pues la concurrencia libre en el mercado, y cuando los operadores pretenden eliminar este elemento estructural del mercado el Estado lo defiende. Y lo defiende porque es su interés. El orden público económico, que define y cuida el Estado, se alteraría si los operadores pretendiesen sustituir al Estado e impusieran los precios y demás condiciones a los ciudadanos. Máxime cuando es el propio Estado el que ha confiado en las fuerzas del mercado para desarrollar una determinada política. Cuando se pretende sustituir al mercado tiene que hacerse a través de un poder ejercitado por el Estado. No por los operadores económicos”¹⁷³*

Ahondando en esta línea argumental, los profesores BALLBE y PADROS¹⁷⁴ han intentando demostrar que la competencia no es una noción exclusivamente económica, sino que forma parte de los valores y principios del Estado y de las sociedades liberales y democráticas, aludiendo a la competencia por el acceso al poder en los sistemas

¹⁷⁰ DE JUAN ASENJO, p. 146

¹⁷¹ Sobre los objetivos económicos de eficiencia asignativa y dinámica hace mención el profesor CASES PALLARES, en CASES PALLARES, LLuis. *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 38.

¹⁷² SORIANO. *Derecho público de la competencia*, p. 68.

¹⁷³ SORIANO, *Derecho público de la competencia*, p 25. Sobre la importancia de la democracia económica puede leerse GARRIDO FALLA Introducción general. En: GARRIDO FALLA (coord). *El modelo económico en la Constitución Española, Vol I*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1981. p. 19-101

¹⁷⁴ BALLBE, Manuel; PADROS, Carlos. *Estado Competitivo y Armonización Europea. Los modelos norteamericano y europeo de integración*. Barcelona: Ariel, S.A , 1997, p. 283 p.

democráticos; la competencia entre poderes, en sistema federales, etc. En este sentido, llegan a afirmar que “*En definitiva, la pluralidad, la competencia y la rivalidad¹⁷⁵ que ésta implica son principios cívicos consustanciales a los verdaderos sistemas democráticos, que tienen entidad propia al margen del principio competitivo asociado al mercado económico.*”¹⁷⁶

C. El carácter funcional de las nociones de mercado y competencia efectiva

Manteniendo el esquema metodológico del apartado precedente de esta tesis ha de señalarse en este punto que, al otro extremo del art. 128 CE y de la institución de la reserva de una actividad económica, se ubica el mercado, entendido como un ámbito pluridimensional¹⁷⁷, en el que los sujetos intercambian bienes o servicios en condiciones que son garantizadas jurídicamente, no sólo porque el presupuesto del intercambio es la detentación de la propiedad, o de cualquier título del que emane la facultad de disposición del bien, sino también porque sin el Derecho los agentes no cuentan con medios para reconducir el comportamiento de sus rivales si éstos actúan de forma desleal o se valen de medios ajenos a sus méritos competitivos para alcanzar sus cometidos.

El mercado es, en los términos antes descritos, el marco dentro del cual se realiza el derecho a competir libremente y es a la rivalidad que entraña la competencia a la que se le confía, no de manera excluyente o exclusiva, sino coordinada con otros medios, la salvaguardia de intereses superiores, tales como, la descentralización del poder, la subordinación de la riqueza al interés general, la mejora de las condiciones de vida los ciudadanos, la igualdad real y efectiva y los restantes valores superiores del ordenamiento español.

El mercado y la competencia hallan su significado y valor dentro del sistema jurídico, en función a su proximidad a la realización de los objetivos antes reseñados, por tal razón, se consideran nociones contingentes y modulables, en cuya interpretación resulta capital tener en cuenta su carácter funcional.

¹⁷⁵ En el mismo sentido de que la competencia es rivalidad puede verse VILLAR ROJAS, José. *Las instalaciones esenciales para la competencia*. Granada: Comares, 2004, p. 123.

¹⁷⁶ BALLBE; p. 35.

¹⁷⁷ Se define en términos de tiempo, espacio (territorio), sujetos y bienes o servicios.

Atribuir a la competencia, entendida como rivalidad, el carácter de piedra angular de un sistema democrático, como lo proponen los profesores BALLBE y PADROS, pasa por reconocer que el verdadero valor tras la salvaguardia del mercado y la competencia, no es la búsqueda eficiencia asignativa o productiva, sino la descentralización del poder: la proscripción de la concentración del poder en pocas manos. Sin embargo, tal y como se manifestó previamente¹⁷⁸, la disciplina del poder es objeto de la norma jurídica, que se vale de distintos medios para alcanzar su cometido; en el ámbito de las relaciones económicas, uno de los medios puede ser la garantía de la presencia de múltiples agentes, con participaciones similares en el mercado, que disciplinen su comportamiento entre sí; otro medio puede ser la propia reserva de la actividad, entregando la gestión a algunos agentes.

La multiplicidad (y hasta aparente contraposición) de los medios no puede llamar a equívocos sobre la idoneidad de las elecciones: ninguna resulta más o menos democrática que la otra, dado que, lo inherente a la democracia, especialmente en su expresión norteamericana, no es la concurrencia de agentes, sino la operación del sistema del “*check and balances*” que privilegia el resultado del control sobre el medio.

En suma, la competencia y el mercado, en el ordenamiento jurídico español, sólo hallan su sentido pleno mediante una aproximación sistemática y funcional a su contenido, que permite ponerlos en conexión con el sistema axiológico constitucional.

IV. EL MERCADO Y LA COMPETENCIA EN LA NORMATIVA SECTORIAL

El sistema jurídico que regula el desarrollo de las actividades vinculadas con las redes y servicios de comunicaciones electrónicas, agrega y perfila la noción de competencia efectiva, como se explica a continuación.

A. Carácter jurídico-formal de la noción

De acuerdo con GERADIN, la búsqueda del bienestar del consumidor es uno de los motores de todo proceso de liberalización de sectores tradicionalmente explotados en régimen de monopolio; en segmentos de mercado con tales características, se adoptan dos tipos de medidas: aquellas que están diseñadas para promover o proteger la competencia y las que regulan partes del mercado cuyas características hacen inviable la operación espontánea de la rivalidad entre los agentes. Dentro del primer grupo pueden incluirse

¹⁷⁸ En este capítulo, puede revisarse el apartado 1.b.2).

decisiones como la portabilidad, o la separación contable y, en el segundo, las obligaciones de acceso¹⁷⁹.

En línea con lo manifestado por el autor que se comenta, la normativa comunitaria de comunicaciones electrónicas y, en especial, la Directiva marco¹⁸⁰, se ocupan de fijar el sistema axiológico de esta parte del ordenamiento jurídico¹⁸¹. Así, en el artículo 8, se prevén tres ejes centrales (competencia, mercado interior e intereses de los ciudadanos) que, a su vez, reflejan ámbitos competenciales diferentes:

Si se tiene la **competencia** como vértice del primero de los ámbitos competenciales señalados, en ella confluirían, como parte sustantiva, las disposiciones relativas a la consagración de las habilitaciones en el marco de las comunicaciones electrónicas (Directiva de Autorizaciones), la definición de los mercados y la imposición de obligaciones que aparecen desperdigadas, tanto en la Directiva Marco, como en las de Acceso, Interconexión y Servicio Universal, como parte subjetiva u orgánica, las reglas que fijan la distribución de competencias entre las instancias comunitarias y nacionales en estas materias y, como parte ontológica, las potestades normativas y ejecutivas, incluidas las sancionadoras, que aparecen también distribuidas entre el nivel comunitario y nacional.

Así las cosas, se tiene que, bajo el epígrafe de competencia (DM; art. 8.2), la normativa comunitaria ensalza la eficiencia asignativa¹⁸² (no exista falseamiento, ni restricción a la competencia –letra b-, promoviendo el acceso y uso eficaz de los recursos escasos –letra d-) y la dinámica (promoción de la inversión e innovación –letra c-) como propósitos del

¹⁷⁹ GERADIN; p. 36 y 37.

¹⁸⁰ EUROPA. Directiva 2002/21/CE del Parlamento y Consejo Europeos, de 7 de marzo, relativa la marco regulador común de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* L 108, de 24 de abril, p. 33-50.

¹⁸¹ Ver I.A.6. del capítulo anterior.

¹⁸² Hacer esta afirmación supone una simplificación del problema que es preciso dejar de manifiesto: como lo ha señalado la doctrina (por todos, WAELBROCK; p. 265) el concepto de falseamiento o restricción no es unívoco en la teoría económica, ni se emplea en un único sentido en las instancias comunitarias: puede estar relacionado con la libertad de acción de las empresas o la de elección de los usuarios. A los efectos de este trabajo y sin que de ello pueda inferirse ningún tipo de exclusión o atomización, sino simplemente una prelación, la idea de eficiencia asignativa se vincula a la libertad de acción de las empresas, mientras que, eficiencia dinámica, si bien se trata de un concepto que también tiene sentido en este ámbito, incorpora y privilegia otros aspectos, tales como, la innovación.

sistema y fija el bienestar del consumidor como unidad de medida de la misma (velando porque los usuarios obtengan el máximo beneficio en cuanto a posibilidades de elección, precio y calidad—letra a-)»¹⁸³.

Como se ha explicado previamente¹⁸⁴, el concepto de competencia que emplean las instancias comunitarias es de carácter estructural: sólo existe competencia efectiva si hay ausencia de poder de mercado (apartados 27 de la Directiva Marco y 18 de la Recomendación de 2007 y 19 de las Directrices sobre análisis de mercado¹⁸⁵), entendido éste, preponderantemente, como situación (existencia de pluralidad de agentes) y comportamiento (rivalidad, presión competitiva), más que como resultado (ganancias en el bienestar del consumidor: pluralidad de ofertas, precios, calidades, etc).

Si bien existen alusiones a la connotación prospectiva del análisis [(Rec2007; ap. 5 y 6) (DAM; ap. 20, 27, 30, entre otros)] y a la importancia de la competencia potencial [(REc2007; ap. 11) (DAM; ap. 52, 53, 74 y 78, entre otros)] como determinantes, tanto de la definición del mercado, como de la asignación de poder de mercado, lo cierto es que el punto de partida del examen de la tenencia de peso significativo comienza con el establecimiento de umbrales, que emplean las cuotas de mercado como referentes, para deducir importantes consecuencias jurídicas: empresas con cuotas inferiores a un 25% no es probable que detenten una posición de dominio y empresas con cuotas superiores al 50% es improbable que no la posean (DAM; apartado 75). Se configura así un sistema de presunciones *iuris tantum* que inciden sobre la distribución de la carga de la prueba: con cuotas inferiores al 25% son las autoridades reguladoras quien deben demostrar, con base en otros criterios estructurales (barreras de entrada – apartado 80-, presencia de economías de escala y alcance, control de infraestructuras no reproducibles fácilmente, superioridad tecnológica, acceso fácil a mercados financieros, integración vertical –DAM; apartado 78-), la presencia de poder de mercado, mientras que, con cuotas superiores al 50% es responsabilidad de las empresas demostrar lo contrario. En los dos casos, sólo hay una

¹⁸³ La nueva redacción de la Recomendación sobre los mercados susceptibles de regulación ex ante (Recomendación 2007/879/CE), en su apartado 2 establece, textualmente: El objetivo de cualquier intervención reguladora ex ante es en definitiva beneficiar a los usuarios finales, haciendo que los mercados la por menor sean competitivos sobre una base sostenible”.

¹⁸⁴ I.A.1.a de este capítulo.

¹⁸⁵ Por simplicidad, en adelante se empleará la abreviatura DAM para hacer alusión a esta norma.

mención a la competencia potencial como factor a tener en consideración (DAM; ap. 74 y 78), en contraste con la enumeración de los restantes criterios de carácter estructural.

Con fundamento lo anterior podría deducirse alguna suerte de prevalencia del valor de la eficiencia asignativa sobre la dinámica en el contexto del análisis *ex ante* de competencia para el mercado de comunicaciones electrónicas, empero la defensa de los mercados emergentes que se realiza en el art. 27 de la Directiva Marco y se reitera en los apartados 7 de la Recomendación 2007 y 32 de las Directrices, parece sugerir lo contrario: en efecto, en el art. 27 aludido, al referirse al contenido de las Directrices que posteriormente tendría que elaborar la Comisión, se advierte sobre la necesidad de abordar la cuestión de los nuevos mercados en expansión en los que, si bien es posible encontrar un líder con cuotas de mercado sustanciales, ha de guardarse especial cuidado en la imposición de obligaciones para no desincentivar la inversión y la innovación (aspectos que, como ha quedado advertido, guardan relación con la eficiencia dinámica).

A su turno, el apartado 32 de las Directrices, pone de relieve la bidimensionalidad del análisis de riesgos asociados a la imposición de obligaciones en un entorno de mercado emergente: de una parte, puede alterarse indebidamente la forma en la que se desarrolle la competencia y, de otra, conviene evitar que la empresa líder se apodere de los mercados (en el mismo sentido, está redactado el apartado 7 de la Recomendación 2007). La solución que ofrece la Comisión ante esta disyuntiva, que en últimas expresa la conflictividad que puede presentarse entre la eficiencia asignativa (mercado concentrado) y la dinámica (promoción de la innovación) es que *“las ANR deben asegurarse de poder justificar plenamente cualquier forma de intervención ex ante temprana en un mercado emergente, considerando en particular que siempre tiene la posibilidad de intervenir posteriormente en el contexto de la reevaluación periódica de los mercados pertinentes”*. Como se aprecia fácilmente, la Comisión no aporta, en sentido estricto, una regla de resolución del conflicto que permita afirmar la prevalencia incondicionada de un valor sobre el otro, sino que crea un límite adicional al ejercicio de esta facultad discrecional, el criterio de oportunidad, que viene a sumarse a los de proporcionalidad, razonabilidad y neutralidad tecnológica, contenidos en el art. 8 de la Directiva Marco.

Si se tiene la **integración** como vértice del segundo de los ámbitos competenciales señalados en el artículo 8 de la Directiva Marco, en ella confluirían, como parte sustantiva, las disposiciones relativas a las medidas de armonización y normalización, como parte subjetiva u orgánica, las reglas que fijan la distribución de competencias entre las instancias comunitarias y nacionales en estas materias y aquellas que guardan relación con la

delimitación de los mercados para reconocer, en este ámbito, el poder de veto de la Comisión sobre las medidas adoptadas por las autoridades nacionales que se funda en la prevalencia del interés del mercado interior sobre consideraciones del orden nacional (DM; art. 7), como parte ontológica, las potestades normativas y ejecutivas, incluidas las de encausamiento de las acciones nacionales al interés comunitario, que aparecen también distribuidas entre el nivel comunitario y nacional.

Por último, si se analiza el **interés del usuario** como vértice del ámbito competencial, e él confluirían, como parte sustantiva, las disposiciones relativas al reconocimiento de derechos particulares a los usuarios de comunicaciones electrónicas (verbigracia, la portabilidad) y las normas que integran el servicio universal, como parte subjetiva u orgánica, las reglas que fijan la distribución de competencias entre las instancias comunitarias y nacionales en estas materias y en las que se reconoce mayor presencia a las autoridades nacionales, siempre y cuando se respeten determinados límites marcados por las instancias comunitarias¹⁸⁶, como parte ontológica, las potestades normativas y ejecutivas, incluidas las sancionadoras, atribuidas a los entes nacionales.

Entre los tres pilares axiológicos de la política comunitaria sobre el sector de las comunicaciones electrónicas sí que puede hablarse de una jerarquía que sitúa a la integración como valor preferente, tal y como lo evidencian: la atribución del poder de veto de la Comisión de las decisiones adoptadas por las instancias nacionales en el ámbito de la delimitación de los mercados; decisiones, tales como, la regulación del *roaming* internacional a nivel europeo¹⁸⁷, así como el otorgamiento de habilitaciones a nivel comunitario o la regulación de números paneuropeos¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Por ejemplo, la instancia nacional puede robustecer el contenido del servicio universal, pero en tal caso la fuente de financiación no puede ser el fondo al que se refiere la normativa comunitaria.

¹⁸⁷ EUROPA. Reglamento (CE) n o 717/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2007 , relativo a la itinerancia en las redes públicas de telefonía móvil en la Comunidad y por el que se modifica la Directiva 2002/21/CE. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* N° L 171 de 29 de junio de 2007 p. 0032 – 0040.

¹⁸⁸ La Comisión, tras un proceso iniciado en agosto de 2008, otorgó el 13 de mayo de 2009 dos licencias para la prestación de servicios móviles paneuropeos por satélite a Inmarsat Ventures Limited y Solaris Mobile Limited. Asimismo, promueve iniciativas para el uso de números paneuropeos, como el 112 (emergencia) y el 116 (extravío de menores). Para más información, puede revisarse: http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecommm/current/pan_european/index_en.htm [010609]

A manera de recapitulación basta señalar que la normativa comunitaria aplicable al sector de las comunicaciones electrónicas sitúa a la competencia efectiva dentro del mercado interior como el valor capital dentro del sistema axiológico, definiéndola desde una perspectiva estructural, si bien se han dado algunos pasos hacia un enfoque de comportamiento y resultado.

La protección de una competencia, así entendida, comporta, a su vez, la salvaguardia de la libertad de acción de las empresas, por encima de la libertad de elección de los consumidores, tal y como se pone de presente en el análisis de algunas decisiones que sobre esta materia se han adoptado en los estrados judiciales comunitarios, así como en el conjunto de las obligaciones susceptibles de imposición a los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas que evidencian la necesidad de garantizar dicha libertad de acción, en condiciones de igualdad:

La aplicación de este principio (igualdad efectiva) explica, entre otras características de la regulación de las comunicaciones electrónicas, las diferencias en el trato prodigado a los operadores con peso significativo en el mercado en relación con el resto de operadores, así como el contenido de las obligaciones potencialmente imponibles a dicho operador: en efecto, las obligaciones establecidas en la Directiva de Acceso, atinentes a la transparencia (art. 9), no discriminación (art. 10), separación contable (art. 11), control de precios y contabilidad de costes (art. 13) constituyen manifestaciones de la observancia de dicho principio, toda vez que posibilitan el control de su cumplimiento por parte de las autoridades competentes, al obligar al destinatario del control a revelar información sobre sus operaciones, con criterios que permitan comparar su comportamiento en relación con el suministro de bienes y servicios así mismo y con respecto a los demás, o entre terceros entre sí.

Si el operador no estuviere obligado a suministrar dicha información, la vigilancia de sus actos se tornaría, aún más si cabe, tortuosa para regulador quien, y éste es uno de los fallos estructurales del mercado que la regulación intenta solventar, no cuenta con los datos suficientes sobre el operador dominante, como para desarrollar su función, en situación equiparable a la del resto de los competidores. Este es el denominado fallo de la “asimetría de la información”, que se define como una deficiencia del principio de perfecta información que alimenta al modelo de competencia perfecta. Nuevamente, en un intento

por realizar una traducción jurídica de la teoría económica, puede decirse que la asimetría informativa es una condición o circunstancia que posibilita la vulneración del principio de igualdad de trato, cuya atención o resolución comporta el ejercicio de funciones públicas atinentes al recaudo y consolidación de la información.

Otra de las cuestiones que queda resuelta con esta comprensión de la noción de competencia no falseada, es el de la imposición de las obligaciones de acceso a recursos específicos de las redes y a su utilización (Directiva de acceso; art. 12), distintas a la de dar acceso igualitario a todos los que lo soliciten (que es un caso claro de discriminación). Concretamente se alude al deber de permitir que terceros empleen recursos propios para el desarrollo de su actividad comercial.

El fundamento jurídico de una obligación de esta naturaleza se halla, según se explica en el considerando 19 de la Directiva de Acceso¹⁸⁹ y en el apartado 68 de la Comunicación C 265/12, de 22 de agosto, sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de telecomunicaciones¹⁹⁰, en el concepto de instalaciones esenciales, aquellas infraestructuras que son básicas para desarrollar una actividad económica y que no pueden ser sustituidas en un tiempo razonable [los denominados “cuellos de botella” de la teoría económica]. La existencia de infraestructuras de esta naturaleza, como insumos o elementos indispensables para el desempeño de una actividad económica va, claramente, en detrimento del postulado de la presencia de una pluralidad de oferentes, de tal suerte que, la garantía de su concreción dependerá de la adopción de medidas que permitan a otros acceder a su utilización, sin que el titular de la infraestructura vea vulnerados sus derechos a la propiedad y a la libertad de empresa.

Se dijo con antelación que la libertad de empresa, de la misma forma que el derecho de propiedad¹⁹¹, es un derecho relativo, ya que, de forma natural, puede ser modulado por el ordenamiento jurídico, siempre que la regulación sea proporcional al objetivo que persigue

¹⁸⁹ EUROPA. Directiva 2002/19/CE, de 7 de marzo de 2002.

¹⁹⁰ EUROPA. Comunicación C 265/12, de 22 de agosto, sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de telecomunicaciones. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* C 265 de 22 de agosto de 1998, p. 2-28.

¹⁹¹ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (Sala Tercera) Sentencia de 13 de julio de 1989. Caso 5/88. Hubert Wachauf contra Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft, FJ18. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (Sala Quinta). Sentencia de 11 de Julio de 1989. Caso 265/87. Hermann Schröder HS Kraftfutter GmbH & Co. KG contra Hauptzollamt Gronau FJ15

el acondicionamiento y se respete la esencia del derecho. Pues bien, la existencia de una pluralidad de oferentes [condición de competencia no falseada] constituye el valor en uno de los extremos de este conflicto de intereses que halla su contrapartida en los derechos de propiedad y de explotación económica del titular de la infraestructura. La solución resultante de esta ponderación de principios deberá respetar, en todo caso, los principios de proporcionalidad y respeto de la esencialidad. Para el caso del derecho de acceso a las redes comunicaciones electrónicas y recursos asociados, tal solución consiste en conferir el derecho de acceso, con el correspondiente deber de remuneración, especificando que éste no puede conducir a un desincentivo de la inversión en redes alternativas, así como en el reconocimiento del derecho de denegación del acceso con base en criterios objetivos, tales como, la viabilidad técnica o la integridad de la red.

Lo hasta hora expuesto sobre el alcance de la protección que le brinda el ordenamiento comunitario al mercado se edifica desde la perspectiva de la oferta y es claro que, al tratarse de un conjunto de intercambios económicos, la posición del comprador también tiene relevancia a efectos de realizar esta delimitación conceptual. De nuevo, la naturaleza de las obligaciones potencialmente imponibles al operador con peso significativo en el mercado, esta vez con sustento en la Directiva de Servicio Universal, arroja luces sobre el sentido de tal salvaguardia: en el artículo 17 de la Directiva se regulan los “controles de regulación de los servicios al público”, aludiendo a medidas subsidiarias a las de los mercados mayoristas y también a la selección de operador, contenida ésta última, en la Directiva de Servicio Universal, que se pueden adoptar en los mercados descendentes o minoristas, dentro de las cuales se citan expresamente los controles a los precios finales (prohibición de precios excesivos, precios abusivos) y la proscripción de comportamientos, tales como, la discriminación entre usuarios finales y el empaquetamiento injustificado de bienes o servicios. La norma vincula a una doble finalidad la imposición de tales obligaciones: de una parte, la protección de los intereses de los usuarios finales y de otra el fomento de la competencia real, bajo el reconocimiento de que comportamientos, tales como, el empaquetamiento injustificado de bienes y/o servicios, pueden configurarse como una barrera de ingreso al mercado y la estrategias de discriminación en precios tiene un reflejo en los mercados mayoristas que desincentiva el ingreso o hace inviable, económicamente hablando, la permanencia (Vg. Precios abusivos de insumos).

De otra parte, las obligaciones contenidas en los artículos 17 y 18, afectan a los mercados minoristas, al reconocer derechos atinentes a la contratación de líneas arrendadas y a la selección o preselección de operador, ejercitables por los usuarios finales, al tiempo que inciden de forma indirecta sobre los mayoristas, siendo que el usuario final sólo puede

desarrollarlos sí, a su vez, los operadores alternativos han llegado a acuerdos con los operadores dominantes en el segmento de las líneas arrendadas¹⁹² y de la telefonía vocal. En suma, también atribuyen derechos a los operadores en cuanto al acceso indirecto a las redes de otros competidores (que viabiliza a preselección o selección de operador) o a una oferta de redes y servicios específicos, en condiciones reguladas, éstos es, constituyen, al igual que las anteriores, acciones tendentes a garantizar la pluralidad de oferentes.

En concordancia con lo señalado previamente acerca de los tres pilares axiológicos del sistema jurídico europeo de las comunicaciones electrónicas, las obligaciones imponibles al operador con peso significativo sirven al logro de la competencia efectiva como objetivo del sistema, mientras que el conjunto de las obligaciones que pueden imponerse a los operadores sin peso significativo en el mercado, pueden obedecer, también, a otras finalidades: así, las obligaciones relativas, en particular, al acceso a los sistemas de acceso condicional, obligaciones de interconectar para garantizar la interoperabilidad extremo a extremo, y acceso a interfaces de programas de aplicación y guías electrónicas de programas para garantizar la accesibilidad a servicios de radiodifusión y televisión digitales especificados (apartados 1 y 2 del artículo 5 y artículo 6 de la Directiva de acceso) están sustentadas en los propósitos de salvaguardia de las condiciones de competencia y en el fortalecimiento del mercado interior, al posibilitar el acceso a determinados recursos necesarios para la explotación de estas redes y servicios.

Las obligaciones que las autoridades nacionales de reglamentación pueden imponer en materia de ubicación cuando la normativa referida a protección ambiental, salud, seguridad u ordenación territorial prive a otras empresas de alternativas (artículo 12 de la Directiva marco), atienden, mediatamente, a objetivos públicos extrasistémicos (medio ambiente, ordenación del territorio) e inmediatamente a la necesidad de garantizar la igualdad en las condiciones de acceso a los recursos, esto es, a la salvaguardia de las condiciones de mercado.

¹⁹² Las líneas arrendadas se consideraban una pieza vital en el mercado, toda vez que eran empleadas por otros operadores para la prestación de algunos servicios, en especial, por proveedores de servicios de Internet que las usaban como medio de conexión a las redes troncales y por las empresas con presencia en diversas partes del mundo, para la configuración de su redes privadas. En la propuesta del nuevo paquete regulatorio, tomando en consideración los resultados de las revisiones sobre el grado de competencia en los mercados relacionados con estas redes y servicios, sólo se prevé, como mercado relevante, el mayorista de terminación en líneas arrendadas.

El deber de separación de cuentas que pueden imponerse a las empresas prestadoras de servicios de comunicaciones electrónicas que disfrutan de derechos especiales o exclusivos en otros sectores (artículo 13 de la Directiva marco), atiende al objetivo de evitar que la concesión de tales derechos excepcionales incida en ámbitos diferentes para los que han sido concebidos, lesionando la garantía de la igualdad en las condiciones de explotación.

Por último, al servicio de la defensa de los derechos de los usuarios, se fijan las obligaciones de atender las llamadas a los abonados que utilizan recursos de numeración específicos y obligaciones necesarias para la implantación de la conservación del número (artículos 27, 28 y 30 de la Directiva de servicio universal), así como aquellas que están basadas en las disposiciones pertinentes de la Directiva de protección de datos.

B. Dotación de contenido material por la práctica regulatoria

La propia práctica de las autoridades reguladoras (a nivel comunitario y nacional) parece confirmar la prevalencia de los criterios de eficiencia asignativa sobre los restantes objetivos económicos de la política de la competencia, en sede de los análisis de delimitación de mercados e imposición de obligaciones.

El marco normativo de la delimitación y definición de los mercados está integrado por las siguientes normas: a nivel comunitario, la Recomendación 2007/879/CE¹⁹³, Nota explicativa a la Recomendación¹⁹⁴ y las Directrices¹⁹⁵, a nivel nacional, por la LGT¹⁹⁶ y el

¹⁹³ EUROPA. Recomendación de la Comisión, de 17 de diciembre de 2007, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas [notificada con el número C(2007) 5406] *Diario Oficial de la Unión Europea* núm. L 344 de 28 de diciembre de 2007. Esta Recomendación reemplazó a la Recomendación de la Comisión, de 11 de febrero de 2003, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Texto pertinente a efectos del EEE) [notificada con el número C(2003) 497] *Diario Oficial de la Unión Europea* núm. L 114 de 08 de mayo de 2003 p. 0045 – 0049.

¹⁹⁴ EUROPA. SEC(2007) 1483/2 COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT EXPLANATORY NOTE Accompanying document to the Commission Recommendation on Relevant Product and Service Markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications networks and services

Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración¹⁹⁷.

Sobre el procedimiento en sí debe precisarse que la Comisión seleccionó los mercados sobre la base de un test compuesto por tres criterios acumulativos: (i) Existencia de barreras de ingresos de naturaleza estructural, legal o regulatoria, altas y no transitorias; (ii) una estructura de mercado que, con independencia de las barreras de ingreso, no permita alcanzar la competencia efectiva en un horizonte temporal razonable; (iii) insuficiencia de las soluciones aportadas por el *antitrust* para la resolución de estos problemas. A continuación la Comisión aplica el test del monopolista hipotético (HMT) o de “incremento pequeño, pero significativo en el precio, no transitorio (SSNIP), legado del Derecho de la Competencia. En el SSNIP, se resuelve el interrogante de sí un monopolista tendría incentivos para incrementar el precio de un bien entre un 5 y un 10%: si puede hacerlo y esto no implica que pierda cuota de mercado, el mercado candidato es igual al mercado relevante; si incrementando el precio, atrae a nuevos competidores, el mercado candidato es menor que el mercado relevante y, en consecuencia, hay que incluir nuevos bienes y volver a pasar el test.

Una vez delimitado el mercado por las autoridades comunitarias, corresponde a las nacionales efectuar una valoración concreta de los segmentos en función de la situación particular de los países. Tal valoración debería contener la verificación de la concurrencia de los tres criterios acumulativos y una definición del mercado por producto, así como una delimitación geográfica. A continuación, se establece si hay competencia efectiva, o lo que es lo mismo, si hay un operador con peso significativo en el mercado. Una vez se llegue a la conclusión de la presencia de un OPSM, en el segmento mayorista, debe procederse a la imposición de obligaciones, conforme el listado contenido en la Directiva de Acceso (transparencia, no discriminación, acceso, control de precios y separación contable). En el

¹⁹⁵ EUROPA. Commission guidelines on market analysis and the assessment of significant market power under the Community regulatory framework for electronic communications networks and services (2002/C 165/03). *Diario Oficial de la Unión Europea* núm. C 165/6 de 11 de julio de 2002.

¹⁹⁶ ESPAÑA. Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones. *Boletín Oficial del Estado* núm. 264, de 4 de noviembre, p. 38890 - 38924.

¹⁹⁷ ESPAÑA. Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración. *Boletín Oficial del Estado* núm. 314 de 30 de diciembre de 2004, p. 42372-a 42396

evento que la situación del mercado mayorista no solvente las dificultades competitivas en el minorista, pueden imponerse obligaciones, de acuerdo con el listado de la Directiva de Servicio Universal.

En la Recomendación de 2003 se incluían 18 mercados, que en la Recomendación de 2007 se redujeron a 7, tal y como se ilustra a continuación:

Recomendación 2007	Recomendación 2003
Acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija para clientes residenciales y no residenciales MERCADO 1	Acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija para clientes residenciales (mercado 1) ¹⁹⁸
	Acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija para clientes no residenciales (mercado 2) ¹⁹⁹
	Servicios telefónicos locales y/o nacionales disponibles al público prestados en una ubicación fija para clientes residenciales (mercado 3) ²⁰⁰
	Servicios telefónicos internacionales disponibles al público prestados en una ubicación fija para clientes residenciales (mercado 4) ²⁰¹
	Servicios telefónicos locales y/o nacionales disponibles al público prestados en una ubicación fija para clientes no residenciales (mercado 5) ²⁰²
	Servicios telefónicos internacionales disponibles al público prestados en una ubicación fija para clientes no residenciales (mercado 6) ²⁰³
	Conjunto mínimo de líneas arrendadas (mercado 7) ²⁰⁴

198 ESPAÑA. COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Resolución del Consejo de 23 de marzo de 2006. Revisión del mercado: Resolución de 5 de marzo de 2009. (Mercado 1 en la nueva denominación)

199 ESPAÑA. COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Resolución del Consejo de 23 de marzo de 2006. Revisión del mercado: Resolución de 5 de marzo de 2009. (Mercado 1 en la nueva denominación)

200 ESPAÑA. COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Resolución del Consejo de 9 de febrero de 2006.

201 ESPAÑA. COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Resolución del Consejo de 9 de febrero de 2006.

202 ESPAÑA. COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Resolución del Consejo de 9 de febrero de 2006.

203 ESPAÑA. COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Resolución del Consejo de 9 de febrero de 2006.

204 ESPAÑA. COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Resolución del Consejo de 20 de abril de 2006.

Originación de llamadas en la red telefónica pública facilitada en una ubicación fija MERCADO 2	Originación de llamadas en la red telefónica pública facilitada en una ubicación fija (mercado 8) ²⁰⁵
Terminación de llamadas en redes telefónicas públicas individuales facilitada en una ubicación fija MERCADO 3	Terminación de llamadas en redes telefónicas públicas individuales facilitada en una ubicación fija (mercado 9) ²⁰⁶
ELIMINADO	Servicios de tránsito en la red pública de telefonía fija (mercado 10) ²⁰⁷

205 ESPAÑA. COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Resolución del Consejo de 27 de abril de 2006. Revisión del mercado: Resolución de 12 de diciembre de 2008. (Mercado 2 en la nueva denominación)

206 ESPAÑA. COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Resolución del Consejo de 2 de marzo de 2006. Revisión del mercado: Resolución de 18 de diciembre de 2008. (Mercado 3 en la nueva denominación)

207 ESPAÑA. COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Resolución del Consejo de 29 de junio de 2006.

Acceso desagregado al por mayor (incluido el compartido) a los bucles y subbucles metálicos a efectos de la prestación de servicios de banda ancha y vocales MERCADO 4	Acceso desagregado al por mayor (incluido el compartido) a los bucles y subbucles metálicos a efectos de la prestación de servicios de banda ancha y vocales ²⁰⁸ (mercado 11).
Acceso de banda ancha al por mayor MERCADO 5	Acceso de banda ancha al por mayor (mercado 12) ²⁰⁹
Segmento de terminación de líneas arrendadas al por mayor MERCADO 6	Segmento de terminación de líneas arrendadas al por mayor (mercado 13) ²¹⁰
ELIMINADO	Segmentos troncales de líneas arrendadas al por mayor(mercado 14) ²¹¹

208 ESPAÑA. COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Resolución del Consejo de 11 de mayo de 2006. Revisión del mercado: resolución del 22 de enero de 2009. (Mercado 4 en la nueva denominación). Resolución de 19 de noviembre de 2009 (inclusión de los servicios de acceso a canalizaciones).

209 ESPAÑA. COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Resolución del Consejo de 20 de junio de 2006. Revisión del mercado: Resolución de 22 de enero de 2009. (Mercado 5 en la nueva denominación). Inclusión del servicio MIBA: Resolución de 11 de noviembre de 2010.

210 ESPAÑA. COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Resolución del Consejo de 23 de noviembre de 2006. (Mercado 6 en la nueva denominación)

211 ESPAÑA. COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Resolución del Consejo de 23 de noviembre de 2006.

ELIMINADO	Acceso y originación de llamadas en redes públicas de telefonía móvil (mercado 15) ²¹²
Terminación de llamadas vocales en redes móviles MERCADO 7	Terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales (mercado 16) ²¹³

212 ESPAÑA. COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Resolución del Consejo de 2 de febrero de 2006.

213 ESPAÑA. COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Resolución del Consejo de 23 de febrero de 2006 (TESAU, ORANGE y VODAFONE). COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Resolución del Consejo de 4 de octubre de 2007 (XFERA). COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Resolución del Consejo de 25 de octubre de 2007 por la cual se notifica a la CUE el proyecto de definición de mercado mayorista de terminación en redes de OMV completos. Revisión del mercado: Resolución de 18 de diciembre de 2008. (Mercado 7 en la nueva denominación). Resolución del Consejo de 2 de febrero de 2012 por la que se revisa el mercado.

Sobre estos segmentos del mercado, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones procedió a efectuar los análisis correspondientes estructurándolos en tres grandes apartados: a) delimitación del mercado (geográfico y por producto)²¹⁴, b) análisis de la estructura de mercado [cuotas de mercado, barreras de ingreso (legales²¹⁵ o económicas²¹⁶) y competencia potencial²¹⁷] y c) grado de competencia efectiva: verificación del grado de

²¹⁴ Sobre el proceso de delimitación de mercados y asignación de peso significativo, pueden revisarse, entre otras opiniones, las siguientes: ADAMS, Gregory; MCCHESENEY, Adams. Not good enough for government work: geographic market definition and the FTC's case against Chicagoland physician associations. *Journal of Competition Law & Economics* Diciembre, 2010. RATLIFF, James; RUBINFELD, Daniel. Online advertising: defining relevant markets *Journal of Competition Law & Economics*, Septiembre, 2010 TEN KATE, Adriaan; NIELS, Gunnar. The relevant market: a concept still in search of a definition *Journal of Competition Law & Economics*, Junio, 2009. En la doctrina nacional, CALVO DIAZ, Gloria. La definición y análisis de los mercados relevantes y la determinación de los operadores con peso significativo en el mercado. En: MUÑOZ MACHADO, Santiago (Director) *Derecho de la Regulación Económica*. DE LA QUADRA SALCEDO, Tomás (Director); VIDA FERNÁNDEZ, José (coord.) IV. Telecomunicaciones. Madrid: lustel, 2009, p. 323-353. REDONDO ANDREU, Ignacio. El procedimiento de definición y análisis de mercados: modificaciones introducidas por la reforma de las Directivas de noviembre de 2009. *Noticias de la Unión europea*. N. 313, (feb. 2011), p. 63-72. MONTERO PASCUAL, Juan J. El "poder significativo en el mercado" en la nueva legislación de telecomunicaciones. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*. n. 234 (Noviembre/Diciembre 2004), p. 90-95. BAVASSO, Antonio. *Communications in EU antitrust law : market power and public interest* The Hague : Kluwer Law International, 2003, 434 p.

²¹⁵ En este apartado, la mayoría de las decisiones comienzan con una reflexión acerca de la supresión de las habilitaciones para la explotación de servicios y redes de comunicaciones electrónicas (identificadas como habilitaciones en la tabla), para luego incidir en las dificultades que eventualmente supone la obtención de autorizaciones para el uso de dominio viario o para el ejercicio de los derechos de ocupación (autorizaciones en la tabla). En casos concretos, se analiza la influencia de un sistema de precios regulados sobre el comportamiento del mercado, o de otros factores institucionales, tales como, exigencias normativas sobre cobertura, calidad de servicios, etc, o la existencia de organizaciones (como la Agrupación GSM) con injerencia sobre la materia.

²¹⁶ En el criterio de disponibilidad de factores se tienen en cuenta las dificultades que enfrentan los operadores alternativos para suministrar los servicios, generalmente se analiza la posibilidad de desplegar una red alternativa. En cuanto a la diferenciación de producto, se verifica sí este es un factor esencial para ingresar al mercado, o no, y el grado de dificultad para alcanzar tal condición.

²¹⁷ En ninguno de los casos analizados la competencia potencial dio lugar a que se entendiera disciplinado el comportamiento del agente por la amenaza del nuevo ingreso. Las valoraciones que se realizan al amparo de este epígrafe son de carácter eminentemente teórico, no se acompañan de datos y suelen reducirse a apreciaciones escuetas que no ocupan más de dos párrafos dentro de las resoluciones.

concentración del mercado²¹⁸ [cuando la situación no es claramente monopolística (como en el caso de los servicios de terminación en los que cada uno de los titulares de red es el proveedor exclusivo), se emplean los índices de concentración, HHI y volatilidad con miras a identificar la participación de los operadores en el segmento²¹⁹]y de otros factores, *inter alia*, la envergadura de la empresa (dimensiones, acceso a recursos financieros, etc), el control sobre infraestructuras no reproducibles fácilmente²²⁰, poder compensatorio y costes de cambio²²¹, así como integración vertical²²². El procedimiento²²³ y sus resultados, se consignan a continuación

²¹⁸ Las cuotas de mercado se miden en términos de minutos, ingresos, número de clientes, número de líneas, entre otras unidades.

²¹⁹ Ver nota 9 en la que se explican los índices.

²²⁰ Se trata de un criterio contenido en el apartado 78 de las Directrices, que si bien en el mismo texto, apartado 81, se aclara que no se trata del test de las facilidades esenciales, puede considerarse una flexibilización de este modelo, que permite tratar con carácter menos rigurosos el criterio de esencialidad. En todo caso, se trata de una infraestructura necesaria para competir, que no puede duplicarse fácilmente en el corto, ni mediano plazo.

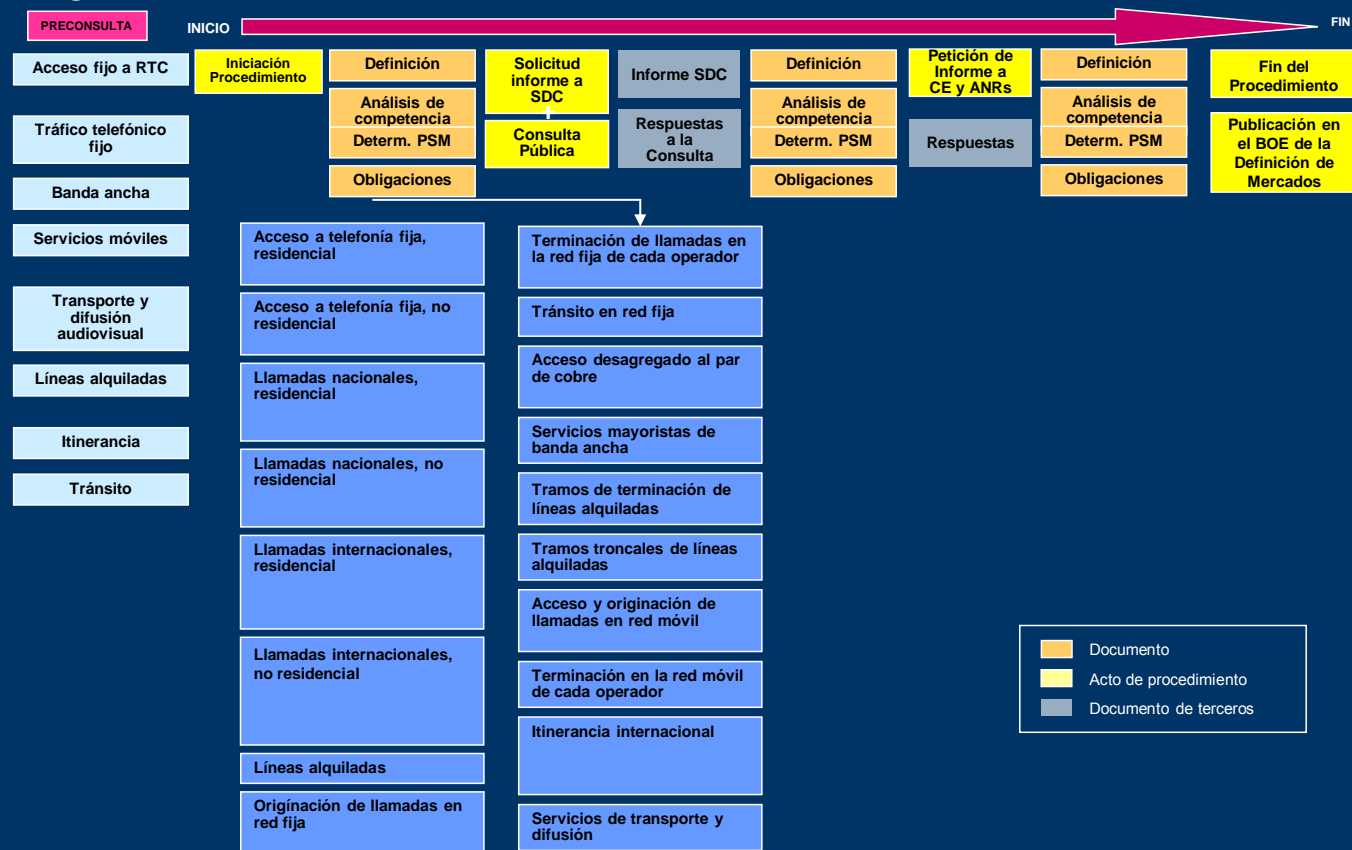
²²¹ El poder compensatorio alude a la capacidad que tengan los compradores de disciplinar el comportamiento de los oferentes. Se analiza en conjunto con los costes de cambio porque existe una relación inversamente proporcional entre estos dos factores: a grandes costes de cambio, menor poder compensatorio y viceversa.

²²² Una empresa está integrada verticalmente cuando controla la red y el servicio.

²²³ La gráfica del procedimiento ha sido extraída de una conferencia impartida por un miembro de la CMT, D. Ivan Santos Esteras, en un curso de regulación en telecomunicaciones en el año 2007.

Introducción (III)

- La CMT inició el análisis de los 18 mercados de la Recomendación en julio de 2005 y se concluyó en febrero de 2007 de acuerdo con el siguiente procedimiento:



Siguiendo el procedimiento descrito, la CMT empleó los siguientes criterios para la definición de los mercados y la asignación de PSM:

TIPO DE MERCADO		MINORISTAS				
Recomendación aplicada		Rec 2003	Rec2007	Rec 2003		
Numeración		Mercados 1-6	Mercado 1'	Mercado 7		
Denominación		Acceso y otros servicios de voz	Acceso en fija	Lineas alquiladas		
ESTRUCTURA DE MERCADO	CUOTA DE MERCADO	Ingresos	X	x	X	
		Clientes	X	x	X	
		Minutos				
		Líneas		x		
	BARRERAS DE INGRESO	BARRERAS LEGALES	Habilitaciones	X		X
			Autorizaciones	X		X
			Regulación de precios			X
			Factores institucionales			
		BARRERAS ECONOMICAS	Costes hundidos	X	x	X
			Economías de Escala y Alcance	X		X
			Diferenciación de producto	X		X
			Disponibilidad de factores	X		
Competencia potencial	X	x	X			
COMPETENCIA EFECTIVA	Concentración	CR, HHI, Vol		CR, HHI, Vol		
	Envergadura	X		X		
	Control sobre infraestructura	X	x	X		
	Poder compensatorio	X		X		
	Integración vertical	X	x	X		

A excepción del análisis del mercado de acceso móvil (mercado 15), el examen se orienta a la verificación de la presencia de características estructurales que permitan inferir la posesión de poder de mercado y, en consecuencia, validen la declaración de ausencia de competencia efectiva²²⁴.

²²⁴ Aludiendo a la recomendación de 2003, DE STREEL afirmaba que los criterios de definición de mercado ostentaban las siguientes particularidades: “El primer criterio es estático y alude a la presencia de barreras de ingreso altas y no transitorias. Las barreras pueden ser estructurales y resultar de las condiciones de los costes

TIPO DE MERCADO		MAYORISTAS					
Recomendación aplicada		Rec 2003	Rec2007	Rec2003	Rec 2007		
Numeración		Mercado 8	Mercado 2	Mercado 9	Mercado 3		
Denominación		Originación fija		Terminación fija			
ESTRUCTURA DE MERCADO	CUOTA DE MERCADO	Ingresos	X		x	X	
		Clientes					
		Minutos	X	X	x	X	
		Líneas					
	BARRERAS DE INGRESO	BARRERAS LEGALES	Habilitaciones	X	X		
			Autorizaciones	X	X		
			Regulación de precios				
			Factores institucionales				
		BARRERAS ECONOMICAS	Cortes hundidos	X	X		
			Economías de escala/alcance	X	X		
			Diferenciación de producto				
			Disponibilidad de factores				
			Competencia potencial	X	X		
COMPETENCIA EFECTIVA	Concentración	Monopolio	HHI	Monopolio	Monopolio		
	Envergadura						
	Control sobre infraestructura	X	X				
	Poder compensatorio	X	X	x	X		
	Integración vertical	X	X				

originales y de la demanda que crea condiciones asimétricas entre los entrantes y los incumbentes. Las barreras también pueden ser legales o administrativas. Ambos tipos de barreras no son estratégicas (no han sido creadas artificialmente por los operadores) y aquellas a las que se les reconoce este carácter (por ej. Inversiones excesivas o reforzamiento de los efectos de red) debían ser objeto de valoración bajo las normas de competencia. El segundo criterio es dinámico y evalúa si el mercado tiene características que lo hagan tendente a la competencia efectiva en el corto o mediano plazo. Si es así, el mercado no tiene la condición de relevante. aplicación de este criterio implica examinar el estado de la competencia más allá de las barreras de ingreso, teniendo en cuenta que, algunas características estructurales permiten que haya competencia efectiva, aún cuando estén presentes las barreras de ingreso. Este es el caso, por ejemplo, de mercados en los que existe un número limitado pero suficiente de competidores que tienen estructuras de costes diferentes y hacen frente a diferentes elasticidades precio/demanda. Asimismo, es la tendencia en los mercados sometidos a presiones de innovación tecnológica muy fuertes. El tercer criterio guarda relación con la insuficiencia del Derecho de la Competencia para solventar los problemas competitivos. Tales circunstancias puede ser la necesidad de una regulación intensiva, o la importancia de la certidumbre. DE STREEL, Alexandre. The new concept of "significant market power" in electronic communications: the hybridisation of the sectoral regulation by competition law. *European Competition Law Review*, 24(10), 2003, 535-542.

TIPO DE MERCADO		MAYORISTAS								
Recomendación aplicada		Rec 2003	Rec2003	Rec2003	Rec2007	Rec 2003	Rec 2007	Rec 2003		
Numeración		Mercado 10	Mercado 11	Mercado 12	Mercado 4 y 5	Mercados 13 y 14	Mercado 6	Mercado 18		
Denominación		Tránsito fija	Bucle	Banda Ancha	Bucle+Banda ancha	Líneas alquiladas	Lineas alquiladas	Portador difusión		
ESTRUCTURA DE MERCADO	CUOTA DE MERCADO	Ingresos	X			X	x	x	X	
		Clientes					x	x	X	
		Minutos	X							
		Líneas			X	X	x	x		
	BARRERAS DE INGRESO	BARRERAS LEGALES	Habilitaciones	x	X	X		x	x	X
			Autorizaciones	x	X	X	X	x	x	X
			Regulación de precios							
			Factores institucionales					x	x	
		BARRERAS ECONOMICAS	Costes hundidos	x	X	X		x	x	X
			Economías de escala/alcance	x	x (densidad)	X	X	x	x	X
			Diferenciación de producto							X
			Disponibilidad de factores			X				X
Competencia potencial	x	X	X	X	x	x	X			
COMPETENCIA EFECTIVA	Concentración	CR, HHI, Vol.	Monopolio	Monopolio	Monopolio	CR, HHI, Vol.	CR, HHI, Vol.	CR, HHI, Vol.		
	Envergadura							X		
	Control sobre infraestructura	x	X	X	X	x	x	X		
	Poder compensatorio	x	X	X		x	x	X		
	Integración vertical	x	X	X	X	x	x			

En el mercado 15 se declaró la existencia de una posición de dominio conjunta, basada en una argumentación que enriquece la valoración estrictamente estructural, con algunas consideraciones sobre las estrategias de las empresas, siguiendo el modelo de PORTER.

De acuerdo con el modelo de PORTER, el grado de competencia en un mercado se mide en función de cinco criterios o fuerzas: a) amenaza de ingreso; b) existencia de sustitutos; c) rivalidad entre competidores; d) poder de los consumidores y e) poder de los proveedores. En la amenaza de ingreso deben identificarse no sólo las barreras u obstáculos (de carácter económico o legal) que enfrenta el entrante sino también la capacidad de reacción (o retaliación) del incumbente al ingreso que viene a depender, entre otros factores, de su reputación, capacidad excedentaria, importancia que le atribuye a su presencia en el mercado, etc.

La sustituibilidad dependerá de las condiciones actuales y potenciales del mercado, al tiempo que la rivalidad entre los agentes estará determinada, entre otros criterios, por el tamaño relativo de las empresas, la velocidad del crecimiento del sector, los costes de cambio, la diferenciación de productos, etc. Por su parte, el poder de negociación del comprador estará determinado, entre otros, por los costes de cambio, la diferenciación del producto, la transparencia, etc y el poder de negociación de proveedores estará condicionado, de manera preponderante, por el grado de dependencia de los insumos.

Esta herramienta analítica resulta de gran utilidad a la hora de verificar la viabilidad (en términos de racionalidad y eficacia) de ciertas estrategias y agrega dinamismo al análisis del grado de competencia. Así, en el marco de análisis del mercado 15 se verificaron, tanto el grado de concentración del mercado minorista, como las distorsiones de las condiciones del mercado perceptibles (homogeneidad del modelo de negocio, ofertas convergentes y reducción lenta de precios) para luego abordar el examen del mercado mayorista verificando no sólo la concentración y la existencia de las barreras de entrada, sino también la transparencia, las simetrías en costes y la elasticidad residual. Con fundamento en lo anterior, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones realizó una valoración sobre el comportamiento coordinado de los agentes (sus incentivos para coludir y las evidencias de que, en efecto, actuaban de forma coordinada) para concluir que existía una dominancia conjunta en el sector. Si bien este tipo de análisis sigue centrándose en la verificación de la presencia del poder de mercado, ha de relevarse el avance que supone el aquilatamiento, así sea teórico, de la racionalidad del comportamiento estratégico y del resultado del comportamiento desde la perspectiva del consumidor, que permite augurar un acercamiento real de la política de la competencia al bienestar del consumidor.

Empero, la aseveración anterior quedaría incompleta y conduciría a equívocos si no se pusiera de presente que este tipo de valoración no sirvió de precedente en los análisis realizados al amparo de la Recomendación de 2007, que vuelven sobre la estructura original, remitiendo en muchos casos a los resultados anteriores, de tal suerte que, por ejemplo, la valoración de las fortalezas de las barreras de ingreso se hacen de manera genérica (mercados 3, 4, 5 y 7), prescindiendo de los exámenes sobre el comportamiento estratégico.

TIPO DE MERCADO		MAYORISTA MOVIL				
Recomendación aplicada		Rec 2003	Rec2003	Rec2007		
Numeración		Mercado 15	Mercado 16	Mercado 7		
Denominación		Acceso Móvil	Terminación móvil			
ESTRUCTURA DE MERCADO	CUOTA DE MERCADO	Ingresos	x	x		
		Clientes				
		Minutos		x		
		Líneas	x			
	BARRERAS DE INGRESO	BARRERAS LEGALES	Habilitaciones	x		
			Autorizaciones	x		
			Regulación de precios			
			Factores institucionales			
		BARRERAS ECONOMICAS	Costes hundidos			
			Economías de escala/alcance			
			Diferenciación de producto			
			Disponibilidad de factores			
	Competencia potencial		x			
COMPETENCIA EFECTIVA	Concentración		x	Monopolio	Monopolio	
	Envergadura					
	Control sobre infraestructura					
	Poder compensatorio			x	x	
	Integración vertical					

Asimismo, ha de señalarse que la actitud de la Comisión Europea sobre los mercados emergentes tampoco apunta a que se promueva una visión de la competencia efectiva más allá de la estructural. Concretamente, al revisar la propuesta española de análisis del mercado de servicios mayoristas de banda ancha (mercado 5 en la Recomendación 2007), la Comisión manifestó su inconformidad sobre la naturaleza de medidas adoptadas en torno al acceso a determinados servicios: en la propuesta, la CMT consagraba una distinción entre dos mercados para estos servicios, basada en la presión competitiva ejercida por los titulares de infraestructuras alternativas; así, en zonas con presencia de operadores de cable, Telefónica podría fijar libremente sus tarifas, mientras que, en otras zonas en las que ningún operador disputaba su liderazgo, quedaría sujeta a regulación. La decisión final contempla la existencia de un mercado único, empleando como criterio diferenciador la velocidad de transmisión (30 Mbps): para velocidades hasta de 30 Mbps Telefónica deberá ofrecer una solución de acceso indirecto, orientada a costes, cuya disponibilidad, para velocidades superiores, estará sujeta a la libre negociación de las partes²²⁵.

Analizando las consideraciones de la nota explicativa que acompaña a la Recomendación de 2007 puede avistarse la posibilidad de que el examen de la competencia potencial y los efectos sobre el bienestar de los consumidores adquiera mayor preponderancia, si se tiene en cuenta que, justamente, la eliminación de la mayoría de los 11 segmentos que no aparecen en el nuevo listado de mercados por productos obedece a la apreciación de la

²²⁵ Para ver los detalles de la medida original y la versión definitiva, puede consultarse http://www.cmt.es/cmt_ptl_ext/SelectOption.do?nav=mercados_mayoristas&detalles=0900271980075bbe&pagina=1&categoria=revision_2 [28 de mayo de 2009]. La evolución de las diferencias entre las dos instancias puede identificarse en: NOTA DE PRENSA CMT. La CMT autoriza la comercialización de la fibra hasta el hogar de TELEFONICA, 13 de noviembre de 2008. NOTA DE PRENSA CMT. Bruselas da el visto bueno a la CMT para dar acceso a las canalizaciones de TELEFÓNICA, 13 de noviembre de 2008. EUROPA PRESS. La CMT dice que las diferencias con la CUE sobre la red de fibra de TELEFONICA son asumibles, 18 de noviembre de 2008. EL PAÍS. Kroes "no voy a permitir que TELEFONICA vuelva a ser monopolio", 9 de diciembre de 2008. ELPÁIS. La CMT pacta con Bruselas la nueva red de TELEFONICA, 10 de diciembre de 2008. CINCO DIAS. La CMT prevé poca demanda a las ofertas de banda superancho, 22 de enero de 2009. NEGOCIO. Los planes de Alierta en fibra tendrán aval legal a partir de hoy, 22 de enero de 2009. NOTA DE PRENSA CMT. La CMT fija el marco regulador para la banda ancha y las redes de fibra óptica, 23 de enero de 2009.

presión competitiva ejercida por la competencia potencial sobre los incumbentes, acompañada de razonamientos en torno a los beneficios de los consumidores.

V. LA CONFIGURACIÓN DEL SISTEMA AXIOLÓGICO DEL RÉGIMEN JURÍDICO NACIONAL DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS.

El artículo 3 de la LGT consagra como ejes centrales del sistema axiológico que inspira el ordenamiento nacional de las comunicaciones electrónicas la competencia efectiva, el mercado interior y los intereses de los ciudadanos, de manera coincidente al ordenamiento comunitario, a los que viene a añadir, el cumplimiento de las obligaciones de servicio público, la cohesión social y territorial, el desarrollo del sector y de la industria y la gestión eficaz de los recursos escasos (espectro radioeléctrico, numeración y derechos de ocupación de propiedad pública y privada).

Si se tiene la competencia como vértice del primero de los ámbitos competenciales señalados, en ella confluirían, como parte sustantiva, las disposiciones relativas a las habilitaciones para la explotación de redes y servicios de comunicaciones que, como se sabe, se circunscriben a un régimen de comunicación y registro (LGT; arts. 6, 7, 8 y 9)²²⁶ y aquellas atinentes al reconocimiento de derechos de uso de los recursos escasos (LGT; art. 45)^{227/228}, la definición de los mercados (LGT; art. 10)²²⁹ y la imposición de obligaciones que aparecen reseñadas en el mismo cuerpo normativo, atinentes al acceso e interconexión (LGT; arts. 11,12,13, 14, 37, Disposición adicional Séptima) a la preselección (LGT; art. 19) y

²²⁶ Reglamentado en ESPAÑA. Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios. *Boletín Oficial del Estado* núm. 102, de 29 de abril, p. 14545 – 14588.

²²⁷ Reglamentado por ESPAÑA. Real Decreto 863/2008, de 23 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, en lo relativo al uso del dominio público radioeléctrico. *Boletín Oficial del Estado* núm. 138 de 7 de junio de 2008, p. 26305 – 26320.

²²⁸ También se regulan las habilitaciones para la distribución de equipos (LGT; art. 40), las condiciones para desarrollar la actividad de instalación (LGT; art. 42).

²²⁹ Desarrollado mediante ESPAÑA. Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración. *Boletín Oficial del Estado* núm. 314 de 30 de diciembre de 2004, p. 42372 – 42396.

a la portabilidad (LGT; art. 18), como parte subjetiva u orgánica, las reglas que fijan la distribución de competencias entre los distintos órganos que integran la denominada Administración de las telecomunicaciones (LGT; arts. 46-57, disposiciones adicionales quinta, sexta, duodécima y disposición transitoria tercera²³⁰) y, como parte ontológica, las potestades normativas y ejecutivas, incluidas las sancionadoras, que aparecen también distribuidas entre las distintas administraciones, atendiendo sus competencias materiales y la gravedad de las infracciones (LGT; art. 58) .

Así las cosas, se tiene que, bajo el epígrafe de competencia, la normativa nacional ensalza la eficiencia dinámica (promoción de la inversión e innovación –LGT; art.3 a-) como propósito del sistema y fija el bienestar del consumidor como unidad de medida de la misma (asegurando el derecho de acceso de los usuarios a los servicios de comunicaciones electrónicas en adecuadas condiciones de elección, precio y calidad (LGT; art. 3e).

En concordancia con la visión comunitaria, el concepto de competencia que emplean las instancias nacionales es de carácter estructural: sólo existe competencia efectiva si hay ausencia de poder de mercado [(LGT; art. 10.3) (RM; art. 3)], entendido éste, preponderantemente, como situación (existencia de pluralidad de agentes) y comportamiento (rivalidad, presión competitiva), más que como resultado (ganancias en el bienestar del consumidor: pluralidad de ofertas, precios, calidades, etc).

Empleando como vértice del ámbito competencial la protección de los derechos de los usuarios, se advierte la confluencia, como parte sustantiva, de las disposiciones relativas al reconocimiento de derechos particulares a tal categoría de usuarios (LGT; art. 38)²³¹, que incluyen la salvaguardia del secreto de las comunicaciones (LGT; art. 33, 35 y 36) y la protección de datos personales (LGT; art. 34), como parte subjetiva u orgánica, las reglas que atribuyen al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio las competencias para la

²³⁰ Debe advertirse que, en materia de competencia, la habilitación la detentan la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, quien lidera el procedimiento de análisis de mercados e imposición de obligaciones y la SETSI, quien gestiona el otorgamiento de las habilitaciones para el uso del espectro radioeléctrico.

²³¹ El régimen general de los derechos de los consumidores de servicios de comunicaciones electrónicas se fija en el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios y en el Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, en el que se establece la carta de derechos de los usuarios. *Boletín Oficial del Estado* núm.131 de 30 de mayo de 2009, p. 45386 - 45408.

vigilancia del cumplimiento de este tipo de obligaciones (LGT; art. 46) y, como parte ontológica, las potestades normativas y ejecutivas, incluidas las sancionadoras, que aparecen asignadas a la misma organización administrativa (LGT; art. 58) .

La parte sustantiva del ámbito competencial encabezado por el mercado interior, la conforman las disposiciones relativas a la observancia de normas técnicas en materia de acceso (LGT; art. 5), el impulso a los esfuerzos de normalización técnica (LGT; art. 39), y reconocimiento mutuo (LGT; art. 41), así como el mecanismo de consulta de las decisiones adoptadas por la Comisión en el marco de los análisis de competencia de los mercados relevantes (LGT; Disposición adicional octava). La vertiente orgánica está compuesta por la Administración de telecomunicaciones, en general, ya que las competencias en materia de normalización y aplicación de normativa técnica aparecen asignadas al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, mientras que la Comisión del mercado de las Telecomunicaciones, ejerce las competencias en materia de interconexión y análisis de mercados; como parte ontológica se tienen, las potestades normativas y ejecutivas, incluidas las sancionadoras, que aparecen asignadas a estas organizaciones administrativas (LGT; art. 58) .

El ámbito competencial presidido por la gestión eficaz de recursos escasos está integrado, en su parte sustantiva, por los arts. 16, 17, 43 y 44 de la LGT, que regulan la planeación y el otorgamiento del uso de los recursos de numeración, direccionamiento y dominio público radioeléctrico²³² y los arts. 26-32 de la LGT, atinentes al reconocimiento de los derechos de ocupación de la propiedad privada y del dominio público; las vertientes orgánica y ontológica están compuestas por las normas que habilitan al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, así como a la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones, para ejercer las funciones de planificación del espectro, así como para tramitar los procedimientos sancionadores vinculados a esta materia y, a la segunda, para otorgar las habilitaciones para su uso. Asimismo, la CMT tiene competencias para certificar la detentación de los derechos de ocupación de dominio público o propiedad privada (LGT; art. 31).

²³² El régimen del espectro se desarrolla en el Real Decreto 863/2008, de 23 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, en lo relativo al uso del dominio público radioeléctrico.

Por último, ha de señalarse que, al amparo de la salvaguardia de las obligaciones de servicio público, puede identificarse un ámbito competencial compuesto, en su parte material, por las normas reguladoras de la imposición de obligaciones de servicio público y, dentro de ellas, las del servicio universal (LGT; arts. 20-25, Disposiciones transitorias segunda y cuarta)²³³, en su parte orgánica y ontológica se atribuye al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio las competencias para la vigilancia del cumplimiento de tal normativa y la correlativa potestad sancionadora.

Analizada la norma cabecera del subsistema jurídico de las comunicaciones electrónicas como si se tratase de una pirámide en cuya punta confluyen, a su vez, diversos vértices de ámbitos competenciales delimitados en torno a objetivos concretos (mercado interior, competencia, usuarios, gestión de recursos escasos, servicio público y, con menor grado de regulación, la cohesión territorial y el desarrollo sectorial) y en línea con lo manifestado en los apartados precedentes de este trabajo²³⁴, el operador jurídico debiera poder encontrar evidencias acerca de que la solidaridad social, el valor superior del pluralismo político o el ejercicio de derechos fundamentales, tales como, el contenido en el art. 20 superior, irradian todo el sistema, tal y como lo impone su ubicación dentro del ordenamiento entendido como un todo. Empero, no es fácil encontrar tales evidencias, entre otras razones porque pese a la existencia de disparidades entre los sistemas axiológicos comunitarios y nacional, la labor de transposición del marco supranacional no se hace consultando tan extremo.

En efecto, pese a que, como se ha manifestado previamente, la Constitución Española no privilegia el mercado como instrumento de realización de intereses públicos sobre otros medios alternativos y, lo relevante de la calificación de un servicio como de interés general es, justamente, la presencia de dicho interés y no el régimen de explotación de la actividad, la estructura normativa y su aplicación han entronizado, erróneamente, al mercado como vértice de este subsistema que se ha representado como pirámide, tal y como lo ponen de

²³³ La norma reglamentaria principal es el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios.

²³⁴ Ver Cap.II.B.4.a). presencia del interés general

presente la solución normativa consagrada para un número, no exhaustivo, de eventuales conflictos de interés:

a) La reserva de la actividad o asunción de la gestión, están sometidas a la presencia de razones de interés público tasado (seguridad pública y defensa nacional) y tienen carácter extraordinario y transitorio (LGT; art. 4.5);

b) La participación pública está condicionada, con independencia del propósito que se pretenda alcanzar, al sometimiento a las mismas reglas que la participación privada, en los siguientes términos: *La explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones públicas, directamente o a través de sociedades en cuyo capital participen mayoritariamente, se ajustará a lo dispuesto en esta ley y sus normas de desarrollo y se realizará con la debida separación de cuentas y con arreglo a los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá imponer condiciones especiales que garanticen la no distorsión de la libre competencia.* (LGT; art. 8.4).

c) La definición de las obligaciones de servicio público se realiza no solamente teniendo en cuenta que los usuarios deben tener acceso en condiciones de igualdad y calidad a determinados servicios, sino atendiendo “*las circunstancias en que las necesidades de los usuarios finales no se vean atendidas de manera satisfactoria por el mercado.*” (LGT; art. 20.1). Asimismo, el contenido del servicio universal se fija respetando el principio comunitario que liga la que la fuente de financiación a una delimitación objetiva marcada por las instancias comunitarias (LGT; art. 22.4).

d) En ejercicio de la propia competencia de análisis de los mercados, según lo dispuesto en el art. 10.4 de la LGT, la Comisión deberá otorgar “*preferencia a las medidas en materia de acceso, interconexión, selección y preselección frente a otras con mayor incidencia en la libre competencia*”.

De esta comprensión errónea o, cuando menos, limitada y obtusa de los valores jurídicos que subyacen tras este subsistema jurídico, surgen, precisamente, problemas interpretativos como los que se presentan en el capítulo introductorio de esta tesis: la justificación de las modificaciones en las habilitaciones para la prestación de los servicios UMTS se sitúa forzosamente en el mercado, aún cuando hay sobrados motivos, vinculados al ejercicio del derecho a comunicarse y a la solidaridad social, que justifican de manera más congruente con el resto del ordenamiento estas y otras decisiones.

La resolución de problemas como los que plantea el caso particular que sirve como ejemplo en esta tesis, y, en general, la necesidad de encontrar un concepto de competencia efectiva que satisfaga las exigencias de congruencia y seguridad jurídica de los ordenamientos, conduce a la necesidad de revisar a profundidad el régimen jurídico de las comunicaciones electrónicas en la búsqueda de los criterios claves que permitan definir la noción jurídicamente para luego situarla dentro del subsistema axiológico. La exposición de los resultados de las pesquisas constituye el objeto del siguiente capítulo de esta tesis.

CAPITULO III. DETERMINACIÓN DEL MODELO DE COMPETENCIA EFECTIVA PRESENTE EN LA ORDENACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES

A lo largo del capítulo se revisa la historia regulatoria de las comunicaciones electrónicas en el ámbito europeo y nacional en la búsqueda de criterios que permitan definir jurídicamente y situar la competencia efectiva dentro del subsistema axiológico del régimen de las comunicaciones electrónicas.

En el primer apartado se analiza la primera apuesta regulatoria que se centró en la apertura de la red (obligaciones de acceso e interconexión) y la promoción de proveedores alternativos de servicios. Los poderes públicos propiciaron, de esta manera, la desaparición de los monopolios públicos de explotación de los servicios, otrora llamados de telecomunicaciones, generando incentivos para la aparición de nuevos proveedores a todo lo largo de la cadena de valor de la actividad, en la que tradicionalmente se han diferenciado las prestaciones de red, propiamente dichas, de los servicios o facilidades que se prestan sobre las mismas.

En el segundo apartado se examinan las medidas relativas a la promoción de redes alternativas, adoptadas mediante las modificaciones introducidas al marco comunitario en 2002. Las modificaciones en esta fase del proceso de ordenación sectorial, están impulsadas por las autoridades comunitarias y se orientan a la simplificación del proceso de delimitación de mercados e imposición de obligaciones a operadores con peso significativo en el mercado, como resultado del grado de profundización de las condiciones de competencia en algunos segmentos.

En el tercer apartado se revisan los cambios regulatorios operados durante el periodo comprendido entre 2005-2009, especialmente en materia de acciones que propicien la convergencia entre los sectores de la informática, audiovisual, de contenidos y de comunicaciones electrónicas. Finalmente se analizan las políticas y normativa vigente desde 2009 hasta nuestros días que, de manera preponderante, constituyen medios de apoyo para la extensión de las denominadas redes de nueva generación y los servicios de banda ancha.

Todos estos últimos cambios regulatorios han estado inspirados en la normativa de la competencia y en su instrumental para el análisis de los mercados relevantes; si bien aún es pronto para valorar de manera concienzuda los efectos de este ajuste regulatorio, lo cierto es que, en el ámbito de la fijación de reglas para el despliegue de las denominadas redes de nueva generación, se ha discutido la idoneidad de las previsiones vigentes para alcanzar los objetivos de impulso y extensión de las redes y servicios de banda ancha, la consolidación de la Internet 2.0 y, en general, la promoción del denominado ciclo virtuoso de la economía digital. Asimismo, se advierte un recurso discontinuo y sin racionalidad fácilmente perceptible a modelos de competencia efectiva que privilegien, alternativamente, la estructura o la rivalidad, sin que se hayan encontrado pruebas de que la perspectiva funcional o de resultados tenga cabida en los modelos regulatorios vigentes.

I. PRESUPUESTOS Y OBJETIVOS REGULATORIOS DURANTE EL PERIODO COMPRENDIDO ENTRE 1980 Y EL AÑO 2000

Durante el periodo previo al que se analiza, la definición de los objetivos e instrumentos regulatorios que se perseguían y empleaban, respectivamente, en el sector de las telecomunicaciones, constituían competencias exclusivas de los Estados Miembros. La Unión Europea, pese a su creciente convicción acerca de la necesidad de generar un marco común y armonizado para el desarrollo de este sector económico dentro del proceso de consolidación del mercado interior, se enfrentaba a la reticencia de los Estados Miembros a permitir injerencias foráneas en el manejo de tales asuntos, sustentada, básicamente, en razones de interés público, tales como, la seguridad; así mismo, debía hacer frente a las diferencias significativas entre el grado de madurez de los diferentes mercados que dificultaba dar un tratamiento homogéneo a todos los problemas.¹

¹ Hasta la década de los 80, el sector de las telecomunicaciones europeo estaba caracterizado por una muy fuerte tradición de monopolios de servicio público, junto con una política industrial de promoción de los “campeones nacionales”. El ambiente comenzó a cambiar a mediados de dicha década, con la privatización de los monopolios y la introducción gradual de la competencia, fomentada por la revolución tecnológica. FORRESTER, Ian; KEEGAN, Sandra. The tension between regulation and competitive market forces in Europe. *Tulane European & Civil Law Forum*, vol. 21, 2006, p. 125-145.

Puede señalarse como característica común a todos los Estados el hecho de explotar las redes y servicios a través de organizaciones públicas (de capital netamente público o con participación pública), en algunos casos integradas dentro de las propias Administraciones que ejercían las competencias de ordenación. Este modelo de explotación respondía, entre otras causas, a la consideración de las telecomunicaciones como monopolio natural²; idea que, como es de público conocimiento, ha sido revaluada como consecuencia de los avances tecnológicos que han tenido lugar en los últimos veinte años.

El siguiente cuadro evidencia el panorama descrito:

País	Administración	Operador	Status
Alemania	Mº PTT	Deutsch Bundespost	Administración central
Bélgica	MºPTT	Regies des Telegrafes et Telepho	Administración central
Dinamarca	Mº Obras Públicas	Telecom Denmark	Ente público sin autonomía financiera
España	Mº Transporte y Comunicaciones	CTNE	Empresa mixta
Francia	Mº PTT	DGR	Ente público sin autonomía
Grecia		OTE	Ente público autónomo
Holanda	Mº Obras Públicas	Royal PTT	Ente público sin autonomía
Irlanda	Mº PTT	PT	Ente público sin autonomía
Italia	Mº PTT	SIP; ASTT; DCST; DCSR; Italcable; Telespazio.	Pública
Luxemburgo		PT	Pública

2 La teoría del monopolio natural parte del supuesto que una actividad con costes fijos elevados tiene unos costes totales decrecientes al incrementar la producción, de tal suerte que, es más eficiente que un solo productor suministre el bien o servicio, en la medida que, sí aparece otro competidor, los precios se incrementarían.

Portugal	Ministerio de Transporte y Comunicación	CTT/TLP CPRM	Ente público autónomo
Reino Unido	Secretaría de Estado	Post Office	Pública

Fuente IDATE, 1994.

La existencia de diversos regímenes y políticas de desarrollo sectorial conducía a una clara fragmentación horizontal o territorial del mercado que resultaba abiertamente contraria a los objetivos de la Unión: el desarrollo del mercado interior aconsejaba la apertura de los mercados atomizados, con miras a generar verdaderas redes europeas de telecomunicaciones que sirvieran de soporte a las iniciativas de crecimiento económico y, en consecuencia, redundaran benéficamente sobre el empleo y el nivel de vida de los ciudadanos³.

A. El inicio del proceso: El Libro Verde de 1987

En junio de 1.987 la Comisión sometió a comentarios del público en general el documento "Hacia una economía europea dinámica. Libro Verde sobre el desarrollo del mercado común de los servicios y equipos de telecomunicaciones"⁴ que contenía las

³ Algunos autores consideran que el primer indicio del ánimo liberalizador en el sector debe situarse en la decisión adoptada por la Comisión en 1982 y sobre todo su confirmación por el Tribunal de Justicia en 1985 (Sentencia de 20 de marzo de 1985. Italia contra Comisión. Asunto C-41/83 ECR 873), por la que British Telecom no podría prohibir a otros competidores el envío de télex. Señalan los autores que, "el mensaje importante del caso BT fue que la Comisión era capaz de aplicar las reglas de competencia del Tratado de Roma en el ámbito de las telecomunicaciones, regulado hasta entonces por el derecho público de los diferentes Estados miembros". Estos mismo autores identifican causas tecnológicas, políticas y economías para el proceso: a) Los avances tecnológicos permitieron la superación del modelo de explotación de estos servicios en régimen de monopolio natural: la digitalización permitió la aparición de nuevos servicios, demandados por las empresas, y que constituían una alternativa al negocio de la telefonía que estaba saturándose; b) En un entorno globalizado, había que hacer frente a los Estados Unidos y al Japón que estaban situándose como líderes en la industria; c) Los acuerdos del GATT conducía a la liberalización de los servicios. FEIJOO GONZALEZ; GOMEZ BARROSO; ROJO ALONSO. Competencia en el sector de las telecomunicaciones: evolución de la regulación europea y análisis crítico del marco actual. *Revista ICE*, núm. 832, 1 de septiembre de 2006, p. 89-103.

⁴ IBAÑEZ COLOMA, PABLO. Technological convergence and the regulation of telecommunications: achievements and limits of re-regulatory reforms. En: IBAÑEZ COLOMA, P. *European Communications Law and Technological Convergence. Deregulation, re-regulation and regulatory convergence in television and*

propuestas de este órgano europeo para efectuar una progresiva y gradual apertura de los mercados nacionales con miras a generar la plena competencia a escala comunitaria. Las líneas básicas del documento pueden resumirse así:

1. Configuración de una red europea, como uno de los elementos esenciales del mercado común de servicios y redes de telecomunicaciones. Con miras a alcanzar este propósito se promueve la adopción de medidas tendentes a garantizar el interfuncionamiento de la redes y la interoperabilidad de los servicios, tales como, la definición, mediante directivas, de los requisitos técnicos, condiciones de utilización y principios tarifarios para el suministro de una red abierta y la armonización de normas técnicas⁵.

2. Configuración de un mercado de terminales y servicios. Se pretende crear progresivamente un mercado común de terminales y servicios de telecomunicaciones, comenzando con los primeros (terminales) cuya dinamización demandaba la homologación plena de los equipos para todos los países, y continuando con los denominados servicios de valor añadido, quedando aplazada la apertura de los mercados de las redes y los servicios básicos⁶, dentro de los que se admite la conservación de los derechos especiales o exclusivos.

La creación del mercado estaba orientada a dar a los usuarios europeos una mayor variedad de servicios de telecomunicaciones, en términos de calidad y precios, de forma tal que Europa aprovechara las ventajas internas y externas de un sector fuerte, y se sustentaba en el principio de igualdad de trato entre los agentes lo que venía a descartar todo favorecimiento de las Administraciones públicas en favor de si mismas o de operadores concretos. Para garantizar el trato igualitario se requería:

telecommunications. Netherlands: Kluwer Law International. 109-112. RODRIGUEZ, Maria Luisa. La Unión Europea y el Sector de las telecomunicaciones *Noticias de la Unión Europea* ; n. 134, marzo 1996, p. 35-42

5 El primer paso consistió en la apertura de la red, con miras a estimular la creación de nuevos mercados para servicios de valor añadido; este objetivo generó una deregulación parcial en orden a establecer un acceso no discriminatorio a la red del antiguo monopolista. BLANKART, C. KNIEPS, G y ZENHAUSERN, P. Regulation of new markets in telecommunications: market dynamic and shrinking monopolistic bottlenecks. *European Business Organization Law Review*, 8, 2007, p. 413-428.

6 Telefonía vocal, especialmente.

El establecimiento de una clara separación de las actividades de regulación y de explotación, teniendo en cuenta la situación en cada uno de los Estados miembros;

La aplicación de las normas pertinentes del Tratado, en particular de las normas de competencia, a las Administraciones de telecomunicaciones y a las empresas de telecomunicación privadas;

La apertura de mercados conexos, tales como, los de de obras y suministros de telecomunicaciones.

La reducción de las diferencias económicas y sociales entre los territorios de la Unión, al tiempo que se requiere familiarizar y educar a las colectividades acerca de las transformaciones en las condiciones de vida en general, que se derivan de la aplicación de las nuevas tecnologías de las telecomunicaciones.

La adopción de una posición común sobre las comunicaciones vía satélite y en las negociaciones del GATT⁷.

B. El paquete de Directivas de desarrollo

En desarrollo de este plan se han fueron adoptando diferentes Directivas que comprendían las siguientes medidas liberalizadoras:

1. Apertura del mercado de terminales: El advenimiento de proveedores de terminales, diferentes al operador establecido, en el mercado de las telecomunicaciones, fue el resultado de un conjunto de decisiones con efectos complementario: En primer lugar, la Directiva 86/361/CEE del Consejo⁸, consagró el reconocimiento mutuo de la homologación de equipos terminales de telecomunicaciones, mediante el establecimiento de una serie de requisitos mínimos a cumplir, denominados “requisitos esenciales” o elementos de especificación común de conformidad. A su turno, la

7 Para una lectura minuciosa de las fases del proceso regulatorio puede verse. ESCRIBANO SAEZ, Alvaro; GARCIA ZABALLOS, Antonio; RODRIGUEZ OVEJERO, Jose María. Estructura y dinámica del sector de las telecomunicaciones. En: DE LA QUADRA SALCEDO, Tomás (Dir) VIDA FERNANDEZ, José (Coord). *Derecho de la Regulación Económica Tomo IV: Telecomunicaciones*. Madrid: Iustel, 2009. P. 83-138

8 EUROPA. Directiva 86/361/CEE, de 24 de julio, relativa a la primera etapa del reconocimiento mutuo de la homologación de equipos terminales. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 217 de 5 de agosto de 1986, p. 21-25.

Directiva 88/301/CEE⁹, expedida en ejercicio de las facultades consagradas al tenor de lo dispuesto en el art. 106.3 TFUE (ex artículo 86 del TUE), instó la eliminación de los derechos especiales o exclusivos a las empresas (públicas o privadas) en relación con terminales de telecomunicación y, finalmente, la Directiva 91/263 del Consejo¹⁰, estaba encaminada a la aproximación de las legislaciones de los Estados sobre equipos terminales de telecomunicación, incluyendo el reconocimiento mutuo de su conformidad, con miras a que los Estados miembros no pudieran impedir la comercialización, libre circulación y uso de los equipos terminales que se sometían al examen CE o a la declaración CE de conformidad

La apertura del mercado de terminales constituyó el primer paso dentro de la senda liberalizadora del Sector: se pretendía que los usuarios pudiesen elegir entre varios proveedores, sin que el titular de las redes (operador establecido) pudiera objetar, aduciendo razones técnicas, la conexión de equipos suministrados por otros agentes.

2. La apertura de la red: La Oferta de Red Abierta: La Directiva 90/387/CEE¹¹, en su Exposición de Motivos establece la necesidad de armonizar las normativas en materia de red abierta como elemento clave para la realización plena de un mercado común de los servicios de telecomunicaciones. Asimismo, el Consejo se muestra consciente de la diversidad normativa y evolutiva de los Estados Miembros, así como de las limitaciones técnicas que se dan en todo el ámbito europeo, por lo que recalca la necesidad de establecer un proceso gradual de la apertura de la red.

En línea con la intención liberalizadora de esta Directiva, cualquier restricción al acceso a las redes y servicios tiene un carácter excepcional y debe estar fundada en razones de

9 EUROPA. Directiva 88/301/CEE de la Comisión de 16 de mayo de 1988 relativa a la competencia en los mercados de terminales de telecomunicaciones. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 131 de 27 de mayo de 1988, p. 73-77.

10 EUROPA. Directiva 91/263/CEE del Consejo, de 29 de abril de 1991, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros sobre equipos terminales. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 128 de 23 de mayo de 1991, p. 1-18.

11 EUROPA. Directiva 90/387/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al establecimiento del mercado interior de los servicios de telecomunicaciones. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 192 de 24 de julio de 1990, p. 1-9

interés público general que la Directiva denomina “requisitos esenciales”¹². Dichos motivos son: la seguridad del funcionamiento de la red, el mantenimiento de su integridad, y en los casos en que estén justificadas, la interoperabilidad de los servicios y la protección de los datos personales, el carácter confidencial de los datos transmitidos y/o almacenados, así como la protección del ámbito privado.

La gradualidad, como medida que expresa el reconocimiento de las diferencias en cuanto a la estructuras de mercados y a los modos de gestión público, se advierte no sólo en términos temporales, sino materiales: el último reducto protegido por la ola liberalizadora fue la telefonía vocal, que se consideraba un servicio de vital importancia para los ciudadanos de los EEMM. Así, las condiciones de acceso abierto, no discriminatorio y objetivo a la red se aplican, en principio, a servicios diferentes a la telefonía vocal, para luego ampliarse a las líneas alquiladas y finalmente cobijar a los primeros:

La aplicación de los principios de la Oferta de Red Abierta a las líneas alquiladas se expresa en la Directiva 92/44/CEE del Consejo¹³ cuya base jurídica radica, tanto en el art. 115 TFUE (ex. art. 94 TUE), como en el art. 6 de la Directiva 90/387/CEE, en la que se establece que el Consejo desarrollará las acciones tendentes a armonizar de las condiciones de acceso y utilización, de manera abierta y eficaz, de las líneas arrendadas suministradas a usuarios a través de las redes públicas de telecomunicaciones y a garantizar la disponibilidad, en toda la Unión Europea, de un conjunto mínimo de líneas con características técnicas armonizadas.

12 Definidos posteriormente en el artículo 2.6, como los motivos de interés general y de naturaleza no económica que puedan inducir a un Estado miembro a limitar el acceso a la red pública de telecomunicaciones o a los servicios públicos de telecomunicaciones.

13 EUROPA. 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. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 165 de 19 de junio de 1992, p. 27-36

La observancia de la Oferta de Red Abierta a los servicios de telefonía vocal, se incorpora dentro del acervo comunitario mediante la Directiva 95/62/CE del Parlamento Europeo y del Consejo¹⁴, en la que se explicitan los siguientes objetivos:

1. La armonización de las condiciones necesarias para garantizar un acceso abierto y eficaz a las redes telefónicas fijas y a los servicios telefónicos públicos.
2. La armonización de las condiciones de utilización de dichas redes y servicios y a la oferta en toda la Unión Europea de un servicio armonizado de telefonía vocal.
3. La consagración de los derechos de los usuarios: derecho a la conexión, a la información, mantenimiento de las ofertas, vigilancia de los contratos, suministro de servicios complementarios, facturación detallada y derecho a las guías telefónicas.

La Directiva 98/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo¹⁵ que modifica la Directiva 95/62/CE, persiste en la necesidad de armonizar las condiciones de acceso y utilización de las redes públicas y de los servicios públicos de telefonía fija y perfila de una manera más concreta, el conjunto de servicios que integran el “servicio universal”, entendido como el conjunto de prestaciones a las que deben acceder los ciudadanos, con independencia de su ubicación, en unas determinadas condiciones de calidad y a precios asequibles: acceso, desde cualquier punto del territorio, a la red y a los servicios públicos de telefonía fija: voz, fax y datos; guía telefónica; teléfonos públicos de pago; gratuidad de las llamadas al 112; medidas específicas para los usuarios discapacitados y con necesidades especiales.

La norma de cierre del sistema fue la Directiva de Acceso e Interconexión (Directiva 97/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo¹⁶), que se encaminaba a establecer un

14 EUROPA. Directiva 95/62/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1995, relativa a la aplicación de la oferta de red abierta a la telefonía vocal. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 321 de 30 de diciembre de 1995, p. 6-24

15 EUROPA. Directiva 98/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 1998 sobre la aplicación de la oferta de red abierta (ONP) a la telefonía vocal. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 101 de 1 de abril de 1998, p. 24-47.

16 EUROPA. Directiva 97/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. de 30 de junio de 1997, relativa a la interconexión en las telecomunicaciones. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 199 de 26 de julio de 1997, p. 32-52

marco comunitario en materia de interconexión abierta a las redes públicas de telecomunicaciones y a los servicios de telecomunicaciones accesibles al público, estableciendo los siguientes principios: a) Prelación de la negociación entre operadores: las condiciones de interconexión debían acordarse libremente por las partes, bajo la vigilancia y supervisión de la autoridad nacional de reglamentación; b) Proporcionalidad y razonabilidad: las condiciones de acceso e interconexión debían ser proporcionadas y razonables, basadas, preferiblemente, en motivos técnicos y económicos claramente justificados; c) Transparencia, objetividad y no discriminación. Las exigencias para el acceso y la interconexión no podían estar justificadas en razones subjetivas; debían ser públicas y transparentes y no conducir a un otorgamiento de trato diferencial injustificado entre operadores.

Finalmente, se introduce un régimen especial para el operador con peso significativo en el mercado de interconexión, quien podía quedar sujeto a obligaciones como la separación de cuentas y la fijación de precios orientados a costes. Este trato asimétrico, en el sentido de que las obligaciones y las cargas no se imponían por igual a todos los operadores sino a aquel que tuviere esa condición (OPSM en el mercado de Interconexión), se justificaba por la propia estructura del mercado que, como ha quedado dicho, consistía, en origen, en un proveedor único, de naturaleza generalmente pública, con fuertes incentivos para impedir el ingreso de nuevos operadores. Con el propósito de desincentivar estas conductas abusivas, se exige que el OPSM diferencie, en sus cuentas, los ingresos obtenidos por servicios de interconexión, del resto de ingresos por otros servicios y, aplique el principio de orientación a costes, consistente en que el precio cargado por la provisión de un servicio debería reflejar, exclusivamente, los costes incurridos en la provisión de tal servicio, más una utilidad razonable. En consecuencia, los precios de interconexión se fijan a partir de un modelo de costes de un operador eficiente y parten del análisis de la incidencia de la demanda de interconexión sobre el total de costes derivados de la explotación de la red. Con estas medidas, se intenta evitar que el entrante pague unos precios de interconexión que desestimen su ingreso, o sea objeto de un trato discriminatorio.

Culmina este periodo entonces con un sistema que garantiza el acceso a las redes, bajo condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, que sólo admite excepciones a la regla general de acceso basadas en la presencia de los requisitos esenciales, pero que permite la conservación de derechos especiales y exclusivos en la explotación de las

redes. En otras palabras, los operadores establecidos conservan la titularidad de la red, pero el ejercicio de su derecho de dominio está sujeto a límites y condiciones que operan como cargas.

3. Apertura de los servicios: La Directiva 90/388¹⁷, prescribe la eliminación de los derechos especiales o exclusivos para el suministro y la explotación de los servicios de telecomunicaciones distintos a la telefonía vocal y de redes públicas de telecomunicación. Aún en el marco de las excepciones, los Estados deberán adoptar las medidas necesarias para que las condiciones de acceso a las redes/servicios y su utilización sean objetivas, no discriminatorias y públicas.

La liberalización de los servicios también estuvo sujeta a un criterio de gradualidad temporal y material: se estableció un cronograma para la eliminación de los derechos especiales o exclusivos para servicios diferentes a la telefonía vocal, y se permitió la presencia de medidas de esta naturaleza en este ámbito, sujetas a dos límites especiales: observancia de los principios de transparencia, objetividad y no discriminación y la obligación de suministro en condiciones de “servicio universal”.

Los efectos de la aplicación de las primeras medidas liberalizadoras se centran en la propia estructura del sector, que cambia considerablemente: de una parte, por la aparición de nuevos proveedores de servicios, con sus correspondientes ofertas y demandas de interconexión y acceso y, de otra, se multiplicaron el número de consumidores, en especial, por la proliferación de los usuarios de comunicaciones móviles¹⁸. Las medidas liberalizadoras dieron sus primeros frutos, consistentes en: la

17 EUROPA. Directiva 90/388/CEE de la Comisión, de 28 de junio de 1990, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 192 de 24 de julio de 1990, p. 10-16.

18 Sucintamente, la historia de la liberalización de los servicios móviles encuentra su impulso originario en la Directiva del Consejo 87/372/CEE de 25 de junio de 1987, que obligó a los Estados a reservar bandas en el espectro radioeléctrico para la introducción coordinada del servicio público paneuropeo celular de comunicaciones móviles digitales. En España, esta iniciativa es recogida en la Ley 32/1992, de 3 de diciembre, que modifica la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones, y viene a concretarse con el Real Decreto 1486/1994, de 1 de julio, que regula la telefonía móvil automática y prevé la entrega de una segunda licencia (la primera habilitación era para TELEFÓNICA). En el año 1994 la Comisión publicó el Libro Verde de Comunicaciones Móviles (COM 94/145/final. Towards the personal communication environment: green paper on a common approach in the field of mobile and personal communications in the

eliminación progresiva de los derechos de explotación especiales o exclusivos en diferentes segmentos del mercado, hasta llegar a la telefonía vocal y la celebración de diversos acuerdos de interconexión y acceso que, en el marco de la oferta de red abierta, garantizan el interfuncionamiento de las redes y la interoperabilidad de los servicios.

En España, por su parte, las primeras medidas de liberalización se establecen en la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de ordenación de las telecomunicaciones¹⁹, modificada por la Ley 32/1992, de 3 de diciembre²⁰. Con arreglo a lo dispuesto en dichas normas y conforme a lo previsto en el artículo 128.2 de la Constitución, las telecomunicaciones tenían la consideración de servicios esenciales de titularidad estatal reservados al sector público (art. 2.1). El Estado se reservaba, para su explotación en gestión directa, la explotación de algunos servicios (meteorología, navegación marítima, etc) –art. 12-, tenían el carácter de oficial los servicios establecidos por líneas, sistemas o redes oficiales, entendiéndose por tales las de titularidad de la Administración del Estado que presten servicio en exclusiva a órganos de la misma o a otras administraciones públicas (art. 11),

European Union) que apostaba por la emergencia de un sistema de comunicaciones personales, no dependiente de la localización, que alcanzase a un 80% de la población europea, lo cual demandaba la superación de varios obstáculos (la existencia de derechos especiales o exclusivos, la orientación nacional de la concesión de las habilitaciones, el retraso en la distribución de frecuencias, entre otros). La intensificación de las iniciativas comunitarias incentivó al gobierno español a acordar en el Consejo de Ministros de octubre de 1994 el documento de Líneas estratégicas de la política de telecomunicaciones para el periodo transitorio hasta el 1 de enero de 1998, en el que, entre otros compromisos, se acordaba resolver el concurso para la concesión de la segunda licencia antes de final de año. Finalmente la licencia de Airtel (hoy detentada por VODAFONE) se otorgó durante 1995 y los derechos de explotación del tercer operador, AMENA (hoy ORANGE) fueron reconocidos como parte del proceso de fortalecimiento del segundo operador fijo (RETEVISIÓN). Sobre la historia de la liberalización de este segmento puede verse SANCHO, David. La regulación de la telefonía móvil en España. En: JORDANA; J y SANCHO, D (edit) *Políticas de telecomunicaciones en España*. Madrid: Tecnos, 1999, p. 131-171.

¹⁹ ESPAÑA. Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones. *Boletín Oficial del Estado* núm. 303 de 19 de diciembre de 1987, p. 37409 – 37419.

²⁰ ESPAÑA. Ley 32/1992, de 3 de diciembre, de modificación de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones. *Boletín Oficial del Estado* núm. 291 de 4 de diciembre de 1992, p. 41268 – 41273.

y se consideraban relativos a la defensa, aquellos que guardaban relación con esta materia (art.5).

La categoría de servicios excluidos de la consideración de públicos estaba integrada por:

- a) los servicios de telecomunicación que se presten dentro de una misma propiedad privada, no utilicen el dominio público radioeléctrico y no tengan conexión al exterior, así como los servicios de telecomunicación establecidos entre predios de un mismo titular que no utilicen el dominio público radioeléctrico y cuya conexión se realice exclusivamente a través de los servicios portadores, en los dos casos, siempre que el titular del servicio y el usuario del mismo sean la misma persona física o jurídica y no se presten servicios de telecomunicación a terceros. (art. 9.1);
- b) las instalaciones de seguridad o intercomunicación que, sin conexión a redes exteriores y sin utilizar el dominio público radioeléctrico, presten servicio a un inmueble o a una comunidad de propietarios (art. 9.2). Su prestación se autorizaba de manera general, siempre que se utilizaran terminales y equipos homologados.

También estaban excluidos de esta calificación, los servicios proporcionados a través de las redes propias de telecomunicación, destinados al uso exclusivo del titular o titulares del servicio (art.10.2), que sean instalados por:

- a) Las compañías ferroviarias, siempre que las redes y servicios estén afectos al control de tráfico ferroviario y
- b) compañías de producción, transporte y distribución de energía eléctrica, entre sus despachos técnicos de control y los centros que sirvan a sus fines industriales, así como entre dichos centros y los puntos de consumo, siempre que utilicen para ello la propia red de transporte y distribución de energía eléctrica y se trate de aplicaciones afectas a la propia actividad de estas compañías (art. 10.1). A diferencia de los anteriores, la explotación de estos servicios se sujetaba a la obtención de una autorización otorgada por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes (art. 10.3).

Para la prestación de los servicios, se establecía el siguiente régimen habilitatorio:

<p>Finales</p>	<p>Servicios de telecomunicación que proporcionan la capacidad completa para la comunicación entre usuarios, incluidas las funciones del equipo terminal, y que generalmente requieren elementos de conmutación (art. 13.1)</p>	<p>En régimen de monopolio (art. 13.2) mediante gestión directa o indirecta (art. 13.3).</p>
<p>Portadores</p>	<p>Servicios de telecomunicación que proporcionan la capacidad necesaria para la transmisión de señales entre puntos de terminación de red definidos. (art. 14.1)</p>	<p>En régimen de monopolio por gestión directa o indirecta por entidades que sean a su vez explotadoras de servicios finales de telecomunicación Los servicios portadores que se utilicen como soporte de servicios de difusión o para la transmisión de imágenes se explotan por gestión directa a través de una entidad pública creada para tal fin o mediante gestión indirecta. (art. 14.5).</p>
<p>Valor añadido</p>	<p>Servicios de telecomunicación que, no siendo servicios de difusión, y utilizando como soporte servicios portadores o servicios finales de telecomunicación, añaden otras facilidades al servicio soporte o satisfacen nuevas necesidades específicas de telecomunicación como, entre otras, acceder a información almacenada, enviar información o realizar el tratamiento, depósito y recuperación de información (art. 20.1).</p>	<p>No tienen consideración de servicio público y se prestan en régimen de libre concurrencia; su explotación requiere, por regla general, autorización (art. 21) pero si consisten en el suministro de conmutación de datos por paquetes o circuitos, se necesitaba concesión (art. 22)</p>

Difusión	Servicios de telecomunicación en los que la comunicación se realiza en un solo sentido a varios puntos de recepción simultáneamente (art. 25.1).	Dependiendo de sus características técnicas, se explotaban directamente (onda corta y larga –art. 26.1) o mediante gestión indirecta (onda media) a través de concesión administrativa.
----------	--	---

La prestación de los servicios se sometía a lo previsto en las habilitaciones y en los Reglamentos técnicos y estaba sujeto a la inspección y al régimen sancionatorio que integraba el acervo competencial del Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

Por su parte, la explotación de las redes, al tenor de lo dispuesto en el art. 10.1, siempre que éstas se utilizaran exclusivamente para aplicaciones afectas a la propia actividad del servicio público concreto que exploten y para interconectar centros, órganos y componentes de la infraestructura de dicho servicio destinados al uso exclusivo del titular o titulares del servicio, con exclusión de los usuarios del mismo, requería autorización; al tiempo que, las demás redes de telecomunicación (que no fueran de los operadores de servicios portadores o finales) tenían la consideración, a todos los efectos, de redes de telecomunicación afectas a servicios de valor añadido (art. 10.4).

La perspectiva de regulación sectorial por servicios establecidas en dichas leyes es sustituida mediante el Real Decreto Ley 6/1996, de 7 de junio y la Ley 12/1997, de 24 de abril²¹, los dos, de liberalización de las telecomunicaciones, que fueron abonando el terreno para la liberalización plena en 1998²². Estas disposiciones veían a recoger los planteamientos comunitarios de Oferta de Red Abierta, en especial en materia de interconexión (se impone un deber general de acceso e interconexión a los titulares de redes, que atendiera los principios de prevalencia de acuerdo entre operadores, transparencia, objetividad, no discriminación y orientación a costes –Disposición Adicional Undécima) impusieron la obligación de acceso a los servicios portadores,

²¹ ESPAÑA. Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones. *Boletín Oficial del Estado* núm. 99 de 25 de abril de 1997, p. 13278 - 13285

²² PÉREZ AMARAL, Teodosio. Telecomunicaciones: ¿llega la liberalización?. *Economistas*, Año núm. 15, núm. 74, 1997, págs. 88-94

previando la posibilidad de otorgar un trato diferencial en función de la posición en el mercado –art. 14.4²³-, deslegalizaron²⁴ la calificación del título para la prestación de servicios finales y portadores, crearon la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y el operador de servicios de portador y finales, RETEVISIÓN.

Esta fase del proceso, en el ámbito español, concluye entonces con la aparición de un nuevo prestador de servicios portadores y de telefonía vocal, RETEVISIÓN, con el advenimiento de operadores de cable²⁵ que disfrutaron de un periodo de moratoria para el ingreso de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, como medida de impulso a la extensión de sus redes, con Moviline, compañía de TELEFONICA, como operador de telefonía móvil analógica, y AIRTEL y MOVISTAR, como proveedores de servicios de telefonía móvil GSM²⁶, con un régimen de interconexión fundado en los principios de Oferta de Red Abierta y la creación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, como autoridad reguladora nacional, a quien se le confía la salvaguardia de las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones, la correcta formación de los precios en este mercado y se le atribuyen facultades como órgano arbitral en los conflictos que surjan en el sector.

Se satisfacen así los objetivos marcados por la normativa comunitaria: La eliminación progresiva de derechos exclusivos y la introducción de condiciones (oferta de red abierta) para el advenimiento de nuevos operadores. La presencia de varios agentes prestadores de servicios constituye la base de la competencia efectiva.

²³ Las referencias están hechas a la LOT, tal y como quedó reformada por el RDL 97 y la Ley 12/1997.

²⁴ En el sentido de que no condicionaron la prestación, con rango legal, a la obtención de un título concreto, sino que defirieron este asunto al reglamento.

²⁵ ESPAÑA. Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de las telecomunicaciones por cable. *Boletín Oficial del Estado* núm. 306 de 23 de diciembre de 1995, p. 36790 - 36796

²⁶ El devenir normativo de la telefonía móvil se excluye de este apartado, por hallarse incluido en el Capítulo I, IV.A.2. Condiciones de prestación de los servicios.

C. La comunicación sobre la convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información y sus consecuencias para la reglamentación²⁷.

Un segundo hito del proceso de liberalización europeo se sitúa en el análisis de los resultados a la Consulta del Libro Verde, que pusieron de presente la necesidad de abandonar la visión insular del sector de las telecomunicaciones, para abogar por una perspectiva que lo pusieran en conexión con los sectores informáticos y de contenidos, cada vez más vinculados entre sí.

Así las cosas, y reconociendo la dificultad que rodea a cualquier intento de definición omnicomprensiva del término convergencia, la Comisión plantea una noción preliminar que tiene dos elementos: de una parte, “la capacidad de diferentes plataformas de red de transportar tipos de servicios esencialmente similares”, y de otra “la aproximación de dispositivos de consumo tales como el teléfono, la televisión y el ordenador personal.”

A partir de esta base señala que las empresas suelen estar presentes en uno o más elementos de la cadena del valor²⁸ y que la convergencia impulsará a los agentes del mercado a participar en segmentos diferentes a los que se consideran como su escenario original. La Comisión admite la posibilidad de que la extensión de la presencia de los operadores de telecomunicaciones a varios niveles de la cadena de valor, vaya acompañada de operaciones de concentración jurídico económicas²⁹, pero no se atreve a afirmar que la convergencia tecnológica derivará, ineluctablemente, en una

27 EUROPA. COM (97) 623. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones - La convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información y sus consecuencias para la reglamentación - Resultados de la consulta pública sobre el Libro verde.

²⁸ Se trata de un modelo teórico que permite describir el desarrollo de las actividades de una organización empresarial que generan valor al cliente final. Fue escrito y popularizado por Michael Porter, en su obra *Competitive Advantage: Creating and Sustaining Superior Performance* (1985). En el caso de las telecomunicaciones y sectores asociados se advierte que los operadores de redes suelen también proveer servicios y, en algunos casos, generar contenidos, como puede ser la situación de un operador de servicios de difusión, como la televisión, que opere a todo lo largo del proceso que permite que los usuarios disfruten de la programación en sus televisores.

²⁹ Los operadores se fusionen o adquieran participación en empresas de telecomunicaciones, de informática o de contenidos.

convergencia entre industrias y por ende entre mercados que pueda lugar a un entorno reglamentario uniforme.

El debate sobre la convergencia tiene como telón o trasfondo político el concepto de la sociedad de la información³⁰. La Unión Europea está comprometida políticamente con la promoción de la sociedad de la información, en especial desde que, como resultado

³⁰ El término “sociedad de la información” es empleado por primera vez por Fritz Machlup en su libro *The production and distribution of knowledge in the United States* (1962) y la concepción actual, como estadio del desarrollo de las sociedades en el que la capacidad de tener acceso a los datos, almacenarlos y compartirlos constituye un elemento esencial para la vida en relación, se atribuye al sociólogo japonés Yoneji Masuda, autor de *The Information Society as Post-Industrial Society* (1981).

La promoción de las condiciones para el desarrollo de la sociedad de la información, constituye un objetivo de la Unión Europea a partir de la década de los ochenta: Los primeros esfuerzos se centraron en apoyar actividades de investigación y desarrollo en el campo de las tecnologías de la información y comunicación (TIC's) y en generar condiciones de competencia en el sector infraestructural sobre el que descansa la sociedad de la información: las telecomunicaciones. A partir de la publicación, en 1993, del Libro Blanco "Crecimiento, competitividad y empleo" (COM 93/700/final) (conocido también como Informe Delors) se consolida una política global sobre la sociedad de la información basada en la convicción de la existencia de una relación directa entre la sociedad de la información y el crecimiento económico, la competitividad, la creación de empleo y la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos.

Los objetivos de Delors fueron concretados por un grupo de expertos quienes, en materia de telecomunicaciones, redactan el Informe Bangemann (Europa y la Sociedad Global de la Información. Recomendaciones al Consejo Europeo. 1994), centrado en la necesidad de controlar los riesgos que se derivan del proceso (en especial las diferencias entre países o los peligros sobre la propiedad intelectual) y optimizar los beneficios.

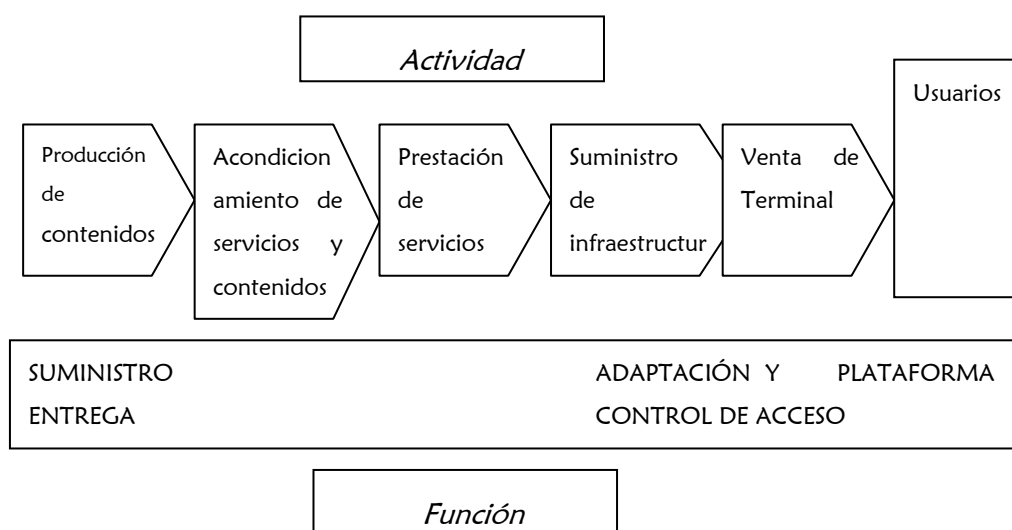
En 1999 se revisan los lineamientos de esta política que se revelan insuficientes para afrontar los retos que impone la progresiva extensión de las TIC's en todos los ámbitos de la vida social, política y económica y, en concreto, los derivados de la expansión de Internet, de tal suerte que, en diciembre de 1999 la Comisión adoptó la iniciativa «eEurope - Una Sociedad de la información para todos» [COM(1999) 687 - C5-0063/2000 — 2000/2034(COS)] con el objetivo de que la UE sacara plenamente provecho de la evolución derivada de la sociedad de la información. El compromiso de la Unión Europea con la sociedad de la información se renueva como resultado del Consejo Europeo de Lisboa, en marzo de 2000 y, en la actualidad la Estrategia i2010 “una sociedad de la información europea para el crecimiento y el empleo” aglutina varios programas de implantación de las TIC's en ámbitos, tales como, la salud (eHealth), la Administración pública (egovernment), la educación (elearning) y la cultura (bibliotecas digitales), entre otros. Sobre este tema puede revisarse. CARIDAD SEBASTIAN, Mercedes. Planes de la Unión Europea para alcanzar el próximo milenio en política del conocimiento. En: CARIDAD SEBASTIAN, M. (coord) *La sociedad de la Información*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1999, p. 37-59.

del Consejo Europeo, en marzo de 2000, se fijó como objetivo estratégico para la próxima década el *«convertirse en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y mayor cohesión social»*.³¹

El nexo entre las políticas de promoción de la sociedad de la información y la convergencia, por lo menos tecnológica, se advierten con claridad, al considerar que los sistemas sobre los que se construye la sociedad del conocimiento están integrados por redes y servicios que experimentan una tendencia a la convergencia. El fortalecimiento de tales sistemas, a través de la convergencia, permitirá la extensión de los efectos benéficos de la aplicación de las TIC's a toda la sociedad, de forma tal que los ciudadanos disfruten de nuevas posibilidades de empleo, educación, socialización y servicios innovadores a mejores precios.

La convergencia incidirá sobre el mercado en la medida que aparecerán nuevos productos, y tras de ellos, nuevos agentes, algunos de los cuales, como se precisó con anterioridad, provendrán de otros mercados, hasta ahora, conexos pero independientes, tales como, la edición y las tecnologías de la información. El advenimiento de estos agentes puede ir acompañado de alianzas estratégicas, fusiones o concentraciones con empresas que previamente hayan estado suministrando servicios de telecomunicaciones, de forma tal que un mismo grupo sea capaz de estar presente en todas las fases de la cadena de valor.

³¹ Apartado 5 del Documento de Conclusiones de las Reuniones sostenidas por el Consejo Europeo, el 23 y 24 de marzo de 2000. Disponible en http://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_es.htm [consulta de 25 de mayo de 2012].



Cadena de valor de los mercados de las TIC's

La liberalización y la competencia, unidas a la digitalización y a un importante aumento de la capacidad de las redes de radiodifusión y otros servicios de telecomunicaciones, hacen de la transmisión y la entrega de servicios un negocio de volúmenes elevados y márgenes estrechos, de tal suerte que las empresas que operan en esta parte de la cadena de valor busquen incrementar el tráfico en sus redes a través de alianzas horizontales o creciendo en nuevos mercados geográficos³². Al mismo tiempo, se desplazan hacia la parte alta de la cadena del valor, buscando actividades de márgenes más elevados, a través de la concentración vertical. La estructura del mercado también cambia desde el lado de la demanda: se van operando transformaciones en los hábitos o pautas de consumo de los clientes, que pueden demandar servicios integrados, interactivos y cada vez más novedosos.

³² Para ejemplificar tal posibilidad puede verse el caso de TELEFÓNICA DE ESPAÑA que, durante esta época, comenzó a adquirir los principales operadores en Latinoamérica, amplió su operación a otros países europeos (búsqueda de nuevos mercados) y adquirió empresas en varios estadios de la cadena de valor (Terra –buscador-, Endemol –proveedor de contenidos- Vía digital –plataforma de televisión por satélite- entre otros). ALIERTA IZUEL, César. Telefónica: de un operador local a un operador multinacional y multidoméstico. *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, núm. 799, 2002, p. 147-155. OTERO CARVAJAL, Luis Enrique. Las telecomunicaciones en la España contemporánea, 1885-2000. *Cuadernos de Historia Económica*, vol. 29, 2007, p. 119-152

Analizadas estas transformaciones estructurales, identificados los problemas y planteadas las posibles soluciones, la Comisión fija los siguientes principios de la actividad regulatoria, que debe tener como una de sus prioridades la satisfacción de las necesidades de los usuarios, ofreciéndoles más posibilidades de elección, mejores niveles de servicio y precios inferiores, al tiempo que se garantizan plenamente los derechos del consumidor y el interés público en general:

1. Mínima intervención: La reglamentación debe limitarse a lo estrictamente necesario para conseguir unos objetivos claramente definidos. Dada la velocidad, el dinamismo y la fuerza de la innovación en los sectores afectados por la convergencia, los poderes públicos tendrán que evitar los planteamientos que conduzcan a una reglamentación excesiva o que supongan una mera ampliación de las normas existentes en los sectores de las telecomunicaciones y los medios de comunicación a áreas y actividades hoy en día poco reguladas.

2. Estabilidad jurídica del marco regulatorio: El objetivo de los reguladores debe ser el establecimiento de un marco claro y previsible que permita invertir a las empresas. Esto no significa que el marco tenga que ser inmutable, pero sí que su evolución debe responder a criterios predeterminados, manteniendo, en la medida de lo posible, la flexibilidad necesaria para reaccionar ante las transformaciones experimentadas por un mercado en rápida mutación.

3. Participación de los usuarios: Especialmente en la definición del contenido del servicio universal, que permita a todos los ciudadanos el acceso a los servicios de la sociedad de la información, evitando la consolidación o el reforzamiento de brecha digital.

4. Independencia de la Autoridad Reguladora: La existencia de autoridades reguladoras independientes y efectivas que será esencial para el proceso de convergencia.

5. Coordinación en los métodos para alcanzar los objetivos: Para alcanzar los propósitos descritos pueden recurrirse a múltiples alternativas regulatorias dentro de las que la Comisión destaca: a) Apoyo en las estructuras actuales, extendiendo los principios de las regulaciones sectoriales a los mercados emergentes; b) Crear un nuevo modelo regulatorio más “ligero” para los nuevos servicios, con la dificultad que reviste el distinguir qué servicios integran el mercado de los tradicionales y cuáles los emergentes; c) Introducir progresivamente un nuevo modelo reglamentario que incluya tanto a los servicios ya existentes como a los nuevos. Se pretende adaptar la normativa actual a las

exigencias de la convergencia, comenzando por cambiar la denominación de los servicios (de telecomunicaciones y audiovisuales a comunicaciones electrónicas) con miras a dar un tratamiento normativo único a todos los sectores o, por lo menos, a aspectos sustanciales de los mismos. La proporcionalidad sería una característica imprescindible del nuevo marco, toda vez que el nivel de reglamentación debe estar en consonancia con la naturaleza del servicio y con la intensidad de la competencia.

D. ¿Liberalizar o crear un mercado para las telecomunicaciones?

Como se evidencia de la lectura de las disposiciones enunciadas y resumidas de forma sintética, las acciones comunitarias se centraban, durante la primera fase de la liberalización, en la ruptura de los monopolios tradicionales con miras a generar un mercado único de redes y servicios de telecomunicaciones a nivel europeo. En esta instancia del proceso cobra especial preponderancia la eliminación gradual, en términos de segmentos del mercado, de los derechos especiales y exclusivos, así como la regulación de las condiciones de acceso a las redes, bajo la denominación de Oferta de Red Abierta³³, que dio lugar al establecimiento del marco normativo necesario para alcanzar acuerdos de interconexión bajo los principios de transparencia, objetividad, no discriminación y orientación a costes³⁴. Como instrumentos fundamentales al servicio de

³³ SÁNCHEZ PIÑOLE, Juan Ignacio. Aplicación de la oferta de red abierta a la telefonía vocal. *Boletín Asturiano sobre la Unión Europea* ; n. 64-65, julio/octubre 1996, p. 14-21

³⁴ ESCRIBANO SAEZ, Alvaro; GARCIA ZABALLOS, Antonio; RODRIGUEZ OVEJERO, J. María. Estructura y dinámica del sector de las telecomunicaciones. En: MUÑOZ MACHADO, Santiago (Dir). Derecho de la Regulación Económica. DE LA QUADRA SALCEDO, Tomás (Dir); VIDA FERNANDEZ, Jose (Coord.) IV. *Telecomunicaciones*. Madrid: Iustel, 2009, p. 115-118. GOMEZ-FERRER RINCON, Rafael. El derecho transitorio en la ordenación de las telecomunicaciones. En: MUÑOZ MACHADO, Santiago (Dir). Derecho de la Regulación Económica. DE LA QUADRA SALCEDO, Tomás (Dir); VIDA FERNANDEZ, Jose (Coord.) IV. *Telecomunicaciones*. Madrid: Iustel, 2009, p.780-787. PEREZ BUSTAMANTE, Rogelio. Un paradigma en la aplicación de los principios de libre competencia en la Unión Europea: la liberalización de las telecomunicaciones (1974-1999). En: ORTIZ BLANCO, Luis; SOPEÑA BLANCO, Vera (ed). *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación*. Madrid : Universidad Rey Juan Carlos, Servicio de Publicaciones 2000, V. II, p. 13-30

esta finalidad se tienen, tanto la Oferta de Interconexión de Referencia, como la metodología de costes³⁵.

De otra parte, con miras a permitir la participación de los nuevos operadores en los mercados tradicionales, se establecieron medidas de acceso indirecto, tales como, la selección y preselección de operador³⁶, que facilitarían el conocimiento del mercado y la consecuente adquisición de una masa crítica de clientes que condujeran, con posterioridad, a la realización de inversiones en infraestructura³⁷.

La regulación de tecnologías emergentes, tales como, la telefonía móvil, en línea con lo anteriormente manifestado, se orienta a la consideración de los costes de interconexión, dejando de lado el condicionamiento sobre las condiciones de prestación de los servicios.

La regulación asimétrica³⁸ en este periodo se basa en el reconocimiento del poder significativo del mercado al operador que tenga un 25% de cuota en el mismo o al que,

³⁵ MORENO REBOLLO, Alberto. Reflexiones sobre la regulación de los precios de terminación de llamadas en redes móviles: ¿existen alternativas a la orientación a costes? *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, núm. 832, 2006 (Ejemplar dedicado a: Telecomunicaciones y audiovisual: regulación, competencia y tecnología), p. 115-130. PEITZ, Martín. Competencia y regulación de la interconexión en los mercados de telecomunicación *Economía industrial*, núm. 339, 2001 (Ejemplar dedicado a: Tecnologías de la información: aspectos microeconómicos), p. 95-104. CALZADA, Joan; TRILLAS, Francesc. Los precios de interconexión en las telecomunicaciones: de la teoría a la práctica. *Hacienda pública española*, núm. 173, 2005, p. 85-125. MARQUINA, Fermín. La telefonía móvil y sus precios. *REDETI, Número Extraordinario 4. Dedicado a los Móviles*. 2001, p. 157-174. BAZURO, Andrea. La cuestión esencial de la interconexión y del libre acceso a las infraestructuras. *REDETI*, núm. 13, 2002, P. 167-184.

³⁶ HEREDERO, Begoña. Eliminación de barreras de entrada en el mercado de las telecomunicaciones. Últimos avances: servicio de preasignación y apertura del bucle de abonado (la última milla). En: ORTIZ BLANCO, LEON JIMENEZ, Rosario. *Derecho de la competencia europeo y español : curso de iniciación..* Volumen IV. Madrid, Dykinson, 2003, p. 215-235

³⁷ HERGUERA, Iñigo; RODRÍGUEZ ROMERO, Luis. Regulación de las telecomunicaciones en la UE: competencia en servicios y en redes. *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, Nº 747, 1995 (Ejemplar dedicado a: La nueva era de las telecomunicaciones: competencia y desregulación en redes), págs. 9-22

³⁸ Se tiene por regulación asimétrica aquella que diferencia entre agentes a la hora de prodigarles un tratamiento regulatorio concreto. El ejemplo paradigmático es el régimen jurídico del operador con peso

aún sin alcanzar este umbral de participación, pudiera actuar con independencia de sus competidores, proveedores o clientes. Para ello es necesario definir el marco de referencia en la que estimar esa posición. Con este fin se prevén cuatro mercados relevantes: redes públicas fijas, servicios de líneas arrendadas, telefonía fija e interconexión en telefonía móvil. Una vez delimitado el mercado y declarada la existencia de un operador con peso significativo, procedía la imposición de un catálogo cerrado de obligaciones atinentes a la separación de cuentas, orientación a costes, transparencia y no discriminación, con la finalidad de controlar y en su caso corregir esa posición de dominación.

Todo el proceso debía apoyarse, promocionarse y garantizarse por autoridades regulatorias, independientes no sólo de los operadores, con el fin de evitar la denominada captura del regulador, sino también de los poderes públicos, de tal suerte que las intervenciones respondieran a criterios técnicos, fijados desde las instancias comunitarias. Entre las funciones atribuidas a los reguladores estaba el otorgamiento de las habilitaciones para la provisión de servicios y explotación de las redes, mecanismo que, dada la diversidad de caracteres impresos por las reglamentaciones nacionales, se advirtió como una barrera de ingreso que debía ser removida en el menor tiempo posible.

La convergencia comienza a ser un tema de interés para las autoridades comunitarias, especialmente concernidas con la promoción del acceso a los servicios de banda ancha, objetivo que inspira la adopción del Reglamento CE 2887/2000, de 18 de diciembre de

significativo en el mercado, previsto en la normativa comunitaria y nacional, y que lo obliga, de acuerdo con el análisis que realice el regulador nacional, a garantizar la observancia de los principios de no discriminación, transparencia, separación contable, orientación a costes, a acompañar sus ofertas minoristas de ofertas en mercados mayoristas que permitan replicarlas, separación funcional, entre otras. Se trata de un modelo regulatorio que sirve a objetivos diversos, tanto a una competencia basada en infraestructura, como una competencia basada en servicios, y cuyo elemento común es la existencia de una situación de monopolio natural como situación previa a los procesos de liberalización. GARCÍA RODRÍGUEZ, Juan Manuel. Regulación asimétrica y liberalización de las telecomunicaciones. *Icade: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 52, 2001, págs. 113-132. COLOMA, Fernando. TARZIJÁN, Jorge. Regulación: Objetivos, Problemas y Opciones que se abren en el Mercado de la Telefonía Fija Local. Nº 232 Diciembre 2002. Disponible en http://eco3147.facea.puc.cl/economia_puc/docs/dt_232.pdf (consulta de 26 de mayo de 2012)

2000, sobre el acceso desagregado al bucle local, infraestructura que se considera un cuello de botella para el desarrollo de dicho mercado³⁹. Esta regulación fundamentalmente se basaba en el establecimiento de tres modalidades de acceso a los bucles de par de cobre, consistentes en: el acceso completamente desagregado, mediante el cual el operador alternativo adopta el control pleno sobre la infraestructura, el acceso compartido que permite al entrante explotar la capacidad de transmisión de datos de esta parte de la red y el acceso indirecto o servicio mayorista de ADSL que, como su propia denominación lo sugiere, consiste en la adquisición, al por mayor, de una capacidad de transmisión de datos, con miras a su reventa en el mercado descendente. Como elemento capital del proceso de liberalización de la “última milla” aparece la Oferta del Bucle de Abonado (OBA), como un instrumento regulador que permitía garantizar el acceso en condiciones transparentes, objetivas, no discriminatorias y orientadas a costes. En efecto, se obliga al operador con peso significativo en el mercado de acceso a ubicaciones fijas a definir, públicamente, las condiciones de acceso a la red, en las modalidades antes descritas, sometiendo dicha oferta a la validación de la autoridad reguladora nacional⁴⁰.

Esta fase coincide en España con la vigencia de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones⁴¹, que califica esta actividad como de interés general y que supuso

39 ESCRIBANO SAEZ, Alvaro; GARCIA ZABALLOS, Antonio; RODRIGUEZ OVEJERO, J. María. Estructura y dinámica del sector de las telecomunicaciones. En: MUÑOZ MACHADO, Santiago (Dir). Derecho de la Regulación Económica. DE LA QUADRA SALCEDO, Tomás (Dir); VIDA FERNANDEZ, Jose (Coord.) *IV. Telecomunicaciones*. Madrid: Iustel, 2009, p. 118-119.

⁴⁰ MENDOZA LOSANA, Ana Isabel. Nuevas iniciativas para facilitar la competencia en el acceso al usuario final (el bucle del abonado) *REDETI*, núm 10, 2001, p. 119-142. RODRÍGUEZ ILLERA, Reinaldo. El proceso liberalizador de las telecomunicaciones: algunas reflexiones. *Economía industrial*, núm. 337, 2001 (Ejemplar dedicado a: El futuro de las Telecomunicaciones), p. 99-102. RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno. Incumplimiento contractual, penalización e infracción administrativa en la oferta de acceso al bucle de abonado (OBA). *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 15, 2007, p.. 31-47

⁴¹ CARRASCO, Angel; CORDERO, Encarna. El derecho a prestar servicios de telecomunicaciones /en/ ARPON DE MENDIVIL, Almudena y CARRASCO PERERA, Angel. *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Pamplona: Aranzadi, 1999. 271-374. ALBI ALBI, Joaquin. La prestación de servicios y el establecimiento y explotación de redes de telecomunicaciones en régimen de libre competencia. /en/ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; DE LA QUADRA SALCEDO; Tomas. (coord). *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 11/1998, de 24 de abril)*. Madrid: Civitas, 1999. p. 63- 124. DE LA

un gran paso en el proceso de liberalización, toda vez que abrió a la competencia la totalidad de los servicios creando un sistema de habilitaciones, al amparo de la normativa comunitaria, menos compartimentalizado que el de la LOT, diferenció claramente el régimen de las obligaciones de servicio público del resto del estatuto, prescribió reglas meridianas en materia de interconexión, selección y preselección de operador, recogió los lineamientos comunitarios sobre gestión de espectro, separación de funciones entre entes reguladores y sujetos regulados, así como previó regímenes especiales de protección a los usuarios y sancionador⁴². En conclusión, la LGT98 recogía los planteamientos del acervo comunitario y, de acuerdo con su exposición de motivos, sus objetivos eran la plena liberalización, en conjunto con la garantía del servicio universal⁴³.

QUADRA SALCEDO, Tomás. Telecomunicaciones y Derecho Público. En: CREMADES, J. (coord). *Derecho de las telecomunicaciones*. Madrid: La Ley, p. 131-150. p. 132.

42 Los reglamentos de desarrollo más importantes de esta norma cabecera, que integran junto con la misma el subsistema jurídico vigente hasta el 2003 son: El Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio, de interconexión; el Real Decreto 1652/1998, de 24 de julio, sobre registro; el Real Decreto 1736 de 1998, de 31 de julio, sobre servicio universal; el Real Decreto 279/1999, de 22 de febrero, sobre infraestructuras comunes de telecomunicaciones; el Real Decreto 1890/2000, de 20 de noviembre, sobre evaluación de equipos y las Ordenes Ministeriales de 22 de septiembre de 1998, relativas a habilitaciones y la de 9 de marzo de 2000, sobre espectro radioeléctrico. Sobre un análisis de la aplicación de la ley 11/98 en el mercado de las telecomunicaciones, puede verse HERGUERA, Iñigo. Un análisis de la situación del sector de las telecomunicaciones en España. *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, N.º. 46, 2001, págs. 154-181

43 ALONSO BERNÁ, Lara. *La liberalización de las telecomunicaciones en un mundo global*. Madrid: La Ley Actualidad, 1999, 1003 p. CREMADES, Javier. *Derecho de las telecomunicaciones*. Madrid: La Ley-Actualidad, 1997, 1357 p. ARAUJO JUÁREZ, José. *Derecho de las telecomunicaciones*. Madrid: Fundación Estudios de Derecho Administrativo (Funeda), 1997, 334p. CHINCHILLA MARÍN, Carmen. *Ordenación de las telecomunicaciones*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1997, 295p. MERINO MERCHÁN, José Fernando. *Régimen de las telecomunicaciones*. Madrid: Tecnos, 1998, 330p. MERINO MERCHÁN, José Fernando. *Curso de derecho de las telecomunicaciones*, Madrid : Universidad Rey Juan Carlos, Facultad de CC. Sociales y Jurídicas: Dykinson, 2000, 303p. LLANEZA GONZÁLEZ, Paloma. *Telecomunicaciones : régimen general y evolución normativa*. Pamplona: Aranzadi, 1998, 242p. FERNANDO PABLO, Marcos M. *Derecho general de las telecomunicaciones*. Madrid: Colex, 1998, 212p. SOUVIRON MORENILLA, José María. *El proceso de liberalización y nueva regulación de las telecomunicaciones*. Granada: Comares, 1999, 286 p. CALVO DÍAZ, Gloria. *El nuevo marco jurídico de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, 288

II. PRESUPUESTOS Y OBJETIVOS DE LA REGULACIÓN EN EL PERIODO COMPRENDIDO ENTRE LOS AÑOS 2000-2005.

La revisión de algunos de los indicadores del efecto de la liberalización en el mercado europeo sirve como punto de partida para el análisis de los derroteros seguidos por las autoridades comunitarias durante la fase de profundización del proceso.

a. Incremento en el número de operadores. En el siguiente cuadro puede comprobarse el acentuado incremento de los operadores en los mercados tradicionales de telefonía.

	Año 1998 ⁴⁴	Año 1999 ⁴⁵	Año 2000 ⁴⁶
Número de operadores de telefonía local		223	388
Número de operadores de telefonía nacional	195	244	461
Número de operadores de telefonía internacional	166	281	468
Número de operadores de telefonía móvil (analógico, GSM 900 y DCS 1800)	77	94	
Número de operadores móviles digitales		52	54

p. MONTERO PASCUAL, Juan José. *Telecomunicaciones y televisión: la nueva regulación en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, 687 p. ALBI ALBI, Joaquín. *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones* (Ley 11/1998, de 24 de abril). Madrid: Civitas, 1999, 903 p. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *Los mercados de interés general, telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes: (privatización, liberación, regulación pública y derecho de la competencia)*. Granada: Comares, 2001, 607p. ARPÓN DE MENDÍVIL ALDAMA, Almudena. *Comentarios a la Ley general de telecomunicaciones*. Pamplona: Aranzadi, 1998, 1021.

44 EUROPA. COMISIÓN EUROPEA. COM (98) 594. 25 de noviembre. Cuarto informe sobre la aplicación del conjunto de medidas reguladoras de las telecomunicaciones.

45 EUROPA. COMISIÓN EUROPEA. COM (1999) 537 final. 10 de noviembre. Quinto informe sobre la aplicación del conjunto de medidas reguladoras de las telecomunicaciones

46 EUROPA. COMISIÓN EUROPEA. COM (2000) 814 final. 7 de diciembre. Sexto informe sobre la aplicación del conjunto de medidas reguladoras de las telecomunicaciones.

b. Variaciones en los precios

Durante 1998 se presentó una reducción en los precios de los servicios de telecomunicaciones, matizada por la necesidad de rebalancear las tarifas (Fuente: Cuarto Informe).

Las tarifas residenciales para los servicios de telefonía internacional durante el periodo comprendido entre 1997 y 1999 se redujeron en un 40%, en promedio, mientras que las tarifas de los mismos servicios para empresas se redujeron en un 25% como media. Para los dos segmentos, las tarifas para llamadas regionales y de larga distancia nacional se aminoraron en un 13% y 30% respectivamente (Fuente: Quinto informe).

Para 1999 la media europea de gasto mensual en llamadas nacionales a través de los operadores existentes se había reducido un 10.5% para las empresas y un 4.6% para los clientes residenciales. El precio medio de las llamadas internacionales ha bajado un 15.1% para empresas y un 13.5% para particulares (Fuente: Sexto informe).

A. La Review de 1999⁴⁷

La revisión, como su propia denominación lo sugiere, comienza con una valoración de la situación de partida:

1. La liberalización ha generado una diversidad de ofertas, rebaja en los precios y la aparición de servicios innovadores. Esto ha redundado en una mejora de la competitividad global de la Unión Europea, con una aportación de hasta el 15% de las industrias de la sociedad de la información al crecimiento del PIB y puede canalizarse hacia la reducción de las diferencias entre regiones, eliminando el concepto de distancia, de forma tal que se promueva la cohesión territorial y social. De vital importancia resulta impedir la consolidación de una sociedad de la información no excluyente, garantizando el acceso generalizado a los servicios de la sociedad de la información tanto a los consumidores residenciales, como a las empresas.

2. El mercado está en plena mutación: a la par de la vertiginosidad con la que ocurren los cambios tecnológicos el mercado está modificando su estructura como consecuencia

47 EUROPA. COM (1999)539. Comunicación de la Comisión; Hacia un nuevo marco para la infraestructura de las comunicaciones electrónicas y servicios asociados.

de las sucesivas fusiones y concentraciones empresariales. Los desarrollos tecnológicos incrementan la capacidad de las infraestructuras a ritmos delirantes: La capacidad de computación se duplica cada 18 meses y la de transmisión cada 12, reduciendo los costes de prestación de los servicios y diversificando los productos. Las tecnologías inalámbricas penetran cada vez en todos los segmentos del mercado, presentándose como alternativas reales al bucle de abonado. Por último, la televisión digital permite la diversificación de los servicios y la aproximación de los ciudadanos a los beneficios de la sociedad de la información, dada la vasta presencia de este terminal dentro de los hogares europeos.

3. En línea con los resultados arrojados por la consulta acerca de la convergencia, la regulación para mercados emergentes pretende ser menos burocrática, sin abandonar el deber de vigilancia sobre el comportamiento de los agentes en el mercado.

Con fundamento en estas premisas, se definen los siguientes objetivos políticos:

1. Promover y apoyar un mercado abierto y competitivo para los servicios de comunicaciones, ofreciendo a los consumidores y empresas, alternativas de servicios en términos de calidad, precio e innovación.

2. Beneficiar al ciudadano europeo mediante la garantía de acceso al servicio universal, protegiendo a los consumidores en sus relaciones con los proveedores, guardando su intimidad, mejorando la transparencia en las tarifas y condiciones de uso del servicio, así como estableciendo medidas específicas para grupos de población con discapacidad.

3. Consolidar el mercado interior, eliminando los obstáculos para la oferta de redes y servicios a escala europea y garantizando el trato igualitario.

En consonancia con estos objetivos, se establecen los siguientes principios reguladores⁴⁸, que se suman a los ya reseñados en la Comunicación para la convergencia⁴⁹: a) Proporcionalidad: Las medidas regulatorias han de responder a los objetivos señalados; b) Neutralidad tecnológica: el marco jurídico de la explotación de una red o servicio no definirá en función a las características y especificidades tecnológicas de los mismos y c)

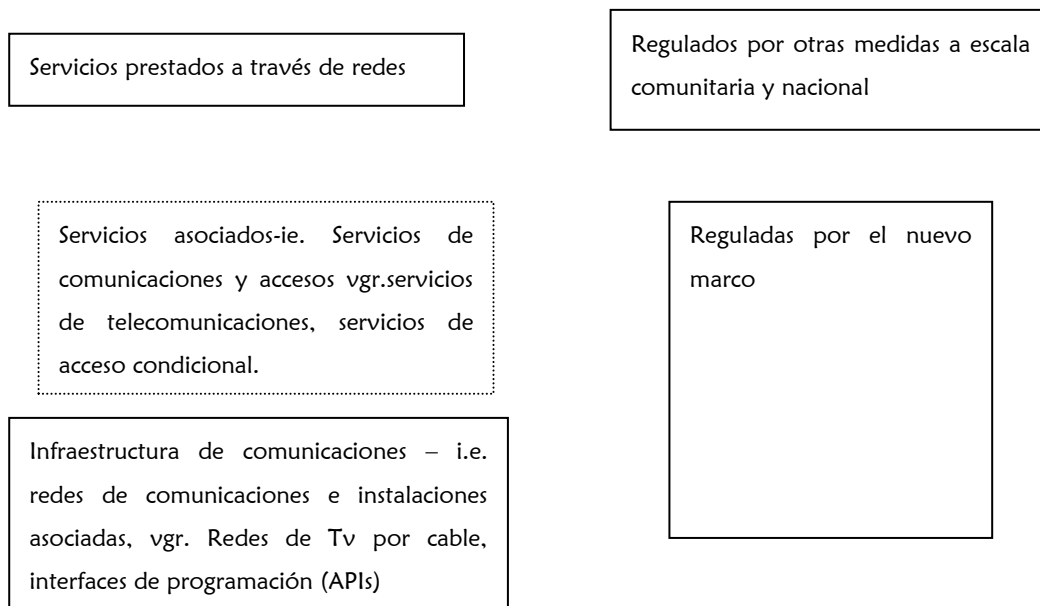
⁴⁸ HERGUERA, Iñigo. Regulación comparada de industrias de redes: el caso de las telecomunicaciones. *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 205, 2000, págs. 96-107

⁴⁹ Ver epígrafe II.I.C del presente capítulo.

Inmediatez: las decisiones deben ejecutarse al nivel más próximo posible a las actividades objeto de regulación. Este último principio iba en consonancia, tanto del reconocimiento de la diversidad de regímenes jurídicos y desarrollo tecnológicos de los mercados nacionales de telecomunicaciones que implicaba la necesidad de contar con la colaboración decidida las autoridades nacionales de reglamentación en la construcción del mercado único europeo de las telecomunicaciones, como del principio de subsidiariedad que rige, de forma general, las relaciones entre la Unión y los EEMM.

Para el logro de estos objetivos se definen las siguientes políticas:

1. Regulación de todas las infraestructuras de comunicaciones y servicios asociados: en observancia del principio de neutralidad tecnológica y con miras a alcanzar la plena convergencia, el régimen propuesto debe ser observado por todas las infraestructuras y servicios asociados, con independencia de la tecnología que les sirva de base. Tal situación se describe en la siguiente gráfica.



Ámbito de aplicación del acervo comunitario de 2000⁵⁰

50 Tomado de Review de 1999.

2. En materia de acceso e interconexión se establecerá un marco común para todas las redes con independencia de la tecnología que empleen.
3. Sustitución de las licencias para la prestación de los servicios y la explotación de las redes por autorizaciones generales, teniendo por tales aquellas que no requieren una manifestación expresa por parte de las autoridades reguladoras. Queda exceptuado de lo anterior la concesión de recursos escasos, tales como, el espectro y la numeración.
4. Conservación y extensión progresiva de las facilidades que integran el servicio universal.
5. Promoción de la competencia en el bucle local.
6. Reducir el marco regulatorio a un conjunto mínimo de normas cuya aplicación se haga de la forma más armónica posible. A tales efectos, la normativa de comunicaciones electrónicas estará integrada por Directivas y otras disposiciones de las calificadas como “soft law”.
7. Promover la cooperación entre la Comisión y las autoridades regulatorias.

B. Las Directivas de desarrollo

Atendiendo las conclusiones alcanzadas tras la Review de 1999, la Comisión inició la tramitación para la aprobación del paquete regulatorio de 2002⁵¹, integrado por las siguientes normas:

- (1) Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco).

51 IBAÑEZ COLOMA, PABLO. Technological convergence and the regulation of telecommunications: achievements and limits of re-regulatory reforms. En: IBAÑEZ COLOMA, P. *European Communications Law and Technological Convergence. Deregulation, re-regulation and regulatory convergence in television and telecommunications*. Netherlands: Kluwer Law International. P. 112-126. DE LA CUETARA MARTINEZ, Juan Miguel. La tercera generación de las normas regulatorias en telecomunicaciones. *REDETI* núm. 25, 2006, p. 11-27. DE LA CUETARA MARTINEZ, Juan Miguel. El desarrollo normativo de la Ley General de Telecomunicaciones de 2003: nuevas técnicas y nuevos problemas. *REDETI*, núm. 19, 2004, p. 49-74. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Ante la nueva ley general de telecomunicaciones: viejas restricciones y nuevas libertades en los mercados emergentes. *REDETI*, núm.1, 1003, p. 39-56.

La Directiva tiene por objetivo establecer un marco armonizado para la regulación de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas⁵². Constituye la piedra angular del paquete de medidas y contiene disposiciones horizontales al servicio de las otras medidas que lo integran: ámbito de aplicación y grandes principios, definiciones básicas, disposiciones generales sobre las autoridades nacionales de reglamentación (ANR), nuevo concepto de peso significativo en el mercado, más próximo al derecho de la competencia y normas de concesión de ciertos recursos esenciales, como las radiofrecuencias, los números o los derechos de paso⁵³.

En el anexo I de esta Directiva se definen los mercados que debían incluirse en la recomendación⁵⁴ inicial de la Comisión sobre mercados relevantes, a efectos de verificar si se dan condiciones de competencia efectiva en los mismos, toda vez que los operadores se disciplinan entre sí o, en otras palabras, no existe ninguno que pueda obrar de forma independiente del resto, o de sus proveedores y/o clientes.

El análisis del mercado debería efectuarse de acuerdo con las directrices fijadas por la Comisión⁵⁵ y teniendo en cuenta, como ha quedado dicho, los mercados relevantes señalados por esta autoridad que, al final, dieron lugar a los 18 segmentos⁵⁶ que a continuación se transcriben⁵⁷:

⁵² BRAUN, Jens-Daniel The framework directive. KOENIG (ed) *EC competition and telecommunications law*; The Hague : Kluwer Law International, 2002, p. 309-358

⁵³ PAUWELS, Caroline. The political and regulatory framework towards a European information and knowledge society En: ELIASSEN, Kjell A. and FROM ALDERSHOT, Johan. *The privatisation of European telecommunications*. Ashgate, cop., 2007, p. 51-74

⁵⁴ EUROPA. Recomendación de la Comisión 2007/879/CE, de 17 de diciembre, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. *Diario Oficial de las comunidades Europeas* núm. L 344, de 28 de diciembre de 2007, p.65 – 69. Esta recomendación sustituye a la 2003/311/CE, de 11 de febrero.

⁵⁵ EUROPA. Comunicación 2002/C165/03, 11 de julio de 2002. También ha de tenerse en cuenta la nota explicativa de la Recomendación de 2007.

⁵⁶ La revisión del grado de ejecución del marco comunitario de 2002 dio lugar a la expedición de la Recomendación 2007/879/CE, de 17 de diciembre, en la que se incluyeron los siguientes mercados:

MINORISTA	Acceso a la red telefónica pública para clientes residenciales y no residenciales (mercado 1).
MAYORISTA	Origenación de llamadas en la red telefónica pública en una ubicación fija (mercado 2).
	Terminación de llamadas en redes telefónicas públicas individuales facilitada en una ubicación fija (mercado 3)
	Acceso físico a infraestructuras de red en una ubicación fija (mercado 4)
	Acceso de banda ancha (mercado 5)
	Segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor, con independencia de la tecnología utilizada. (mercado 6)
	Terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales. (mercado 7)

57 EUROPA. COMISIÓN EUROPEA. Recomendación C (2003) 497, 11 de febrero de 2003. Como se ha dicho en otros apartado, esta Recomendación fue sustituida por la Recomendación 2007/879/CE, de 17 de diciembre.

NIVEL MINORISTA	Acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija para clientes residenciales (mercado 1)
	Acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija para clientes no residenciales (mercado 2)
	Servicios telefónicos locales y/o nacionales disponibles al público prestados en una ubicación fija para clientes residenciales (mercado 3)
	Servicios telefónicos internacionales disponibles al público prestados en una ubicación fija para clientes residenciales (mercado 4)
	Servicios telefónicos locales y/o nacionales disponibles al público prestados en una ubicación fija para clientes no residenciales (mercado 5)
	Servicios telefónicos internacionales disponibles al público prestados en una ubicación fija para clientes no residenciales (mercado 6)
	Conjunto mínimo de líneas arrendadas (mercado 7)
NIVEL MAYORISTA	Originación de llamadas en la red telefónica pública facilitada en una ubicación fija (mercado 8)
	Terminación de llamadas en redes telefónicas públicas individuales facilitada en una ubicación fija (mercado 9)
	Servicios de tránsito en la red pública de telefonía fija (mercado 10)
	Acceso desagregado al por mayor (incluido el compartido) a los bucles y subbucles metálicos a efectos de la prestación de servicios de banda ancha y vocales (mercado 11).
	Acceso de banda ancha al por mayor (mercado 12)
	Segmento de terminación de líneas arrendadas al por mayor (mercado 13)
	Segmentos troncales de líneas arrendadas al por mayor(mercado 14)
	Acceso y originación de llamadas en redes públicas de telefonía móvil (mercado 15)
	Terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales (mercado 16)
	Mercado nacional al por mayor de itinerancia internacional en redes públicas de telefonía móvil (mercado 17)
Servicios de transmisión de emisiones difundidas para entregar contenidos difundidos para los usuarios finales (mercado 18)	

De los cuatro mercados considerados por la regulación anterior (redes públicas fijas, servicios de líneas arrendadas, telefonía fija e interconexión en telefonía móvil) se pasa a

18 mercados, como mínimo, siendo que las autoridades de regulación pueden notificar a la Comisión su intención de definir un mercado nuevo⁵⁸.

Esencialmente son segmentaciones de los mercados originales, que obedecen a varios propósitos: a) Distinguir entre mercados, aplicando la metodología de derecho de la competencia, dadas las características diferenciales por el lado de la oferta y la demanda; b) identificar problemas de mercado diferentes para cada segmento de tal suerte que se puedan focalizar las medidas correctivas con miras a incrementar su eficiencia; c) verificar la existencia de condiciones de competencia efectiva dentro de algunas partes de las actividades globales, de forma tal que éstas puedan quedar exentas de la regulación sectorial, en línea con el propósito de desregularizar la actividad⁵⁹.

El examen, siguiendo la argumentación de la Comisión, se realizó teniendo en cuenta la existencia de barreras de entrada, el dinamismo de la competitividad y la suficiencia de las reglas de competencia para solventar el problema⁶⁰. Sólo si existen barreras de entrada o de salida, la competencia no pueda calificarse de efectiva porque hay un agente que actúa de manera independiente del resto y las medidas de control *ex post* resultan insuficientes para garantizar la integridad y buen comportamiento del mercado, toda vez que el riesgo de expulsión de los competidores es significativo.

58 Directiva Marco; art. 15.3.

59 En la Recomendación de 2007, esos 18 mercados se convierten en 7, por las razones expuestas en la Nota Explicativa: A excepción del servicio de acceso a la red telefónica (en el que deja de distinguirse entre clientes residenciales y no residenciales dado que los términos contractuales entre una y otra tipología de clientes no difieren de forma sustancial y los productos son similares) se eliminan los mercados a nivel minoristas [los mercados de servicios telefónicos tienden a la competencia efectiva porque existen múltiples alternativas al operador incumbente (a través de la preselección o de infraestructuras alternativas)] y, del conjunto de mayoristas desaparecen los de tránsito [hay pruebas suficientes acerca de que en la actualidad existe (líneas arrendadas) o se darán en el corto plazo (red pública de telefonía fija) condiciones de competencia efectiva], los de acceso en red pública de telefonía móvil (tendiendo en cuenta que la competencia en mercados oligopólicos puede ser intensa), los de roaming internacional (por ser objeto de regulación a nivel comunitario) y los de transmisión de emisiones difundidas para entregar contenidos difundidos a usuarios finales (por la existencia de plataformas que compiten entre sí).

60 Criterios acumulativos que se conservan en la Recomendación de 2007 y se aplican en la nota explicativa.

A diferencia de lo consagrado en la normativa anterior, se prevé la posibilidad de elegir, entre un abanico de medidas correctivas, la que se estime más razonable y proporcionada para alcanzar los objetivos señalados en el artículo 8, apartados 2,3, y 4 de la Directiva Marco, relativos al fomento de la competencia, la promoción del mercado interior y la promoción de los intereses de los ciudadanos. El conjunto de medidas, según se apliquen en mercados mayoristas o minoristas o, en el segundo de los casos, estén asociadas a un mercado específico, se enumeran a continuación.

MERCADOS MAYORISTAS	Transparencia		D.A; art. 9	
	No discriminación		D.A; art. 10	
	Separación contable		D.A; art. 11	
	Acceso y uso de elementos específicos de la red o recursos asociados	Acceso a terceros		D.A; art. 12
		Negociación de buena fé de las condiciones de acceso		
		No revocación de derechos de acceso previamente concedidos		
		Servicios al por mayor		
		Libre acceso a interfaces técnicas, protocolos u otras tecnologías clave que sean indispensables para la interoperabilidad de los servicios o de servicios de redes virtuales		
		Coubicación		
		Servicios necesarios para garantizar la interoperabilidad de extremo a extremo, con inclusión de lo servicios de red inteligente o itinerancia en redes móviles		
Acceso a sistemas de apoyo operativos o informático similares necesarios para garantizar condiciones equitativas de competencia				
Interconexión				
Orientación y contabilidad de costes		D.A; art. 13		

MERCADOS MINORISTAS	Prohibición de precios excesivos	Limitación de precios al público	S; SU; arts. 17.2 y 17.4
	Prohibición de precios abusivos	Control de tarifas individuales	
	Prohibición de favorecer de manera excesiva a usuarios finales específicos	Tarifas orientadas a costes o precios de mercado comparables	
	Agrupación de servicios de manera injustificada	Contabilidad de costes	
	Líneas arrendadas	Conjunto mínimo de líneas	D.SU; art. 18.1
		No discriminación	D.SU; art. 18.1. Anexo VII.1
		Tarificación en función de costes	D.SU; art. 18.1. Anexo VII.2
		Transparencia	D.SU; art. 18.1. Anexo VII.3
	Conexión a la red telefónica pública y uso desde ubicación fija	Selección y preselección de operador	D.SU; art. 19

Las autoridades reguladoras, además de las Directrices y de la Recomendación, cuentan con un tercer elemento de juicio a la hora de definir los mercados, identificar el grado de competencia efectiva e imponer obligaciones: se trata de la Posición Común adoptada en el seno del Grupo de Reguladores Europeo, acerca de las medidas que deben adoptarse, dada una problemática dada⁶¹.

(2) Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva de autorización).

La principal innovación de este texto reside en la sustitución de las licencias individuales por autorizaciones generales, al lado de las cuales subsiste un régimen específico para la atribución de las frecuencias y los números⁶². La autorización general y los derechos de uso sólo podrán estar sometidos a las condiciones enumeradas respectivamente en el anexo de la Directiva, referidas, en particular, a: aportaciones financieras a la financiación del servicio universal; interoperabilidad de los servicios e interconexión de las redes; accesibilidad y conservación de los números; normas de protección de la intimidad y, específicamente, de protección de los menores; transmisión obligatoria de determinados programas de televisión y radio; requisitos en materia de medio ambiente y de ordenación urbana y del territorio; imposición eventual de tasas administrativas a las empresas y restricciones en relación con la transmisión de contenidos ilegales.

(3) Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva de servicio universal).

61 Disponible en http://erg.eu.int/doc/meeting/erg_06_33_remedies_common_position_june_06.pdf. (10 de mayo de 2007). Un aspecto de interés en la estructura ordinamental de este sector económico es la importancia creciente de las fuentes “soft law” o de reglas que no pueden ser consideradas como disposiciones comunitarias, cuyo ejemplo prototípico son los acuerdos en el seno del grupo de reguladores europeos.

62 FARR, Sebastian. The authorisation Directive. En: Farr, Sebastian. *EU communications Law*. Londres: Sweet & Maxwell Ltd., 2007, p. 185-229.

Fundamentalmente se ocupa de regular el contenido material de la noción “servicio universal”, la forma de designar al operador obligado a suministrarlo y los medios de financiación de tales prestaciones.

(4) Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva de Acceso).

El objetivo es establecer un marco propicio al desarrollo de la competencia con el fin de estimular el desarrollo de los servicios y redes de comunicaciones. Otro objetivo es garantizar que los posibles cuellos de botella presentes en el mercado, no impidan la aparición de servicios innovadores que puedan ser beneficiosos para los usuarios. El enfoque adoptado es neutro con respecto a la tecnología⁶³.

(5) Directiva 2002/77/CE de la Comisión, del 16 de septiembre de 2002, relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

La disposición central de la Directiva prevé la supresión de los derechos exclusivos o especiales concedidos por los Estados miembros para el establecimiento o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas o para el suministro de servicios de comunicaciones electrónicas accesibles al público. Antes del 24 de julio de 2003, cada Estado miembro debe adoptar las medidas necesarias con el fin de garantizar a toda empresa el derecho de prestar servicios o explotar redes, sin discriminación, de acuerdo con un régimen de autorización general que sustituye al sistema de licencias⁶⁴.

C. La conservación de las condiciones de competencia: propiciando la rivalidad

A la vista de los resultados arrojados por las medidas adoptadas durante la primera fase de la liberalización, las autoridades comunitarias deciden avanzar en el proceso de

⁶³ NIKOLINAKOS, Nikos. The new European regulatory regime for Electronic Communications Networks and Associated Services: the proposed framework and access / interconnection directives. *European Competition Law Review*. vol. 22, núm. 3 (March 2001), p. 93-109. KOENIG, Christian. The european regulatory framework for the administration of scarce and finite resources. En: KOENIG, Christian. *EC competition and telecommunications law*; The Hague : Kluwer Law International, 2002, p. 511-616

⁶⁴ DEFRAIGNE, Philippe. EU new regulatory framework. *European Competition Law Review*. vol. 26, núm. 11 (Noviembre 2005), p. 597-600

consolidación de un mercado competitivo de las comunicaciones electrónicas y configuran un nuevo marco jurídico que, en línea con las conclusiones del Consejo de Lisboa, facilite el acceso de los ciudadanos y las empresas europeas a infraestructuras de primera línea y poco costosas, así como a una amplia gama de servicios, a través de un mercado en el que existan condiciones de competencia efectiva, ésto es, en el que ninguno de los operadores tenga una posición de dominio, o aún detentándola esta posición no genere un problema irresoluble⁶⁵ por el Derecho de la Competencia.

Este nuevo sistema jurídico comunitario se caracteriza, entre otros aspectos, por la mayor aproximación entre la normativa sectorial y la de competencia, al punto que el ámbito de aplicación material de la primera se circunscribe a la atención de las cuestiones particulares de este mercado: soluciones específicas de competencia para problemas estructurales –obligaciones de acceso e interconexión-, acceso y uso de recursos limitados –espectro radioeléctrico, numeración, derechos de paso-, obligaciones de servicio público, y derecho de los usuarios de los servicios de comunicaciones electrónicas. Asimismo, la regulación se flexibiliza en aras de adaptarse a la velocidad con la que ocurren los desarrollos tecnológicos y de eliminar las restricciones normativas que dificultaban la convergencia entre las tecnologías y los servicios (surgen las nociones de red y servicio de comunicación electrónicos y se erige como principio el de neutralidad tecnológica)⁶⁶.

En pos de la armonización de las condiciones de acceso y permanencia en el mercado, que constituye la clave para la configuración del mercado único europeo de comunicaciones electrónicas, también se eliminan las habilitaciones para el establecimiento y explotación de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas, se establecen previsiones comunes, tanto para la regulación de las obligaciones de servicio público, como para la fijación de las condiciones de acceso y uso a los recursos escasos, se fijan lineamientos claros sobre el régimen de protección a los usuarios y se promueve

65 Irresoluble en términos de oportunidad, más que eficacia.

66 ESCRIBANO SAEZ, Alvaro; GARCIA ZABALLOS, Antonio; RODRUGUEZ OVEJERO, J. María. Estructura y dinámica del sector de las telecomunicaciones. En: MUÑOZ MACHADO, Santiago (Dir). Derecho de la Regulación Económica. DE LA QUADRA SALCEDO, Tomás (Dir); VIDA FERNANDEZ, Jose (Coord.) *IV. Telecomunicaciones*. Madrid: Iustel, 2009, p. 119-122.

el uso armonizado de las frecuencias radioeléctricas y la normalización de aspectos técnicos concretos⁶⁷.

La necesidad de crear unas condiciones jurídicas homogéneas, cuando no uniformes, para el desarrollo de esta actividad en todo el territorio de la Unión, constituye una más de las razones que aconsejan el enaltecimiento del Derecho de la Competencia, como referente jurídico del sistema. En efecto, el recurso al instrumental decantado en sede de la aplicación del Derecho de la Competencia, al mercado de las comunicaciones electrónicas, se convierte en uno de los caracteres operativos más visibles del nuevo sistema, tal y como se refleja en la redacción de la Directiva Marco, de la Recomendación de la Comisión de 17 de diciembre de 2007, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante de conformidad con la Directiva Marco⁶⁸ y en las Directrices de la Comisión sobre el análisis del mercado y la evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas⁶⁹.

Las directrices contienen las reglas para efectuar la delimitación de los mercados (geográfico y por servicios), la designación de operadores con peso significativo y el análisis de las condiciones de competencia, con sus posibles soluciones, con miras a darle un tratamiento regulatorio común y armonizado a los diferentes segmentos del mercado de las comunicaciones electrónicas en todo el territorio de la Unión.

67 GOMEZ-FERRER RINCON, Rafael. El derecho transitorio en la ordenación de las telecomunicaciones. En: MUÑOZ MACHADO, Santiago (Dir). Derecho de la Regulación Económica. DE LA QUADRA SALCEDO, Tomás (Dir); VIDA FERNANDEZ, Jose (Coord.) *IV. Telecomunicaciones*. Madrid: Iustel, 2009, p.796-800

68 EUROPA. Recomendación de la Comisión 2007/879/CE, de 17 de diciembre, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. Diario Oficial de las comunidades Europeas L 344, de 28 de diciembre de 2007, p.65 – 69.

69 EUROPA. Comunicación 2002/C165/03. Directrices de la Comisión sobre el análisis del mercado y la evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. *Diario oficial de las Comunidades europeas* núm. C165/6, de 11 de julio de 1002. Complementadas con la Nota Explicativa de la Recomendación de 2007. Explanatory Note SEC (2007) 1483 final.

Tanto en estas reglas, como en las recomendaciones que integran el documento *ERG (06) 33 Common Position on the approach to appropriate remedies in the ECNS regulatory framework ("Remedies" document)*, se advierten los trazos de la influencia ejercida por el Derecho comunitario de competencia: la noción original de operador dominante (vinculada a la posesión de una cuota de mercado superior al 25%) es reemplazada por la de operador con peso significativo en el mercado, coincidente con la de dominancia en los análisis de competencia (agente cuyo comportamiento no se disciplina por el de los demás participantes en el mercado)⁷⁰; de un listado de cuatro mercados por servicios, se pasa a dieciocho⁷¹, que deberán ser perfilados definitivamente por las autoridades nacionales, en cuanto a los servicios que los integran y los ámbitos territoriales que se ven afectados, atendiendo criterios económicos (depurados, también, en el crisol de los juicios de competencia ventilados ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) y, finalmente, el conjunto cerrado de obligaciones vinculadas

70 DE STREEL, Alexandre. The new concept of "significant market power" in electronic communications: the hybridisation of the sectoral regulation by competition law. *European Competition Law Review*, 24(10), 2003, 535-542. Este autor concluye que los conceptos son complementarios y no pueden considerarse sustitutos. Indica que, en primer lugar, el recurso a la intervención ex ante se explica por su idoneidad para atender los problemas de mercado, en contraste con las medidas antitrust tradicionales. Por otro lado, las condiciones de intervención varían de acuerdo con los instrumentos: La intervención implica la aplicación mecánica de unos supuestos, mientras que la ley de competencia se desencadena por un comportamiento específico de las empresas que debe ser demostrado. Por lo tanto, la carga de la prueba es mucho más exigente en el segundo caso que en el primero. Por otra parte, la evaluación de las condiciones de intervención (definición de mercado y evaluación del mercado potencial) pueden ser diferentes, aún cuando se usen metodologías similares: El mercado suele definirse de manera más amplia en regulaciones sectoriales que bajo la ley que en competencia. ANR emplea una perspectiva más amplia y adopta un enfoque prospectivo, mientras que la autoridad de competencia se enfrenta a un hecho concreto y un mercado definido por el propio comportamiento. Del mismo modo, el operador con PSM no necesariamente disfruta de una posición dominante, dado que el mercado puede estar definido de manera diferente y de forma prospectiva. Por último, las medidas que pueden ser impuestas, o por lo menos el principio rector de su selección, también se diferencia en ambos instrumentos. Las nuevas Directivas sectoriales contienen medidas de comportamiento y estructurales, como las contenidas en el antitrust. Sin embargo, el principio de prioridad puede variar. En el derecho comunitario y sectorial se priorizan los remedios de comportamiento sobre los sectoriales, pero éstos, en el caso de a regulación ex ante, pueden ser más contundentes.

71 En la actualidad, tras la entrada en vigor de la Recomendación de 2007, son 7 mercados.

estrictamente a los cuatro mercados originales se abre hasta convertirse en un listado de medidas (preventivas o correctivas) que pueden ser seleccionadas por la autoridad reguladora nacional, en función del tipo de problema detectado⁷².

Se confía a la Comisión la misión de supervisar el desarrollo de esta relativamente novedosa actividad reguladora de imposición de obligaciones⁷³, dotándola de poderes de veto en el evento que se discrepe de la posición asumida por la autoridad nacional con respecto a la delimitación de un mercado o a la designación de operador con peso significativo en el mercado. En principio, la Comisión no puede vetar las medidas impuestas, sin embargo, las decisiones adoptadas en el marco de la Directiva de Acceso, que no estén incluidas en dicha norma, deben ser objeto de autorización por la Comisión.

La confianza en la libre acción de las fuerzas del mercado no se percibe como inspiración exclusiva de los procesos de imposición de obligaciones dentro de los segmentos definidos por las autoridades comunitarias, sino que también incide en el desarrollo de otras competencias normativas, propiamente sectoriales, como la gestión y planificación del espectro, a cuyo uso eficiente apunta la promoción del mercado secundario de transferencias de los derechos de uso y explotación.

En suma, la consolidación de un mercado en el que los agentes condicionen recíprocamente sus comportamientos de forma tal que se imposibilite o cuando menos se disuada la comisión de actos contrarios a la libre competencia, continúa siendo el propósito de la normativa comunitaria de comunicaciones electrónicas, bajo el entendido de que éste es el instrumento idóneo para permitir el acceso generalizado, en

72 Para un análisis de los problemas de la implantación de los métodos de definición de mercados e imposición de obligaciones durante los primeros años de vigencia del paquete de Directivas 2002, puede verse: DUVERNOY, C; DESMEDT, A. One year with the Electronic Communications Regulatory Framework: a report on the results of the article 7 notification procedure. *Computer and telecommunications law review*, 11(2), p. 30-37, 2005. DEFRAIGNE, Philippe. EU new regulatory framework - is it working? *European Competition Law Review*, 26(11), 2005, ps. 597-600

73 No hay que olvidar que la delimitación de mercados, la identificación de agentes con posición de dominio y la correlativa imposición de obligaciones, también eran actividades recogidas, aunque de forma diferente, en el régimen anterior.

condiciones económicas razonables, a unas infraestructuras esenciales para el establecimiento de la sociedad de la información en Europa⁷⁴.

El surgimiento y desarrollo de nuevos mercados, así como la competencia entre infraestructuras son dos expresiones del grado de consolidación del mercado único europeo de las comunicaciones electrónicas. Los resultados de la adopción de medidas de apoyo al despliegue de infraestructuras alternativas a las previstas por los operadores

74 Sobre un balance de la aplicación de las Directivas del 2002 puede revisarse DE STREEL, Alexandre. *Current and future European regulation of electronic communications: a critical assessment. Telecommunications Policy* núm. 32, p. 722-734, 2008. El autor apunta las siguientes deficiencias del sistema: a) Armonización: sigue siendo mejorable toda vez que los mecanismos de coordinación entre los reguladores nacionales son insuficientes (el derecho de veto de la Comisión, para agosto de 2008, revisadas 770 decisiones, sólo se había ejercitado en 7 casos y en 30 los comentarios de la Comisión habían derivado en modificaciones de las medidas definitivas; así mismo, la cooperación en sede de European Regulator Group es voluntaria). B) La proporcionalidad de las medidas resulta cuestionable, teniendo en cuenta que las reducciones de la densidad de la regulación en el mercado minorista, se compensan con los incrementos de la regulación en el mercado mayorista. El incremento de la regulación no es consistente con la idea de deregulación y tampoco resulta justificado que se prescindiera de una herramienta regulatoria clave, tal como, la escalera de inversión, para generar un tránsito suave desde la competencia entre servicios hacia la competencia en infraestructuras. C) El principio de certidumbre tampoco se ha salvaguardado debidamente, toda vez que hay una discrepancia entre la retórica de la deregulación y las medidas de los reguladores, que no ayudan a clarificar sus verdaderos objetivos (proteger directamente al consumidor, promover la entrada – y, en ese caso, una entrada para competencia en servicios o en redes- o sólo prohibir el abuso del poder de mercado). Como causas de estos fallos, se identifican las siguientes: a) Ausencia de objetivos claros: Las Directivas no eligen un único modelo regulatorio dentro de los paradigmas vigentes (el schumpeteriano – basado en la innovación-, el neoclásico –fundado en la competencia en precios- el industrial ligero – que promueve el ingreso de determinados modelos de negocio – o el industrial robusto –en el que el Estado presta el servicio, o garantiza el acceso-), permitiendo que los reguladores nacionales empleen uno o varios, en detrimento de la consolidación de un mercado único; b) Asimilación errónea de la metodología antitrust y los instrumentos de regulación sectorial: la elección de medios, sin definición de objetivos, profundiza el problema, ya que en mercados dinámicos la elección de medios tradicionales, como los neoclásicos, no suele ser acertada. C) Las limitaciones de los remedios: los problemas sectoriales son estructurales y los remedios están encaminados a problemas de comportamiento, situación que conduce a la paradoja de la pervivencia de la regulación. D) Fallos institucionales: las autoridades tienen muchos incentivos para sobrerregular y pocos incentivos para tener en cuenta la competencia desde un punto de vista dinámico. Esta aproximación estática a la competencia estaba justificada cuando el objetivo era la ruptura de los monopolios, pero carece de soporte 20 años después de la apertura de los mercados, caracterizados por la dependencia tecnológica.

incumbentes, tales como, la apertura del bucle local⁷⁵ y las obligaciones de provisión de acceso indirecto, no son homogéneos, como tampoco lo son aquellos que surgieron de las acciones de promoción de la extensión del acceso a los servicios de banda ancha, de tal suerte que en esta nueva fase del proceso de liberalización, resultara insoslayable persistir en el propósito de no desincentivar con una regulación errónea, verbigracia, con la imposición de obligaciones a operadores con peso significativo en los mercados de redes o servicios emergentes.

Nada ajeno a estas finalidades se sitúa el legislador español, quien al redactar la norma de transposición de la normativa comunitaria, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones, reiteró la calificación de servicio de interés general prestado en régimen de libre competencia contenida en el artículo 2 de la hoy extinta Ley 11/1998 y dedicó seis apartados del artículo 3, relativo a los principios y objetivos del sistema, a la exaltación de la promoción del sector y de la competencia como ejes del sistema. Los dos apartados restantes se dedican a enunciar la garantía del cumplimiento de las obligaciones de servicio público; el acceso a los nuevos servicios y redes en condiciones de igualdad; la cohesión territorial, económica y social, así como la protección de los derechos de los usuarios, como objetivos adicionales.

Así mismo, en coherencia plena con las tendencias marcadas por la normativa comunitaria, la sectorial nacional circunscribe su ámbito material a aquellos aspectos no resueltos idóneamente por el subsistema jurídico que compone el Derecho de la competencia, destinando un único artículo para regular la actividad de delimitación de mercados e imposición de obligaciones (art. 10)⁷⁶ y otro para fijar las condiciones de la habilitación legal para la explotación de las redes y servicios (art. 6), mientras que el resto del articulado se ocupa de los aspectos que, ajenos a la lógica de la libre competencia, deben ser resueltos al amparo de la habilitación competencial contenida

75 MENDOZA LOSANA, Ana I. Nuevas iniciativas para facilitar la competencia en el acceso al usuario final (el bucle de abonado). *REDETI* núm. 10, 2001, p. 119-142.

76 Su operación, se defiere a normas de carácter reglamentario. ESPAÑA. Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración. *Boletín Oficial del Estado* núm. 314 de 30 de diciembre de 2004, ps. 42372 – 42396.

en el art. 149.1.21 de la Constitución o de otros títulos implícitos⁷⁷: reserva de actividades (art. 4), régimen de obligaciones de servicio público (incluido el servicio universal)⁷⁸, régimen de gestión y otorgamiento de recursos escasos (dominio público radioeléctrico, numeración, derechos de ocupación)⁷⁹, régimen de derechos de los usuarios (incluidos los vinculados al secreto de las comunicaciones), régimen de interconexión, composición de la administración de telecomunicaciones, régimen de las tasas en materia de telecomunicaciones y el régimen sancionador⁸⁰.

77 Si bien en la Ley sólo se hace alusión al título competencial contenido en el art. 149.1.21, resulta evidente que, por ejemplo, es al amparo del artículo 128.2 CE. que se redacta el art. 4 de la LGT mediante el cual el Estado se reserva la explotación de determinados bienes y servicios vinculados al defensa nacional. Asimismo, con fundamento en el artículo 149.1.1, CE en conexión con el 51 CE, se define el régimen particular de protección al usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas.

78 El desarrollo normativo de este tema se encuentra previsto en las siguientes normas: ESPAÑA. Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el reglamento sobre las condiciones para la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios. *Boletín Oficial del Estado* núm. 102, de 29 de abril, p. 14545 – 14588. ESPAÑA. Real Decreto 776/2006, de 23 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 424/2005. *Boletín Oficial del Estado* núm. 150, de 24 de junio, p. 23995 – 23996. ESPAÑA. Real Decreto 1768/2007, de 28 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 424/2005. *Boletín Oficial del Estado* núm. 312, de 29 de diciembre, p. 53780 – 53781.

79 El reglamento está contenido en: ESPAÑA. Real Decreto 863/2008, de 23 de mayo, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley General de Telecomunicaciones en lo relativo al uso del dominio público radioeléctrico. *Boletín Oficial del Estado* núm. 138 de 7 de junio, p. 26305 – 26320.

⁸⁰ VILLAR URIBARRI, José Manuel. *La nueva regulación de las telecomunicaciones, la televisión e Internet*. Pamplona: Aranzadi, 2003, 625p. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Telecomunicaciones y audiovisual: cuestiones disputadas*. Granada: Comares, 2003, 231 p. LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *Telecomunicaciones: regulación y mercado*, 3ª ed., Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters, 2010, 788 p. CREMADES, Javier. *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 32/2003, de 3 de noviembre)*. Madrid: La Ley, 2004, 1074 p. QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás de la. *Aspectos jurídicos de las telecomunicaciones*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2003, 400 p. CHILLÓN MEDINA, José María. *Derecho de las telecomunicaciones y de las tecnologías de la información*. Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, 2004. MONTERO PASCUAL, Juan J. *Derecho de las telecomunicaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, 573 p. EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA y QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás de la (coord.) *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 32/2003, de 3 de noviembre)*, Madrid : Thomson-Civitas , 2004, 1337 p. MACHADO, Santiago (Director) *Derecho de la Regulación Económica*. DE LA QUADRA SALCEDO, Tomás (Director); VIDA

III. PRESUPUESTOS Y OBJETIVOS DE LA REGULACIÓN DESDE 2005

Retomando lo señalado en los párrafos precedentes acerca de los buenos resultados arrojados por el sector de las comunicaciones electrónicas durante 2009, resulta procedente hacer mención a otros datos contenidos en el Décimo quinto Informe de la Comisión Europea ⁸¹sobre el estado de la competencia en dicho sector:

“En 2008, los ingresos del sector de las comunicaciones electrónicas en la UE ascendieron a 351 000 millones de euros, lo que representa aproximadamente la mitad del sector de las TIC en su conjunto. Siete de los diez principales operadores de telecomunicaciones del mundo son europeos. El 43 % de los ingresos del sector de las comunicaciones electrónicas procede de la telefonía vocal fija y del acceso fijo a Internet (incluidos los servicios de comunicaciones de datos para las empresas), el 46 %, de los servicios móviles (voz y datos) y el 10 % restante de la televisión de pago.

Banda ancha

En 2009, algunos Estados miembros (p. ej., los Países Bajos y Dinamarca) fueron líderes mundiales en cuanto a penetración. El índice de penetración medio de la banda ancha fija alcanzó el 24,8 %, lo que supone un incremento de 2 puntos porcentuales en comparación con las cifras del año anterior, aunque el ritmo de crecimiento disminuyera en más de un tercio.

La mayor parte de las líneas de banda ancha se basan en las tecnologías xDSL. El despliegue de la banda ancha de gran capacidad sigue siendo limitado, pues solo alrededor de la cuarta parte de las líneas ofrecen más de 10 megabit por segundo (Mbps). Europa se está quedando rezagada en lo que se refiere al acceso de próxima

FERNÁNDEZ, José (coord.) *IV. Telecomunicaciones*. Madrid: Iustel, 2009. CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel de la. Telecomunicaciones y Audiovisual. En: CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel de la. *Derecho administrativo y regulación económica : liber amicorum : Gaspar Ariño Ortiz*, Las Rozas (Madrid) : La Ley, 2011, 1731 p.

81 EUROPA. Comisión Europea. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Informe sobre el mercado único europeo de las Comunicaciones electrónicas 2009 (decimoquinto informe). COM(2010) 253 final/3, 25 de agosto de 2010.

generación. Las líneas basadas en la fibra hasta los locales representan solamente entre el 1,8 % y el 5 % del total de las líneas de banda ancha fija, lo que indica la necesidad de mejorar las condiciones para el despliegue de las redes de acceso de próxima generación (NGA). Los precios al por menor disminuyeron, principalmente como consecuencia de las mejoras de la velocidad y de las ofertas combinadas con tarifa plana.

A partir de julio de 2003, la cuota de mercado de los operadores históricos en el mercado de la banda ancha fija ha ido descendiendo hasta estabilizarse en el 45 % (48,3 % si se incluye la reventa). Sin embargo, en algunos países estos operadores están recuperando cuota de mercado. La desagregación del bucle local ha aumentado (73,7 % de líneas DSL de nuevos operadores, frente a un 69,2 % en enero de 2009), principalmente a expensas de la reventa, que pasó del 12,9 % de las líneas DSL de nuevos operadores en enero de 2009 a 9,4 % en enero de 2010. Los bucles locales desagregados permiten a los nuevos operadores ofrecer servicios de triple oferta, que incluyen la televisión sobre IP.

Sector móvil

Aun cuando buena parte del crecimiento de los últimos años se haya debido a las comunicaciones móviles, el sector se encuentra actualmente en una encrucijada. Pese a aportar más del 80 % de los ingresos totales del sector móvil, la cuota de las comunicaciones vocales en términos de tráfico está disminuyendo en beneficio de las comunicaciones de datos, con la consiguiente mayor presión sobre la capacidad de las redes. Los ingresos de la Internet móvil representan solamente el 4 % de los ingresos totales del sector. La penetración media de las tarjetas de banda ancha móviles dedicadas está aumentando rápidamente, con un índice de penetración del 5,2 %, frente al 2,8 % en enero de 2009. En Finlandia, Portugal y Austria, el índice de penetración supera el 15 %. La convergencia se ha hecho realidad y los operadores móviles adaptan sus modelos de negocio al incorporarse al mercado de la banda ancha móvil nuevos agentes, tales como los proveedores de servicios de Internet y los fabricantes.”

A. Comunicación de la Comisión, de 1 de junio de 2005, al Consejo, Parlamento Europeo, Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones titulada «i2010 - Una sociedad de la información europea para el crecimiento y el empleo».

Un paso más hacia la convergencia lo constituye esta iniciativa de la Comisión para abordar de manera integrada la sociedad de la información y las políticas audiovisuales

en la UE. El propósito de la iniciativa es coordinar la acción de los Estados Miembros para facilitar la convergencia digital y afrontar los desafíos vinculados a la sociedad de la información.

El ente comunitario se fija tres prioridades concretas que deben cumplirse antes del 2010 y propone las estrategias para alcanzarlas: a) Consolidación de un espacio europeo único de la información que ofrezca a los usuarios comunicaciones de banda ancha asequibles y seguras, contenidos ricos y diversificados, así como, servicios digitales. La consolidación del mismo, supone: aumentar la velocidad de estos servicios, fomentar los nuevos servicios y los contenidos en línea; potenciar los dispositivos y las plataformas capaces de plenamente interoperables; y hacer más segura Internet frente al fraude, los contenidos nocivos y los fallos tecnológicos. Para la realización del Espacio Único Europeo de la Información, la Comisión atenderá varios frentes: a. Normativo. Efectuar una revisión del reglamento de las comunicaciones electrónicas, con especial énfasis en la regulación sobre la gestión del espectro radioeléctrico y Crear un marco coherente para los servicios de la sociedad de la información y los medios de comunicación, lo que supone la revisión de la Directiva « Televisión sin fronteras » y la realización de los ajustes en el acervo comunitario que guarden relación con estas materias. b. Contenidos. La Comisión apoyará a través de programas, tales como, *e-Learning* y *e-Contents*, la creación de contenidos europeos y su difusión. c. Seguridad. Promover una sociedad de la información segura, sensibilizando a las personas sobre la necesidad de implantar individualmente mecanismos de protección y fortaleciendo los medios de reacción ante los ataques o fallos del sistema. d. Interoperabilidad. Definir y promover acciones centradas en la cuestión de la interoperabilidad, en particular la gestión de derechos digitales²³.

b) Apoyo a la innovación y la inversión en investigación: La Comisión ha propuesto mejorar el rendimiento global de las inversiones en TIC's, aumentando el 80 % en el apoyo comunitario a la investigación para el año 2010 e instando a los Estados Miembros a hacer lo propio. También sugiere dar prioridad a los pilares tecnológicos clave del Séptimo Programa Marco de investigación y desarrollo tecnológico (PMID); poner en marcha iniciativas de investigación y despliegue que permitan resolver problemas esenciales, tales como, la interoperabilidad, la seguridad y la fiabilidad, la gestión de identidades y la gestión de derechos, que exigen soluciones tanto tecnológicas como organizativa; adoptar medidas de fomento de la inversión privada en

investigación en TIC's; apoyar el comercio electrónico, en especial para las PYMES y las nuevas formas u organizaciones de trabajo.

c) Mejora de la Inclusión, servicios públicos y calidad de vida Con miras a garantizar la consolidación de una sociedad de la información inclusiva, la Comisión propone definir unas orientaciones políticas sobre accesibilidad electrónica (e-accesibilidad) y cobertura de la banda ancha; apoyar una iniciativa europea sobre inclusión digital (e-inclusión) que aborde la igualdad de oportunidades, las calificaciones en materia de TIC y las fracturas regionales; adoptar un plan de acción sobre administración electrónica y orientaciones estratégicas sobre los servicios públicos basados en las TIC, fomentando iniciativas como las del automóvil inteligente y las bibliotecas digitales.

Por último la Comisión insta a los Estado Miembros a adoptar de forma oportuna las decisiones comunitarias relativas a esta materia, a incluir en sus presupuestos partidas para investigación y a fijarse objetivos ambiciosos a nivel nacional, a la par que llama al sector privado a interesarse por estos temas.

B. La Comunicación (2006) 334 final. Revisión del marco regulatorio de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

Abundando en el tema de la convergencia, los medios que la posibilitan y sus efectos, la Comisión señala que, “durante este período, las principales tendencias tecnológicas previstas son la migración a redes «todo IP», el uso creciente de las comunicaciones inalámbricas y de las plataformas de acceso inalámbricas (por ejemplo, 3G, WiFi, WiMAX y satélite), el despliegue de la fibra óptica en las redes de acceso local y la transición a la TV digital. Cabe esperar efectos de gran calado en las arquitecturas de red, los servicios y los dispositivos destinados a los consumidores que existen en la actualidad. Los agentes del mercado se enfrentan a nuevos competidores y buscan nuevos modelos de negocio ante los cambios que se avecinan en el mercado actual de las comunicaciones electrónicas. Todo ello se traducirá en la aparición de servicios nuevos e innovadores para los usuarios, con los actuales servicios de «triple oferta» (voz, Internet y TV) como precursores de futuros servicios agrupados. Seguirán difuminándose las fronteras entre los productos y servicios de comunicaciones electrónicas; aparecerán nuevas formas de dispositivos móviles y portátiles con características interactivas y de radiodifusión. “.

Dada la importancia que se atribuye a las tecnologías inalámbricas, la mayor preocupación que manifiesta la Comisión recae en la idoneidad de la actual política del

espectro para promover la competencia en servicios que requieran de este insumo. En resumen, la Comisión ha propuesto la introducción de un sistema que permita la coexistencia de tres modelos de gestión (habilitaciones administrativas, autorizaciones generales y enfoque basado en el mercado), promoviendo el recurso a las autorizaciones generales y, donde ello no fuera posible, permitiendo que, con ciertas salvaguardas, el operador tenga la libertad de prestar cualquier tipo de servicio de comunicaciones electrónicas («neutralidad con respecto al servicio»), utilizando cualquier tecnología o estándar en el marco de condiciones comunes («neutralidad con respecto a la tecnología»).

Aplicando criterios de eficiencia económica, determinadas bandas acordadas a nivel de la UE, mediante un procedimiento de comité, podrían utilizarse al amparo de autorizaciones generales, o se ofrecerían en el mercado secundario en toda la UE. En los casos adecuados, se establecerían igualmente mediante este procedimiento las condiciones comunes de autorización para la utilización del espectro radioeléctrico.

El modelo de habilitaciones podrá conservarse teniendo en cuenta los factores, la seguridad jurídica y la gestión de las interferencias y objetivos de interés público.

Se propone también, en el marco de las habilitaciones, el establecimiento de una autorización de servicios con una dimensión de mercado interior o paneuropea, pensado como un complemento del sistema actual, aplicable a casos específicos (por ejemplo, las comunicaciones vía satélite). En este caso, la delimitación conceptual de un servicio como paneuropeo, la elección de la habilitación, del procedimiento de acceso a la misma, así como de las condiciones, correspondería a la Comisión, con la ayuda de un Comité. El otorgamiento de esta habilitación permite prestar el servicio en todos los Estados Miembros sin ningún requisito adicional, de tal suerte que la intervención de los Estados miembros se circunscribiría a ocuparse de supervisar y garantizar a nivel nacional el cumplimiento de las condiciones de autorización de dichos servicios

Otro asunto de interés es la simplificación de los trámites de notificación de los mercados: para una serie de categorías de casos previamente definidas, se planea introducir un procedimiento de notificación simplificada, lo que permitirá que las autoridades regulatorias se concentren en la resolución de las cuestiones más complejas. En cuanto a la definición y adopción de medidas, la Comisión ha manifestado la necesidad de reforzar la coherencia en su aplicación, fortaleciendo su idoneidad y oportunidad y, con tal finalidad propone ampliar la facultad de veto de la Comisión a

las medidas propuestas. Los poderes de la Comisión también se ven fortalecidos con respecto a los siguientes temas: ampliación del alcance de las medidas técnicas de implementación que puede adoptar la Comisión, por ejemplo, en ámbitos como la numeración e introducción de un mecanismo para la aprobación por la Comisión de las medidas adoptadas por las autoridades nacionales en el marco de la Directiva de acceso e interconexión

En materia procedimental, se propone abordar el problema de la suspensión habitual de las decisiones reguladoras, por parte de algunos órganos jurisdiccionales nacionales durante la fase de recurso, estableciendo a nivel de la UE criterios para suspender estas decisiones.

Otros cambios dirigidos a reforzar el mercado interior tienen como objetivos: 1. Garantizar que los usuarios puedan acceder a los servicios de la sociedad de la información. Se propone la revisión del contenido del servicio universal y, a tales efectos, se anuncia la publicación de un Libro Verde sobre el servicio universal, durante 2007, augurando que, en todo caso, hay que actualizar los apartados relativos al servicio telefónico; garantizar el acceso gratuito a números de emergencia, con señalamiento de ubicación, con especial interés, para el caso de los discapacitados. 2. Reforzar la capacidad sancionadora de las autoridades nacionales de regulación ante la vulneración de las obligaciones reglamentarias.

Con el fin de acrecentar la confianza de las empresas y los particulares en las comunicaciones electrónicas, se propone una serie de medidas: 1) imponer a los proveedores de comunicaciones electrónicas requisitos específicos que les obliguen a notificar algunas vulneraciones de la seguridad y a mantener informados a los usuarios; 2) autorizar a las autoridades nacionales competentes a imponer medidas de seguridad específicas que implementen las recomendaciones o decisiones de la Comisión; y 3) modernizar las disposiciones sobre integridad de las redes.

C. Los nuevos desafíos regulatorios: las redes de nueva generación y la neutralidad de red.

Dentro de las múltiples consecuencias que se derivan del fenómeno de la convergencia, la cristalización de las redes “Todo IP” constituyen uno de los tópicos que más revuelo

ha levantado en el grupo de reguladores europeos⁸², ya que sus características suponen todo un desafío para los responsables de la definición de los objetivos y medios regulatorios⁸³.

Esencialmente las redes “Todo IP” plantean una nueva estructura de red, con acceso óptico (basadas en el despliegue de fibra) o radioeléctrico (W-CDMA/3G, WiMAX y WiFi). El despliegue de estas redes supone la asunción de costes inferiores a los que se incurre tratándose de la red de par de cobre y, adicionalmente, permite que los usuarios disfruten de una mayor capacidad de transmisión, de tal suerte que accedan a un número más variado y complejo de servicios.

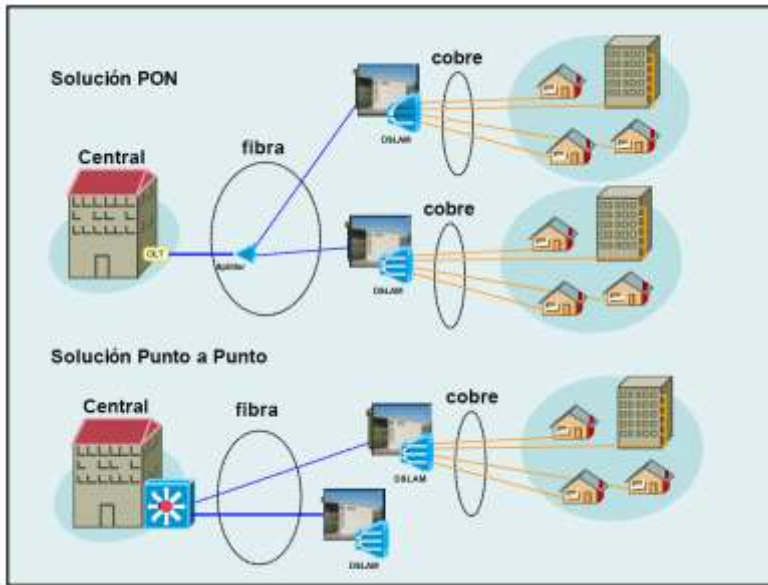
Concretamente, las redes de fibra pueden desplegarse de formas diversas. En general pueden establecerse distinciones, en función de sí conviven o no con la red de cobre, entre la solución de fibra hasta el hogar (FTTH), fibra hasta el edificio (FTTB) [fibra hasta el divisor óptico sito, normalmente, en el sótano del edificio], fibra hasta el

82 Durante el 2007, se realizaron sendas consultas sobre esta temática, en el marco del Grupo de Reguladores Europeos y la CMT [disponibles en http://www.cmt.es/cmt/centro_info/publicaciones/pdf/ConsultaNGaNs.pdf 110607 y http://erg.eu.int/doc/publications/consult_regprinc_nga/erg_cons_doc_on_reg_princ_of_nga.pdf 11/06/07]. Las conclusiones pueden verificarse en http://erg.eu.int/doc/publications/erg_09_17_nga_economic_analysis_regulatory_principles_report_090603_v1.pdf (19 de noviembre de 2010) y en http://www.cmt.es/cmt_ptl_ext/SelectOption.do?nav=consultas_publicas&detalles=0900271980046ac9&hcomboAnio=2007&pagina=1 (19 de noviembre de 2010).

83 LAGUNA DE PAZ, Jose Carlos. Redes de acceso de nueva generación. *REDETI* núm. 32, 2008, p. 41-74
FERNANDEZ GARCÍA, Lionel. La regulación de las redes de telecomunicaciones de nueva generación (NG): perspectivas de evolución en España, *REDETI* núm. 32, 2008, p. 75-126.
CARVAJAL GONZÁLEZ, Pablo de. Marco regulatorio de las redes de nueva generación. *Noticias de la Unión europea*. N. 313, (feb. 2011), p. 21-34.
BAVASSO, Antonio. Electronic communication: a new paradigm for european regulation. *Common Market Law Review*; vol. 41, núm. 1, 2004, p. 87-118.
GALLARDO OLMEDO, Fernando y PÉREZ AMARAL Teodosio. Negocio y regulación de las redes de acceso de nueva generación: una aproximación al caso español aplicando opciones reales *Economía industrial*, N° 377, 2010 (Ejemplar dedicado a: Presidencia española de la UE), págs. 34-45.

armario (FTTC) [a partir de este punto se conserva la red de cobre]⁸⁴ o fibra hasta el nodo (FTTN)⁸⁵.

Asimismo, según el servicio se preste sobre una conexión exclusiva entre el nodo y el domicilio del abonado, o una que sea compartida entre varios abonados, se distingue entre soluciones punto a punto, o punto multipunto, las segundas agrupadas bajo el estándar GPON (Red Óptica Pasiva con Capacidad de Gigabit- por sus siglas en inglés)⁸⁶.



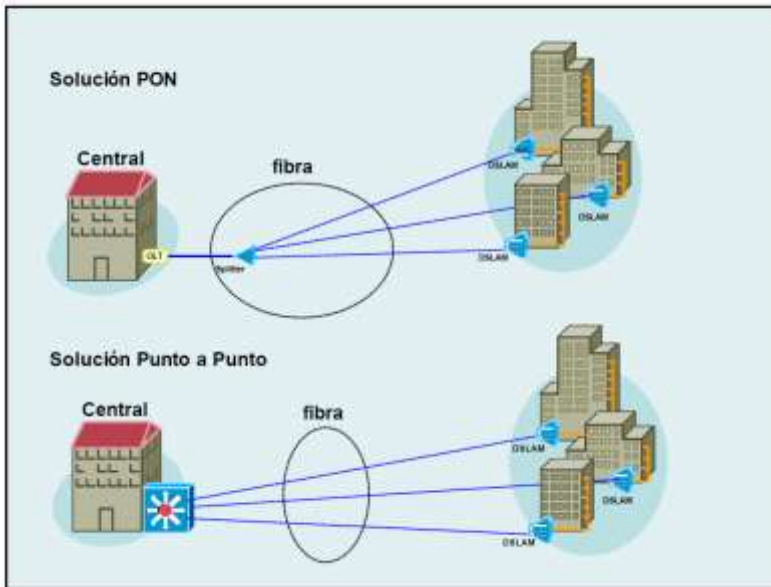
Solución FTTN⁸⁷

84 En la terminología de la Recomendación de la Comisión de 20 de septiembre de 2010, relativa al acceso regulado a las redes de acceso de nueva generación (NGA) (RecRNG), la solución FTTC contempla fibra desde el nodo hasta el punto de distribución.

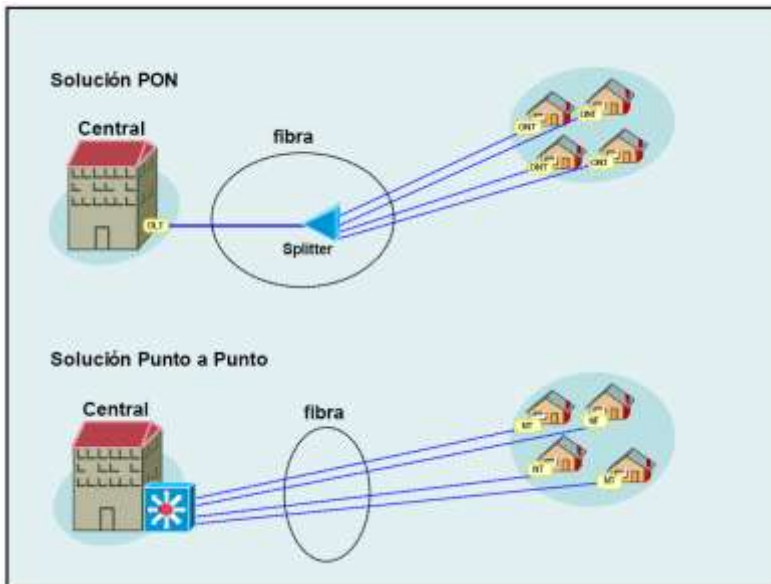
85 Siguiendo la nomenclatura de la RecRNG, esta solución prevé la presencia de fibra hasta el MPoP.

86 GPON: se tiende un cable de fibra por cada 64 usuarios.

87 Imagen extraída de una presentación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sobre redes de nueva generación (arquitecturas de red). Disponible en www.cmt.es



Solución FTTB⁸⁸



Solución FTTH⁸⁹

88 Imagen extraída de una presentación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sobre redes de nueva generación (arquitecturas de red). Disponible en www.cmt.es

89 Imagen extraída de una presentación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sobre redes de nueva generación (arquitecturas de red). Disponible en www.cmt.es.

Como se advertía previamente, las nuevas tecnologías tienen unos costes operativos menores y una capacidad mayor, lo que en un entorno competitivo impulsa un proceso de renovación de las redes. La inversión en la parte troncal y de servicios de la red es significativamente menor, por lo que su sustitución no plantea grandes problemas. No ocurre lo mismo con las redes de acceso, cuya sustitución por las nuevas infraestructuras y cableados de fibra óptica requiere de inversiones muy importantes y plantea problemas específicos, tales como, la compartición de canalizaciones.

Para los operadores que, siguiendo la ruta regulatoria, han migrado desde el acceso indirecto hacia la desagregación del bucle, la renovación de las redes supone un hito significativo, toda vez que puede implicar la inviabilidad de su modelo de negocio, o los puede forzar a desplazarse hacia otros puntos de la cadena de valor con menor rentabilidad. A manera de ejemplo baste citar el hecho de que, en una solución FTTN, las centrales de conmutación en las que opera la desagregación del bucle, tienden a desmantelarse, de tal suerte que, las inversiones en conmutación y ubicación realizadas quedarían inservibles antes de amortizarse.

A diferencia de las redes tradicionales que, dada su longevidad, han amortizado cualquier riesgo asociado a su despliegue, las nuevas redes se enfrentan a riesgos asociados a la posibilidad de que la demanda no se materialice. En consecuencia, si los reguladores imponen orientación a costes con una tasa de retorno que no tenga en cuenta el riesgo de la inversión, los operadores tendrán pocos incentivos para efectuarla. En un entorno de demanda incierta y de cara a los costes que demanda el despliegue de la red, es importante que la falta de claridad en la regulación no se convierta en un elemento distorsionador o desincentivador de la innovación y las inversiones: el horizonte temporal de la regulación debe ser tan amplio como la evolución del despliegue de la red lo imponga⁹⁰.

Bajo la premisa de que la intervención pública sólo está justificada donde hay externalidades positivas asociadas a los accesos de nueva generación, ésto es, donde los

90 ESCRIBANO SAEZ, Alvaro; GARCIA ZABALLOS, Antonio; RODRIGUEZ OVEJERO, J. María. Estructura y dinámica del sector de las telecomunicaciones. En: MUÑOZ MACHADO, Santiago (Dir). Derecho de la Regulación Económica. DE LA QUADRA SALCEDO, Tomás (Dir); VIDA FERNANDEZ, Jose (Coord.) IV. *Telecomunicaciones*. Madrid: Iustel, 2009, p. 126-129..

beneficios de la sociedad excedan con creces a los del suministrador, las autoridades reguladoras se muestran especialmente cautelosas en esta materia, dada la incertidumbre que se cierne sobre los servicios que pueden ser ofrecidos y los beneficios sociales netos que se derivarán de los mismos, así como sobre la cobertura que alcanzará espontáneamente este mercado⁹¹.

Otro aspecto que se debate es el de la neutralidad de las redes⁹². Esta denominación engloba la posibilidad de diferenciar los pagos a los operadores en función de las demandas de sus usuarios, estableciendo diferencias, entre servicios, en función de la calidad. La propuesta ha sido elevada por los operadores de telecomunicaciones, quienes han manifestado su disposición a efectuar diferenciación de servicios en términos de velocidades, integridad y alta definición de los contenidos. Proveedores de contenidos, tales como, Amazon, eBay o Google han levantado sus voces en contra de esta idea, por lo que ellos consideran implicaría una división de la Red en una más o menos rápida⁹³. Las redes de nueva generación refuerzan la viabilidad tecnológica de tal diferenciación y ponen sobre la mesa la discusión de si Internet debe continuar siendo una red de acceso homogéneo, tal y como se ha desplegado hasta la fecha, o si admite este tipo de diferenciaciones, lo que de alguna forma contribuye a la profundización de la brecha digital.

91 Hay diferentes aproximaciones a este tema: a) La FCC se abstuvo de regular porque se trataba de una actualización de la red de fibra de los incumbentes y el cable está bastante fortalecido. B) En Alemania se está discutiendo y por ahora se ha resuelto tener un periodo transitorio de abstención, conclusión que está siendo objeto de valoración por la Comisión Europea – El 27 de junio de 2007 la Comisión inició acciones, en contra de Alemania, ante el Tribunal de Justicia ; c) OPTA en Holanda ha sometido a consulta el deseo de KPN de desplegar fibra hasta el repartidor.

92 GONZALEZ DE LA GARZA, L.M. *El nuevo marco jurídico de las telecomunicaciones en Europa: redes sociales especializadas, neutralidad de red y dividendo digital*. Madrid: La ley, 2011, 893 p.

93 El Congreso de los Estados Unidos rechazó, en junio de 2006, una propuesta sobre la neutralidad de la red que impulsaban los proveedores de contenidos, dando vía libre a la diferenciación de los cobros, como resultado de la estrategia comercial de las empresas. <http://www.elmundo.es/navegante/2006/06/09/empresas/1149851646.html> (11 de junio de 2007). En septiembre 7 de 2007, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos hizo público su apoyo al cobro diferenciado en función del tipo de datos. <http://www.cbsnews.com/stories/2007/09/06/tech/main3240101.shtml> (02 de noviembre de 2007).

IV. EL PAQUETE REGULATORIO DE 2009: LA ASUNCIÓN DE LOS DESAFÍOS REGULATORIOS

El 13 de noviembre de 2007 la Comisión sometió a consideración del público en general y de las instancias comunitarias en particular, su propuesta de modificación del actual marco regulatorio de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas, integrada, entre otros documentos⁹⁴, por el proyecto de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados y a su interconexión y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas [COM (2007)687 final]]. La tramitación de estas propuestas originó la posterior promulgación de las Directivas 2009/136/CE⁹⁵ y 2009/140/CE⁹⁶, así como el Reglamento 1211/2009⁹⁷, cuyos lineamientos generales se describen a continuación:

94 La propuesta completa incluye: Un informe sobre la revisión del mercado COM (2007)696 rev1; una recomendación sobre la delimitación de mercados C (2007) 5406 rev 1; una nota explicatoria de esta Recomendación [SEC(2007) 1483 final], así como una evaluación de los efectos [SEC(2007) 1472] y un resumen de tal evaluación [SEC(2007) 1473].

95 EUROPA. Directiva 136/2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre, por la que se modifican la Directiva 2002/22/Ce relativa al servicio universal y a los derechos de los usuarios en relación con las redes y servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/Ce relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores. *Diario Oficial de las Comunidades europeas* núm. L 337, de 18 de diciembre de 2009, p. 11-36.

96 EUROPA. Directiva 2009/140/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre, por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 200/20/Ce relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas. *Diario Oficial de las Comunidades europeas* núm. L 337, de 18 de diciembre de 2009, p. 37-69.

97 EUROPA. Reglamento (CE) nº 1211/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre, por el que se establece el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE) y la Oficina. *Diario Oficial de las Comunidades europeas* núm. L 337, de 18 de diciembre de 2009, p. 1-10.

A. Análisis de las modificaciones introducidas al régimen anterior

El examen de las modificaciones operadas por las Directivas 2009/136 y 200/140, ambas de 25 de noviembre, se realiza con el objeto de perfilar el rumbo regulatorio adoptado por las instancias comunitarias en esta fase del proceso de liberalización y de especificar la forma cómo el legislador nacional ha incorporado dichas previsiones en el ordenamiento interno.

1. Ampliación del ámbito de regulación

Dentro del artículo 2 de la Directiva Marco, que recoge las definiciones, se incluyen, en la noción de recursos asociados, aquellos que tengan el potencial de permitir o apoyar el suministro de servicios a través de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, incluidos los sistemas de traducción de números o direcciones, así como algunos elementos que integran la infraestructura física, tales como, los ductos, mástiles, repartidores y edificios (D. Marco; art. 2.e). La modificación es importante en la medida que los componentes de la red, objeto material de regulación, junto con los servicios, y que por ende, verbigracia, puede resultar sometidos a obligaciones de acceso o de compartición, simplemente han de poder ser catalogados como potencialmente útiles para el apoyo o suministro de servicios, sin que resulte indispensable que estén plenamente operativos al momento de la imposición de deberes. Si bien la Comisión no ha hecho ninguna referencia expresa a los motivos de tal decisión, puede elucubrarse válidamente sobre los mismos, apuntando hacia dos vertientes probables: la primera, relativa a situaciones que hayan sido valoradas por la autoridad comunitaria, en las que la solicitud de acceso o ubicación, por poner un ejemplo, haya versado sobre un elemento inactivo y tal condición haya sido argumentada por su tenedor como causa válida de la negativa y, la segunda, atinente a situaciones a futuro, tales como, aquellas que se deriven de la aplicación de nuevas tecnologías que permitan el uso de medios alternativos de transmisión, o de la extensión de infraestructuras de nueva generación que, en su fase inicial de despliegue, no necesariamente van a estar plenamente operativas.

En cuanto a los elementos expresamente nombrados, su inclusión parece obedecer a la intención de disipar cualquier inquietud en torno a que las infraestructuras físicas

(edificios, ductos, etc) pueden ser objeto de regulación, como recursos asociados a la red y, dan cuenta de la preparación del marco normativo hacia regulación de las redes de nueva generación (redes “Todo IP”), que al admitir, como mínimo, dos tipologías de acceso y, en todo caso, presentar una arquitectura desconcentrada, generan la necesidad de contemplar la regulación de espacios físicos, distintos a las tradicionales centrales de conmutación, tales como, los distribuidores en las calles o edificios. En línea con lo anterior, el derecho de acceso recogido en el artículo 12 de la Directiva de Acceso, puede ejercerse, explícitamente, atendiendo una interpretación sistemática entre esta disposición y la previamente comentada, sobre antenas, mástiles, cámaras subterráneas y distribuidores en las calles (art. 12.1.f) y sobre servicios asociados, tales como, la identidad, localización y capacidad de presencia (art. 12.1.j).

En la definición del derecho de acceso, recogida en el art. 2.a de la Directiva, se incluye a las empresas prestadoras de los servicios de la sociedad de la información o a los proveedores de contenidos, como titulares de un derecho de acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y a los recursos asociados, acción plenamente coherente con el fenómeno de convergencia tecnológica que caracteriza al sector y que anima el proyecto de convergencia normativa liderado e impulsado por las autoridades comunitarias.

En la normativa nacional⁹⁸, el acceso, en condiciones de competencia efectiva, no falseada, a la red y servicios de comunicaciones electrónicas y recursos asociados⁹⁹, aparece como objetivo y principio de la Ley (art. 3.a) y se define, conforme lo prescrito

⁹⁸ Se alude a la LGT2003, en la redacción dada por ESPAÑA. Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista. *Boletín Oficial del Estado* núm.78 de 31 de marzo de 2012, p. 26876 – 26967

⁹⁹ Anexo II. 24. Recursos asociados: las infraestructuras físicas, los sistemas, dispositivos, los servicios asociados u otros recursos o elementos asociados con una red de comunicaciones electrónicas o con un servicio de comunicaciones electrónicas que permitan o apoyen la prestación de servicios a través de dicha red o servicio o tengan potencial para ello. Incluirán, entre otros, edificios o entradas de edificios, el cableado de edificios, antenas, torres y otras construcciones de soporte, conductos, mástiles, bocas de acceso y distribuidores.

en el Anexo II.2 como *“la puesta a disposición de otro operador, en condiciones definidas y sobre una base exclusiva o no exclusiva, de recursos o servicios con fines de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, incluyendo cuando se utilicen para el suministro de servicios de la sociedad de información o de servicios de contenidos de radiodifusión. Este término abarca, entre otros aspectos, los siguientes: el acceso a elementos de redes y recursos asociados que pueden requerir la conexión de equipos por medios fijos y no fijos (en particular, esto incluye el acceso al bucle local y a recursos y servicios necesarios para facilitar servicios a través del bucle local); el acceso a infraestructuras físicas, como edificios, conductos y mástiles; el acceso a sistemas informáticos pertinentes, incluidos los sistemas de apoyo operativos; el acceso a sistemas de información o bases de datos para pedidos, suministros, pedidos, solicitudes de mantenimiento y reparación, y facturación; el acceso a la conversión del número de llamada o a sistemas con una funcionalidad equivalente; el acceso a redes fijas y móviles, en particular con fines de itinerancia; el acceso a sistemas de acceso condicional para servicios de televisión digital; así como el acceso a servicios de red privada virtual.»*

2. Fortalecimiento de las autoridades nacionales de reglamentación

En la nueva redacción de los arts. 3.3 y 4.1 de la Directiva Marco, se incluyen disposiciones tendentes a fortalecer la independencia de las ANR frente a otras Administraciones, en diversos órdenes: el financiero, de tal suerte que han de contar con la financiación adecuada para desarrollar sus funciones, de cuyo uso dará razón en cuentas separadas de las de otras Administraciones (DM; art. 3bis 2do párr.); el funcional, que comporta, de una parte, la prohibición de solicitar o seguir instrucciones de otros organismos, en el ejercicio de las competencias derivadas de la transposición del nuevo marco comunitario (DM; art. 3bis, párr..1ero)) y de otra, la indicación de que las decisiones adoptadas por estas autoridades sólo pueden ser suspendidas o invalidadas por organismos independientes (que pueden ser tribunales o no), si se dan las condiciones previstas en el ordenamiento nacional. Finalmente, se refuerza la independencia administrativa, relevando la necesidad de que los Directivos de las ANR sólo puedan ser separados de su cargo en caso de que dejen de cumplir las condiciones requeridas por los ordenamientos nacionales, causas que han de quedar reflejadas en la resolución motivada que contenga tal previsión.

Analizando estas modificaciones a la luz de lo consagrado en el ordenamiento jurídico español, pueden señalarse que el ámbito de la potestad de organización de las

Administraciones se ve afectado, en tanto que la Unión se ocupa de definir el alcance de la relación interadministrativa (tutela, jerarquía, coordinación, etc.) y establece, con bastante precisión, un aspecto esencial del régimen de permanencia y vinculación del personal al servicio de la Administración. Estos aspectos no quedarán explícitamente recogidos en la nueva redacción de la LGT2003, pero sí que ha de resaltarse en este punto la significativa modificación a la Administración de las telecomunicaciones que se ha operado por mor de esta nueva modificación de 2012: en primer lugar, se suprime la Agencia de radiocomunicaciones (Disposición final sexta del RDL2012) y sus funciones son asumidas por la Secretaría de Estado para las Telecomunicaciones y la Sociedad de la Información, que ve reforzado su arsenal de técnicas de intervención, con las siguientes potestades: a) El Ministerio puede imponer condiciones de acceso, diferentes a las derivadas del análisis del mercado, para que los servicios sean interoperables. –art. 11.3-; b) La SETSI puede adoptar, con carácter general, medidas cautelares que garanticen la eficacia de los procedimientos en materia de gestión, planificación y control del espectro radioeléctrico. -art. 47.3-; c) El Ministerio puede proponer al gobierno la separación funcional de un operador -art. 13bis- ; d) El Ministerio puede imponer condiciones al operador obligado al suministro de servicio universal cuando pretenda transferir activos –art. 23.3-; e) El Ministerio asume las competencias en materia de integridad y seguridad en el funcionamiento de las redes y servicios –art. 36bis-; f) Corresponde al Ministerio la imposición de obligaciones de compartición en el ámbito de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones – art. 37.1- y de la utilización compartida del dominio público o la propiedad privada -art. 30.1-. g) Cuenta con mayores facultades como veedor del servicio universal –art. 38- y,

Dentro del ejercicio de la potestad sancionadora y, en el marco de sus respectivas competencias, El Ministerio y la CMT, con arreglo a lo dispuesto en el art. 56.3, podrán:

«e) Emitir ordenes de poner fin a la prestación de un servicio o de una serie de servicios, o aplazarla cuando dicha prestación pudiera tener como resultado perjudicar seriamente la competencia, hasta que se cumplan las obligaciones de acceso impuestas a raíz de un análisis de mercado con arreglo al artículo 10. Esta medida, junto con las razones en que se basa, se comunicará al operador afectado sin demora, fijando un plazo razonable para que la empresa cumpla con la misma.

f) Impedir que un operador siga suministrando redes o servicios de comunicaciones electrónicas o suspender o retirarles sus derechos de uso, en caso de incumplimiento

grave y reiterado de las condiciones establecidas para la prestación de servicios o la explotación de redes o para el otorgamiento de derechos de uso o de las obligaciones específicas que se hubieran impuesto, cuando hubieran fracasado las medidas destinadas a exigir el cese de la infracción.

g) Adoptar medidas provisionales de urgencia destinadas a remediar incumplimientos de las condiciones establecidas para la prestación de servicios o la explotación de redes o para el otorgamiento de derechos de uso o de las obligaciones específicas que se hubieran impuesto, cuando los mismos representen una amenaza inmediata y grave para la seguridad pública o la salud pública o creen graves problemas económicos u operativos a otros suministradores o usuarios del espectro radioeléctrico. Posteriormente deberá ofrecerse al operador interesado la posibilidad de proponer posibles soluciones. En su caso, la autoridad competente podrá confirmar las medidas provisionales, que serán válidas durante tres meses como máximo, prorrogables por otro periodo de hasta tres meses en caso de que no hayan concluido los procedimientos de ejecución.»

El fortalecimiento de las competencias del Ministerio se advierte en línea con lo manifestado por el Gobierno en el marco del Anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el que, entre otras cuestiones, se propone la asunción por el Ministerio, de todas aquellas competencias de la CMT que no tengan que ver con la delimitación de mercados e imposición de obligaciones¹⁰⁰.

3. Actualización de objetivos

Tal y como lo reconoce la propia Directiva, el paquete actualiza los objetivos consagrados en la art. 8 de la Directiva Marco, en cuanto a los derechos de los consumidores en general (acceso, uso y distribución de contenidos legales –D. Marco; art. 8.4.g-) y en particular a los derechos de los ancianos y usuarios con necesidades sociales especiales (a quienes se les reconoce el derecho a obtener el máximo beneficio en cuanto a posibilidades de elección, precio y calidad [D. Marco; art. 8.2.a] y a ver atendidas sus necesidades específicas). A su turno, el legislador nacional, ha actualizado los objetivos del art. 3 recogiendo las previsiones comunitarias.

¹⁰⁰ La CMT ha rendido informe sobre el anteproyecto, aprobado en sesión de 15 de marzo de 2012 y disponible en http://www.cmt.es/c/document_library/get_file?uuid=dcc88a69-4200-49a4-945a-81fb88e8f913&groupId=10138 (consultado el 28 de mayo de 2012).

4. Adición y robustecimiento de los medios para la consecución de los objetivos

a) *Suministro de información*

El ámbito material del ejercicio de las facultades para recabar la información que resulte necesaria, con miras a verificar el cumplimiento de lo dispuesto en el acervo comunitario (y normas internas de desarrollo), de las empresas suministradoras de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, delimitado en el art. 5 de la Directiva Marco, se amplía para incluir información sobre futuros desarrollos de red o servicios, que puedan tener impacto sobre los servicios mayoristas suministrados a los competidores.

La primera cuestión a resolver es la identificación del propósito que anima la medida: a primera vista la asimetría de la información, como fallo del mercado, aparece como situación disfuncional que debe ser resuelta o, cuando menos, paliada, por acciones de esta naturaleza. Empero, no constituye razón suficiente para tomar la decisión, toda vez que la entidad del fallo y, por ende, el interés que despierta en el regulador su resolución, depende de la importancia de dicha información en la toma de decisiones para la protección de intereses definitivos, tales como, los derechos del consumidor, la libre competencia, etc. Así las cosas, puede hablarse de un objetivo inmediato (obtención de la información) y otro mediato, que es el que realmente permite verificar la razonabilidad y proporcionalidad de la medida, y que, en el caso que se examina, es el que resulta difícil de establecer, no sólo porque no se explicita, sino porque el carácter preventivo de esta medida resulta extraño a los presupuestos del principio de mínima intervención (existencia de un fallo de mercado, distorsión de la competencia o protección de otro interés general) que se erigen desde la verificación de la existencia de un problema y no sólo desde el riesgo que supone su concreción.

De otra parte, hubiese resultado deseable que, en el proceso de trasposición al ordenamiento español, se precisare el contenido de la obligación: como mínimo, debió establecerse qué tipo y grado de impacto debe operarse sobre los servicios mayoristas, si sólo se alude a los servicios mayoristas suministrados por operadores designados o a cualquier prestación que se ofrezca a otros operadores, qué ha de entenderse por desarrollo de red o servicio (si por tal ha de tenerse cualquier modificación que se introduzca, o el reemplazo o sustitución integral, etc.) y a qué plazo alude el término “futuros desarrollos”, con el fin de que los operadores obligados a suministrar la información conozcan los alcances de la misma. Por último, no hubiera estado de más

señalar los plazos para el cumplimiento de la obligación y las consecuencias derivadas de su infracción, las cuales, se presume, irán en concordancia con el propósito del recaudo de información. Empero, la redacción del art. 9.1.k) quedó consignada de la siguiente manera: *“Conocer el modo en que la futura evolución de las redes o los servicios puede repercutir en los servicios mayoristas que las empresas ponen a disposición de sus competidores.”*

Esta norma, contrario a lo manifestado por las autoridades nacionales a propósito de la presentación del proyecto del nuevo marco regulatorio, parece diseñada con la finalidad de controlar la aparición y futura extensión de las redes de nueva generación, junto con las medidas de separación funcional contenidas en los artículos 13bis y 13ter de la Directiva de Acceso, especialmente las denominadas de separación voluntaria que, materialmente, constituyen controles sobre las posibles negociaciones que se puedan suscitar en torno a los activos que integran las redes de acceso de los operadores designados en los diferentes mercados. De estas disposiciones y, aquellas relativas a los derechos de acceso a recursos específicos de las redes y a su utilización (Directiva de Acceso; art. 12) se advierte la intención de las autoridades comunitarias de vigilar este proceso, reservándose facultades de intervención específicas (la imposición de obligaciones de acceso) y anunciando la posible adopción de decisiones armonizadoras (D. Marco; art. 19.3.a).

En suma, sí tuviese que revelarse un propósito esencial tras la competencia de recaudo de información que se analiza, existen evidencias en el nuevo acervo comunitario que apuntan a la intención de las autoridades de regular las redes de nueva generación bajo los mismos principios e instrumental que las redes tradicionales, tal y como lo había sugerido el Grupo de Reguladores Europeos¹⁰¹.

Un deber de información concreto, se regula en el artículo 13 ter de la Directiva de Acceso, bajo el título de “separación voluntaria por una empresa integrada verticalmente”. En tal disposición se prescribe la obligación de las empresas con peso significativo en los mercados relevantes a efectos de la regulación sectorial, de informar de antemano a las ANRs de su intención de transferir sus activos de red de acceso local o

101 EUROPEAN REGULATORS GROUP. Report on Next Generation Access - Economic Analysis and Regulatory Principles. ERG (09) 17. June 2009.

una parte sustancial de los mismos, a una persona jurídica separada de distinta propiedad, o establecer una entidad separada para suministrar a todos los proveedores minoristas, incluidas sus propias divisiones, productos de acceso equivalentes.

La definición de los elementos subjetivo y objetivo de la obligación debió ser objeto de perfeccionamiento con miras dotar de eficacia a la medida y en aras de salvaguardar la seguridad jurídica: en efecto, los términos transferir, activos, red de acceso local o parte sustancial de los mismos, deberían acotarse si se pretende que este deber de información sirva a algún propósito concreto que, si bien no se explicita, puede intuirse que se trata de la promoción de competencia entre infraestructuras, la cual puede verse afectada si dichos términos son interpretados en un sentido funcional, como tendentes a modificar la estructura del mercado, desde la perspectiva de la oferta, en cuanto a los agentes suministradores o medios de provisión.

En la normativa nacional, este deber de información quedó consignado en los siguientes términos: art. 13 bis. 5. “En el supuesto de que una empresa designada como poseedora de poder significativo en uno o varios mercados pertinentes, se proponga transferir sus activos de red de acceso local, o una parte sustancial de los mismos, a una persona jurídica separada de distinta propiedad, o establecer una entidad empresarial separada para suministrar a todos los proveedores minoristas, incluidas sus propias divisiones minoristas, productos de acceso completamente equivalentes, deberá informar con anterioridad al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, al Ministerio de Economía y Competitividad y a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Las empresas informarán también al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, al Ministerio de Economía y Competitividad y a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de cualquier cambio de dicho propósito, así como del resultado final del proceso de separación.

En este caso, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones evaluará el efecto de la transacción prevista sobre las obligaciones reglamentarias impuestas a esa entidad, llevando a cabo, de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 10, un análisis coordinado de los distintos mercados relacionados con la red de acceso. Sobre la base de su evaluación, previo informe del Ministerio de Industria, Energía y Turismo y de la Comisión Nacional de la Competencia, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones impondrá, mantendrá, modificará o suprimirá las obligaciones correspondientes.”

Una obligación similar se impone al operador obligado a la prestación del servicio universal: art. 23.3 3. “Cuando el operador designado para la prestación del servicio universal se proponga entregar una parte o la totalidad de sus activos de red de acceso local a una persona jurídica separada distinta de distinta propiedad, informará con la debida antelación al Ministerio de Industria, Energía y Turismo a fin de evaluar las repercusiones de la operación prevista en el suministro de acceso desde una ubicación fija y la prestación de servicios telefónicos, de conformidad con el artículo 22. El Ministerio de Industria, Energía y Turismo, como consecuencia de la evaluación realizada, podrá imponer, modificar o suprimir obligaciones específicas al operador designado”.

En los dos casos analizados, este deber de información puede conducir a la alteración del contenido de las obligaciones impuestas como consecuencia del reconocimiento de estar en posesión de poder significativo en el mercado, o ser el proveedor del servicio universal.

b) Imposición de la separación funcional

Esta obligación o remedio¹⁰² se incluye en el acervo comunitario como artículo 13.bis en la Directiva de Acceso, en los términos que a continuación se sintetizan:

Elementos subjetivos: sólo puede imponerse a los operadores con peso significativo en el mercado que, estando integrados verticalmente, suministren servicios de acceso en mercado mayoristas. En el mismo sentido, el art. 13.bis.1 de la LGT2003, faculta a al Gobierno para imponer este correctivo, previo informe de la CMT y de la Comisión nacional de Competencia, sobre los OPSM en mercados al por mayor de productos de acceso.

Elementos formales: Para la imposición de esta obligación se agotarán los procedimientos y se seguirán las directrices fijadas para el resto de obligaciones y, en particular, las ANRs notificantes deben acreditar, como resultado de un análisis coordinado de mercados relevantes:

102 ALONSO SALTERAIN, Sylvia. La separación funcional como remedio a las deficiencias competitivas del mercado de las comunicaciones electrónicas: situación y reflexiones. *REDETI*, núm. 31, 2008, p. 41-64.

- a. La insuficiencia, probada o previsible, de las medidas previstas en los artículos 9 al 13 de la Directiva de Acceso, para generar competencia efectiva en tal mercado,
- b. La persistencia y gravedad de problemas de competencia y fallos de mercado, en los segmentos analizados y
- c. La realización de un análisis sobre el impacto que tal medida puede generar sobre los incentivos para invertir en red, los consumidores y la competencia entre infraestructuras.

Las exigencias formales que pesan sobre la adopción de esta medida, resultan mucho más gravosas que para el resto de obligaciones, lo que junto con el requisito referido en el apartado a. anterior, evidencia el carácter excepcional y subsidiario de la misma.

Destaca también la necesidad de realizar el análisis coste/beneficio de la medida, en especial, en relación con el efecto negativo potencial sobre los consumidores, que pueden considerarse una evidencia del interés de la Comisión por realizar un viro sustancial en su política de promoción y garantía de la libre competencia (aplicada en sus vertientes ex ante o ex post) que coloque al consumidor como el centro del sistema, si bien lo más deseable hubiese sido que el examen se realizara sobre la base de acreditar que la medida generase beneficios netos a los usuarios y no sólo que no los perjudicase .

En el marco nacional, las exigencias son aún mayores y concretas: art. 13,bis2. “Cuando el Gobierno se proponga imponer una obligación de separación funcional, previo informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y de la Comisión Nacional de la Competencia, presentará a la Comisión Europea una propuesta que incluya:

- a) pruebas que justifiquen las conclusiones a las que ha llegado,
- b) pruebas de que hay pocas posibilidades, o ninguna, de competencia basada en la infraestructura en un plazo razonable,
- c) un análisis del impacto previsto sobre la autoridad reguladora, sobre la empresa, particularmente en lo que se refiere a los trabajadores de la empresa separada y al sector de las comunicaciones electrónicas en su conjunto, sobre los incentivos para invertir en el sector en su conjunto, en especial por lo que respecta a la necesidad de garantizar la cohesión social y territorial, así como sobre otras partes interesadas, incluido en particular el impacto previsto sobre la competencia en infraestructuras y cualquier efecto negativo potencial sobre los consumidores, y

d) un análisis de las razones que justifiquen que esta obligación es el medio más adecuado para aplicar soluciones a los problemas de competencia o fallos del mercado que se hayan identificado.” (resaltado por fuera del original)

Llama la atención las alusiones específicas a los trabajadores y a la autoridad reguladora y resultan plenamente consistentes con los objetivos del art. 3, las manifestaciones relativas a la cohesión territorial y social, así como a la inversión en sector en su conjunto.

Elemento material: los servicios mayoristas de acceso han de ser suministrados a través de una unidad empresarial que actúe independientemente de la sociedad matriz, en los mismos plazos y condiciones para todos los demandantes del servicio.

La independencia operativa a la que aluden las autoridades comunitarias no parece implicar, de plano, la separación jurídica de las empresas, sino más bien un grado de independencia superior a la separación contable, pero menor a la desmembración patrimonial, que permita distinguir los activos que corresponden a la empresa original de aquellos que se asignan a la unidad separada, así como, los productos y servicios que son ofertados por cada una de ellas. El punto medio de vinculación jurídica se confirma con la mención específica que obra en el art. 13bis.3.c) acerca de la independencia de personal al servicio de la nueva entidad, que no descarta la existencia de mecanismos de coordinación entre las diferentes entidades, en orden a garantizar los derechos de supervisión que eventualmente le asisten a la compañía originaria, sobre la derivada.

Sobre este punto, prescribe la normativa nacional: art. 13.bis3. “*El proyecto de medida incluirá los elementos siguientes:*

- a) la naturaleza y el grado precisos de la separación, especificando en particular el estatuto jurídico de la entidad empresarial separada,
- b) una indicación de los activos de la entidad empresarial separada y de los productos o servicios que debe suministrar esta entidad,
- c) los mecanismos de gobernanza para garantizar la independencia del personal empleado por la entidad empresarial separada y la estructura de incentivos correspondiente,
- d) las normas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones,

e) las normas para garantizar la transparencia de los procedimientos operativos, en particular de cara a otras partes interesadas, y

f) un programa de seguimiento para garantizar el cumplimiento, incluida la publicación de un informe anual.”

Como se aprecia claramente, no existe ninguna obligación de adaptar un carácter jurídico concreto tratándose de la “unidad separada”, toda vez que la medida tiene un carácter netamente funcional, de tal suerte que basta acreditar la independencia para que se entienda satisfecha la exigencia.

Elemento finalístico: A juicio de las autoridades comunitarias, esta medida garantizará la provisión de los servicios de acceso en condiciones de total equivalencia y tiene la capacidad de mejorar la competencia en varios mercados, dado que reduce significativamente el incentivo para discriminar, al tiempo que facilita el control y la ejecución del cumplimiento de obligaciones encaminadas a esa finalidad .

c) Control sobre la seguridad e integridad de las redes

La integridad y seguridad de las redes son valores u objetivos que, desde el comienzo del proceso de liberalización, han ocupado un lugar muy relevante dentro del marco jurídico que soporta y encausa el proceso: La Directiva 90/387, de 28 de junio, de establecimiento del mercado interior de los servicios de telecomunicaciones mediante la realización de la oferta de una red abierta de telecomunicaciones y la Directiva 97/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de abril de 1997, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones, los recogían como requisitos esenciales, razones no económicas o de interés público que podían justificar, de acuerdo con la primera norma, las limitaciones al derecho de acceso a la red pública, y conforme la segunda, el condicionamiento de los derechos de explotación de las redes y servicios a ese punto liberalizados.

El marco regulatorio de 2000 y, específicamente la Directiva Marco en su artículo 8.4.f), los eleva a la categoría de objetivos de la actividad reguladora, relacionados con la protección de los intereses de los ciudadanos, condición que conservan en el nuevo marco, acompañada de un capítulo específico, el III bis, que se adiciona a la Directiva marco. En tal capítulo se consagra el deber de los Estados Miembros de garantizar que las empresas suministradoras de redes y servicios de comunicaciones electrónicas

salvaguarden la integridad y seguridad de las redes y, en congruencia con el propósito mediato de protección a los ciudadanos, se impone a las empresas la obligación de informar a las ANR sobre la existencia de cualquier brecha de seguridad en la red que pueda tener un impacto sobre los servicios. En función del alcance que pueda tener el efecto de la brecha de seguridad, la ANR deberá informar sobre su ocurrencia a otras ANR's, a la Agencia Europea de Seguridad en las redes y la Información (ENISA) o al público en general (Dir. Marco; art. 13bis,3, párr. 2do).

La Comisión debe ser informada sobre estos episodios con una periodicidad anual (Dir. Marco; art. 13.bis.3 párr. final) y puede, en ejercicio de las facultades de armonización, fijar las condiciones para la remisión de dicha información (Dir. Marco; art. 13.bis.4).

Asimismo, se prevé en el art. 13 ter que las ANR deben estar dotadas de competencias para: a) impartir instrucciones a los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, con miras a garantizar la integridad y seguridad de sus redes o servicios; b) Requerir información de las empresas sobre las medidas que garantizan dichos extremos y c) Para someterlas a una auditoría externa que rinda un informe a la ANR sobre estos puntos.

Si bien, bajo la cláusula general de competencia para recabar información relativa al ejercicio de sus funciones, las ANR contaban con respaldo jurídico suficiente para acometer esta tarea tratándose de estos temas, no puede concluirse lo mismo en el punto de las facultades de instrucción o de sometimiento a una auditoría, que sí requerían una habilitación expresa. La delimitación concreta de estas competencias se difiere a los Estados Miembros.

En España, el art. 36 bis quedó redactado de la siguiente forma:

«Artículo 36 bis. Integridad y seguridad de las redes y de los servicios de comunicaciones electrónicas.

1. Los operadores de redes y de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, gestionarán adecuadamente los riesgos de seguridad que puedan afectar a sus redes y servicios a fin de garantizar un adecuado nivel de seguridad y evitar o reducir al mínimo el impacto de los incidentes de seguridad en los usuarios y en las redes interconectadas.

2. Asimismo, los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas garantizarán la integridad de las mismas a fin de asegurar la continuidad en la prestación de los servicios que utilizan dichas redes.

3. Los operadores que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público notificarán al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, las violaciones de la seguridad o pérdidas de integridad que hayan tenido un impacto significativo en la explotación de las redes o los servicios. Cuando proceda, el Ministerio informará a las autoridades nacionales competentes de otros Estados miembros y a la Agencia Europea de Seguridad en las Redes y la Información (ENISA). Asimismo, podrá informar al público o exigir a las empresas que lo hagan, en caso de estimar que la divulgación de la violación reviste interés público. Una vez al año, el Ministerio presentará a la Comisión y a la ENISA un informe resumido sobre las notificaciones recibidas y las medidas adoptadas de conformidad con este apartado.

4. Reglamentariamente el Ministerio de Industria, Energía y Turismo establecerá los mecanismos para supervisar el cumplimiento de las obligaciones anteriores y, en su caso, dictará las instrucciones correspondientes, que serán vinculantes para los operadores, incluidas las relativas a las fechas límite de aplicación, para que adopten determinadas medidas relativas a la integridad y seguridad de redes y servicios de comunicaciones electrónicas. Entre ellas, podrá imponer:

a) La obligación de facilitar la información necesaria para evaluar la seguridad y la integridad de sus servicios y redes, incluidos los documentos sobre las políticas de seguridad.

b) La obligación de someterse a una auditoría de seguridad realizada por un organismo independiente o por una autoridad competente, y de poner el resultado a disposición del Ministerio de Industria, Energía y Turismo. El coste de la auditoría será sufragado por el operador.

5. En particular, los operadores garantizarán la mayor disponibilidad posible de los servicios telefónicos disponibles al público a través de las redes públicas de comunicaciones en caso de fallo catastrófico de la red o en casos de fuerza mayor, y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el acceso sin interrupciones a los servicios de emergencia.

6. El presente artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en el apartado 4 del artículo 4 de la presente Ley.»

d) Resolución de conflictos

El ámbito subjetivo dentro del cual se ejerce esta competencia (D.Marco; art. 20) parcialmente se descualifica con miras a dar cabida a cualquier conflicto que se origine en relación con obligaciones derivadas de la normativa sectorial (comunitaria o nacional), suscitado entre un operador de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y otro sujeto o entidad que se beneficien de las obligaciones de acceso o de interconexión, modificando la previsión vigente que consagra la obligatoriedad de la posesión de la calidad de operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas de todos los intervinientes en el conflicto, para incluir a los proveedores de servicios de la sociedad de la información y de contenidos. En el ámbito nacional, la redefinición del elemento subjetivo de la competencia de resolución de conflictos, es meridiana tratándose de las diferencias por acceso a las redes o servicios.

e) Potestad sancionatoria

Con la finalidad de fortalecer los poderes de ejecución de las ANR's, la normativa incluye el artículo 21bis en la Directiva Marco, que prevé la atribución de competencias sancionatorias a tales entidades, estando obligados los Estados Miembros a regular la materia, consagrando sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias y a informar a la Comisión sobre cualquier modificación que se opere al respecto. Sobre este punto pueden revisarse las nuevas facultades consagradas en el art. 56 de la normativa nacional, que han sido comentadas en el epígrafe IV. A.2.

f) Competencias en materia tarifaria

De acuerdo con el artículo 21 de la Directiva de Servicio Universal, los Estados Miembros velarán porque los usuarios finales y los consumidores puedan disponer de una información tarifaria comparable, adecuada y actualizada, sobre los servicios de acceso a la red telefónica pública, a los servicios telefónicos disponibles al público, a los servicios de información, teléfonos público de pago y servicios especiales para discapacitados. Con tal finalidad, han de dotar a las ANR de competencias de fomento de la divulgación de dicha información mediante guías interactivas y, en el evento que el mercado no las suministre, velarán porque dichas autoridades las faciliten, al tiempo

que deben estar facultadas para obligar a las empresas a facilitar a sus clientes, en el momento y lugar de la compra, información sobre las tarifas aplicables al servicio.

Asimismo, el art. 27.3 de la Directiva de Servicio Universal (en lo sucesivo, DSU) prevé que los Estados Miembros deben velar porque todas las llamadas que se efectúen con origen o destino en Espacio Europeo de Numeración Telefónica se presten a una tasa que no exceda de la máxima aplicable a las llamadas con origen o destino en otros Estados Miembros.

Las exigencias sobre transparencia, han quedado reforzadas en la nueva normativa nacional, así: «*Artículo 38 ter. Transparencia y publicación de información.*

1. Reglamentariamente se podrán establecer las condiciones para que los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas o servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público publiquen información transparente, comparable, adecuada y actualizada sobre los precios y tarifas aplicables, sobre los gastos eventuales relacionados con la terminación del contrato, así como información sobre el acceso y la utilización de los servicios que prestan a los usuarios finales, que será publicada de forma clara, comprensible y fácilmente accesible.

2. El Ministerio de Industria, Energía y Turismo fomentará la divulgación de información comparable con objeto de que los usuarios finales puedan hacer una evaluación independiente del coste de las modalidades de uso alternativas, por ejemplo, mediante guías alternativas o técnicas similares, y regulará las condiciones para que la información publicada por los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas o servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público pueda ser utilizada gratuitamente por terceros, con el fin de vender o permitir la utilización de estas guías interactivas o técnicas similares.

3. Mediante real decreto se podrán regular las condiciones para garantizar que los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas o servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público:

a) Ofrezcan a los abonados información sobre las tarifas aplicables en relación con cualquier número o servicio sujetos a condiciones de precios específicas, por lo que se refiere a cada una de las categorías de servicios, pudiéndose exigir que dicha información se facilite inmediatamente antes de efectuar las llamadas.

b) Informen a los abonados sobre todo cambio de acceso a los servicios de emergencia o a la información relativa a la ubicación de las personas que efectúan las llamadas en el servicio al que están abonados.

c) Informen a los abonados de los cambios en las condiciones que limiten el acceso o la utilización de los servicios y las aplicaciones.

d) Proporcionen información sobre cualquier procedimiento establecido por el proveedor para medir y gestionar el tráfico de forma que se evite agotar o saturar el enlace de la red y sobre la manera en que esos procedimientos pueden afectar la calidad del servicio.

e) Informen a los abonados de su derecho a decidir si incluyen sus datos personales en una guía y los tipos de datos de que se trata.

f) Informen de forma periódica y detallada a los abonados con discapacidad de los productos y servicios dirigidos a ellos.

4. El Ministerio de Industria, Energía y Turismo podrá exigir a los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas o servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público que difundan de forma gratuita, y en un determinado formato, información de interés público a los antiguos y nuevos abonados, cuando proceda, por las mismas vías utilizadas normalmente por éstos para comunicarse con los abonados, información que cubrirá los siguientes aspectos:

a) Los usos más comunes de los servicios de comunicaciones electrónicas para desarrollar actividades ilícitas o para difundir contenidos nocivos, en particular cuando ello atente contra los derechos y libertades de terceros, incluyendo las infracciones de los derechos de autor y derechos afines, así como sus consecuencias jurídicas.

b) Los medios de protección contra los riesgos para la seguridad personal, la privacidad, y los datos de carácter personal en el uso de los servicios de comunicaciones electrónicas.»

g) Competencias en materia de numeración

Conforme lo dispuesto en el art. 28.1.b de la DSU, las ANR deben adoptar las medidas necesarias para que los usuarios finales tengan acceso a todos los números proporcionados en la Comunidad, incluidos los planes nacionales de numeración de los Estados Miembros, el Espacio Europeo de Numeración Telefónica y los Números

Universales Internacionales de Llamada Gratuita, pudiendo bloquear el acceso a números por motivos de fraude o uso indebido. En observancia de lo anterior, el art. 16.6 de la LGT2003 quedó redactado como sigue: “6. *Los operadores que exploten redes públicas telefónicas o presten servicios telefónicos disponibles al público deberán cursar las llamadas que se efectúen a los rangos de numeración telefónica nacional y, cuando permitan llamadas internacionales, al espacio europeo de numeración telefónica y a otros rangos de numeración internacional, en los términos que se especifiquen en los planes nacionales de numeración o en sus disposiciones de desarrollo.*”

Los operadores que exploten redes públicas telefónicas o presten servicios telefónicos disponibles al público que permitan las llamadas internacionales adoptarán las medidas oportunas para que sean cursadas cuantas llamadas se efectúen procedentes de y con destino al espacio europeo de numeración telefónica, a tarifas similares a las que se aplican a las llamadas con origen o destino en otros países comunitarios.»

5. Creación de la autoridad europea del mercado de las comunicaciones electrónicas

La creación de una autoridad europea con competencias en el mercado de redes y servicios de comunicaciones electrónicas es un asunto que se viene discutiendo en el ámbito comunitario desde épocas remotas: En la Revisión de 1999 la Comisión concluía, sobre la base de los resultados de los estudios que había contratado desde 1997, que la creación, en esos momentos, de una autoridad europea de reglamentación no proporcionaría el suficiente valor añadido como para superar los costes de su implantación, al tiempo que generaría una sobre-regulación abiertamente contraria a la idea de someter el mercado, en el mediano o largo plazo, a las reglas generales de competencia. A su juicio, las áreas en las que la actividad comunitaria compensaría desplegar una acción de esta naturaleza, tales como, el desarrollo del mercado paneuropeo, la interconexión y los análisis de competencia, podrían ser atendidas a través de mecanismos alternativos.

A su turno, el borrador de propuesta para la Resolución del Parlamento y el Consejo, que acompañaba el paquete de Directivas de 2009, por la cual se proponía crear dicha autoridad, relevaba la necesidad de eliminar las inconsistencias en la implantación, a nivel nacional, del marco regulatorio, que conducían a la fragmentación del mercado y al desincentivo de las inversiones, así como, la necesidad de crear mecanismos y procedimientos que posibilitasen la autorización de servicios transnacionales, tales como,

los servicios basados en IP, como justificaciones para la creación de este nuevo ente. Agregaba la Comisión que la labor desempeñada por el Grupo de Reguladores Europeo, creado a su instancia en 2004, en cuanto a la coordinación de las acciones de las ANR, si bien había sido positiva, también evidenciaba la no-idoneidad del pleno consenso como forma de adopción de posiciones y la complejidad de alcanzar los objetivos regulatorios cuando la actividad se desarrollaba simultáneamente en el ERG y otras organizaciones paralelas, tales como, el Grupo de Reguladores Independientes, del que forman parte los miembros de la Unión y otros países de Europa que, a través de este medio, influyen sobre el contenido del marco comunitario, aún cuando ellos no se someten al mismo. En palabras de la Comisión, “la actual estructura no genera suficientes resultados, dado que está basada en una organización que no es óptima, no sólo con respecto a la rapidez y eficiencia necesarias en la definición de las posiciones comunes, sino también con relación a la responsabilidad y transparencia”.

De otra parte, al analizar las alternativas organizativas, la Comisión había descartado asumir directamente estas competencias, bajo el reconocimiento de que las diferencias y particularidades de los mercados nacionales y el grado de experticia que su regulación demandan, exigían la intervención de las ANR's y excluían la posibilidad de que la coordinación se siguiera realizando en el ámbito del ERG, no sólo por la dificultad de introducir un mecanismo de voto que hiciera más eficiente su trabajo, sino también por la imposibilidad de atribuirle un carácter vinculante a sus decisiones, así como por las limitaciones institucionales que presentaba esta organización (en cuanto a la transparencia o responsabilidad de sus decisiones) .

En el marco de las discusiones para la aprobación del nuevo marco normativo, se expide el Reglamento (CE) nº 1211/2009, de 25 de noviembre, por el cual se crea el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE) y la Oficina¹⁰³, como órgano con funciones fundamentalmente consultivas (art.2). Para desarrollar tales funciones, el Organismo contará con la siguiente estructura básica:

103 EUROPA. Reglamento (CE) nº 1211/2009, de 25 de noviembre, por el cual se crea el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE) y la Oficina. *Diario Oficial de la Unión Europea* núm. L 337 de 18 de diciembre de 2009, p. 1-10.

Consejo de reguladores: integrado por un representante de la ANR de cada Estado Miembro, concretamente por su Director o por un representante designado a tales efectos (art. 4.2). La Comisión (art. 4.2 párr. final) y las ANR's de los Estados del Espacio Económico Europeo, así como las de los Estados candidatos a la adhesión a la Unión, tendrán la calidad de observadores y estarán representados al nivel apropiado (art.4.3).

La oficina: se trata de un organismo comunitario con personalidad jurídica en el sentido del art. 185 del Reglamento Financiero, que actúa bajo la dirección del Consejo de Reguladores y le presta el soporte administrativo (art. 6).

Comité de gestión: órgano integrado por los representantes de las ANR's de los EEMM y por un representante de la Comisión; designa al Director Administrativo que encabeza la Oficina, le asiste en el desarrollo de sus tareas, actúa como responsable de la contratación del personal y asiste a los grupos de trabajo (art.7).

6. Fortalecimiento de las competencias normativas, de ejecución y control de la comisión europea.

En el artículo 7.3 de la Directiva Marco se conserva el procedimiento de notificación previa de las medidas que pretendan adoptarse en materia de delimitación de mercados y designación como operador con peso significativo, así como, de las obligaciones relativas al acceso e interconexión, siempre que todas éstas puedan tener repercusiones en el comercio entre los Estados Miembros, restringiéndose el plazo de observaciones al de un mes.

También se mantiene el poder de suspensión que, hasta por dos meses, puede ejercer la Comisión sobre determinadas medidas adoptadas por las ANR's (D. Marco; art. 7.4 párrafo final) clarificando que su ámbito material se circunscribe a la definición de mercados y designación de una empresa como con peso significativo.

Como novedades cabe resaltar la fijación, en el apartado 6, de un plazo de seis meses para que la ANR propulsora de la medida reaccione ante el veto (instancia de retiro o modificación) de la Comisión, retirando o modificando la propuesta y, en el segundo caso, vuelva a surtir el trámite de notificación reglado en el apartado 3. No logra la normativa actual dilucidar sí, en efecto, el requerimiento de retiro constituye una decisión diferente a la de modificación, equiparable, *mutatis mutandi*, a la prohibición o autorización condicionada de procesos de concentración jurídico-económica, toda vez

que, en el nuevo apartado 5, se reitera la obligación de acompañar la instancia de retiro de una propuesta de modificación, aún cuando el apartado 6 sí alude a estas alternativas como posibles reacciones de la ANR¹⁰⁴.

En cuanto a los mercados transnacionales, la normativa vigente prevé que su determinación es competencia de la Comisión (D. Marco; art. 15.4), mientras su análisis, así como la imposición, conservación o modificación de obligaciones corresponde a las ANR's afectadas (D. Marco; art. 16.5).

De otra parte, teniendo en cuenta que se ha fijado un cronograma para la realización de los análisis de mercado (D. Marco; art. 16.6),¹⁰⁵ se prescribe que la ANR solicite la

104 Se echa también de menos una regulación general de los efectos del vencimiento de los plazos para la formulación de observaciones, de suspensión de la aplicación de la medida o de reacción de la ANR; en aras de la seguridad jurídica debería indicarse que, por regla general, en el evento que las autoridades prescindan de ejercitar sus competencias en los plazos señalados, ha de entenderse que, en el caso de la Comisión, ésta ha validado la propuesta de la ANR y, en el evento de la ANR, que ésta ha desistido de la aplicación de la medida, todo esto sin perjuicio de las prerrogativas que tenga la Comisión en virtud de Tratado en caso de infracción de la legislación comunitaria.

105 El proyecto original determinaba que, en estos eventos, la Comisión estaba facultada para subrogarse en las competencias de una ANR en mora de cumplir con sus obligaciones, de forma tal que, tras realizar el examen de mercado relevante, pudiera instarla a imponer determinadas obligaciones. En términos generales, puede afirmarse que el objetivo de fortalecimiento competencial que parecía perseguir el Proyecto de Directivas, se vio truncado en el trámite normativo, toda vez que, en la versión definitiva, se eliminaron, entre otras, las siguientes previsiones que daban cuenta de tal finalidad: A diferencia de la regulación anterior que limitaba materialmente el ejercicio de las competencias armonizadoras a los recursos de numeración y al desarrollo de servicios paneuropeos (D. marco; art. 10.4), condicionándolas a la circunstancia de que la divergencia en la reglamentación pudiera generar un obstáculo al mercado interior, en la Propuesta de Directiva Marco, el ámbito material se extendía hasta la regulación de nuevos servicios, asuntos relativos a la numeración, nombres y direcciones en Internet, al acceso a los servicios y demás derechos de los consumidores, especialmente de aquellos que tengan discapacidades y a la contabilidad con efectos regulatorios (art. 19). En el campo de la numeración, el haz de facultades también se incrementaba, llegándose a reconocer a la Comisión potestad tarifaria (art. 10.4) cuya necesidad, según lo manifestado por la Comisión, había quedado latente durante el proceso de armonización del bloque de numeración paneuropeo 116.

Las competencias armonizadoras de la Comisión, en el ámbito de la gestión de frecuencias radioeléctricas, consagradas en los artículos 9 quater del Proyecto de Directiva Marco y 6 bis de la Directiva de Autorizaciones, en el que se adiciona la numeración, también resultaban fortalecidas, abarcando todos los aspectos de la planificación y gestión de estos recursos escasos: su asignación (bandas y series de números a

colaboración del ORECE para la conclusión de su labor, si se estuviere por fuera de alguno de los plazos, de tal suerte que la medida definitiva pueda notificarse a la Comisión en un plazo de 6 meses que parecen computarse a partir de que se solicite la intervención del regulador comunitario (D. Marco; art. 16.7).

7. La gestión del espectro: la neutralidad tecnológica y de servicio y el mercado secundario.

En el artículo 9 de la Directiva Marco se consagran las condiciones generales para la creación del mercado secundario del espectro radioeléctrico, esto es, para la transferencia de los derechos de uso sobre las radiofrecuencias, reconociendo que es potestad de los Estados definir las condiciones y el procedimiento de tal negociación, incluida la notificación que de la intención de llevarla a cabo debe realizar la empresa titular del derecho y prescribiendo que, en el caso de frecuencias de uso armonizado, la transferencia no podrá suponer una modificación en dicho uso. El artículo 45.6 de la LGT2003, a su turno, determina *«6. Los títulos habilitantes de uso del dominio público radioeléctrico podrán ser transferidos y los derechos de uso del dominio público radioeléctrico podrán ser cedidos, en las condiciones de autorización que se establezcan mediante real decreto. En dicho real decreto se identificarán igualmente las bandas de frecuencia en las que se pueden efectuar operaciones de transferencia de títulos o cesión de derechos de uso de dominio público radioeléctrico, en particular, las bandas de frecuencias que en su caso se identifiquen en el ámbito de la Unión Europea. Dichas transmisiones en ningún caso eximirán al titular del derecho de uso cedente, de las obligaciones asumidas frente a la Administración, y deberán en todo caso respetar las condiciones técnicas de uso establecidas en el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias o en los planes técnicos o las que, en su caso, estén fijadas en las medidas técnicas de aplicación de la Unión Europea. Mediante real decreto se podrán fijar los supuestos en que sean transferibles los títulos habilitantes de uso del dominio público radioeléctrico en los casos en que se produzca una subrogación en los derechos y*

armonizar), los métodos de atribución (procedimientos para el otorgamiento de habilitaciones y selección de empresas a las que las ANRs reconocerán derechos individuales de uso), la forma de la habilitación (autorización general o derecho individual) y los procedimientos de modificación y supresión de las habilitaciones.

obligaciones del operador. Asimismo mediante real decreto se podrán establecer restricciones a la transferencia o arrendamiento de derechos individuales de uso de radiofrecuencias cuando dichos derechos se hubieran obtenido inicialmente de forma gratuita.»

El nuevo marco regulatorio avanza en el proceso de implantación del mercado secundario consagrando en los artículos 9.3 y 9.4 de la Directiva Marco los principios de neutralidad tecnológica (se permite el uso de cualquier tecnología de acceso inalámbrico o red radioeléctrica en todas las bandas) y neutralidad de servicio (las radiofrecuencias pueden emplearse para la prestación de cualquier servicio), exceptuados solamente por las restricciones que impongan el estado de la técnica, por la existencia de disposiciones armonizadoras que fijen un uso o tecnología concretos y, en el caso de los servicios, por razones de interés general¹⁰⁶, e incluyendo en el artículo 9 ter el deber de los Estados

¹⁰⁶ Art. 43.7. LGT 2003. En las bandas de radiofrecuencias declaradas disponibles para los servicios de comunicaciones electrónicas en el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias, de conformidad con el Derecho de la Unión Europea, se podrá prestar todo tipo de servicios de comunicaciones electrónicas.

Podrán, no obstante, preverse restricciones proporcionadas y no discriminatorias a los tipos de servicios de comunicaciones electrónicas que se presten, incluido, cuando proceda, el cumplimiento de un requisito del Reglamento de Radiocomunicaciones de la UIT.

Las medidas que exijan que un servicio de comunicaciones electrónicas se preste en una banda específica disponible para los servicios de comunicaciones electrónicas deberán estar justificadas para garantizar el logro de objetivos de interés general definidos con arreglo al Derecho de la Unión Europea, tales como:

- a) La seguridad de la vida.
- b) La promoción de la cohesión social, regional o territorial.
- c) La evitación del uso ineficiente de las radiofrecuencias.
- d) La promoción de la diversidad cultural y lingüística y del pluralismo de los medios de comunicación, mediante, por ejemplo, la prestación de servicios de radiodifusión y televisión.

Únicamente se impondrá la atribución específica de una banda de frecuencias para la prestación de un determinado servicio de comunicaciones electrónicas cuando esté justificado por la necesidad de proteger servicios relacionados con la seguridad de la vida o, excepcionalmente, cuando sea necesario para alcanzar objetivos de interés general definidos con arreglo al Derecho de la Unión Europea.

Miembros de regular la cesión de derechos (transferir o arrendar) en las bandas armonizadas, respetando las siguientes reglas: la cesión no deberá condicionarse a la obtención del consentimiento previo de la Administración, pero sí puede sujetarse a la obligación de efectuar una notificación previa y de hacer pública dicha intención.

Estas previsiones se completan con el régimen de habilitaciones para el otorgamiento de derechos de uso sobre las radiofrecuencias y números, contenido en el art. 5 de la Directiva de Autorizaciones. En la versión anterior, el mismo artículo consagraba una especie de regla general y excepción matizadas, por las cuales, sólo cuando sea posible y el riesgo de interferencia perjudicial sea insignificante, los Estado Miembros pueden someter el otorgamiento de derechos de uso de recurso escasos al régimen de autorización general. En la versión definitiva se consagra, por regla general la autorización general y sólo por vía de excepción, cuando se pretendan evitar interferencias perjudiciales o alcanzar otros objetivos de interés general, el otorgamiento de dichos derechos puede sujetarse a habilitación individual¹⁰⁷.

8. Las restricciones a la utilización de bandas de frecuencias que, en su caso, se establezcan de conformidad con los apartados 6 y 7 anteriores sólo podrán adoptarse tras haber dado a las partes interesadas la oportunidad de formular observaciones sobre la medida propuesta en un plazo razonable.

¹⁰⁷ LGT 2003; art. 43.4«a) Cuando sea preciso para garantizar un uso eficiente del espectro radioeléctrico, evitar interferencias perjudiciales, garantizar la calidad técnica del servicio o alcanzar otros objetivos de interés general, establecidos de conformidad con la normativa comunitaria, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo podrá otorgar derechos de uso privativo del dominio público radioeléctrico. Estos derechos se otorgarán por plazos que se fijarán reglamentariamente, renovables en función de las disponibilidades y previsiones de la planificación de dicho dominio público. Los derechos de uso privativo sin limitación de número se otorgarán por un período que finalizará el 31 de diciembre del año natural en que cumplan su quinto año de vigencia, prorrogable por períodos de cinco años. Por su parte, los derechos de uso privativo con limitación de número tendrán una duración adecuada al servicio de que se trate en relación con el objetivo perseguido, teniendo debidamente en cuenta la necesaria amortización de las inversiones. En todo caso, la duración prevista en los correspondientes procedimientos de licitación no será superior a un plazo de veinte años renovables.»

Así mismo, el número de habilitaciones sólo puede restringirse cuando resulte necesario para garantizar el uso eficiente de las radiofrecuencias, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 7 (Dir. Auto. Art. 5.5).¹⁰⁸

Para garantizar el correcto funcionamiento del mercado secundario, el párrafo final del artículo 5.2 de la Directiva de Autorizaciones establece una excepción a la regla general de inmutabilidad de las habilitaciones para la instalación de recursos o el uso de radiofrecuencias, consistente en que cualquier derecho de uso de radiofrecuencias que se otorgue por diez años o más y no pueda transferirse a arrendarse, en los términos normativos, podrá ser objeto de revisión, con miras a verificar la conservación de las causas que justificaron el otorgamiento de habilitaciones individuales y su adecuación a los postulados de la Directiva (interferencias u objetivos de interés general), de tal suerte que, en caso de que éstas no persistan se proceda a la transformación de la habilitación a una autorización general o el derecho se haga libremente transferible, previo aviso y transcurrido un plazo razonable¹⁰⁹.

¹⁰⁸ LGT 2003; art. 44.2 “Cuando sea preciso para garantizar el uso eficaz del espectro radioeléctrico, teniendo debidamente en cuenta la necesidad de conseguir los máximos beneficios para los usuarios y facilitar el desarrollo de la competencia, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo podrá, previa audiencia a las partes interesadas, incluidas las asociaciones de consumidores y usuarios, limitar el número de concesiones demaniales a otorgar sobre dicho dominio para la explotación de redes públicas y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o prolongar la duración de derechos ya existentes en condiciones distintas de las especificadas en tales derechos. Toda decisión de limitar el otorgamiento de derechos de uso o la renovación de derechos de uso habrá de ser publicada, exponiendo los motivos de la misma. Dicha limitación será revisable por el propio ministerio, de oficio o a instancia de parte, en la medida en que desaparezcan las causas que la motivaron.»

¹⁰⁹ LGT 2003; art. 45.5 “Con arreglo a los principios de objetividad y de proporcionalidad, atendiendo principalmente a las necesidades de la planificación y del uso eficiente y a la disponibilidad del espectro radioeléctrico, en los términos establecidos reglamentariamente, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo podrá, previo informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y con audiencia de los interesados, del Consejo de Consumidores y Usuarios y, en su caso, de las asociaciones más representativas de los restantes usuarios durante un plazo suficiente, que salvo en circunstancias excepcionales no podrá ser inferior a cuatro semanas, modificar los títulos habilitantes para el uso del dominio público radioeléctrico. La modificación se realizará mediante orden ministerial, que establecerá un plazo para que los titulares se adapten a ella.»

El otorgamiento de los derechos de uso sobre radiofrecuencias a proveedores de servicios radiofónicos o televisivos siguen siendo objeto de un tratamiento particular, dada la vinculación de estos servicios a los valores políticos de los Estados Miembros y, entre ellos, especialmente, al pluralismo político. A las previsiones existentes se suma la necesidad de que los criterios de otorgamiento también respondan a los principios de objetividad y proporcionalidad, al tiempo que el carácter abierto o público de los procesos se exceptúa cuando dicha condición resulte necesaria para alcanzar la misión de interés general que se le ha confiado a quien resulte beneficiario de las radiofrecuencias (D. Autorizaciones; art. 5.2).

8. Modificaciones al régimen general de habilitaciones

Dentro de las modificaciones introducidas al Anexo a la Directiva de Autorizaciones, relativo a las condiciones que pueden imponerse a las autorizaciones generales (parte A), derechos de uso de radiofrecuencia (parte B) y derechos de uso de numeración (parte C), vale la pena destacar: la inclusión de las condiciones de acceso al espacio de numeración europeo (ETNS) y a los números universales de llamadas gratuitas (UIFN) (Parte A, punto 4), las condiciones de acceso para usuarios con discapacidades (Parte A, punto 8), las condiciones de uso para las comunicaciones de los poderes públicos al público en general para advertirle de amenazas inminentes y para atenuar las consecuencias de grandes catástrofes. En el apartado B, en consonancia con los principios de neutralidad tecnológica y de servicio, se hace explícita la inclusión de los condicionantes de uso de una determinada frecuencia, incluida su cobertura (punto 1) y se adiciona una alusión a los usos experimentales de este recurso (punto 9).

9. Modificaciones en el régimen del servicio universal

Las variaciones más relevantes en esta materia, pueden agruparse en tres tópicos: contenido del servicio, alcance de las garantías y portabilidad numérica. Lo anterior no obsta para relevar que, como ha quedado consignado en los párrafos precedentes, la propuesta evidencia el especial interés de la Comisión por fortalecer la garantía de acceso equivalente por parte de los usuarios con discapacidad y su deseo de enfocar las actividad tuitiva de los consumidores en medidas que garanticen la transparencia de la información. Analizando cada uno de los tópicos:

Servicio telefónico disponible al público. Se amplía el ámbito de aplicación subjetivo de las disposiciones relativas al contenido mínimo de los contratos con los usuarios de las

redes y servicios de comunicaciones electrónicas para incluir como obligados a todos los operadores de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público (DSU art. 20.1) al tiempo que se exige nueva información relativa al acceso a los servicios de emergencia; gestiones de tráfico que incidan sobre la calidad del servicio; servicios de mantenimiento, previsiones detalladas sobre tarifas, entre otros extremos. Conforme lo dispuesto en el artículo 29.1 DSU los operadores que presten servicios telefónicos disponibles al público y /o acceso a redes públicas de comunicaciones, deberán poner a disposición de sus usuarios las facilidades enumeradas en el Anexo I (parte A y B) relativas, entre otros, a los marcación por tonos, identificación de la línea llamante y mecanismos de control de consumo¹¹⁰.

¹¹⁰ LGT 2003; artículo 38 bis. Contratos.

“Los contratos que se celebren entre los usuarios finales y los operadores que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público incluirán de forma clara, comprensible y fácilmente accesible, al menos, el siguiente contenido específico:

1. Los servicios prestados, incluyendo, en particular:

a) Si se facilita o no el acceso a los servicios de emergencia e información sobre la ubicación de las personas que efectúan la llamada, así como cualquier otra limitación para la prestación de servicios de emergencia.

b) Información sobre cualquier otra condición que limite el acceso o la utilización de los servicios y las aplicaciones.

c) Los niveles mínimos de calidad de servicio que se ofrecen, en particular, el plazo para la conexión inicial, así como, en su caso, otros parámetros de calidad de servicio establecidos reglamentariamente.

d) Información sobre cualquier procedimiento establecido por la empresa para medir y gestionar el tráfico de forma que se evite agotar o saturar el enlace de la red, e información sobre la manera en que esos procedimientos pueden afectar a la calidad del servicio.

e) Los tipos de mantenimiento ofrecidos y los servicios de apoyo facilitados al cliente, así como los medios para entrar en contacto con dichos servicios.

f) Cualquier restricción impuesta por el proveedor en cuanto a las posibilidades de utilizar el equipo terminal suministrado.

2. La decisión del abonado acerca de la posibilidad de incluir o no sus datos personales en una guía determinada y los datos de que se trate.

3. La duración del contrato y las condiciones para su renovación y para la terminación de los servicios y la resolución del contrato, incluidos:

Servicio de urgencia. El acceso a los servicios de emergencia se consagra como un derecho de los usuarios finales de servicios de comunicaciones electrónicas que permitan efectuar llamadas a números que pertenezcan al Plan nacional de Numeración (DSU; art. 26.2). Con independencia del tipo de tecnología, si el servicio de comunicación de voz se presta a través de un recurso de un plan de numeración (en uno u otro extremo de la comunicación) el acceso a los servicios de emergencia debe garantizarse, lo que viene a constituir una novedad significativa en el régimen de esta facilidad. Adicionalmente se introducen modificaciones que buscan promover el acceso al número único de llamada de emergencia y a mejorar el funcionamiento de este servicio, equiparando su condición a los nacionales (DSU; art. 26.3) , haciendo explícito el derecho de acceso equivalente de los usuarios con discapacidad (DSU; art. 26.4) e imponiendo el deber facilitar gratuitamente a las autoridades receptoras de las llamadas de emergencia información relativa a la ubicación de las personas que recurran al 112 (DSU; art. 26.5)¹¹¹.

-
- a) Cualquier uso o duración mínimos requeridos para aprovechar las promociones.
 - b) Todos los gastos relacionados con la conservación del número y otros identificadores.
 - c) Todos los gastos relacionados con la resolución del contrato, incluida la recuperación de costes relacionada con los equipos terminales.
4. El modo de iniciar los procedimientos de resolución de litigios, de conformidad con el artículo 38.
 5. Los tipos de medidas que podría tomar la empresa en caso de incidentes de seguridad o integridad o de amenazas y vulnerabilidad.
 6. Mediante real decreto podrá establecerse la obligatoriedad de que los contratos incluyan la información que facilite la autoridad competente, en relación con el uso de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas para desarrollar actividades ilícitas o para difundir contenidos nocivos, así como sobre los medios de protección frente a riesgos para la seguridad personal, la privacidad y los datos personales, siempre que sean pertinentes para el servicio prestado.»

¹¹¹ LGT 2003; art. 25.4 En cualquier caso, la obligación de encaminar las llamadas a los servicios de emergencia sin derecho a contraprestación económica de ningún tipo debe ser asumida tanto por los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas al público, como por los que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas. Esta obligación se impone a dichos operadores respecto de las llamadas dirigidas al número telefónico 112 de atención a emergencias y a otros que se determinen mediante real decreto, incluidas aquellas que se efectúen desde teléfonos públicos de pago, sin que sea necesario utilizar ninguna forma de pago en estos casos.

Garantías del servicio. La garantía de acceso equivalente a las prestaciones, que beneficia a los usuarios con discapacidad, adquiere carácter obligatorio (DSU; art. 7.1)¹¹². La garantía de asequibilidad en la tarificación se amplía a otras prestaciones integrantes del servicio universal, adicionales a la red telefónica y al acceso al servicio telefónico, tales como, servicios de información, teléfonos públicos de pago y acceso equivalente para usuarios con discapacidad (DSU; art. 9). Se precisa que la garantía de disponibilidad de procedimientos extrajudiciales para la resolución de conflictos entre operadores y consumidores abarca a las empresas proveedoras de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, en relación con las condiciones de ejecución de los contratos relativos al suministro de dichas redes o servicios (DSU; art. 34.1)

Portabilidad Numérica. El nuevo contenido del artículo 30 del DSU fue bastante publicitado por los redactores de la norma modificatoria, al consagrar medidas que mejoran la eficacia de esta acción que, como es bien sabido, intenta paliar los altos

En todo caso, el servicio de llamadas de emergencia será gratuito para los usuarios, cualquiera que sea la Administración pública responsable de su prestación y con independencia del tipo de terminal que se utilice.

Asimismo, se establecerán las condiciones para que pongan gratuitamente a disposición de las autoridades receptoras de dichas llamadas la información relativa a la ubicación de su procedencia.

Reglamentariamente, se establecerán criterios para la precisión y la fiabilidad de la información facilitada sobre la ubicación de las personas que efectúan llamadas a los servicios de emergencia.

El acceso a los servicios de emergencia para los usuarios finales con discapacidad será equivalente al que disfrutaran otros usuarios finales.

Las autoridades responsables de la prestación de los servicios 112 velarán por que los ciudadanos reciban una información adecuada sobre la existencia y utilización de este número, en particular, mediante iniciativas específicamente dirigidas a las personas que viajen a otros países comunitarios.»

¹¹² LGT 2003. Art.38.9. “Mediante real decreto se podrán establecer las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con las comunicaciones electrónicas. En la citada norma se establecerán los requisitos que deberán cumplir los operadores para garantizar que los usuarios con discapacidad:

a) Puedan tener un acceso a servicios de comunicaciones electrónicas equivalente al que disfrutaran la mayoría de los usuarios finales.

b) Se beneficien de la posibilidad de elección de empresa y servicios disponible para la mayoría de usuarios finales.”

costes de cambio que presentan algunos servicios: se amplía el derecho a la conservación numérica a todos los abonados que tengan números de un plan de numeración (en la redacción acción este es un derecho de los abonados al servicio telefónico), fijando como plazo máximo para la efectividad del cambio el de un día laboral¹¹³.

B. El contenido de la agenda digital para Europa

Un importante hito en el desarrollo de la actividad reguladora europea de las comunicaciones electrónicas ha de situarse en la Comunicación de la Comisión al parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones, de 26 de agosto de 2010, denominada “Una agenda digital para Europa”¹¹⁴.

La agenda digital es una de las siete iniciativas que integran la estrategia para un crecimiento sostenible e integrador, que aparece recogida en la Comunicación (2010) 2020, del 3 de marzo y define como objetivos o campos de actuación de las autoridades comunitarias y de los Estados Miembros, los siguientes: a) Promoción de un mercado único digital dinámico, generando condiciones para la apertura del acceso a los contenidos, simplificando las transacciones en línea y transfronterizas, creando confianza en el mundo digital y reforzando el mercado único de servicios de telecomunicación; b) Impulsión de la interoperabilidad: se propone mejorar la interoperabilidad entre los sistemas, fortaleciendo las acciones de normalización y coordinación; c) Afianzamiento de la confianza y seguridad de las redes y de las transacciones; d) Garantía de acceso rápido y ultrarrápido a internet. Este es el campo en el que la agenda digital y la regulación de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas, confluyen plenamente: la Comisión pretende garantizar la cobertura universal de la banda ancha con velocidades crecientes, fomentar el despliegue de las redes de nueva generación y promover una Internet abierta y neutral; e) Impulso a la investigación e innovación, favoreciendo las iniciativas lideradas por la industria y procurando al eficiencia en el uso de los recursos y, f) Fomento de la alfabetización, la capacitación y la inclusión digitales.

¹¹³ En el mismo sentido, art. 38.2. m.

¹¹⁴ EUROPA. COM (2010) 245 final/2. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “ Una agenda digital para Europa”, de 26 de agosto de 2010. *Diario Oficial de la Unión Europea* núm. C 54 de 19 de febrero de 2011, p. 58-64.

Justamente en desarrollo de las acciones de promoción de las redes de nueva generación se ha publicado recientemente la Recomendación de la Comisión de 20 de septiembre de 2010, relativa al acceso regulado a las redes de acceso de nueva generación¹¹⁵, que plantea un modelo regulatorio similar al empleado para el bucle de par de cobre, en el sentido de prever las condiciones generales de acceso al bucle de fibra, al subbucle, o a las canalizaciones. Tales condiciones de acceso, parten de una definición de una concreta tipología de red para el despliegue de las RNG, impulsada por la Comisión, en un manifiesto de intervencionismo medular, quizás sin precedentes, que contempla, de una parte, la promoción de las redes multifibra (RecRNG; cons. 19, 27, 28, aps. 11, 21,28) y de otra topologías de red concretas (RecRNG; ap.11 de definiciones).

De acuerdo con la Recomendación, el MPoP constituye el punto de interconexión entre la red troncal y la de acceso. A partir del repartidor óptico sito en el MPoP, los bucles de RNG se conectan, o bien al equipamiento de la red troncal del mismo operador titular de la red de acceso, o a la de otros operadores, que hagan uso del derecho a coubicación o a través de enlaces o líneas intermedias.

El segmento de terminación es la parte de la red que va desde los locales del usuario final, hasta el primer punto de distribución, e incluye, el cableado vertical dentro de los edificios (ICTs en la terminología española) y el cableado horizontal (que va desde el punto de distribución hasta un divisor óptico localizado en el sótano de un edificio o una arqueta cercana).

Además de fijar las condiciones generales de extensión de las nuevas redes, la Comisión promueve el recurso a las líneas multifibra¹¹⁶, cuyos costes, afirma, sólo son marginalmente superiores a las redes unilínea y permiten que cada operador controle su propia conexión con el usuario (RecRNG; cons. 19); para su despliegue, se avala el recurso a las fórmulas de coinversión (RecRNG; cons. 27), llegando a considerarse la

115 EUROPA. Recomendación de la Comisión 2010/572/UE, de 20 de septiembre de 2010, relativa al acceso regulado a las redes de acceso de nueva generación. *Diario Oficial de la Unión Europea* núm. L 251, de 25 de septiembre de 2010, p. 35-48.

116 «FTTH multifibra», una forma de despliegue de la fibra en la que el inversor despliega más líneas de las necesarias para sus fines tanto en el segmento de alimentación como en el de entrega de la red de acceso, a fin de vender a otros operadores el acceso a líneas de fibra adicionales, en particular en forma de «derechos irrevocables de uso». (RecRNG; ap. 11)

posibilidad de su imposición, como obligación, en el marco del análisis de grado de competencia en los mercados (RecRNG; ap.21) y previendo la posibilidad de efectuar, en el mismo ámbito, delimitaciones geográficas inferiores a la nacional, por considerar que las condiciones de competencia de una zona cubierta por el despliegue de redes cofinanciadas son diferentes a las del resto del territorio considerado (RecRNG; ap. 28).

Asimismo, la autoridad comunitaria define las siguientes condiciones para el acceso a los recursos de red vinculados a las RNG, sin fijar unos parámetros claros de gradualidad para su aplicación¹¹⁷:

Acceso al bucle de fibra desagregado (incluida la fibra oscura). Con independencia de si la conexión es punto o multipunto, las ANR deben imponer la desagregación en cuanto sea técnica y comercialmente viable (RecRNG; cons. 21)

Acceso al segmento de terminación: el subbucle (punto de distribución-local del abonado) continúa siendo un cuello de botella de tal suerte que es necesario garantizar a los operadores entrantes el derecho de acceso a esta parte de la red, con miras a generar una competencia en infraestructuras sostenible, fortalecido por la condición de que dicho acceso ha de darse al nivel del operador con PSM que permita a los entrantes alcanzar una escala mínima eficiente (RecRNG; cons.16). La medida tiene un carácter complementario al acceso a la infraestructura de obra civil y abarca el cableado dentro de los edificios (RecRNG;ap.18). El OPSM queda sometido a la observancia de los principios de transparencia y no discriminación (RecRNG; cons.17, 22) que le imponen, entre otros deberes, el de publicar una oferta de referencia dentro de los seis meses siguientes a la formulación de la solicitud de acceso (RecRNG; ap. 19) y el de informar sobre su arquitectura de red para que las ANR, en consuno con los potenciales solicitantes de acceso, determinen donde deben situarse los puntos de distribución, que adicionalmente han de albergar un número suficiente de conexiones de usuario final para que el demandante de acceso lo encuentre comercialmente viable (RecRNG; ap.

117 Si bien en aplicación del marco comunitario las obligaciones impuestas deben ser proporcionales al problema que se pretende corregir, la redacción de la Recomendación (cons. 20) parece abrir la posibilidad de valorar ex post el funcionamiento conjunto de medidas, cuando lo teóricamente proporcional es que las medidas se adoptan con criterios de gradualidad, es decir, comenzando por el acceso a infraestructura civil, como la medida menos disruptiva, y concluyendo con el acceso desagregado al bucle, como la más intrusiva. Entre medias, los servicios mayoristas de banda ancha y el acceso al subbucle.

18). Los precios se basan en costes a los que se aplican factores que evidencian el nivel de riesgo en la inversión (RecRNG; cons.18, ap. 20 y anexo I)).

Acceso de banda ancha al por mayor

Acceso a las infraestructuras de obra civil: orientado a costes (RecRNG; cons. 14), sometido a las reglas de transparencia (RecRNG; cons. 13), pueden ser simétricas (RecRNG; ap. 7)

La aplicación del principio de la “escalera de inversión”¹¹⁸ a la tasación de los costes, intenta solventar el efecto nocivo que sobre la inversión en tales redes o, en redes alternativas, puede generar una metodología de costes mal diseñada y conduce al establecimiento de unas reglas para la fijación de los precios de acceso al bucle de fibra. Como se había anticipado no se trata de un tema de pacífica resolución: la Comisión Europea, desde 2007, viene dando señales en el sentido de no estar dispuesta a apoyar el despliegue desregulado de la fibra, así el 13 de septiembre de 2007 la Comisión Europea denunció a Alemania ante el Tribunal de Justicia de la Unión por incumplimiento del paquete regulatorio de 2002. La ley de telecomunicaciones alemana (Telekommunikationsgesetz), de 22 de junio de 2004, establecía algunas previsiones atinentes a la intervención en mercados emergentes, como los de acceso a las redes de nueva generación, encaminadas a exonerarlos de regulación, a menos que “determinadas circunstancias permitan suponer que la ausencia de un marco regulador obstaculizará a largo plazo el desarrollo de un mercado competitivo sostenible en el

118 Martin Cave es el autor de la noción “escalera de inversión” que refleja el objetivo de promocionar la inversión gradual en una actividad, en función de su rentabilidad. Para el caso de las comunicaciones electrónicas ello implica el hacer disponible el acceso de una manera fácil y barata a los activos del incumbente, que no son fácilmente replicables por los operadores entrantes, de forma tal que, cuando éstos alcancen una masa crítica de clientes cuenten con incentivos para acometer sus propias inversiones en infraestructuras alternativas. Este objetivo, pese a la claridad del razonamiento, no resulta fácil de alcanzar por cuanto que, depende de la metodología de costes empleada, el entrante puede tener más incentivos para seguir demandando del incumbente servicios mayoristas a precios regulados, que para realizar sus propias inversiones, toda vez que, cuando toma una decisión de esa naturaleza puede tener que asumir costes que no se vean reflejados íntegramente en dichos precios mayoristas. PLAZA, Crissanto. Telecomunicaciones. Precios e inversión en la Teoría Económica de la Regulación. *Cuadernos de comunicación e Innovación*. núm. 74, enero – marzo 2008.

sector de los servicios o redes de telecomunicaciones (...). Para evaluar la necesidad de establecer un marco regulador e imponer medidas concretas, la “Bundesnetzagentur” tendrá particularmente en cuenta el objetivo de promover una inversión eficiente en infraestructuras y fomentar la innovación.» (TKG; art. 9.a.2). El TJUE, en sentencia de 19 de marzo de 2009¹¹⁹, determinó que Alemania había incumplido con su obligación de transponer debidamente el paquete regulatorio de 2002, al desestimar sus alegaciones en el sentido que la propia normativa comunitaria (vigésimo séptimo considerando de la Directiva marco, apartado 32 de las Directrices para la definición de mercados y en el décimo quinto considerando de la Recomendación de mercados relevantes) exoneraba de regulación a dichos segmentos. Entiende el Tribunal (apartados 69-73) que las disposiciones precitadas no incorporan ninguna excepción al régimen general de regulación de mercados, sino que vienen a poner de presente algunas particularidades que aconsejan actuar prudentemente a la hora de acometer su examen con miras a definir el grado de competencia efectiva que se advierte en los mismos.

Asimismo, señala el Tribunal que no es competencia de los legisladores, sino de las ANR's , “la apreciación de la necesidad de regulación de los mercados” (ap. 74) y “78. *En consecuencia, al establecer una disposición legal según la cual, en general, se excluye la regulación de los nuevos mercados por la ANR, el artículo 9a de la TKG usurpa las facultades amplias que otorga a ésta el marco regulador comunitario, impidiéndole adoptar las medidas de regulación adecuadas a cada caso particular*”. Similar consideración surge en torno a la limitación que supone, a juicio del Tribunal, la prescripción normativa examinada, para el ejercicio de las facultades de definición de mercados atribuidas por la normativa comunitaria a las ANR, en palabras del Tribunal: “*la limitación de la facultad discrecional de la ANR alemana que resulta del artículo 9a, apartado 1, de la TKG afecta necesariamente a la facultad de definición del mercado de la ANR. A este respecto, debe recordarse que la Recomendación de la Comisión identifica, en un anexo, los mercados que deben ser objeto de examen con arreglo al artículo 15, apartado 3, de la Directiva marco. Pues bien, teniendo en cuenta el principio de no regulación de los nuevos mercados del artículo 9a, apartado 1, de la TKG, la ANR ya no habrá de efectuar la definición de los mercados pertinentes, con arreglo al artículo*

119 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 19 de marzo de 2009, Asunto C424/07, Comisión vrs Alemania.

15, apartado 3, de la Directiva marco, en la medida en que los mercados identificados en el anexo a la Recomendación de la Comisión se encuadren en la definición del artículo 3, apartado 12b, de la TKG. 84. En esas circunstancias, el artículo 9a, apartado 1, de la TKG no es tampoco conforme con el artículo 15, apartado 3, de la Directiva marco.”

Por último, la Comisión considera que al fijar los objetivos que orientan la decisión de someter un mercado emergente a la regulación, la ley alemana incumple la Directiva marco, art. 8, que no establece ninguna jerarquía entre los objetivos generales y principios reguladores del sistema normativo. La República Federal de Alemania alegaba la existencia de un “margen de maniobra en la adaptación de su Derecho interno al marco regulador común de las comunicaciones electrónicas” (ap. 87), que le permitía encausar la acción de las ANR frente a un segmento de mercado concreto. El Tribunal, haciendo suyas las valoraciones del Abogado General (punto 64) también entiende que *“corresponde igualmente a las ANR, y no a los legisladores nacionales, efectuar la ponderación de esos objetivos en la definición y el análisis de un mercado pertinente susceptible de regulación”* (ap. 91).

Al margen de las valoraciones que podrían realizarse en torno a la observancia del principio de autonomía institucional¹²⁰ frente a la decisión judicial expuesta en los párrafos precedentes cabe advertir, a los efectos de este estudio, el gran respaldo jurídico que supuso para la Comisión dicho pronunciamiento judicial, en el debate que se venía suscitando acerca de la viabilidad de implementar lo que comúnmente se conoce como “vacaciones regulatorias” en los mercados: cierto es que el Tribunal no

120 Consagrado en el art. 345 TFUE este principio implica, entre otras cuestiones, que el desarrollo de las competencias comunitarias no puede alterar el orden interno de distribución de competencias de los Estados Miembros, de tal suerte que, en el caso que se analiza, cabe preguntarse sí, en efecto, procede aludir a una usurpación de competencias entre el legislador y las agencias reguladoras, máxime sí, como en el caso español, la noción de ANR contenida en el art. 3 de la Directiva Marco, no excluye que una función atribuida a una ANR sea desarrollada por el legislador. Sobre este principio pueden verse entre otras, la STJUE de 6 de octubre de 2010, Asunto C-222/08, Comisión Europea vrs Reino de Bélgica; la STC 252/1988, de 20 de diciembre y revisarse los artículos de DASTIS, Alfonso. La Administración española ante la Unión Europea. *Revista de Estudios Políticos*, núm. 90, octubre-diciembre 1995, p. 323-349. LOPEZ CASTILLO, A. Creación y aplicación del derecho comunitario europeo y comunidades autónomas. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35, mayo-agosto 1992, p. 111-151.

manifestó que existiera una imposibilidad plena de que tal fenómeno pudiera presentarse, entendido como una decisión de la agencia, en el análisis de un caso concreto, a la vista de la inexistencia de un operador con poder significativo de mercado, pero, al radicar en las agencias reguladoras en exclusiva la competencia para adoptar esta medida, apoderó, de contera, vía el control que sobre estas decisiones realiza la Comisión, a esta entidad comunitaria, colocándola por encima del propio legislador nacional, en materias que no son, ni siquiera, de competencia exclusiva de la Unión.

Una cuestión de similar calado se suscitó en España alrededor de la delimitación del mercado 5, siguiendo la denominación de la Recomendación de 2007: al revisar la propuesta española, la Comisión manifestó su inconformidad sobre la naturaleza de medidas adoptadas en torno al acceso a determinados servicios: en la propuesta, la CMT consagraba una distinción entre dos mercados para estos servicios, basada en la presión competitiva ejercida por los titulares de infraestructuras alternativas; así, en zonas con presencia de operadores de cable, Telefónica podría fijar libremente sus tarifas, mientras que, en otras zonas en las que ningún operador disputaba su liderazgo, quedaría sujeta a regulación. La decisión final contempla la existencia de un mercado único, empleando como criterio diferenciador la velocidad de transmisión (30 Mbps): para velocidades hasta de 30 Mbps Telefónica deberá ofrecer una solución de acceso indirecto, orientada a costes, cuya disponibilidad, para velocidades superiores, estará sujeta a la libre negociación de las partes¹²¹. La posición de la CMT se basa, entre otras

121 Para ver los detalles de la medida original y la versión definitiva, puede consultarse http://www.cmt.es/cmt_ptl_ext/SelectOption.do?nav=mercados_mayoristas&detalles=0900271980075bbe&pagina=1&categoria=revision_2 [28/05/09]. La evolución de las diferencias entre las dos instancias puede identificarse en: NOTA DE PRENSA CMT. La CMT autoriza la comercialización de la fibra hasta el hogar de TELEFONICA, 13 de noviembre de 2008. NOTA DE PRENSA CMT. Bruselas da el visto bueno a la CMT para dar acceso a las canalizaciones de TELEFÓNICA, 13 de noviembre de 2008. EUROPA PRESS. La CMT dice que las diferencias con la CUE sobre la red de fibra de TELEFONICA son asumibles, 18 de noviembre de 2008. EL PAÍS. Kroes "no voy a permitir que TELEFONICA vuelva a ser monopolio", 9 de diciembre de 2008. EL PAÍS. La CMT pacta con Bruselas la nueva red de TELEFONICA, 10 de diciembre de 2008. CINCO DIAS. La CMT prevé poca demanda a las ofertas de banda superancha, 22 de enero de 2009. NEGOCIO. Los planes de Alierta en fibra tendrán aval legal a partir de hoy, 22 de enero de 2009. NOTA DE PRENSA CMT. La CMT fija el marco regulador para la banda ancha y las redes de fibra óptica, 23 de enero de 2009.

fuentes, en los resultados de un estudio externo de 2009¹²² en el que se concluía, entre otros aspectos, tras analizar varios escenarios, la improbabilidad del advenimiento de más de tres operadores de fibra, aún en zonas densamente pobladas, ésto es, considerando mercados de nivel inferior al nacional. Al amparo de esta consideración, la CMT elaboró su informe sobre las líneas maestras de la regulación de las redes de nueva generación¹²³.

Como presupuesto de las líneas maestras, la CMT entiende que no puede procederse a una extensión automática de las condiciones regulatorias aplicables a la red de cobre, a las RNG, ni a la eliminación instantánea de las obligaciones que han sido impuestas en el marco de los mercados de acceso a dichas redes¹²⁴.

El análisis de los mercados 4 y 5 deberá efectuarse teniendo en consideración que los servicios suministrados por las redes de fibra pueden considerarse sustitutos de los provistos en las redes de cobre, toda vez que se trata de las mismas, o similares facilidades, a las que se le introducen mejoras. El examen del grado de competencia tendrá el doble carácter de prospectivo y dinámico, y no se descarta la posibilidad de efectuar delimitaciones geográficas inferiores al territorio nacional.

A su juicio, en un entorno de innovación tecnológica, la regulación debe orientarse a garantizar que los recursos esenciales sobre los que descansa el poder del incumbente no se conviertan en barrera de ingreso o ventaja competitiva frente a los operadores entrantes. Así las cosas, en el marco de las RNG, tal ventaja sigue residiendo en la titularidad de la denominada “red legada” o de cobre, especialmente en lo que atañe a

122 ISDEFE. Informe final sobre los resultados del modelo de despliegue de redes FTTH/GPON en España. 17 de febrero de 2009, disponible en http://cmt.es/es/documentacion_de_referencia/redes_nueva_generacion/anexos/Informe_final_HE_1_2008_09_MDF.pdf (27102010).

123 COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Principios y líneas maestras de la futura regulación de las redes de acceso de nueva generación (NGA). Disponible en http://cmt.es/es/documentacion_de_referencia/redes_nueva_generacion/anexos/ANEXO_NGA.pdf (27 de octubre de 2010).

124 La ETNO, al comentar la Propuesta de Recomendación, también llaman la atención sobre este punto, empero, en la redacción final, se conservaron las similitudes entre el modelo regulatorio del par de cobre (OBA, orientación a costes) y la fibra.

la infraestructura civil que soporta su despliegue: el hecho de que el incumbente tenga un control exclusivo sobre las canalizaciones, que constituyen, claramente, un cuello de botella, por tratarse de infraestructuras cuya duplicación carece de sentido técnico o económico y resultan indispensables para el desarrollo de la actividad, sigue constituyendo un obstáculo al desarrollo de la competencia efectiva en el mercado de las comunicaciones electrónicas.

En cualquier caso, afirma la CMT, la inclusión, en la OBA, de un servicio de acceso a las infraestructuras civiles, demanda la realización de costosos estudios, cuya duración podrían hacer ineficaz el resultado obtenido, de tal suerte que la obligación de compartición podría implementarse sobre la base del cumplimiento de los deberes de transparencia y no discriminación, sin llegar a un nivel de detalle significativo¹²⁵¹²⁶. Asimismo, se considera probable que, como facilidad sustituta al acceso a las infraestructuras, se imponga al incumbente la obligación de ofrecer alternativas como el alquiler de fibra oscura¹²⁷.

El control sobre el resto de elementos de la red de cobre tiene una importancia relativa que justifica, a juicio del regulador español, la conservación de las obligaciones de acceso de manera transitoria (si bien se anuncian cambios en la regulación de los servicios mayoristas) y el establecimiento de un periodo de adaptación para los operadores que han optado por suministrar sus servicios a partir de bucles completamente desagregados o compartidos¹²⁸.

125 Esta posición no es la defendida por la Comisión, ni se ve reflejada en el texto definitivo de la Recomendación: En el punto 15 se exige a las ANR que impongan la obligación de incluir el acceso a infraestructuras civiles en la OBA dentro de los 6 meses siguientes a la formulación de una solicitud en ese sentido por parte de un operador demandante de acceso y se prescribe la aplicación del principio de orientación a costes (punto 14).

126 El cumplimiento de este deber se verifica en la Resolución de 19 de noviembre de 2009 por la cual se incorpora a la OBA el servicio de acceso a la infraestructura civil, en el marco del análisis del mercado 4.

127 Fibra oscura es un concepto que contempla el uso de la red de otro operador, sin las facilidades de transmisión o conmutación.

128 La Recomendación aborda estos tópicos en los apartados 39-41. En virtud de los mismos, las obligaciones impuestas al OPSM en los mercados 4 y 5 deben mantenerse hasta que se alcancen acuerdos sobre la migración a la nueva red de fibra; en su defecto, se establece un plazo mínimo de 5 años, a menos que no resulte procedente en función de las características nacionales, computables desde que se informe a

En cuanto al servicio de acceso mayorista indirecto de banda ancha (bitstream) la CMT anuncia, para las zonas competitivas¹²⁹, la extensión temporal de las obligaciones impuestas al OPSM en el marco del análisis del mercado 5¹³⁰ y la imposición de obligaciones similares, pero sujetas a plazo o condición, tratándose de la red de fibra¹³¹, con miras a no desincentivar las inversiones. En zonas no competitivas, se prevé la imposición de obligación de acceso indirecto, pero sin orientación a costes¹³².

Para la fibra óptica hasta el hogar (FTTH) la CMT entiende que “extender las obligaciones del acceso desagregado a la fibra óptica plantearía serios inconvenientes técnicos [teniendo en cuenta que la tecnología que está empleándose a tales efectos es del tipo punto/multipunto, obligar a desagregar implicaría, o bien desagregar a varios usuarios, o disponer de preinstalaciones en el último nivel de la división óptica] y podría

los operadores alternativos sobre el interés de efectuar la migración hasta que se ésta realice efectivamente. Se consagra, adicionalmente, el deber de comunicación de cualquier iniciativa del OPSM en materia de sustitución o modificación de la red existente.

129 Zonas con elevadas tasas de penetración de la banda ancha, con tasas de desagregación de bucle en par de cobre también elevadas, con una presencia significativa del cable y con varios despliegues de fibra planificados, entre otras posibles condiciones.

130 Similar consideración consta en el punto 31 de la Recomendación.

131 La Recomendación consagra el deber de los OPSM de poner a disposición de los operadores alternativos una oferta mayorista diversificada, con una antelación no inferior a 6 meses, desde la fecha en que pretenda introducir un servicio en el mercado minorista, a menos que exista “salvaguardias eficaces” que impidan la discriminación (puntos 32 y 33); Se consagra el principio de orientación a costes (punto 35) y se precisa que tal principio puede resultar complementario de una medida como la separación funcional (punto 36) salvo que no se adviertan razones para ello, en cuyo caso, ha de realizarse una prueba de compresión de márgenes (punto 36).

132 El 11 de noviembre de 2010, el Consejo de la CMT aprobó las condiciones del servicio mayorista de banda ancha sobre red de fibra. El MIBA, que es la denominación atribuida a este servicio, consiste en un acceso indirecto a la red de fibra del abonado, mediante la conexión de los equipos de los operadores alternativos a un PAI (punto de acceso indirecto) de TELEFONICA en el que concentra el tráfico de los suministradores contratantes. Este servicio se factura de forma similar al acceso indirecto sobre red de cobre, de tal suerte que el operador paga por la conexión y la capacidad contratada y no por la cantidad de tráfico. Otorga flexibilidad a las ofertas de los operadores alternativos, toda vez que permite ofertar velocidades de transmisión diferenciadas y varios niveles de calidad de servicio. Si bien está incluido dentro de las obligaciones en el marco del mercado 5, afecta también el mercado 2, toda vez que incide sobre la prestación de servicios de telefonía IP.

provocar un serio desincentivo a la velocidad de su despliegue” al tiempo que considera que la ventaja que el acceso a la última milla le reporta al titular de la red de cobre, no se presenta en la de fibra, si se impone la obligación de compartir la infraestructura civil, dado que los despliegues de los operadores alternativos podrían efectuarse de manera simultánea al realizado por el incumbente¹³³.

La CMT considera que la regulación del subbucle (nodos cercanos a los abonados, los cuales interceptan la red de cobre acortando el tramo de los pares hasta el abonado y se conectan a la central original mediante fibra óptica) no es prioritaria, dada la gran casuística de las situaciones posibles, la dificultad de recaudar y analizar la información técnica y económica disponible sobre este punto y los costes para los operadores alternativos.

En relación con el acceso en el interior de los edificios, el regulador plantea la dificultad que supone establecer una regulación homogénea que abarque, tanto a los edificios construidos antes de entrar en vigor el Real Decreto Ley 1/1998, de 27 de febrero, que introdujo la obligación de contar con infraestructuras comunes de telecomunicaciones en los edificios de nueva construcción, como a los inmuebles que, merced a la observancia de esta norma, cuenten con canalizaciones que permiten la convivencia de varias redes de comunicaciones electrónicas hasta el domicilio del abonado. Considera que, tratándose de las edificaciones con canalizaciones, es factible configurar un régimen simétrico o asimétrico de obligaciones tendentes a su compartición.

133 Esta es una de las más claras diferencias entre el regulador español y la Comisión que considera que la obligación de desagregación puede llegar a imponerse, en el marco del análisis de los mercados 4 y 5, bajo las siguientes consideraciones (cons. 16 y ap. 18 y ss. de la Recomendación): a) Causa: . la duplicación del segmento de terminación en fibra es ineficiente y costosa, de tal suerte que la competencia en infraestructuras sólo resultará sostenible cuando se facilite el acceso a dicha infraestructura por los OPSM, a un nivel de la red que permita a operador entrante conseguir la escala mínima eficiente para hacer posible la competencia real y sostenible (cons. 16); b). Principios: transparencia, no discriminación, de cuya aplicación estricta se deriva la imposición de la obligación de publicar la OBA de bucles de fibra (cons.16) y precios que reflejen costes teniendo en cuenta el nivel de riesgo en la inversión (cons. 18); c) Propuesta: se promueve el despliegue de redes multifibra que permite controlar a cada operador alternativo su propia conexión (cons. 19).

Por su parte, la entidad que agrupa a los operadores de red europeos. ETNO¹³⁴, al comentar el Proyecto de Recomendación para la regulación de las condiciones de acceso a las RNG puso de manifiesto su inconformidad con la similitud del modelo regulatorio propuesto para este mercado emergente, con el previsto para el bucle de par de cobre, abogando, fundamentalmente por: la eliminación del principio de orientación a costes, la imposición de obligaciones simétricas de acceso a infraestructuras civiles, la supresión de cualquier alusión a una topología de red concreta, la consagración del principio de prevalencia del acuerdo entre las partes como regla general dentro del sistema y la supresión de periodos de carencia para el operador incumbente¹³⁵.

V. LOS VIRAJES REGULATORIOS Y SUS EFECTOS EN CUANTO A LA DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LA COMPETENCIA EFECTIVA.

Tras la revisión de la historia regulatoria de las comunicaciones electrónicas en el ámbito europeo y nacional, se observa como en un primer momento los poderes públicos propiciaron la desaparición de los monopolios públicos de explotación de los servicios de telecomunicaciones, generando incentivos para el advenimiento de nuevos proveedores en la cadena de valor de la actividad que tradicionalmente ha independizado las prestaciones de red de los servicios que se prestan sobre las mismas. Como se ha visto, la primera apuesta regulatoria fue la apertura de la red (obligaciones de acceso e interconexión) y la promoción de proveedores alternativos de servicios, bajo el entendido que la obtención de una masa crítica de clientes y el conocimiento progresivo del mercado, propiciarían la inversión en redes alternativas, basamento de una rivalidad efectiva y con vocación de permanencia en el tiempo, nacida de la ruptura

134 EUROPEAN TELECOMMUNICATION NETWORK OPERATORS' ASSOCIATION. ETNO reflection document in response to Commission Recommendation on regulated access to Next Access Networks (NGA). Julio 2009, disponible en <http://www.etno.be/Default.aspx?tabid=2174> [5 de noviembre de 2010].

135 El Proyecto de Recomendación consagraba la obligación de conservar los accesos al bucle de par de cobre por 5 años y prescribía un periodo de 6 meses, contados a partir de la puesta a disposición de los operadores alternativos de un servicio mayorista, para que el operador de fibra pudiera ofrecer servicios minoristas derivados de los mismos. Esta cuestión se moderó en la redacción final de la Recomendación, en la que se incluyen estas moratorias sólo como medida subsidiaria (puntos 39 y 32 de la Recomendación).

de la dependencia entre las calidades y características de las facilidades de comunicación y la red del incumbente.

Las modificaciones introducidas al marco comunitario desde 2002 han tratado de paliar la insuficiencia de las medidas previas, en cuanto a la promoción de redes alternativas. Estas modificaciones se inspiraban en la normativa de la competencia y en su instrumental para el análisis de los mercados relevantes.

La alternancia, sin justificación perceptible, de los paradigmas de estructura y comportamiento como rectores de la intervención pública sectorial y la ausencia de un modelo que privilegie el resultado sobre cualquier configuración del mercado, incluido el grado de rivalidad, que se pone más en evidencia en tanto en cuanto se cuestione, con mayor o menor razón, la idoneidad o suficiencia del instrumental heredado del ámbito del Derecho a la Competencia para alcanzar los resultados que, en los dos ámbitos de poder político, se han fijado para el sector, plantean la necesidad de buscar otros elementos definitorios del concepto “competencia efectiva” en un marco más general, que el propio de las comunicaciones electrónicas, máxime sí, como ha quedado dicho, el despliegue de las redes de nueva generación vuelva a situar como tema central la definición de criterios de composición de intereses: de una parte, la inversión en redes alternativas; de otra, la participación de los entrantes en los segmentos de red y/o servicios.

Otro aspecto que cuestiona la deriva del tratamiento regulatorio del sector, es el fenómeno de concentraciones jurídico económicas y la propia noción de operadores entrantes.

Durante los últimos años, tal y como lo auguraban las autoridades comunitarias, la convergencia se ha convertido en el eje central del desarrollo sectorial. Los operadores han iniciado o, en algunas ocasiones, continuado su proceso de expansión, no sólo territorial, sino a través de toda la cadena de valor, realizando operaciones de concentración jurídico-empresariales que van desde la adquisición de empresas (fusión por absorción) hasta la celebración de *joint ventures* para la ejecución de proyectos concretos. Las autoridades comunitarias, se han mostrado bastante abiertas y dispuestas

a la aprobación de tales concentraciones, sometiéndolas sólo excepcionalmente a condicionamientos¹³⁶.

Con base en la información disponible y teniendo en cuenta las fusiones y alianzas vigentes entre las partes, pueden verificarse las dimensiones del fenómeno de convergencia y sus efectos sobre las condiciones de competencia en los mercados: existen operadores europeos con presencia significativa en la mayor parte de los países que integran la Unión y su actividad está diversificada, ya que explotan servicios móviles, fijos y de banda ancha. La mayoría de estos operadores, forman parte del listado de empresas mundiales de telecomunicaciones más importantes, por ejemplo, por número de suscriptores:

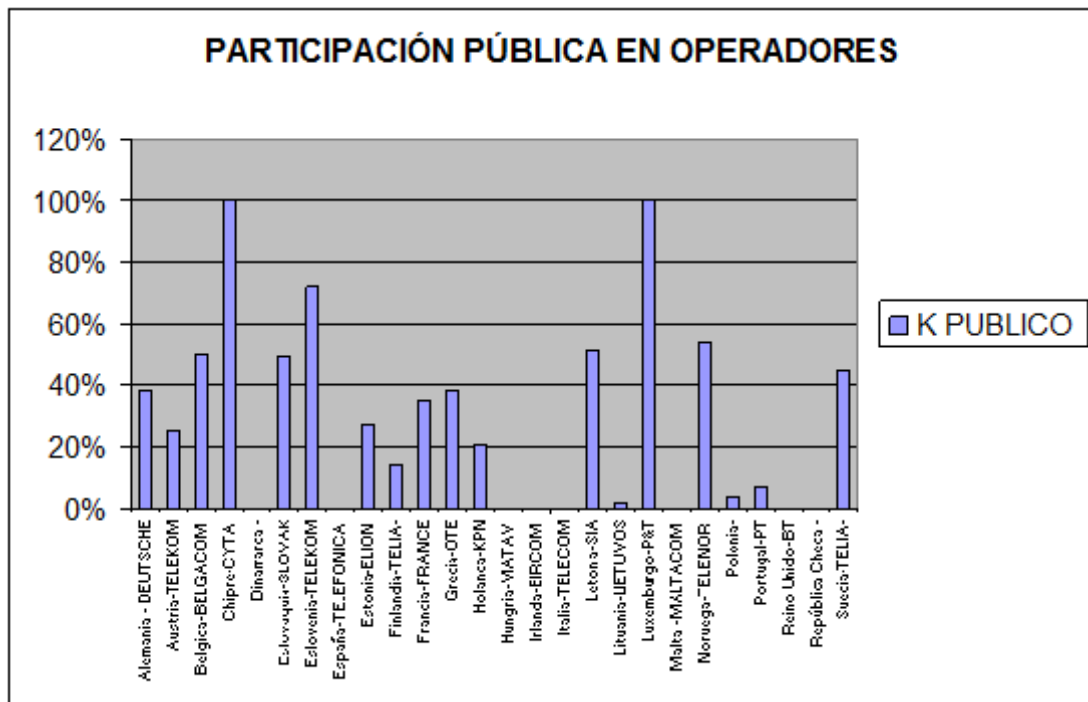
Top-20 Telecom Groups (based on proportionate subscribers)					
Company	Total subscribers	Proportionate subscribers	Majority subscribers	Rank based on total subscribers	Rank based on proportionate subscribers
MII China Group	664,77	664,77	664,77	1	1
Vodafone Group	560,37	202,99	140,60	2	2
Telefónica Group	352,93	187,52	157,60	3	3
Deutsche Telekom Group	174,00	168,48	163,19	4	4
China Unicom Group	141,28	141,28	141,28	9	5
NTT Group	170,43	131,58	125,73	5	6
France Telecom Group	157,27	131,38	113,75	6	7

136 En el Doceavo Informe sobre las condiciones de competencia en el mercado de las comunicaciones electrónicas, la Comisión señala que las fusiones y adquisiciones se explican por la necesidad alcanzar una escala paneuropea, por el tránsito de la voz a los datos y la presencia de fondos de inversiones. (p.4). Ha de señalarse que, el fenómeno ha sido apoyado desde los inicios del proceso de liberalización, como da cuenta de ello el Dr. De la QUADRA SALCEDO. Estado y mercado en un mundo global. Cuadernos de Derecho Público, No. 25. 2005, p. 81.

Verizon Communications Group	146,61	120,44	111,72	8	8
AT&T Inc. Group	115,22	115,22	115,22	10	9
America Movil Group	109,88	109,87	109,87	12	10
Telecom Italia Group	150,58	97,10	89,35	7	11
Telenor Group	112,52	75,17	59,59	11	12
MIT India Group	67,73	67,73	67,73	14	13
Mobtelesystems Group	66,67	65,35	64,09	15	14
TeliaSonera Group	86,56	52,89	30,02	13	15
Vimpelcom Group	50,84	50,83	50,83	16	16
Telekom Indonesia Group	41,86	41,86	41,86	18	17
Sprint Nextel Group	41,41	41,41	41,41	19	18
Portugal Telecom Group	46,57	40,96	38,54	17	19
BT Group	36,60	36,60	36,60	20	20
© InfoCom - 2Q06					
Sources: Regulators, Operators, InfoCom, etc.					
Notes:					
1) Total subscribers refer to the sum of Fixed, Mobile and Internet independent of the Group's interest					
2) Proportionate subscribers refer to the Group's subscribers based on the Group's interest. If the Group's ownership is more					
than 50%, then the company's full subscribers are attributed to the Group					

3) Majority subscribers refer to the Group's subscribers for which it has more than 50% stake in the company

Los operadores, Liberty Global Consortium, Tele2, Telefónica, Vodafone, France Telecom, Deutsche Telekom y Telia/Telenor/Sonera, son los que tienen mayor grado de presencia en el mercado europeo. Los cuatro primeros son de capital privado, bien porque fueron constituidos originalmente bajo esta modalidad o porque han sido totalmente privatizados, los demás, tienen capital público, como otros tantos operadores europeos, tal y como lo evidencia la siguiente tabla:



Fuente: Anexo 3 Revisión del Mercado SEC (2004) 1535. Actualizado con páginas web de los operadores hasta 2006.

De otro lado, estos operadores han sido parte de las siguientes operaciones de concentración jurídico-económica, avaladas por la Comisión Europea:

TELIA-SONERA-TELENOR		
No. de Expediente	Partes	Fecha
M802	TELECOM EIREANN	181296

M1439	TELIA/TELENOR	131099
M 1954	ACS/SONERA/XFERA	310700
M 1982	TELIA /ORACLE/DROTT	110900
M 2053	TELENOR/BELLSOUTH/SONOFON	040800
M 2056	SONERA/ICL/DATAINFO	210800
M 2144	TELEFONICA/SONERA/MARABU	171100
M 2255	TELEFONICA /SONERA	090101
M 2527	TELENOREAST/ECOTELECOM/VIMPEL	210901
M 2803	TELIA/SONERA	100702
M 3339	TELENOR/SONOFON	050204
M 3530	TELIA/SONERA/ORANGE DK	290904
M 4034	TELENOR/VODAFONE SUEGIE	22/12/2005
VODAFONE		
No. de Expediente	Partes	Fecha
M 1055	CEGETEL/ VODAFONE/ SFR	191297
M 1430	VODAFONE /AIRTOUCH	210599
M 1795	VODAFONE /MANESMANN	260700
M 1817	BELLSOUTH/VODAFONE/E-PLUS	260100
M 1863	VODAFONE/BT/AIRTEL	181200
M 1951	BT/JAPAN TELECOM/VODAFONE	010900

M 2305	VODAFONE/EIRCELL	020301
M 2469	VODAFONE/AIRTEL	260601
M 3245	VODAFONE/SINGLEPOINT	160903
M 3776	VODAFONE/OSKAR MOBILE	250605
M 4034	TELENOR/VODAFONE SVERIGE	221205
M 4422	BERTELSMANN/ VODAFONE/MOCONTA	301106
M 4947	VODAFONE/TELE2ESPAÑA/TELE2ITALIA	271107
M 5486	VODAFONE/HUTCHINSON/JV	260309
TELEFONICA		
No. de Expediente	Partes	Fecha
M 544	UNISOURCE/TESAU	061195
M 1650	ACEA/TESAU	011299
M 1812	TESAU/TERRA/AMADEUS	270400
M 1926	TESAU /TYCO	110800
M 2144	TESAU /SONERA/MARABU	171100
M 2255	TESAU/SONERA/IPSE	090101
M 2346	TESAU /PORTUGAL TELECOM	130301
M 3576	TESAU/ERICCCSON/TEMPUS	280901
M 3806	TESAU/CHEZ	100605
M 4035	TESAU/O2	100106

M 5730	TELEFONICA / HANSENET TELEKOMMUNIKATION	290110
M 5748	PRISA / TELEFONICA / TELECINCO / DIGITAL+	Pendiente
<p>Nota: Adicionalmente, TESAU ha ampliado su participación en PORTUGAL TELECOM y TELECOM ITALIA.</p> <p>TESAU tiene participaciones en Latinoamérica y en China (9,6% de China Unicom) y Hong Kong (8% PCCW).</p>		
FRANCE TELECOM		
No. de Expediente	Partes	Fecha
M 1553	FRANCE /EDITEL/LINCE	300799
M 1679	FRANCE /STI/SRD	211099
M 1865	FRANCE /GLOBALONE	240300
M 2016	FRANCE /ORANGE	110800
M 2155	FRANCE /SCHMID/MOBILCOM	241000
M 2257	FRANCE /EQUANT	210301
M 3609	CINVEN/FRANCE/NC NUMERICABLE	040305
M 3920	FRANCE /AMENA	241005
M 4809	FRANCE TELECOM / MID EUROPA PARTNERS / ONE	210907
<p>Nota: la última adquisición de FRANCE es YA.COM (filial de DEUTSCHE en España para la provisión de servicios de banda ancha)¹³⁷</p>		

¹³⁷ EL MUNDO. 7 de junio de 2007.

DEUTSCHE TELECOM		
No. de Expediente	Partes	Fecha
M 1465	DT/ MAXMOBIL	220499
M 1669	DT/ ONE2ONE	270999
M 2130	BELGACOM/TELEDANMARK/TMOBILE/BEN	250900
M 2959	TMOBILE/BEN	200902
M 3561	DT/EUROTTEL	151204
M 3581	T MOBILE /POLSKA	170102
M 3916	TMOBILE/TELERING	281004
M 4748	DT/ORANGE HOLANDA	220306
M 5148	DEUTSCHE TELEKOM / OTE	021008
M 5650	T-MOBILE / ORANGE	010310

Como efecto previsible y deseado de los procesos de concentración jurídico-económica o alianzas estratégicas antes reseñadas, los operadores se han posicionado por toda Europa, al punto que es factible afirmar que, en casi todos los países que integran la Unión, están presentes los mismo grupos empresariales de telecomunicaciones, a través de filiales, propiamente dichas, o en conexión con otras empresas merced a la celebración de *joint ventures*¹³⁸ o acuerdos de naturaleza similar. El caso español resulta bastante ilustrativo de este hecho: Los operadores móviles, en términos de grupos de telecomunicaciones, son: TELIA/SONERA, TELEFÓNICA, VODAFONE y FRANCE TELECOM, a su turno, los operadores de servicios de banda ancha y telefonía vocal para clientes residenciales son: FRANCE TELECOM (hasta ahora, ofertaba sus servicios

138 En el Doceavo Informe, la Comisión señala que, en promedio, una tercera parte de las ganancias de los operadores se reciben por actividades en otros Estados Miembros.

bajo la marca Wanadoo /Orange y, como consecuencia de la adquisición de Ya.com y Tele2, también a través de estas marcas), TELEFÓNICA y ONO (que reúne a los operadores de cable – excepto en las demarcaciones de Euskadi y Extremadura- que pertenece a CABLEEUROPA).

Este panorama es plenamente congruente con varios factores que inciden sobre la estructura y el comportamiento del sector:

a) Las empresas de red, en general, presentan altos costes hundidos, costes marginales decrecientes y economías de escala, de tal suerte que la maximización de su beneficio depende esencialmente de la extensión de esa red y de las dimensiones de su base de usuarios. En el sector de las telecomunicaciones el incremento de la demanda no sólo depende del precio y la calidad del servicio, sino también de la diversidad de la oferta, de su flexibilidad y capacidad de ajustarse a las necesidades particulares de los usuarios, así como de su completitud. Esta situación se evidencia de forma muy clara cuando se analizan las actuales ofertas de los operadores, compuestas por múltiples servicios integrados, cuestión que coloquialmente se conoce con el nombre de “triple oferta” o “*triple play*” o “*cuatro play*”, según esté integrada por voz, televisión y banda ancha, o por estos servicios y uno adicional (Vg. la energía u otros servicios de telecomunicaciones de valor añadido)¹³⁹. El acceso a todos los “insumos” que constituyen la oferta integrada puede alcanzarse a través de varias vías: se ejerce la titularidad sobre las infraestructuras, se adquieren servicios al por mayor, o se llegan a acuerdos con otros operadores, por nombrar sólo algunas de ellas. Algunos de los grandes conglomerados de operadores han cifrado su estrategia competitiva en el establecimiento y explotación de redes propias, otros han adquirido las de sus competidores y, los menos, adquieren los servicios en el mercado mayorista. Lo común a todos es, sin lugar a dudas, el objetivo de ampliación de su base de clientes con el fin de emplear de forma eficiente la red y reducir sus costes, al tiempo que, claro, aumentan sus beneficios.

139 En el Doceavo Informe, la Comisión advierte la presencia de una tendencia hacia el empaquetamiento de servicios. De acuerdo con los resultados de una consulta promovida por esta institución, el 19% de los hogares de la UE está suscrito a, al menos, a un servicio empaquetado.

b) El fenómeno de la convergencia, que está en íntima conexión con lo manifestado previamente, toda vez los desarrollos tecnológicos han permitido que, sobre el mismo soporte físico, se provean facilidades de comunicación diferentes, de tal suerte que la capacidad de la red está cada vez mejor aprovechada, encuentra en los procesos de concentración jurídico-económica una de sus expresiones. Como se aludía en el párrafo precedente, hay varios medios para conformar la oferta integrada, manifestación de la convergencia, dentro de los cuales el control sobre el capital social de las empresas o la toma de decisiones, no es el más infrecuente. Asimismo, el hecho de que la convergencia propicie el ascenso en la cadena de valor de la industria, desde la red hacia los contenidos, también promueve la producción y desarrollo propio de éstos o las alianzas con las empresas especializadas¹⁴⁰.

c) El propio objetivo regulatorio de promoción de la competencia entre redes conduce a su expansión de forma inmediata, o progresiva; en otras palabras, hay operadores que ingresarán al mercado desplegando redes (de nueva creación o adquiriendo de terceros redes existentes) y otros a los que, se espera, la regulación incentive para que comiencen operaciones empleando las redes de otros, hasta tanto puedan desplegar las propias. El acceso indirecto, para la telefonía fija, los servicios móviles virtuales, para la telefonía móvil y los servicios mayoristas de ADSL, constituyen ejemplos de decisiones regulatorias enfocadas a facilitar el ingreso al mercado, con miras a adquirir una masa crítica de clientes que permitan acometer proyectos de inversión en red¹⁴¹. La necesidad o el efecto de la extensión de red, auspician la concentración del mercado, por las razones económicas antes mencionadas.

140 Este proceso es de carácter mundial: justamente Google, que es un proveedor de contenidos, acaba de anunciar su ingreso al mercado de la telefonía móvil en los Estados Unidos. EL MUNDO. Google negocia con Verizon y Sprint el lanzamiento de su terminal (02 de noviembre de 2007). Al mismo tiempo, Microsoft, que es suministrador de software, ha hecho pública su plataforma de servicios de provisión de VoIP. EL MUNDO Microsoft desembarca en las comunicaciones con su plataforma unificada (17 de octubre de 2007).

141 En el doceavo informe, la Comisión indica, tratándose del segmento de banda ancha, que una buena regulación es la que permite moverse gradualmente de una competencia basada en servicios a una competencia basada en infraestructuras. En contraste, los peores resultados se advierten en los países en los que las políticas regulatorias no conviven con competencia basada en infraestructura.

e) El apoyo concedido por las autoridades comunitarias a la creación de redes transeuropeas puede también favorecer la aparición o consolidación de grandes operadores, con presencia en diversos países, lo cual no obsta para señalar que no se trata de un efecto insoslayable o deseado.

Atendiendo el objeto de este apartado del análisis debe señalarse entonces que, conforme a los datos y reflexiones aportadas, el panorama actual del sector y los presupuestos sobre los cuales deben basar sus decisiones los responsables de la fijación de las políticas públicas, no pueden pasar del largo sobre la especial circunstancia de que la competencia sí que ha propiciado la aparición de nuevos agentes y sus correlativas ofertas, que ejercen presión competitiva sobre los incumbentes, pero en la mayoría de los casos estos “nuevos entrantes” en la terminología anglosajona, no son otros que los incumbentes en otros países. A excepción del caso de TELE2 y LIBERTY GLOBAL CONSORTIUM, los demás agentes con presencia significativa en el mercado son, o fueron, dominantes en sus países de origen y, en algunos eventos, conservan aún participación pública dentro de sus capitales. Si éste era o no un efecto deseado por la regulación, constituye una proposición difícil de contrastar, empero lo que sí es una cuestión acreditada es que las características del mercado, su estructura y comportamiento, promueven la consolidación de las grandes empresas al tiempo que generan un escenario en el que las pugnas competitivas que aparentemente se libran entre incumbentes y entrantes, constituyen, en verdad, un duelo entre empresas de grandes dimensiones que no encajan, con facilidad, en las definiciones que la teoría económica y de regulación, así como, el Derecho de la Competencia aportan sobre los “nuevos entrantes”.

En efecto, la noción de entrante no ha sido tratada exhaustivamente por la doctrina y la jurisprudencia del Derecho de la Competencia, toda vez que el objeto de la regulación o del control, tratándose de un control *ex ante* o *ex post*, es el agente que tiene posición de dominio. No obstante, los criterios que sirven para reconocer que un sujeto ostenta dicha condición dentro del mercado, de forma tal que actúa con relativa independencia, también sirven para definir, a *contrario sensu*, los caracteres de un entrante: así, la envergadura global de las empresas, el acceso fácil o privilegiado a los mercados financieros o recursos de capital, la diversificación de productos, las economías de escala o de alcance, la integración vertical, las redes de distribución y venta consolidadas, los obstáculos a la expansión, factores todos que, junto con la cuota de mercado, son

propuestos por las autoridades comunitarias a la hora de verificar si una empresa ostenta una posición de dominio¹⁴², pueden emplearse para definir si se está en presencia o no de un entrante.

Hipotéticamente, siguiendo, se reitera, el *argumentum e contrarium*, un entrante no presenta las misma posición que un dominante con respecto a estos factores, así, no goza de su misma capacidad para adquirir recursos en el mercado financiero, ni cuenta con la misma red de distribución, ni goza de la experiencia, ni del conocimiento del mercado del agente con preminencia, su proceso productivo no genera economías de escala o de alcance, etc, situaciones éstas que, junto con una presencia significativa en el mercado, conducen a que éste sea considerado dominante y aquel, en un ambiente de regulación *ex ante*, beneficiario de las medidas regulatorias tendentes a promover la competencia. Para el caso de las telecomunicaciones un análisis de esta naturaleza permitirá alcanzar resultados excepcionales, en términos de que no se corresponderían con los que normalmente caracterizan a los mercados, ya que los entrantes son agentes que gozan de atributos, en términos competitivos, comparables o, cuando menos, no tan diferentes, a los que se predicen del dominante.

Se llama la atención sobre este punto, esencialmente, por dos razones: la primera, existe alguna línea doctrinal¹⁴³ que apunta a que el instrumental tradicional del Derecho de la Competencia ha demostrado tener serias falencias en el análisis de empresas de red, caracterizadas, como ya se ha manifestado, por presentar condiciones estructurales que promueven la consolidación de los agentes: la presencia entonces de operadores, como es el caso de las telecomunicaciones, de grandes dimensiones, con importantes cuotas de

142 Numeral 78 de las Directrices de la Comisión sobre análisis de mercado y evaluación de peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y de los servicios de comunicaciones electrónicas. 2002/C165/03.

143 Por todos, ECONOMIDES, Nicholas; *The Microsoft Antitrust Case*, disponible en <http://www.stern.nyu.edu/networks/>. LEMLEY, Mark A y MCGOWAN David; Legal Implications of Network Economic Effect; California; *California Law Review*; núm. 479. Mayo 1998 <http://www.law.berkeley.edu/journals/clar/>; LIEBOWITZ, Stand J; MARGOLIS, Stephen. *Winners, Losers & Microsoft: competition and antitrust in high technology*. Oakland:Independent Institute. 1999 p.138. MELAMED, Douglas A.; *Network Industries and Antitrust*, disponible en <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/2428.htm>. (1 de junio de 2012).

participación en los mercados, no es una excepción, sino que por el contrario responde a la propia lógica del proceso competitivo.

Partiendo de la idea de que las autoridades de competencia, en el ejercicio de sus funciones de regulación o control, sólo direccionan, condicionan o sancionan los comportamientos que no están basados en méritos, en los mercados donde operan empresas de alta tecnología, el análisis ha de iniciarse considerando que, aún sin desplegar comportamientos contrarios a la libre competencia, sino beneficiándose de la propia estructura del mercado, los agentes pueden alcanzar, legítimamente, altas cotas de participación. En otras palabras un análisis de las condiciones competitivas en estos sectores debe asumir, como natural, la presencia de cuotas de mercado significativas y no partir de las mismas, como lo hace normalmente, desde una perspectiva de desconfianza sobre el comportamiento de los agentes.

Esta situación torna mucho más dispendiosa y compleja la actividad del examen competitivo porque las autoridades deben ser capaces de discernir, meridianamente, qué “parte” de la posición de dominio se ostenta por méritos propios y cuál es consecuencia de un comportamiento anticompetitivo o de una ventaja extraordinaria, como por ejemplo, la explotación exclusiva de un recurso. Sólo en los casos en la posición no esté basada en méritos, deberían adoptarse medidas sobre la actividad desplegada por los operadores dominantes, en caso contrario, se perturba o distorsiona el comportamiento del mercado, que es, justamente, lo que se pretende evitar.

La segunda cuestión que justifica estas reflexiones es la necesidad de llamar la atención sobre las consecuencias que se derivan de las particularidades de los nuevos entrantes a un mercado. Cuando las condiciones competitivas entre los agentes no son tan diferentes, las medidas que intenten equilibrar las diferencias, no basadas en méritos, deberían resultar proporcionales a tales disgresiones, por consiguiente, las autoridades deben ser especialmente cautelosas en el hecho de no otorgar privilegios injustificados a los entrantes, so pretexto de su condición, so pena, también en este caso, de generar más distorsiones que beneficios al mercado.

El enfoque actual de estos problemas sugiere que las autoridades europeas, hacen caso omiso de estas consideraciones y siguen privilegiando la visión de la competencia efectiva como una condición de estructura, posición que les ha valido la crítica de autoridades reguladoras nacionales y operadores de red, que ven en este sesgo una fuente de desincentivos para el desarrollo sectorial.

A los argumentos de eficiencia regulatoria de la ciencia económica (incentivos o desincentivos a inversiones), deberían sumarse los aportados por la ciencia jurídica, indispensables al tratarse de decisiones basadas en normas y no exclusivamente en modelos económicos, cuyo objeto material es el resultado de una ponderación de intereses jurídicos. Sobre la dilucidación de dichos intereses y su integración a la noción de competencia efectiva, versa el siguiente capítulo de la tesis.

CAPITULO IV. LA COMPETENCIA EFECTIVA EN EL MARCO DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS COMO ACTIVIDAD DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL

Al momento de intentar consignar en estas páginas las conclusiones extraídas del estudio del alcance y contenido de una categoría jurídica como los servicios de interés económico general, se ha alcanzado la adhesión plena a la idea formulada hace años por el profesor VILLAR PALASÍ acerca de lo paradójico que resulta construir un régimen jurídico alrededor de una categoría sin definir y la aparente tranquilidad con la que los operadores jurídicos podemos asumir tal falencia¹.

A juicio de quien redacta esta tesis, los servicios de interés económico general son una categoría jurídica que, como legataria putativa² del servicio público continental, posee

¹ En el prólogo al libro de José Luis VILLAR EZCURRA, sobre servicio público y técnicas de conexión, el maestro VILLAR PALASÍ apuntaba al hablar del servicio público “*Si en cualquier ciencia se hubiera planteado un problema semejante [se refiere a la omnipresencia de la categoría servicio público en el ordenamiento continental] no me cabe duda que el trabajo de los investigadores se hubiera centralizado en el análisis del propio término y de su contenido. Es impensable un fenómeno paralelo en cualquier ciencia, llámese ciencias naturales, en las que esta afirmación es más evidente, llámese ciencias humanas, como la economía y la sociología. Lo términos se depuran antes de ser utilizados doctrinal, dogmática o pragmáticamente. Sin embargo el Derecho Administrativo es osado, plegando su velamen y utilizando el término sin definir siquiera a los propios efectos del Derecho Administrativo, que sea un servicio público y qué actividades están calificadas como tales. (...) ¿Cómo se va a hablar de crisis de una institución que antes no se ha definido, que de verdad responde a la idea preconcebida, pero no definida de cada autor, de cada problema, de cada sentencia, de cada ley?*”. VILLAR PALASÍ, José Luis (prologuista). VILLAR EZCURRA, J. Luis. *Servicio público y técnicas de conexión*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980, p. 9-16. Sobre la importancia de contar con una noción de servicio de interés económico general que tenga carácter prescriptivo, puede verse también MALARET GARCIA, Elisenda. Servicios públicos y Unión Europea. *Leviatán, revista de hechos e ideas*, núm 74, 1998, p. 95-105. CHINCHILLA MARIN, Carmen. Servicio público ¿crisis o renovación? en E. MALARET (dir.). Régimen jurídico de los servicios públicos, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, págs. 61 ss.

² Se ha empleado este adjetivo para resaltar que las funciones desempeñadas por el título “servicio público”, que se traducen en la riqueza de sus elementos, exceden las previstas para los servicios de interés

un marcado y no aleatorio carácter complejo y etéreo, condiciones que a su noción predecesora le han valido para sobrevivir a los vaivenes políticos y jurídicos de los últimos dos siglos, adaptando su carácter funcional (presencia de un interés general en el desarrollo de una actividad) u orgánico (reserva de la titularidad) a las exigencias de los tiempos. Así las cosas, efectuar una reflexión empleando esta categoría como referente, demanda precisar, de manera concreta y sin pretensión de universalidad, lo que el analista entiende que es su contenido, su función y sus límites, antes de abordar cualquier otra cuestión; a este objetivo, se dedican los primeros apartados del capítulo, para a continuación verificar el efecto que esta comprensión del tema irradia sobre la noción de competencia efectiva, que viene exponiéndose desde los capítulos precedentes.

I. LA COMPLEJIDAD DE LA NOCIÓN: UN RESULTADO CALCULADO.

Sobre el señalado carácter político de esta noción da cuenta el tratamiento del que viene siendo objeto por parte de la Comisión Europea, a lo largo de su actividad normativa³.

económico general, que al nacer al amparo de la normativa comunitaria de la competencia, están sesgadas y limitadas por los objetivos y medios de este subsistema jurídico.

3 Cuando en este trabajo se haga mención a la normativa comunitaria aplicable a esta materia, la referencia debe entenderse hecha a: EUROPA. Resolución de 12 de febrero de 1993 sobre el papel del sector público en la realización del mercado interior. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. C 72 de 15 de marzo de 1993, p. 159; EUROPA. Resolución de 6 de mayo de 1994 sobre empresas públicas, privatizaciones y servicios públicos en la Comunidad Europea. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. C 205 de 25 de julio de 1994, p. 549; EUROPA. Resolución de 17 de mayo de 1995 sobre el funcionamiento del Tratado de la Unión Europea desde la perspectiva de la Conferencia Intergubernamental de 1996; EUROPA. COM (96) 443 final de 11 de septiembre 1996. Comunicación de la Comisión: servicios de interés general en Europa.; EUROPA. COM (2000) 580 final de 20 de septiembre de 2000. Los servicios de interés general en Europa reiterada en la COM 2001/C17/04; EUROPA. Resolución del Parlamento Europeo sobre la comunicación de la Comisión titulada “los servicios de interés general en Europa” de 13 de noviembre de 2001; EUROPA. COM (2001) 598 final, de 17 de octubre de 2001, Informe al Consejo Europeo de Laeken; EUROPA. Dictamen del Comité Económico y Social sobre “Los servicios de interés general” *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. C 241 de 7 de octubre de 2002, p. 119-127; EUROPA. COM (2002) 689 final, de 4 de diciembre; Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento, la Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: la situación del trabajo relativo al

En efecto, desde la Comunicación de 1996, ya se afirmaba que las sociedades europeas valoraban mucho los servicios de interés general que han creado: *“los servicios de interés general ofrecen referencias a la colectividad y desempeñan la función de vínculo de pertenencia de los ciudadanos a ésta”* (5)⁴, de ahí que los Estados miembros sean libres *“para definir las misiones de interés general, otorgar derechos especiales o exclusivos para realizar estas misiones a las empresas responsables, ordenar su gestión y encargarse, en su caso, de su financiación, con arreglo al art. 90 del Tratado”* (16) y el respeto a las opciones nacionales de organización económica y social constituya una manifestación del principio de subsidiariedad (17).

Tras la inclusión del art. 14 TFUE, la dimensión político/comunitaria de estos servicios se positiviza, situando el interés de los ciudadanos como eje del sistema y reconociendo que *“estos servicios contribuyen de manera importante a la competitividad general de la*

examen de una propuesta de Directiva marco sobre los servicios de interés general; EUROPA. COM (2003) 270 final, de 21 de mayo de 2003, Libro Verde de los servicios de interés general; EUROPA. Resolución de 14 de enero de 2004 del Parlamento Europeo, sobre el libro verde. *Diario Oficial de la Unión Europea* núm. C 92 E de 16 de abril de 2004, p. 294-302; EUROPA. COM (2004) 374 final, de 12 de mayo de 2004, Libro blanco de los servicios de interés general; EUROPA. Resolución de 14 de enero de 2004 del Parlamento Europeo, sobre el libro verde. *Diario Oficial de la Unión Europea* núm. C 92 E de 16 de abril de 2004, p. 294-302; EUROPA. Resolución de 22 de febrero de 2005 sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público. *Diario Oficial de la Unión Europea* núm. C 304E de 1 de diciembre de 2005, p. 117-128; EUROPA. Resolución del Parlamento europeo de 27 de septiembre de 2006, sobre el Libro Blanco. *Diario Oficial de la Unión Europea* núm. C 306E de 15 de diciembre de 2006, p. 277-283; EUROPA. COM (2007) 725 final, de 20 de noviembre de 2007. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Un mercado único para la Europa del siglo XXI y EUROPA. COM (2011) 900 final, de 20 de diciembre, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones: un marco de calidad para los servicios de interés general en Europa.

⁴ Una cuestión metodológica: en este capítulo existen numerosas referencias a Comunicaciones de la Comisión que, como es de conocimiento general, normalmente enumeran los párrafos. Se ha prescindido de efectuar la remisión al párrafo a pie de página, bajo la convicción, por experiencia propia, de que el análisis de estas decisiones se facilita si la referencia forma parte del continuo de la lectura, de tal suerte que, se ha considerado idóneo incluirla, dentro del propio texto, entre paréntesis. En el caso de Comunicaciones que no tengan numerados los párrafos, se alude, o bien al número del epígrafe (en cuyo caso se usa la notación (ep.**), o a la página, evento en el que se utiliza (p.**).

industria europea y a la cohesión económica, social y territorial.” (8 y 54). En la Com2001, por su parte, se pone de relieve el carácter de componente esencial del modelo europeo de sociedad de estos servicios, su contribución a la calidad de vida de los ciudadanos y su condición de requisito indispensable para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos (1). En el Libro Verde de 2003, al tiempo que se recordaba la importancia de estos servicios de cara a la lucha contra la exclusión y aislamiento social (2), su doble condición de pilar de la ciudadanía europea (2) e instrumento al servicio del ejercicio de derechos fundamentales (3) se reseñaba “El proceso de integración europea nunca ha puesto en tela de juicio la responsabilidad primaria de los poderes públicos, ni su capacidad para decidir las modalidades que considere oportunas en materia de regulación de las actividades de mercado” (26 y 11) “El Tratado no menciona el funcionamiento de los servicios de interés general dentro de los objetivos comunitarios y no atribuye a la Comunidad competencias positivas específicas en este ámbito [29], de tal suerte que la definición, organización financiación y supervisión de los servicios de interés general incumbe primariamente a las autoridades nacionales, regionales y locales” (31).

A su turno, en el libro Blanco se reiteran los objetivos de competitividad de la economía europea, cohesión social y territorial y la condición de elemento del haz de facultades derivadas de la ciudadanía europea (ep. 2.1) y se define el marco de colaboración de las dos instancias: La Comisión velará porque la Unión Europea siga aportando una contribución positiva al desarrollo de los servicios de interés general, que forman parte del modelo europeo, respetando, al mismo tiempo, la diversidad de tradiciones, estructuras y situaciones existentes en los Estados Miembros (ep. 2.1; p. 5), entre otras razones porque “en el debate sobre el Libro Verde hubo amplio consenso en considerar innecesario que se confiera a la Comunidad poderes adicionales en lo que respecta a los servicios de interés general.” (ep. 2.3).

En la Com2007 se define como ámbito de acción de la UE el siguiente: “de conformidad con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, la UE interviene en el marco de las competencias que le confiere el Tratado y en el grado que es requiere. Su actuación respeta la diversidad de las situaciones existentes en los Estados miembros y el papel que compete a las autoridades nacionales, regionales y locales en cuanto a garantizar el bienestar de los ciudadanos y favorecer la cohesión social,

garantizando al mismo tiempo opciones democráticas respecto del nivel de calidad del servicio, entre otras cosas. “(ep. 2.1).

Recientemente, en la Com 2011, se señalaba que el artículo 14 “(...) crea la posibilidad de que la Unión legisle en el ámbito de los servicios de interés económico general estableciendo los principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido, mediante reglamentos y con arreglo al procedimiento legislativo ordinario. Deja claro que cualquier reglamento de este tipo debe ser «sin perjuicio de la competencia de los Estados miembros, dentro del respeto a los Tratados, para prestar, encargar y financiar dichos servicios». Con ello se reconoce que la decisión sobre la organización, la prestación y la financiación de estos servicios corresponde en primer lugar a los Estados miembros a escala nacional, regional o local. Varias consultas públicas y un diálogo permanente con las partes interesadas seguirán explorando la necesidad de una normativa basada en el artículo 14 del TFUE. En el momento actual parece existir un consenso de que no es una prioridad inmediata”. (p.5)

Como se evidencia de la lectura de estos antecedentes de derecho atípico comunitario⁵, la importancia de la actividad y su vinculación con varios bienes jurídicos derivan en una correlativa delimitación de las competencias de las instancias de poder con interés en la materia, sin que tal definición sea un asunto resuelto de manera absoluta, ni pacífica: se trata de un tema abierto a debate que refleja muy bien la proverbial pugna entre las instancias de poder, comunitario y nacional, por deslindar el ejercicio de sus competencias⁶. En este escenario concreto, la Comisión se muestra muy proclive a

⁵ La acepción, fuente atípica de derecho comunitario, se emplea en el capítulo de fuentes de Derecho Administrativo, que forma parte de las Lecciones de Derecho Administrativo del profesor PAREJO, para diferenciarlo del Derecho típico (Reglamentos y Directivas). En este capítulo se emplearán, indistintamente, esta acepción y la de *soft law*, para referirnos a las Comunicaciones de la Comisión, las Resoluciones del Parlamento Europeo, o los Dictámenes de los Comités económico y social europeo y de las regiones, relativos a los servicios de interés general. PEDRAZA CÓRDOBA, Juanita. Fuentes de Derecho Administrativo. PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 59-89.

⁶ PROSSER alude a este debate en el marco de su exposición sobre el conflicto entre el modelo basado en la competencia y el modelo fundado en el servicio público, dentro de la que cabe relevar la cita a KAREL VAN MIERT, Comisionado para la Competencia, quien alzaba la voz sobre la necesidad de defender a la

definir un marco jurídico común de referencia, cuyo alcance varía, primero, en función al sector de que se trate, toda vez que sí se constata la presencia de un interés comunitario en la provisión del servicio, su definición y organización, así como su financiación, competen a la Unión⁷, y segundo, a medida que se profundiza en las condiciones de integración económica y política en la Unión y se verifican las sensibilidades políticas de los Estados miembros sobre los distintos aspectos que integran el régimen jurídico de los servicios de interés general (noción, contenido, organización, financiación, control) ⁸. Se pretende que este marco jurídico sirva de orientación y, a su

Comisión de los cargos de máquina liberalizadora, ultra liberal y dogmática. PROSSER, Tony. *The limits of Competition Law. Markets and public services*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p.156.)

7 Este es el caso de las comunicaciones electrónicas y de otros servicios de interés económico general de los denominados de territorio o de red, tales como, la electricidad, servicios postales, gas, etc.

8 La creación de un marco común sobre los servicios de interés general ha sido objeto de debate desde la Com96 en la que se afirmaba que varios sectores presentaban una dimensión transnacional, que apuntaba a que la satisfacción del interés general no podía garantizarse, óptimamente, a nivel nacional, mientras que otros estaban vinculados con intereses a nivel europeo (ordenación del territorio, protección del medio ambiente) (63); en estos casos, la Comunidad podría adoptar iniciativas destinadas a facilitar la coordinación de los organismos nacionales de interés económico general, relativos, por ejemplo, a las condiciones de financiación pública y los sistemas de control, prescindiendo de la posibilidad de definir un concepto común de obligaciones de servicio público y servicio universal (64). En el informe al Consejo de Laeken [COM 82001] 598 final], por su parte, la cuestión también se aborda desde la perspectiva de la financiación y se alude a la necesidad de mejorar la seguridad jurídica, mediante la regulación de las ayudas estatales, en dos fases, un marco general y un reglamento de exenciones (27, 28 y 29). Adicionalmente, se parte de la idoneidad de un enfoque sectorial, más que de directiva marco, ante el reconocimiento de la diversidad material y organizativa de los servicios, reservándose la posibilidad de efectuar un tratamiento horizontal sobre los mecanismos de protección a los consumidores (51). En el Libro verde [COM (2003) 270 final] ya se habla de la posibilidad de expedir una directiva marco de principios y objetivos comunes a varios tipos de servicios de interés general en ámbitos de competencia comunitaria (38) basados en elementos comunes a las legislaciones sectoriales, que tendrían, sin embargo, sólo el valor simbólico de evidenciar la existencia de un planteamiento común comunitario, toda vez que el art. 14 del TFUE no constituye fundamento para la adopción de un instrumento jurídico específico (39 y 40) y se alude al concepto de servicio universal comunitario (50-63). En el Libro Blanco, por su parte, se concluye que no es oportuno presentar una propuesta de Directiva Marco (4.1), sin perjuicio de que se aborde un enfoque horizontal en lo que respecta a los intereses de los consumidores, el seguimiento y evaluación de los servicios y a la financiación. A la fecha, este enfoque horizontal se ha alcanzado en el ámbito de las ayudas

turno, como referente de control⁹ de la acción de los Estados Miembros en relación al ejercicio de las competencias que, formal o materialmente, no se le disputan (definición, organización y financiación de los servicios), enarbolando como justificación la salvaguardia de las condiciones de competencia del mercado único y la compatibilidad de este objetivo con la realización del interés general, al tiempo que los Estados miembros, en especial Francia¹⁰, manifiestan su reticencia a ceder su soberanía material en el ejercicio de dichas competencias.

En un ámbito signado por elementos conflictivos tan latentes, no resulta inusual que las partes alcancen soluciones de compromiso, más políticas que jurídicas, generalmente en el marco de negociaciones más amplias, cuya juridificación arroje, entre otros resultados, la consagración de definiciones tan ambiguas que admitan varias opciones interpretativas, de tal suerte que no se erijan como un obstáculo para el desarrollo ordinario de un debate que se asume sempiterno. En esta explicación puede radicar la

estatales, como lo pone de relieve la adopción de las COM (2011) 146 final sobre la reforma de las normas de la UE en materia de ayudas estatales aplicables a los servicios de interés económico general.

9 Las funciones de control abarcan no sólo a las decisiones derivadas del ejercicio de competencias de vigilancia del cumplimiento de las normas del Tratado, sino que se extienden hasta el plano de los efectos. Así, desde la COM (1996) 443 final, ya se mencionaba la necesidad de crear instrumentos de evaluación del funcionamiento y resultados y competitividad de los servicios de interés general (60), intención que se reitera en la COM (2000) 580 final (59), entendiéndose que existe un fuerte respaldo político a acciones de esta naturaleza, como el manifestado por los representantes de los Estados en el Consejo Europeo de Niza [COM (2001) 598 final (5)], posición que se mantiene vigente, a la vista de lo manifestado en el libro Verde (94 – 98), en el Libro Blanco (4.5), en la Resolución del Parlamento de 2004 (50-53) y, recientemente en la Com (2007) 725 final (pág. 11, apartado 4) “*hay que concentrarse cada vez más en la correcta transposición y aplicación de las normas de la UE, insistiendo más en el control de los resultados para los usuarios y los consumidores, la difusión de la información y el intercambio de prácticas, la supervisión de la aplicación y la evaluación de la actuación*”.

10 Sobre la posición francesa acerca de los SIEG puede verse MORAL SORIANO, Leonor. El encuentro del servicio público con los servicios de interés económico general. *Civitas: Revista española de Derecho Europeo*, núm. 12, 2004, p. 545 y 546, MOLINA DEL POZO, C. Los servicios de interés general en el Derecho comunitario. Especial referencia a su regulación en el Tratado de Amsterdam. *Cuadernos europeos de Deusto*, núm. 21, p. 154, PROSSER; the limits ... p. 98-113. MIGUEZ MACHO, Luis. Los servicios de interés general en la Unión Europea: perspectivas de evolución, comentario al Libro Blanco de la Comisión sobre los servicios de interés general. *Revista general de Derecho Europeo*, núm. 8, octubre de 2005, p. 10

clave de la ausencia de una definición positiva de esta categoría y, en general, del tratamiento jurídico del que ha sido objeto, que coloca al operador jurídico en situación de sostener varias posturas sobre esta materia, ajustándolas a la casuística y a las características de los tiempos y de los lugares.

La cuestión entonces comienza por reconocer que si bien la seguridad y certidumbres jurídicas han sido demandadas por los operadores jurídicos, en especial en el ámbito de la aplicación de las reglas relativas a las ayudas estatales¹¹, lo cierto es que la propia Comisión ha reconocido la imposibilidad e inconveniencia de “*acuñar una definición europea única y global del contenido de los servicios de interés general*”¹² posición que es compartida por el Parlamento Europeo “*es imposible definir los SIG de manera*

11 La necesidad de alcanzar mayor certidumbre jurídica alrededor de los servicios de interés general ha sido reconocida por el Parlamento Europeo: “*en la interpretación de las disposiciones específicas de los Tratados relativas a los servicios de interés económico general (como el apartado 2 del artículo 106 del Tratado TFUE), ni la Comisión, ni la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, han garantizado todavía la seguridad jurídica ni un marco operacional suficientemente coherente*” (Resolución de 14 de enero de 2004, considerando K) y las demandas de los operadores jurídicos, en este sentido, constan en las diversas decisiones de la Comisión sobre la materia [Por todas, Com2001/C 17/04 (6) (27-29); Com (2001) 598 final (5); Libro verde (85-92); Libro Blanco (4.2)].

En lo atinente al tema de las ayudas estatales y retomando lo manifestado acerca de que en este ámbito el enfoque horizontal propuesto por la Comisión, a instancia también de los EEMM, ha salido victorioso, es importante revisar, la denominada Decisión SIEG (Decisión de la Comisión 2005/842/CE, de 28 de noviembre de 2005, relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 106, apartado 2, del Tratado CE a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general. *Diario Oficial de la Unión Europea* núm. L 312, de 29 de noviembre de 2005, p. 67-73), el Marco SIEG (Marco comunitario sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público 2005/C 297/04. *Diario Oficial de la Unión Europea* núm. C 297, de 29 de noviembre de 2005, p. 4-7), La Resolución del Parlamento de 2005 (Resolución del Parlamento europeo sobre las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público. *Diario Oficial de la Unión Europea* núm. C 304, de 1 de diciembre de 2005, p. 117-128) y la Comunicación COM (2011) 146 final, de 23 de marzo de 2011, Reforma de las normas de la UE en materia de ayudas estatales aplicables a los servicios de interés económico general. En materia de comunicaciones electrónicas, ese marco general se ve desplazado por la COM 2009/ C 235/04, de Directrices comunitarias para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha. *Diario Oficial de la Unión Europea* núm. C 235, de 30 de septiembre de 2009, p. 7-25.

12 Libro verde (49).

*uniforme en un entorno social y económico tan heterogéneo como el que se encuentra en la UE*¹³ y por el Tribunal de Justicia “*en Derecho comunitario y a los efectos de la aplicación de las normas sobre competencia del Tratado CE, no existe ni una definición legal clara y precisa del concepto de misión SIEG, ni un concepto jurídico consolidado que fije, de manera definitiva, los requisitos que deben cumplirse para que un Estado pueda válidamente invocar la existencia y la protección de una misión SIEG, ya sea en el sentido del primer requisito enunciado en la sentencia Altmark, citada en el apartado 89 supra, ya sea en el sentido del artículo 86 CE, apartado 2.*”¹⁴

A lo anterior se añaden otros factores que introducen mayor complejidad al tema:

1º. Es un régimen que adolece de importantes deficiencias en cuanto a técnica jurídica empujada en su configuración: la propia noción, contenida en el *soft law* y acuñada en los estrados judiciales, no deslinda el *factum* de la consecuencia jurídica (es servicio de interés general, todo aquel al que se le puedan imponer obligaciones de servicio público)¹⁵; mezcla elementos objetivos, con subjetivos para la atribución de consecuencias jurídicas (una empresa es la que realiza una actividad económica); no distingue entre la misión de interés general, propiamente dicha y las manifestaciones de su realización en una actividad concreta (continuidad, universalidad, obligatoriedad, etc), pretende volver objetivos los criterios estimativos del interés (la razones de solidaridad se coligen de la inexistencia de razones de sentido económico).

2º. La ausencia de una norma definitoria de la categoría, en el Derecho comunitario primario o derivado, conduce a la asunción, por la Comisión, del cometido de generar

13 Resolución de 2006 (Considerando G)

14 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 12 de febrero de 2008. Asunto T 289/03, BUPA v CE. Apartado 165.

15 Ha de advertirse que en la COM 2011 se agrega un nuevo ingrediente normativo, la deficiencia del mercado como medio para satisfacer la prestación: Servicio de interés económico general (SIEG): los SIEG son actividades económicas que producen resultados en aras del bien público general y que el mercado no realizaría (o lo haría en condiciones distintas por lo que respecta a la calidad, seguridad, asequibilidad, igualdad de trato y acceso universal) sin una intervención pública. La OSP se impone al prestador mediante una atribución y sobre la base de un criterio de interés general que garantice que el servicio se presta en condiciones que le permiten desempeñar su misión.

un sistema regulador de la materia, a partir del conjunto de decisiones emanadas de los tribunales comunitarios¹⁶. La actividad es *per se* titánica y en esa medida no ha estado desprovista de críticas¹⁷, toda vez que, como lo puesto de presente la doctrina¹⁸, el carácter tópico de la actividad judicial dificulta la búsqueda y hallazgo de una única línea argumental que sirva como estructura lógica soporte de un sistema jurídico.

3º. Un segundo factor que introduce complejidad al estudio de esta categoría, sobre el que también ha llamado la atención la doctrina nacional y foránea¹⁹, es lo que gráficamente el profesor Vaquer denomina la “Babel europea” que “*no contribuye, al menos en este caso, al rigor y a la claridad de sus instituciones jurídicas*”²⁰. La situación a la que se alude no es otra que la confusión terminológica, derivada de las traducciones, en torno a la denominación de las categorías, que cambia, y por ende su sentido, según se revise la versión en inglés o en castellano de las normas comunitarias. En efecto, los “*services of general economic interest*” de la versión anglosajona, han sido traducidos como “servicios de interés económico general”, mientras que los “*non-economic services of general interest*” se traducen al castellano como “servicios de interés no económico

16 Tribunal General y Tribunal de la Justicia de la UE en la actual denominación del TUE y TFUE. Por simplicidad, en este texto siempre se hace alusión al Tribunal de Justicia de la UE.

17 Para una crítica sobre el tratamiento prodigado por las Cortes y la Comisión a este tema puede verse. SOLE, Dita. Services of general economic interest in the EU: a 50 year-battle beetwen liberatization, deregulation and subsidiarity. *European Journal of Law Reform*, vol, V, núm. ¾, p. 335-408. Se reitera lo manifestado por el Parlamento, en la Resolución del 14 de enero de 2004 (considerando K) y en la Resolución de 2006 en la que se advierte “12. Lamenta que el Tribunal de Justicia con su jurisprudencia y la Comisión, mediante su interpretación casuística, determinen las disposiciones en vigor en este ámbito y que, por consiguiente, no haya logrado alcanzarse la seguridad jurídica necesaria, ni la adecuada transparencia.”.

18 Por todos, VAQUER, Marcos. Los problemas de la contraposición entre los económico y social en la doctrina europea de los servicios de interés general. *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 8, 2005. VAQUER, Marcos. De nuevo sobre la doctrina europea de los servicios de interés general: los problemas para definir la familia de los servicios sociales y su aplicación en materia de vivienda. *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 25, 2010, p. 1-19. FIEDZIUCK, Natalia. Services of general economic interest and the Teatry of Lisbon: opening doors to a whole new approach or maintaining the “status quo”. *European Law Review*, núm. 36, 2. 2011, p. 226-242.

19 Ibid nota supra.

20 VAQUER; 2010, nota 16.

general”. Esta cuestión, aparentemente superflua, adquiere importancia sí, como lo señalan los profesores VAQUER²¹ , FIEDZIUK²² y BUENDIA SIERRA, citado por PROSSER²³ hay motivos para considerar que la calificación de “económico” o “no económico” se efectúa, no sobre el servicio, sino sobre el interés, de tal suerte que la operación hermenéutica realizada, sobre uno u otro objeto puede arrojar resultados diferentes. Advierte el profesor M. VAQUER que *“tanto el Tribunal de Justicia como la Comisión reformulan la categoría y pasan a adjetivar como económico o no al servicio o actividad mismos, con los problemas tanto dogmáticos como prácticos que he venido ilustrando en esta exposición. En mi opinión, en esta diferencia sintáctica, aparentemente inocua se halla la clave de la necesaria reconstrucción de la distinción misma. A efectos de la apertura al mercado interior, lo importante no es la economicidad de la actividad, sino del interés general al que sirve su configuración. (...) la ratio de la distinción, lejos de agotarse en la naturaleza de la actividad, obedece más bien a la diversa ponderación de los intereses generales a los que sirve. No es, en suma, una diferencia económica, sino jurídica”*²⁴.

4º. Siguiendo el rastro de los efectos de la Babel europea se advierte otro factor que introduce complejidad al sistema: la categoría de los servicios de interés económico general se perfila, dada su consagración en el artículo 106.2 TFUE, en el marco de las normas de competencia dentro del Tratado. Trátese de una excepción, o de un régimen especial²⁵, lo cierto es que la verificación de la presencia de los elementos que integran el

21 VAQUER; 2005, p. 14

22 FIEDZIUK; p. 7

23 Nota 14 al cap.7 PROSSER: The Limits: 2005; p. 156.

24 VAQUER, 2005, p. 14.

25 Como defensor por antonomasia del carácter especial del régimen DE LA QUADRA SALCEDO, Tomás. *Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y Constitución Económica Europea*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995. 173p. p. 118 y ss. DE LA QUADRA SALCEDO, Tomás. Servicios públicos versus servicios de interés económico general tras el Tratado de Amsterdam. *Boletín Aranzadi Administrativo*, núm. 4, 1998. DE LA QUADRA SALCEDO, Tomás. Estado y mercado en un mundo global. *Cuadernos de derecho público*. núm. 25, 2005, p. 55-106. DE LA QUADRA SALCEDO, Tomás. Servicios de interés general, misión pública, interés común y ayudas públicas a la extensión de la banda ancha, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 313, (feb. 2011), p. 3-22 . En el mismo sentido, STANCIUTE, J. The status of services of general economic interest in the European Community citado por SOLE, Dita. Services of general

factum de la regla contenida en el art. 106.2 TFUE dan como resultado la inaplicación de las normas en materia de abuso de posición de dominio (TFUE; art. 102), acuerdos contrarios a la libre competencia (TFUE; art.101) y ayudas estatales (TFUE; art. 107), sólo hasta el punto y en la medida que ello resulte necesario para acometer la misión de interés general confiada a la entidad cuyo comportamiento se analiza. Así las cosas, como se esclarecerá posteriormente, la noción nace y se decanta desde la perspectiva de la compatibilidad del mercado con la realización de los objetivos públicos como premisa y la obligación de los Estados Miembros de demostrar, con mayor o menor grado de certidumbre y detalle, el grado de incompatibilidad entre uno y otro objetivo²⁶.

Lo anterior no es óbice para afirmar que el reconocimiento de una suerte²⁷ de derecho de acceso a los servicios de interés económico general en la Carta de Derechos

economic interest in the EU: a 50 year-battle between liberalization, deregulation and subsidiarity. *European Journal of Law Reform*, vol, V, núm. ¾, p. 335-408

Sobre el carácter de excepción, PAREJO ALFONSO, Luciano. Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 7 – 2º semestre 2004. VAQUER; 2010, p. 1-19. LAGUNA DE PAZ, J. Carlos. “Interés general (nacional e interés comunitario” En: LAGUNA DE PAZ, J.C. *Servicios de interés económico general*, Madrid. Civitas, 2009, p. 227-243. SOLE, Dita. Services of general economic interest in the EU: a 50 year-battle between liberalization, deregulation and subsidiarity. *European Journal of Law Reform*, vol, V, núm. ¾, p. 335-408. PROSSER, Tony. Competition law and public services: from single market to citizenship rights?. *European Public Law*, vol. 11, Issue 4, 2005, p. 543-563. ROSS, Malcom. Art. 16 E.C. and services of general interest: from derogation to obligation?. *European Law Review*, vol. 25, Issue 1, 2000, p. 22-38.

26 En el asunto C 265/08, Sentencia de 20 de abril de 2010, la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea establecía que el art. 106.2 pretendía “*conciliar el interés de los Estados miembros en utilizar determinadas empresas, en particular del sector público, como instrumento de política económica o social con el interés de la Unión en la observancia de las normas sobre la competencia y en el mantenimiento de la unidad del mercado común (véase, en ese sentido, la sentencia de 21 de septiembre de 1999, Albany, C 67/96, Rec. p. I 5751, apartado 103 y jurisprudencia citada)*”..

27 Se efectúa la precisión toda vez que, como lo ha señalado la profesora FIEDZIUK, no es claro que, de los términos como quedó redactada la posición de la Unión con respecto al acceso a los servicios (reconoce y respeta), se pueda inferir la consagración de una garantía o de un derecho efectivo: “*If this provision is read carefully, it transpires that its wording, though imprecise, does not suggest the creation of any positive rights for consumers of SGEI to demand these services, nor does it impose any corresponding obligations on Member States to provide them. It simply stipulates that the Union “recognizes and respects” access to SGEI. The formulation of this article should be regarded as the outcome of a political compromise which does not*

Fundamentales de la Unión (art. 36) y la inclusión, mediante el Tratado de Amsterdam, del artículo 14 del TFUE en el que se reconoce un lugar especial dentro de los valores comunes de la Unión, así como la firma del Protocolo 26 anejo al de Lisboa, han hecho considerar, a parte de la doctrina²⁸, que se ha operado un cambio, más o menos sustancial, según la opinión que se consulte²⁹, en relación al marco delimitador de la

in any way legitimacy claims of a significant legal shift in the approach to SGEI that have been increasingly put forward following the entry into force of the Lisbon Treaty". FIEDZIUK; p.9. PROSSER también apunta este hecho, pero sí le atribuye un efecto concreto a la consagración "*Apart from vagueness of the terms "recognize and respects", the Community lacks the competence and resources necessary to guarantee social rights of this kind, as Buendia Sierra has pointed out. Thus the effect of the article can only be to reinforce article 16 by imposing a negative obligation not to hinder the actions of Member States promoting such access*". (PROSSER: the limits... p. 163)

28 Por todos, (PAREJO; 2004), (VAQUER; 2010); (DE LA QUADRA SALCEDO; 1998); DIEZ PICAZO, Luis M. La idea de servicios de interés económico general. *Civitas: Revista española de Derecho Europeo*, 2002, p. 249-258. MORAL SORIANO, Leonor. El encuentro del servicio público con los servicios de interés económico general. *Civitas: Revista española de Derecho Europeo*, núm. 12, 2004, p. 539-562; LAGUNA DE PAZ, *Servicios de interés general* p. 51-55 Solé; (ROSS; 2000); (PROSSER; Competition).

29 Así, para el Dr. PAREJO, la inclusión del art. 14 "*debe determinar un verdadero replanteamiento de la interpretación y aplicación del artículo 86 y conexos TCE. (...) de tal suerte que la manera como se organice la encomienda de la misión de interés general a la que alude el art. 106.2 (ex 86.2 TCE) determinará la compatibilidad de su suministro con las reglas del mercado.*" (PAREJO; 2004, p. 62)

Para el profesor M. VAQUER, citado, en este punto, por el profesor Parejo, las reformas introducidas por el Tratado de Amsterdam y de Lisboa, si bien no han modificado el carácter excepcional del régimen contenido en el art. 106.2 TFUE, sí que inciden en su aplicación, toda vez que el carácter jurídico, de principio, del art. 14, impone la obligación al operador jurídico de aplicar la regla del 106.2 observando su contenido. Esta interpretación sistemática debe redundar en una flexibilización de las condiciones que dan origen a la inaplicación de las reglas del Tratado. (PAREJO; 2004, p. 62)

Para el Dr. DE LA QUADRA, "*esa conexión con valores, y esa autonomía de que se dota al nuevo artículo 7 D [hoy art. 14], llevan de inmediato a rechazar una primera tendencia a considerar que estemos ante un artículo de puro adorno o de pura concesión verbal a los países que, en momentos difíciles, han continuado sosteniendo su filosofía de los servicios públicos y entre ellos, notoriamente, Francia. No puede tratarse de un brindis al sol, de una pura logomaquia o juego de palabras.(...) el establecimiento de servicios de interés general es una técnica tradicional que, en la medida que corresponde a finalidades que entroncan con valores propios del modelo europeo de sociedad, no puede ser menospreciado ni subordinado a una supuesta preferencia absoluta por la competencia en los Tratados fundacionales, como única forma de organización y prestación de todo tipo de servicios cualquiera sea su naturaleza (...) esos valores de*

solidaridad están presentes también en las técnicas de servicio universal y de otras obligaciones de servicio público (...) la cuestión será si esas técnicas son suficientes (...) para rellenar y satisfacer los valores de solidaridad y cohesión que han sido elevados de valor normativo al incorporarlos al articulado del Tratado” (DE LA QUADRA SALCEDO; 1998, p.3)

Señala Dra. MORAL SORIANO que el artículo 14 redefine la técnica ya que ésta no puede construirse sólo en términos de integración negativa (animada por la necesidad de eliminar obstáculos al mercado interior) sino que ha de edificarse también sobre su carácter de contribución a la cohesión social y económica (MORAL:2004, p. 553). Toda vez que carece de la fuerza normativa del art. 106.2 TFUE, el art. 16 TFUE no tiene la vocación de eliminar el modelo de integración negativa, pero sí permite colocar a los SIEG como instrumento de integración positiva, de modo que, *“la regulación comunitaria de los SIEG tanto para crear, pero sobre todo para corregir el mercado está ahora justificada”* (MORAL: 2004, p.546)

DIEZ PICAZO releva el carácter de principio del art. 14 TFUE para concluir que actúa como contrapeso axiológico de la competitividad como objetivo de la Unión (DIEZ PICAZO; p.251)

LAGUNA DE PAZ, comentando el devenir normativo, afirma que la Comunidad, sin rectificar la línea de liberalizaciones emprendidas en la segunda mitad de los ochenta, ha reconocido la trascendencia del mantenimiento de un régimen universal y de calidad en la prestación de los SIEG y en caso de que no lo haga el mercado, estos objetivos deben ser asegurados por los poderes públicos. (LAGUNA DE PAZ; los servicios ..., p. 52).

SOLE considera que el artículo no genera ningún cambio en el tratamiento de los SIEG teniendo en cuenta que la Declaración 13, aneja a Amsterdam, indica que la previsión del artículo 14 debe ser implementada de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte de Justicia y que resulta llamativo que en cinco años (por la fecha de publicación del artículo) de vigor no se hubiera empleado como fundamento jurídico. Citando a A.Jones, *the description of article 16 as “triumph for ambiguous drafting and diplomacy” in order to achieve balance between multiple interests in the Community proves to be true*. (SOLE; p. 342).

Para PROSSER la inclusión del art. 14 constituye un paso importante en la definición de objetivos extraeconómicos dentro de la arquitectura de la Unión. (PROSSER; The limits, p. 34) y junto con la inclusión del derecho de acceso en la Carta de Derechos Fundamentales, constituye un refuerzo al reconocimiento del peso del rol que tiene el servicio público como límite al alcance de los valores del Derecho de la competencia, de forma tal que se da un cambio de perspectiva, desde la valoración negativa del rol de un servicio de interés general como restricción a la competencia, a su reconocimiento como un valor positivo que convive con el resto dentro del sistema (PROSSER; The limits, p.140).

ROSS plantea tres posibles interpretaciones: que se trate de una declaración política, opción que rechaza al considerar que no era esta la intención de los promotores de la modificación; una segunda, apunta a un fortalecimiento de la competencia de los EEMM sobre este punto, empero la redacción del art. 14 apunta a que se trata de un criterio para la actividad de control de la Comisión sobre dichas decisiones; así llega a la conclusión de que esta norma consagra un deber, para los dos niveles de poder, de generar las condiciones para que los servicios alcancen sus finalidades. (ROSS; 2000)

noción, de tal suerte que, el análisis de la compatibilidad (mercado, misión de interés general) puede arrojar interesantes y novedosos resultados. Llama la atención en este punto, y es ello lo que se estima que constituye una dificultad añadida en la formulación del tema, que no existan decisiones judiciales que permitan respaldar, de manera concluyente, alguna de las posturas doctrinales sobre el alcance de las mutaciones que pueden estarse operando sobre la noción, ni siquiera 12 años después de entrar en vigor el art. 14 TFUE, como si, en alguna medida, los jueces comunitarios quisiera eludir la clarificación de este extremo, parapetándose tras la interpretación aislada del artículo 106.2 TFUE³⁰. En suma, pese a existir evidencias (cambios normativos, decisiones judiciales puntuales, etc.) sobre el carácter proteico de la categoría, la cuestión, a día de hoy, sigue tratándose desde la perspectiva de la compatibilidad entre los objetivos públicos y el mercado³¹.

4º. Así mismo, el esfuerzo clarificador que ha desplegado, de manera infructuosa, la Comisión, la ha llevado a perfilar otras categorías, tales como, los servicios de interés

³⁰ En los asuntos acumulados T 309/04, T 317/04, T329/04 y T 336/04, se alude a esta cuestión, haciendo una relación de los casos en los que se ha planteado la aplicación de la norma, sin extraer, tampoco, ninguna conclusión definitiva. Se señala: “*la importancia de los SIEG para la Unión Europea y la necesidad de garantizar el buen funcionamiento de los mismos han sido destacadas por la inserción en el Tratado CE, por el Tratado de Ámsterdam, del artículo 16 CE (véanse, en este sentido, las conclusiones del Abogado General Alber en el asunto en que recayó la sentencia de 17 de mayo de 2001, TNT Traco, C 340/99, Rec. pp. I 4109 y ss., especialmente p. I 4112, punto 94; del Abogado General Jacobs en los asuntos en que recayeron las sentencias del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 2001, Ambulanz Glöckner, C 475/99, Rec. pp. I 8089 y ss., especialmente p. I 8094, punto 175, y de 20 de noviembre de 2003, GEMO, C 126/01, Rec. pp. I 13769 y ss., especialmente p. I 13772, punto 124, y del Abogado General Poiares Maduro en el asunto en que recayó la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 2006, FENIN/Comisión, C 205/03 P, Rec. pp. I 6295 y ss., especialmente p. I 6297, punto 26, nota a pie de página nº 35; véase también el auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 28 de mayo de 2001, Poste Italiane/Comisión, T 53/01 R, Rec. p. II 1479, apartado 132).*” TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 22 de octubre de 2008. Asuntos acumulados T 309/04, T 317/04, T329/04 y T 336/04, (apartado 102)

³¹ Lo reafirma la definición de SIEG que consagra la Com 2011 que incluye la consideración de que se trata de actividades económica que le mercado no realizaría sin intervención pública.

general y los servicios sociales, reconocidas en el derecho atípico comunitario³², y condujo, entre otras causas, a la consagración de la categoría de servicios de interés no económico general, como parte del derecho primario (Protocolo 26), nociones todas que, al no estar reguladas por el art. 106.2 TFUE, invitan a pensar que, pese a estar construidas a su amparo, exceden la visión de la compatibilidad con el mercado, y generan varios puntos de inflexión en el sistema. El más neurálgico de ellos quizás es la comprensión del alcance del *factum* del art. 2 del Protocolo 26, cuya consecuencia jurídica (*Las disposiciones de los Tratados no afectarán en modo alguno a la competencia de los Estados miembros para prestar, encargar y organizar servicios de interés general que no tengan carácter económico*) ostenta la mayor relevancia que se puede alcanzar dentro del funcionamiento del sistema jurídico comunitario: los servicios de interés no económico general constituyen un ámbito de la actividad de los Estados Miembros, que está exento de la aplicación de las reglas del Tratado, atinentes al mercado interior y a la competencia.

En suma, resulta esencial al momento de abordar el análisis de esta categoría, reconocer su marcado carácter político del que dimana, entre otras consecuencias, la calculada ausencia de claridad sobre este asunto, configurada, paradójicamente, desde los esfuerzos de la Comisión por dotar de seguridad jurídica al sistema.

II. NOCIÓN Y ELEMENTOS

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 2.1 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, las telecomunicaciones son servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia. De acuerdo con la definición aportada por la normativa comunitaria³³, un servicio es de interés general³⁴ cuando, hallándose o

32 A juicio de MIGUEZ MACHO, “*se trata de un trasunto de la distinción tradicional en ordenamientos jurídicos como el italiano o, en menor medida, el español, entre los servicios públicos de relevancia económico empresarial y los servicios públicos en su conjunto, que también abarcan los de tipos social y asistencial cuya prestación se organiza al margen del mercado*”. MIGUEZ MACHO, Luis. Los servicios de interés general en la Unión Europea: perspectivas de evolución, comentario al Libro Blanco de la Comisión sobre los servicios de interés general. *Revista general de Derecho Europeo*, núm. 8, octubre de 2005, p. 14.

33 Efectuada esta precisión puede indicarse que las definiciones sobre servicio de interés general, servicio económico de interés general y servicio universal no han sufrido variaciones significativas desde las primeras

no sujeto a la disciplina del mercado, las autoridades públicas lo consideran de interés general y por ende, lo someten a obligaciones específicas de servicio público. Dentro del conjunto de estos servicios se concretan los de interés económico general, nombrados en los artículos 14 y 106.2 del Tratado³⁵, que agrupan aquellas prestaciones relacionadas con intereses de naturaleza económica³⁶ a las que los Estados Miembros o la Unión imponen obligaciones específicas de servicio público en virtud de un criterio de interés general.

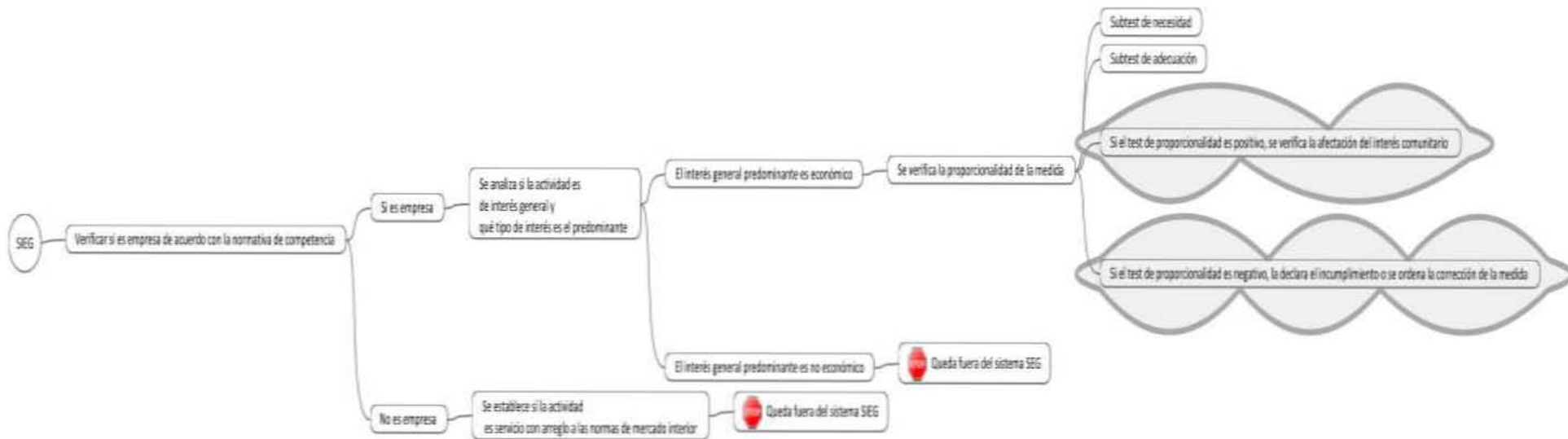
Para llegar a la conclusión de que una actividad en concreto se halla incurso en el supuesto de hecho regulado en el art. 106 TFUE, los Tribunales agotan fases que se sintetizan gráficamente a continuación, para luego proceder a su análisis, dentro del marco de esta investigación.

manifestaciones regulatorias sobre la materia hasta nuestros días. Empero, sí que cabe destacar, que en la COM (2011) 900 final, la definición de los SIEG se ha visto nutrida considerablemente, al incluir aspectos (como la deficiencia del mercado), dentro de la propia noción, que previamente sólo se habían tratado de manera tangencial.

34 En el Libro Verde sobre los servicios de interés general, COM (2003) 270 final, se define el servicio de interés general, con mayor amplitud que la reconocida a los servicios de interés económico general (concepto que aparece en el derecho originario, aunque sin una definición explícita), para indicar que abarca servicios, sometidos o no a la disciplina del mercado, que las autoridades públicas consideran de interés general y están sometidos a obligaciones específicas de servicio público (apartado 1.1.16), entendiendo por tales, aquellas específicas impuestas a un proveedor con el fin de garantizar la consecución de ciertos objetivos de interés público (apartado 1.1.20).

35 Se hace alusión al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, vigente, junto con el Tratado de la Unión Europea, desde el 1 de diciembre de 2009.

36 (PAREJO; 2004).



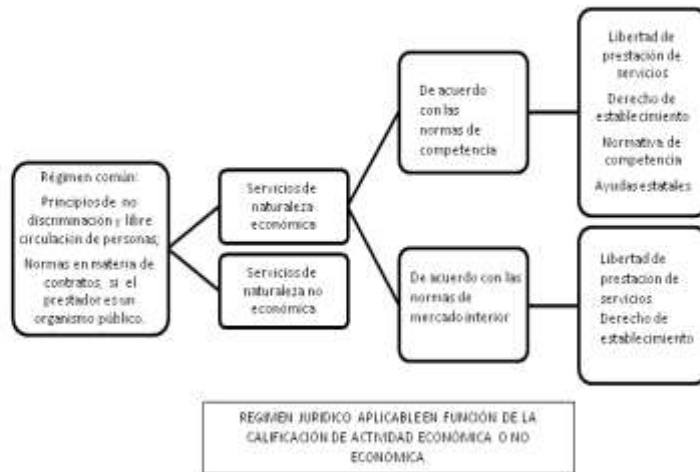
A. La empresa como sujeto de la previsión contenida en el art. 106.2 TFUE: un elemento subjetivo definido desde el objeto.

La primera cuestión que debe resolverse es sí la actividad es desarrollada por una empresa³⁷, a la luz del Derecho de la competencia, ésto es, si quien interviene en la situación que se analiza es una entidad que realiza una actividad de oferta de bienes y servicios en un mercado, actividad que se califica como de carácter económico³⁸. En esta fase analítica se recurre al elemento objetivo (actividad económica) para llegar a una conclusión sobre el elemento subjetivo (empresa).

Ha de referirse, previo el análisis de lo que se considera actividad económica para el Derecho Comunitario que, uno es el sentido de esta noción desde la perspectiva del Derecho a la competencia y otro desde las libertades del mercado (TFUE; arts. 49 y 56). Según recoge la Com 2007 (p.5), en el ámbito de las normas de competencia, lo que determina la diferencia entre económico y no económico no es el sector o el estatuto de la entidad que presta el servicio, ni la forma como se financia, sino la naturaleza de la actividad. Para hacer la distinción entre naturalezas, el Tribunal tiene en cuenta un grupo de criterios relacionados con las condiciones de funcionamiento del servicio, por ejemplo, la existencia de un mercado, la presencia de prerrogativas estatales u obligaciones de solidaridad. Así, una misma empresa puede dedicarse al desarrollo de actividades económicas y no económicas, que resultan diferenciables desde una perspectiva funcional. Por su parte, para las normas de mercado interior, la característica principal de una actividad económica es que su provisión sea remunerada, aún cuando quien remunera no sea el usuario del servicio. En este caso, el carácter económico no depende de la naturaleza de la actividad, sino más bien de la forma en que ésta se presta, organiza y financia (p.6).

37 La definición de empresa debe ser estricta, toda vez que el art.106.2 constituye una excepción al régimen general de competencia. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 17 de julio de 1997. Asunto C 242/95, apartado 50.

38 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 12 de septiembre de 2000. Asuntos acumulados C-180-184/98, apartado. 77, Pavel Pavlov y otros/Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten; TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (sala octava ampliada). Sentencia de 17 de diciembre de 2008. Asunto T 196/04, apartado 87.



Como se evidencia claramente, tras el análisis de la gráfica previa, la atribución del carácter de “actividad económica”, con arreglo a lo dispuesto en el normativa de competencia, implica la sujeción a dicho régimen jurídico y a las reglas generales del mercado interior, mientras que sí la actividad no es por su naturaleza económica, pero está organizada como tal, esto es, se califica como económica, pero desde la perspectiva de las normas de mercado interior, sólo estará sujeta a dichas reglas.

Pese a la aparente simplicidad del planteamiento anterior, lo cierto es que la definición del régimen jurídico que resulta aplicable a una actividad en concreto, a la vista de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia, no resulta tarea fácil, como se pretende dejar constancia en los párrafos subsiguientes.

1. Actividad económica en el sentido de las reglas del mercado interior

El concepto de servicio, que integra el *factum* de los artículos 49 y 56 TFUE, parte de dos elementos básicos: se trata de una prestación (para diferenciarlo de mercancía) remunerada³⁹.

En cuanto a la prestación puede señalarse que su *“puede abarcar servicios de muy distinta naturaleza, incluidos los servicios cuya prestación se efectúa durante un período prolongado, incluso de varios años, por ejemplo cuando se trata de servicios prestados en el marco de la construcción de un gran edificio. Asimismo, pueden constituir servicios en el sentido del Tratado las prestaciones que un operador económico establecido en un Estado miembro realiza de manera más o menos frecuente o regular, incluso durante un período prolongado, para personas establecidas en uno o varios Estados miembros, como por ejemplo la actividad remunerada de asesoramiento o de consulta”*.⁴⁰

Sobre el carácter remunerado de la prestación, puede advertirse *“que ésta constituye la contrapartida económica de la prestación considerada que se determina entre el prestador del servicio y el destinatario del mismo”*⁴¹, pero que *“no es necesario, a este respecto, que el prestador persiga el objetivo de obtener un beneficio”*⁴², ni que sea el

39 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 11 de septiembre de 2003. Asunto C 06/01, apartado 47.

40 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sala Quinta. Sentencia de 11 de diciembre de 2003. Asunto C-364/01, apartado 30.

41 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, Gran Sala. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Asunto C 169/08. Presidente del Consiglio dei Ministri contra Regione Sardegna (apartado 23). véanse las sentencias de 27 de septiembre de 1988, asunto 263/86, Humbel y Edel, apartado 17; Sentencia de 7 de diciembre de 1993, asunto C-109/92, Wirth, apartado 15; Sentencia de 22 de mayo de 2003, Asunto C-355/00, Freskot, apartados 54 y 55; Sentencia de 26 de junio de 2003, asunto C-422/01, Skandia y Ramstedt, apartado 23; Sentencia de 11 de septiembre de 2007, Schwarz y Gootjes-Schwarz, asunto C-76/05, apartado 38, y Sentencia de 11 de septiembre de 2007, Comisión/Alemania, C-318/05, apartado 67. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sala cuarta, Sentencia de 11 de marzo de 2011, asuntos acumulados C 372/09 y C 373/09, apartado 37.

42 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sala Tercera. Sentencia de 18 de diciembre de 2007. Asunto C281/06. Bundesfinanzhof, apartados 33 y 34 y Sentencia de 12 de julio de 2001, asunto C-157/99, Smits y Peerbooms, apartados 50 y 52.

beneficiario quien directamente asuma el coste de la remuneración⁴³, resulta asimismo indiferente que la contraprestación provenga de una entidad sometida al Derecho Público ⁴⁴, pero no el carácter del recurso, toda vez que “*el Tribunal ha excluido del concepto de «servicios» en el sentido del artículo 50 CE los cursos impartidos por determinados centros que forman parte del sistema de educación nacional y que se financian, total o parcialmente, con cargo a fondos públicos (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Humbel y Edel, apartados 17 y 18, y Wirth, apartados 15 y 16). Así, el Tribunal de Justicia ha precisado que, al establecer y mantener tal sistema de enseñanza pública, financiado por lo general con cargo a fondos públicos y no por los alumnos o por sus padres, el Estado no se propone realizar actividades remuneradas, sino que cumple su misión para con la población en los ámbitos social, cultural y educativo*”⁴⁵ y, en otro caso, explicó que si la contraprestación tiene el carácter de tasa, tampoco puede hablarse de servicio⁴⁶, cuestión que no es equiparable a si se trata de un precio regulado⁴⁷.

El dato de la remuneración, como hecho objetivo, se torna tan definitivo que, en algunos casos desplaza el de la existencia de un ánimo oneroso, como lo puso en evidencia el caso Watts en el que, el hecho de que se hubiere tener que remunerar una prestación médica en un Estado diferente al de origen del afiliado a un sistema público

43 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Gran sala. Sentencia de 11 de septiembre de 2007, asunto C318/05, apartado 70. Sentencia de 26 de abril de 1988, asunto 352/85, Bond van Adverteerders y otros, apartado 16; Sentencia de 11 de abril de 2000, asuntos C-51/96 y C-191/97, Deliège, apartado 56.

44 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sala Tercera. Sentencia de 18 de diciembre de 2007. Asunto C281/06. Bundesfinanzhof apartado 35

45 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Gran sala. Sentencia de 11 de septiembre de 2007, asunto C318/05.

46 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 22 de mayo de 2003. Asunto C-355/00. apartados 56-59.

47 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 11 de marzo de 2011, asuntos acumulados C 372/09 y C 373/09, apartado 38.

de salud, se sobrepuso a la circunstancia de la gratuidad del servicio en el lugar de origen⁴⁸.

En todo caso, el factor remunerativo también es tenido en cuenta en el análisis de la actividad económica, en el sentido de la normativa de competencia: “47. *En este sentido, también es reiterada jurisprudencia que constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado (véanse, en particular, las sentencias de 16 de junio de 1987, Comisión/Italia, 118/85, Rec. p. 2599, apartado 7, y de 18 de junio de 1998, Comisión/Italia, C-35/96, Rec. p. I-3851, apartado 36).*

48 Los abogados ofrecen, a cambio de una retribución, servicios de asistencia jurídica consistentes en la elaboración de informes, redacción de contratos o de otros actos así como la representación y la defensa ante los órganos jurisdiccionales. Además, asumen los riesgos económicos derivados del ejercicio de dichas actividades, ya que, en caso de desequilibrio entre gastos e ingresos, son los propios abogados quienes han de soportar las pérdidas.

49 Por consiguiente, los abogados colegiados en los Países Bajos ejercen una actividad económica y constituyen por tanto empresas en el sentido de los artículos 85, 86 y 90 del Tratado, sin que esta conclusión quede desvirtuada por la complejidad y el carácter técnico de los servicios que prestan ni por el hecho de que el ejercicio de su profesión esté regulado (en este sentido véase, en relación con los médicos, la sentencia de 12 de septiembre de 2000, Pavlov y otros, asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98, Rec. p. I-6451, apartado 77).”⁴⁹ (resaltado por fuera del original), aún cuando se especifique que, en este ámbito, sólo tiene un sentido indiciario⁵⁰.

48 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. (Gran Sala) de 16 de mayo de 2006. Asunto C 372/04, apartados 90 y 91.

49 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 19 de febrero de 2002. Asunto C 309/99, apartados 47-49.

50 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (Sala segunda). Sentencia de 12 de diciembre de 2006, asunto T 155/04 (Selex v CE), apartado 77. Sobre la sentencia SELEX puede verse. NOWAG, Julian. SELEX Sistemi Integrati SpA v Commission of the European Communities (C-113/07 P) [2009] E.C.R. I-2207:

2. Actividad económica en el sentido de la normativa de competencia

Lo que caracteriza la actividad económica es ofrecer bienes y servicios en un mercado⁵¹, teniendo por éste el mecanismo social de satisfacción de las necesidades de la colectividad caracterizado por la existencia de una pluralidad de suministradores que ofrecen sus productos (bienes o servicios) a cambio de una remuneración.

Sobre la presencia de varios oferentes, el Tribunal ha dicho que el hecho de que una actividad sea desarrollada por un ente privado, constituye un indicio de que es económica⁵², lo mismo que *el hecho de que empresas privadas no ofrezcan actualmente los servicios de que se trata no impide que se califique a éstos de actividad económica, dado que parece posible que los efectúen este tipo de entidades*⁵³. En otras palabras, la competencia (asimilada en este caso al mercado), entendida como presencia de varios agentes, puede ser real (de ahí que sí existe un oferente privado se deduzca la existencia de un mercado) o potencial (si hay interesados en la provisión del servicio, se entiende cumplido el presupuesto del mercado).

Esta posición es avalada por el Informe Laeken de 2001, en el que se relaciona el concepto de económico, con un servicio que se pueda ofrecer en un mercado, para reconocer que se trata de un concepto dinámico, dependiente de la tecnología y de la evolución económica (apartado 30)⁵⁴. Por su parte, en el Documento de Trabajo de la Comisión de 2006⁵⁵, se afirma “*Un servicio es económico siempre que pueda ser*

redefining the boundaries between undertaking and the exercise of public authority. *European Competition Law Review*, 31(12), 2010 p.483-486

51 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 4 de marzo de 2003. Asunto T-319/99. FENIN contra CE. Apartado 36.

52 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (Sala segunda). Sentencia de 12 de diciembre de 2006, asunto T 155/04 (Selex v CE), apartado 88.

53 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 12 de diciembre de 2006, asunto T 155/04, Selex v CE, apartado 89.

⁵⁴ Similar consideración se realiza en el Libro Verde, apartado 43.

⁵⁵ EUROPA. Commission staff working document, annexes to the Communication from the Commission on social services of general interest in the European Union [Com (2006) 177 final. SEC (2006) 516 de abril 26 de 2006.

provisto por empresas privadas en un mercado (p.16)” y la Resolución del Parlamento de 2004 señala, entre otros, los siguientes criterios diferenciadores entre actividades económicas y no económicas: (i) Propósito de la prestación, (ii) disponibilidad comercial o no comercial; (iii) proporción de fondos públicos; (iv) nivel de inversiones; (v) Compromiso de garantizar derechos sociales y (vi) Contribución a la participación e integración social (numeral 21).

3. Actividades no económicas en el marco de los dos regímenes bajo examen.

De otra parte, la actividad no económica se define en contraposición a la económica: 1) bien por su naturaleza, por las normas que la regulan o por su objeto, son actividades ajenas a la esfera de los intercambios económicos (función social basada en el principio de solidaridad); o 2) son prerrogativas del poder público⁵⁶.

En cuanto a las prerrogativas, de acuerdo con las normas del mercado interior, se trata de actividades consideradas en sí mismas o que estén directa y específicamente relacionadas con el ejercicio del poder público; la relación implica un ejercicio suficientemente cualificado de prerrogativas, de privilegios de poder público o de poderes coercitivos⁵⁷; no se encuentran comprendidas en la excepción establecida en el artículo 45 CE, párrafo primero, determinadas actividades auxiliares o preparatorias respecto de las ejercidas por el poder público⁵⁸, ni el hecho de actuar en aras de un

56 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 19 de febrero de 2002. Asunto C309/99. Apartado 57.

57 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPA. Sentencia de 29 de abril de 2010, asunto C 160/08. Apartados 78 y 79. Sentencia de 4 de mayo de 2011, asunto C 61/08, apartado 77. Sentencia de 11 de marzo de 2011, apartado 42. Sentencia de 22 de octubre de 2009. Asunto C 438/08, apartado 37 “*el Tribunal de Justicia ha declarado que los organismos privados que ejerzan su actividad bajo la supervisión activa de la autoridad pública competente responsable, en última instancia, de los controles y de las resoluciones de dichos organismos, no pueden considerarse «directa y específicamente relacionado[s] con el ejercicio del poder público» a efectos del artículo 45 CE*”.

58 . TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPA. Sentencia de 24 de mayo de 2011, asunto C 61/08, apartado 78.

objetivo de interés general basta, por sí mismo, para considerar que una actividad concreta está directa y específicamente relacionada con el ejercicio del poder público⁵⁹.

El ejercicio de prerrogativas del poder público aparece como excepción a la aplicación de las reglas del mercado interior, por lo tanto debe ser objeto de interpretación restrictiva, junto con las razones de orden, seguridad y salud públicos que justifican la inaplicación de las mismas. El alcance de dichas excepciones se revisará en el apartado siguiente.

Para la normativa de la competencia, la vinculación al ejercicio de prerrogativas implica que la actividad se considere no económica⁶⁰ y viene dada por razones de objeto, naturaleza y normas regulatorias⁶¹. El hecho de que la actividad se desarrolle en zona de dominio público no basta para considerarla como prerrogativa⁶² y la obtención de una remuneración, no altera su carácter jurídico⁶³. Como ejemplo paradigmático de actividad no económica, por su carácter de prerrogativa, se tienen el control y la política de espacio aéreo⁶⁴.

Las actividades de naturaleza no económica parecen equipararse a las prerrogativas públicas⁶⁵, pero no todos los ejemplos dan razón de esa equiparación: la escolarización

59 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 4 de mayo de 2011, asunto C 61/08, apartado 88.

60 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (Sala segunda). Sentencia de 26 de marzo de 2009, asunto C 113/07P (Selex v CE)

61 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 18 de marzo de 1997. Asunto C 343/95, apartado. 23.

62 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (sala octava ampliada). Sentencia de 17 de diciembre de 2008, asunto T 196/04, Ryanair, apartado 91.

63 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 18 de marzo de 1997. Asunto C 343/95, apartado 24.

64 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 19 de enero de 1994, asunto C 364/92, apartado. 30.

65 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (Sala octava ampliada). Sentencia de 17 de diciembre de 2008, asunto T 196/04, apartado 98.

obligatoria y la seguridad social son actividades de carácter no económico⁶⁶, de ahí que se hable de un segundo grupo de actividades vinculadas a las funciones sociales del Estado.

La función social se extrae de la presencia de indicios acerca de que es el principio de solidaridad el que inspira la organización y el funcionamiento del sistema: la contraprestación del servicio no se explica desde la racionalidad económica (no se fija en virtud de los ingresos del demandante, ni es proporcional a la entidad de la prestación); el acceso a la prestación es de carácter obligatorio, tanto para el usuario, como para el proveedor⁶⁷ y la actividad carece de finalidad lucrativa⁶⁸.

⁶⁶ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (sala quinta). Sentencia de 26 de junio de 2008, asunto T 442/03 (SICSA vrs CE), apartado 152.

⁶⁷ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (sala Quinta). Sentencia de 22 de enero de 2002. Asunto C 218/00, apartados 38-40, 43-45.

⁶⁸ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 17 de febrero de 1993. Asuntos acumulados C 159/91 y C 160/91.

4. Consecuencias del empleo alternativo o cumulativo de los criterios

Esta observación surge al analizar el caso Meca⁶⁹ en el que se afirmó: “*Pues bien, en el apartado 42 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia consideró que el hecho de que una normativa puramente deportiva sea ajena a la actividad económica y, por consiguiente, no esté comprendida dentro del ámbito de aplicación de los artículos 39 CE y 49 CE significa que es asimismo ajena a las relaciones económicas de competencia y, en consecuencia, está a su vez excluida del ámbito de aplicación de los artículos 81 CE y 82 CE.*”

33 El Tribunal de Primera Instancia incurrió en un error de Derecho al estimar que una normativa podía, de ese modo, quedar excluida totalmente del ámbito de aplicación de dichos artículos por la sola razón de considerarla puramente deportiva respecto a la aplicación de los artículos 39 CE y 49 CE sin necesidad de verificar previamente si esa normativa respondía a los requisitos de aplicación propios de los artículos 81 CE y 82 CE, tal como han sido recordados en el apartado 30 de la presente sentencia.” .

Se concluye del precedente judicial que el hecho de que una actividad no pueda calificarse como económica, al amparo de lo dispuesto por las reglas de mercado interior, no es óbice para que pueda ser tenida como tal, a la luz de la normativa de competencia; o, en otras palabras, una actividad que no esté organizada de manera económica, puede ser de naturaleza económica y, en esa medida, estar fuera de la aplicación de las reglas del mercado interior al tiempo que queda sometida a las reglas de competencia. Tal conclusión no se compadece con la lógica del sistema de aplicación de reglas que subyace tras el marco jurídico de los SIEG que contempla sólo la aplicación independiente de las reglas de mercado interior, para las actividades que no puedan ser calificadas como económicas de acuerdo con la normativa de competencia, pero que, en ningún caso, prevé la aplicación aislada de las normas de competencia.

El resto de las conclusiones que surgen de las relaciones entre los dos criterios (organización y naturaleza), demuestran la complejidad del asunto. Si intentamos

69 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sala Tercera. Sentencia de 18 de julio de 2006. Asunto C 519/04 David Meca y otro contra Comisión.

describir la lógica de este sistema de aplicación de régimen jurídico, empleando las siglas (A=actividad) (NE= naturaleza económica) (OE=organización económica) (DC=aplica derecho de la competencia) (MI=aplica las reglas del mercado interior), tendremos:

Si A1 es NE entonces aplica DC y puede, por lo menos teóricamente, ser OE, en cuyo caso aplica también MI, y si es nOE, no aplica MI, sólo DC. Esta hipótesis resultaría, como ha quedado dicho, ajena a la propia dinámica del sistema de los SIEG que explica que toda actividad calificable como económica, por la normativa de competencia, en nuestras siglas NE, aplica NC+MI. El caso Meca plantea que si A3 es nOE no aplica MI, pero puede ser NE y aplicar DC o ser nNE y no observar tampoco DC. Como se advierte con facilidad, el caso Meca (nOE NE) y la primera hipótesis (NE nOE) coinciden en su definición y efectos cuestionables dentro de la lógica del sistema.

De otra parte, se tiene que si A2 es nNE entonces no aplica DC, pero puede ser OE, en cuyo caso aplica MI, o ser también nOE evento en el cual tampoco aplicaría MI. Estas dos hipótesis responden a la lógica del sistema SIEG: una actividad puede no aplicar los artículos 101, 102 y 107 TFUE, pero respetar, en todo caso, las libertades del mercado interior; pero si no es económica, ni por naturaleza, ni está organizada como tal, debe ser calificada como NO ECONOMICA y quedar sometida a la regla de no discriminación, de libre circulación de personas y contratación pública.

Si A4 es OE y aplica MI, puede ser también NE y aplicar DC, o ser nNE y sólo aplicar MI, conclusiones que también se avienen con la lógica del sistema.

En la siguiente tabla, en la que se combinan causas (cumplimiento de la condición) y efecto (normativa aplicable), se advierte con claridad la cuestión:

Condición	Régimen Jurídico
OE+ NE	MI+DC
OE+ nNE	MI
nOE+ NE	DC
nOE+ nNE	Régimen diferente

De los cuatro resultados el único que resulta extraño a la definición del funcionamiento del sistema de aplicación de reglas en los SIEG es la observancia aislada de la normativa de competencia que implica, desde el punto de vista de las condiciones, que una actividad que sea por naturaleza económica puede no estar organizada como tal. La consistencia de la lógica sistémica llevaría a formular varias explicaciones posibles: a) Toda actividad que por naturaleza es económica, debe tener una organización económica en cuyo caso, la aplicación conjunta de la normativa se traduciría o comportaría una prescripción sobre la forma de organización. En este caso, la categoría de los SIEG no sería descriptiva, sino prescriptiva, toda vez que, se reitera, una actividad de naturaleza económica necesariamente debería estar organizada bajo tal égida. Esta hipótesis también resulta ajena a lo que se ha denominado, a los efectos de esta tesis, la lógica de los SIEG que, como se ha anticipado, prevé que la forma de organización de las prestaciones queda sujeta a la discrecionalidad de los EEMM; b) Entender que, a los efectos de los SIEG, la consecuencia jurídica se deriva de la calificación de la actividad como económica, desde la perspectiva del derecho de competencia, con independencia de los resultados del examen a la luz de las normas de mercado interior, de tal suerte que dicho análisis opera por fuera del sistema SIEG; en otras palabras, el bloque normativo de los SIEG estaría siempre integrado por los artículos 34, 49, 101, 102, 106 y 107 TFUE, sin que sea necesario verificar la adecuación de la actividad al supuesto de hecho prescrito en las dos primeras disposiciones precitadas. Esta anomalía, desde el punto de vista jurídico, trae otra importante consecuencia para el presente estudio: si el interés general no económico, noción propia de los SIEG y por ende, ajena al *factum* de las normas del mercado interior, coincide con la noción de actividad no económica, tal definición se ciñe a lo previsto en la normativa de la competencia, de tal suerte que una actividad cuya naturaleza no sea económica, aún cuando su organización lo sea, estaría dentro del supuesto previsto en el art. 2 del Protocolo 26.

B. La presencia del interés general: su calificación y efectos.



El carácter nuclear del interés como elemento caracterizador de los SIEG ha sido reconocido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entre otras, en la Sentencia de 22 de octubre de 2008, asuntos acumulados T 309/04, T 317/04, T 329/04 y T 336/04 TV 2/Danmark A/S y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas, en la que se señaló “*un SIEG se define, por principio, atendiendo al interés general que pretende satisfacer y no en consideración a los medios que garantizan su prestación*”⁷⁰

En la Com 2001 (apartado 14) Los servicios de interés económico general se diferencian de los servicios ordinarios en que los poderes públicos consideran que deben prestarse incluso cuando el mercado puede no tener suficientes incentivos para hacerlo. En el Libro Verde, apartado 32, se distingue entre servicios de interés económico general prestado por grandes industrias de redes (32.1), otros servicios de interés económico general (32.2) y servicios de naturaleza no económica o sin efecto en el comercio (32.3). Sobre los primeros, se destaca su dimensión comunitaria indiscutible para concluir que requieren una definición del interés general europeo por parte de las autoridades comunitarias, en uso de competencias como las que le asisten como regulador de las redes transeuropeas, con el doble objetivo de mejorar el funcionamiento del mercado interior y de reforzar la cohesión económica y social. Los segundos son servicios, tales como, el abastecimiento de agua, la gestión de residuos y la radiodifusión, que están sometidos, por regla general, a las normas en materia de

⁷⁰ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 22 de octubre de 2008, asuntos acumulados T 309/04, T 317/04, T 329/04 y T 336/04, apartado 108.

mercado interior, competencia y ayudas estatales, siempre que puedan afectar el comercio entre los EEMM. Por último, los servicios de naturaleza no económica y los servicios sin efecto en el comercio de los EEMM no están sujetos a normas específicas comunitarias, ni tampoco a las normas de mercado interior, competencia y ayudas estatales, pero sí, al principio general de no discriminación.

1. Razones de interés general en el ámbito de las reglas del mercado interior

La primera precisión que debe efectuarse es que, al tratarse de excepciones a la aplicación de las reglas del mercado interior, concretamente de las libertades de servicios y establecimiento, son de aplicación restrictiva⁷¹. Entre la razones de interés general que se reconocen en los estrados judiciales comunitarios, pueden destacarse: la protección de los consumidores ⁷², la salud pública (calidad de los servicios médicos⁷³. abastecimiento de medicamentos seguros y de calidad⁷⁴), objetivos de seguridad vial⁷⁵. la protección del medio ambiente⁷⁶. la ordenación del territorio⁷⁷, la libertad de expresión (que incluye la

71 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPA. Sentencia de 29 de abril de 2010, asunto C 160/08. Apartado 76. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 4 de mayo de 2011, asunto C 61/98, apartado 76.

72 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPA (Gran sala). Sentencia de 5 de diciembre de 2006, asuntos acumulados C 94/04 y C202/04, apartado 64. Sentencia de 11 de marzo de 2010, asunto C 384/08, apartados 49 y 50; Sentencia de 4 de diciembre de 1986, asunto 220/83, apartado 20; Sentencia de 29 de noviembre de 2007, asunto C-393/05, apartado 52.

73 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPA (sala segunda). Sentencia de 26 de diciembre de 2010. Asunto C 89/09, apartado 42.

74 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (Gran sala) Sentencia de 1 de junio de 2010, asuntos acumulados C 570/07 y C 571/07, apartado 64.

75 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (sala tercera). Sentencia de 11 de marzo de 2010. Asunto C 384/08, apartados 49 y 50. Sentencias de 5 de octubre de 1994, asunto C-55/93, apartado 19, y Sentencia de 15 de marzo de 2007, Asunto C-54/05, apartado 40.

76 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (sala tercera). Sentencia de 11 de marzo de 2010. Asunto C 384/08, apartados 49 y 50 Sentencia de 20 de septiembre de 1988, Asunto 302/86, apartado 9, y Sentencia de 14 de diciembre de 2004, Asunto C-309/02, Rec. p. I-11763, apartado 75. Sentencia de 24 de marzo de 2011, asunto C 400/08, apartado 74.

77 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (sala segunda), sentencia de 24 de marzo de 2011, asunto C 400/08, apartado 74.

libertad de recibir información)⁷⁸, el pluralismo y la diversidad cultural⁷⁹, garantizar la legalidad y la seguridad jurídica de los actos celebrados entre particulares⁸⁰, protección del orden social⁸¹, la protección de los justiciables y la buena administración de la justicia⁸², la salvaguardia de los derechos de autor⁸³, la diversidad lingüística⁸⁴.

No se consideran causas de interés general: “los motivos de carácter meramente económico no pueden constituir razones imperiosas de interés general capaces de justificar una restricción a una libertad fundamental garantizada por el Tratado (véase la sentencia de 17 de marzo de 2005, Kranemann, C-109/04, Rec. p. I-2421, apartado 34 y jurisprudencia citada)⁸⁵, sin embargo, un riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social constituye una razón imperiosa de interés general⁸⁶.

Al advertir la presencia de una razón de interés general, el juez comunitario procede a aplicar el test de proporcionalidad: la medida nacional controvertida en el litigio

78 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (sala séptima). Sentencia de 17 de febrero de 2011. Asunto T 68/08. Apartado 51

79 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (sala tercera). Sentencia de 3 de marzo de 2011. Asunto C 134/10, apartado 44.

80 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (gran sala). Sentencia de 24 de mayo de 2011, asunto C 61/08, apartado 87.

81 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (sala octava). Sentencia de 30 de junio de 2011, asunto C 212/08, apartado 38.

82 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, sala cuarta, Sentencia de 11 de marzo de 2011, asuntos acumulados C 372/09 y C 373/09, apartado 55.

⁸³ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (Gran Sala). Sentencia del 4 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-403/08 y C-429/08, apartado 94.

⁸⁴ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (Sala Segunda) de 5 de marzo de 2009. Unión de Televisiones Comerciales Asociadas (UTECA) contra Administración General del Estado. Asunto C-222/07. Apartado 27.

85 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (sala tercera). Sentencia de 11 de marzo de 2010. Asunto C 384/08, apartado 55. Sentencia de 24 de marzo de 2011, asunto C 400/08, apartado 74. Sentencia de 30 de junio de 2011, asunto C 212/08, apartado 52.

86 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (sala tercera). Sentencia de 27 de octubre de 2011, asunto C 255/09, apartado 73.

principal sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo⁸⁷

2. Razones de interés económico general en el marco de las normativa de competencia.

Del examen del conjunto de decisiones analizadas, en las que se da aplicación a este concepto, en este ámbito normativo, puede concluirse:

- La separación entre los caracteres económico de la actividad y general del interés: “ *El Tribunal de Justicia también ha declarado que el hecho de que se confíen a una entidad determinadas misiones de interés general no puede impedir que las actividades de que se trata se consideren actividades económicas*”, ni la presencia de obligaciones de servicio público ⁸⁸ excluyen de la calificación de económica a la actividad. Asimismo, se le reconoce al interés general un papel relevante en el sistema SIEG, como factor definitorio de la noción “ *Un SIEG se define, por principio, atendiendo al interés general que pretende satisfacer y no en consideración a los medios que garantizarán su prestación*”⁸⁹.

- El interés debe diferenciarse del medio de salvaguardia, de tal suerte que no puede inferirse por su la presencia de mecanismos proverbialmente vinculados a su tutela; en esa medida no puede afirmarse que la presencia de un régimen autorizatorio o la concesión de derechos especiales y exclusivos, presupongan la existencia de una misión

87 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 11 de marzo de 2010, asunto C 384/08, apartado 51. Sentencia de 26 de diciembre de 2010, asunto C 89/09, apartado 50. Sentencia de 3 de marzo de 2010. Asunto C 134/10, apartado 43. Sentencia de 24 de marzo de 2011; asunto C 400/08, apartado 73. Sentencia de 1 de junio de 2010, asuntos acumulados C 570/07 y C 571/07, apartado 61.

88 TRIBUNAL JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 16 de diciembre de 2010. Asuntos acumulados T 231/06 y T 237/06, apartado 94; Sentencia de 25 de octubre de 2001, asunto C-475/99, apartado 21; Sentencia de 23 de marzo de 2006, asunto C-237/04, apartado 34. Sentencia de 18 de marzo de 1997, asunto C 343/95, apartado 34. En todo caso, según la Sentencia SELEX antes citada, la presencia del interés general, sí que puede ser tenida como un indicio del carácter no económico de la actividad (apartado. 91)

89 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 22 de octubre de 2008. Asuntos acumulados T-309/04, T-317/04, T-329/04 y T-336/04 TV 2/Danmark A/S y otros contra CE. Apartado 108

de interés general): “la prestación del servicio de que se trate debe, por definición, presentar interés general o público. A este respecto, los SIEG se distinguen, en particular, de los servicios que sirven a un interés privado, aun cuando éste pueda ser más o menos colectivo o ser reconocido por el Estado como legítimo o benéfico (véanse, en este sentido, las sentencias Züchner, citada en el apartado 97 supra, apartado 7, y GVL/Comisión, citada en el apartado 98 supra, apartados 31 y 32). Asimismo, tal y como alegan las demandantes, el interés general o público invocado por el Estado miembro no debe consistir únicamente en la necesidad de someter el mercado considerado a determinadas normas o la actividad comercial de los operadores afectados a una autorización del Estado.”⁹⁰

- Se extraen como notas caracterizadoras de una misión de interés económico general, la universalidad, que no coincide con el concepto de servicio universal, toda vez que se admite que la provisión tenga un ámbito territorial delimitado⁹¹, ni implica que el servicio sea gratuito o que se ofrezca sin consideración a la rentabilidad económica⁹² y la obligatoriedad, en dos sentidos: los operadores están obligados a suministrar los servicios en las condiciones fijadas en el acto de encomienda de los poderes públicos, lo cual no implica que carezcan absolutamente de un margen de maniobra para la definición de las condiciones de suministro y no pueden negarse a suministrarlo a quien se lo solicite^{93,94}

⁹⁰ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 12 de febrero de 2008. Asunto T 289/03, BUPA v CE. Apartados 178 y 179.

⁹¹ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 12 de febrero de 2008. Asunto T 289/03, BUPA v CE. Apartado 186.

⁹² TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 12 de febrero de 2008. Asunto T 289/03, BUPA v CE. Apartado 203.

⁹³ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 12 de febrero de 2008. Asunto T 289/03, BUPA v CE. Apartados 188, 189 y 190.

⁹⁴ El principio de universalidad también aparece recogido en el Derecho atípico, así en la Com 96, apartado 7, se fijan como principios de funcionamiento de los SIEG los siguientes: continuidad, igualdad de acceso, universalidad y transparencia. En los Libros Verde y Blanco, apartados 49 y 2.1 respectivamente, se citan como elementos definitorios: servicio universal, continuidad, calidad del servicio, asequibilidad y protección de los usuarios y consumidores. En la Com 17/04, apartado 11, se alude a los principios, desde la perspectiva

- Se considera de interés económico general la fijación de un régimen de pensiones complementaria que cumple una función social esencial⁹⁵, el transporte urgente de pacientes en ambulancias⁹⁶, la conservación del precio del gas a un cliente final, en un nivel razonable⁹⁷, entre otros.

- No se consideran de interés económico general, las actividades portuarias realizadas en el Puerto de Genova⁹⁸,

C. Adoptar una definición: una necesidad metodológica.

A este punto de la exposición debe resultar meridiano que, ni a nivel de Derecho atípico, ni en las decisiones judiciales, existe una línea argumental unánime que permita definir lo que se considera un servicio de interés económico general, para distinguirlo de otro que no lo es, incluido aquel que tenga la connotación de servicio de interés no económico general. De lo expuesto, a lo sumo pueden deducirse algunas consideraciones:

1º El uso equivalente los conceptos de “actividad no económica” con “de interés no económico” que, en el caso de confirmarse la interpretación sugerida a partir del caso Meca, implicaría que una actividad que carezca de sentido comercial, al no poderse prestar en régimen de mercado, estaría exenta de la aplicación de las reglas del Tratado (Protocolo 26; art. 2), aún cuando su organización fuera de carácter económico.

2º En cualquier caso, la dinámica del sistema SIEG, apunta a que la calificación de no económica sólo se alcanza tras agotarse las dos subfases de análisis sobre el carácter

de los usuarios, en materia de SIEG: definición de obligaciones de calidad y de conservación de condiciones de seguridad, transparencia completa, elección del servicio y del proveedor; existencia de un regulador independiente.

⁹⁵ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 21 de septiembre de 1999, asunto C 67/96, apartado 105.

⁹⁶ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (sala quinta). Sentencia de 25 de octubre de 2001. Asunto C 475/99, apartado 60.

⁹⁷ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (Gran sala). Sentencia de 20 de abril de 2010, asunto C 265/08, apartado 47.

⁹⁸ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 10 de diciembre de 1991. Asunto C 79/90. Apartado 27.

económico de una actividad, a luz del derecho de la competencia y de las reglas del mercado interior, con las siguientes precisiones: Si la actividad es económica por naturaleza (D. competencia), aparea el cumplimiento de los dos regímenes jurídicos, luego no tiene sentido realizar la segunda subfase del examen, si, por el contrario, no cumple esa condición, puede tener carácter económico, desde la perspectiva organizativa y quedar sometida a las reglas del mercado interior. Si el examen comienza en sede de verificación del carácter organizativo, aún cuando no satisfaga el presupuesto, necesariamente debe acudir al criterio de “naturaleza” para concluir sobre su carácter no económico.

3º La distinción entre actividad económica e interés económico se ha realizado de manera muy tangencial en la jurisprudencia. Un caso paradigmático es el asunto T 422/03, SICSA v CE en el que se afirmó que la radiodifusión era un SIEG, y no un SINEG *“por el impacto que el servicio público de radiodifusión produce, de facto, sobre el sector de la radiodifusión, por otra parte competitivo y comercial, que por una supuesta dimensión comercial del servicio público de radiodifusión.* (apartado 153) que parece dejar sin contenido la categoría de interés general no económico, dado que sí “las necesidades democráticas, sociales y culturales de cada sociedad» no conducen a la calificación de interés general no económico, es difícil conjeturar qué tipo de valores se encuadran en dicho interés, máxime, sí, como ha quedado dicho, las actividades relativas al cumplimiento funciones social esenciales (seguridad social, escolarización obligatoria, protección al consumidor, entre otras) también se consideran de interés general económico.

4º La calificación de actividad no económica es meridiana, tratándose de las denominadas prerrogativas públicas y hay una franja de conexidad entre dichas funciones y la actividad analizada que puede considerarse relativamente acotable, en términos de que la relación entre el ejercicio de la función pública y la actividad que se analiza no debe ser accidental, sino necesaria y suficiente⁹⁹.

⁹⁹ Los alcances y características de este análisis de conexidad pueden verse esencialmente en las sentencias SELEX (T 155/04 y C113/07P).

5º El carácter no económico también se ha definido, con relativa facilidad, tratándose de actividades culturales, como el deporte y es en el marco de las actividades que cumplen una función de carácter social donde la cuestión se torna más compleja, quizás porque en ese juicio se mezclan valoraciones sobre la actividad (objetivas) y sobre su función, éstas últimas propias del análisis del interés. En otras palabras, si se revisan las decisiones sobre el carácter económico o no de los servicios sociales, se advierte que el concepto de solidaridad, no se usa como criterio estimativo, sino como factor opuesto al sentido económico, de tal suerte que sí el sistema de provisión y demanda de una prestación no puede explicarse desde el punto de vista económico (no hay remuneración, hay obligatoriedad en el acceso y suministro de la prestación, etc.), entonces se colige la existencia de razones de solidaridad que lo justifiquen. Al no dar el tratamiento de interés no económico a la solidaridad, se deja sin contenido la categoría de servicios de interés general no económico, al tiempo que se torna más confusa la definición de qué es propiamente de interés económico.

6º La categoría de los servicios de interés general no económico debería estar fuera de todo el sistema de lo económico, primero, porque está consagrada en el marco de los servicios de interés general y no al amparo de los artículos 106.2 y 14 TFUE y segundo, dada la consecuencia jurídica prevista en el art. 2 del Protocolo 26 que parece dejarlos por fuera del sistema, como al ejercicio de las prerrogativas públicas¹⁰⁰.

7º Si se distingue el concepto de interés, del de actividad, la definición de sí se está en presencia o no de un interés económico o no económico, pasa por posicionar el buen funcionamiento del mercado como un valor jurídico preferente en el sistema, dentro del que es suscitan conflictos de interés, entre dicho valor y otras razones de interés general. Esta preferencia se evidencia en el hecho de que la ponderación de intereses está

¹⁰⁰ En este punto puede traerse a colación la contribución del profesor MAILLO GONZALEZ-ORUS, acerca de la clasificación entre las actividades, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria: (i) actividades tradicionales de *ius imperii*, que claramente no están sometidas al derecho de la competencia, ni alas reglas del mercado interior; (ii) servicios de interés general que pueden ser divididos en dos “subcategorías”, por un lado, actividades del Estado de bienestar, que tienen el mismo trato que las de *ius imperii* y los servicios de interés económico general. MAILLO GONZALEZ-ORUS, JERÓNIMO. *Servicios de interés general y artículo 86 del Tratado CE: una visión evolutiva*. Madrid: Instituto de Estudios Europeos, centro de política de la competencia, 2005

planteada en términos de compatibilidad¹⁰¹ entre el mercado y el resto de los objetivos: si la actividad es provista dentro de un mercado, el interés general económico consiste en la conservación de las condiciones de competencia y la compatibilidad de las mismas con la realización del otro objetivo de interés público que convive, con el mercado, en la calificación. Si, por el contrario, no hay mercado, pero hay razones para creer que es posible configurarlo (dando lugar a un segmento más o menos intervenido, a un mercado más o menos ficticio) sin poner en riesgo la realización de otros objetivos, la presencia del interés general económico demandará la realización de las acciones tendentes a su generación. En ese orden de ideas, la categoría del interés general no económico sólo surge por exclusión, es decir, cuando, verificada la inexistencia del mercado, el balance entre los valores jurídicos se inclina hacia otros diferentes al mercado.

La compatibilidad entre el mercado y el cumplimiento de la misión de interés general, puede analizarse desde la perspectiva de la técnica de la ponderación de intereses: así, en un extremo de la balanza se sitúa la consolidación del mercado interior, la eliminación de las barreras de ingreso, la garantía de la libertad de establecimiento y, de otra, los motivos de interés público que planteen los Estados Miembros. El conflicto¹⁰², durante la primera fase del posicionamiento del Tribunal General sobre los SIEG, se resolvió a favor del primero de los términos de la ecuación, bajo el entendido que la previsión contenida en el art. 106.2 TFUE era una excepción dentro del sistema, cuyo

¹⁰¹ Sobre la compatibilidad como criterio de relación entre los intereses presentes en la definición del SIEG es un asunto tratado de manera reiterada, en el derecho atípico y en la jurisprudencia comunitaria. En ese sentido puede revisarse, Com 200, apartado 3; Com 2001, apartado 19; Verde, apartado 4; Blanco, apartado 3.2; Com 2007, apartado 2.2. Sentencia C 157/94, apartado 39, Sentencia C 67/96, apartado 103,

¹⁰² Hay autores, como el Dr. LAGUNA DE PAZ, que consideran que de la propia redacción del 106.2 TFUE puede extraerse un criterio de prevalencia de un interés frente a otro “ *la inaplicación de las normas de la competencia no debe afectar al desarrollo de los intercambios en una medida contraria al interés de la CEur (principio de proporcionalidad) (art. 86.2 in fine TCE). En este caso, no cabría la aplicación de la excepción)*” LAGUNA DE PAZ. Los servicios de interés; p. 240. Otros autores como MIGUEZ MACHO, señalan que el Libro Blanco establece un criterio de resolución favorable al interés público, advirtiendo, de manera simultánea, que lo que se protege es el cometido y no la forma cómo se lleva a cabo. MIGUEZ MACHO, p. 18

existencia se toleraba ante el reconocimiento de su vinculación con la tradición extendida del servicio público y de acuerdo con el sistema axiológico del art. 3 TUE que colocaban al mercado interior como valor preferente. Esta ponderación se ve reflejada en la estructura del test de proporcionalidad de la medida objeto de examen: cuanto mayor peso se otorgue al mercado interior, más fuerte es la exigencia de justificación de la incompatibilidad.

En un segundo momento (Sentencias Corbeau, Almelo) si bien el Tratado de Maastricht estaba vigente, hay un cambio en el posicionamiento de los extremos de la balanza, que puede obedecer a las presiones de los países con tradición de servicio público, que irradiaban sus efectos sobre la Comunicación de 1996 de la Comisión y sobre la redacción del tratado de Amsterdam que se firmaría sólo unos meses después.

Las sentencias post firma de Amsterdam, vg. BUPA, ya empiezan a evidenciar un cambio en el funcionamiento de la ponderación, toda vez que cobra más fuerza la idea de que el juicio ya no se hace desde la perspectiva de la compatibilidad con el mercado, de tal suerte que incumbe al Estado probar la existencia del interés y es la Comisión quien debe acreditar, o bien que existe un error manifiesto en la declaración o que es posible salvaguardarlo de manera igual de eficaz con un mecanismo de mercado. Este cambio en el tratamiento de la institución puede obedecer a las siguientes causas: 1) Aún desde la posición más reduccionista de los efectos de la inclusión del art. 14 del TFUE puede aseverarse que éste implica un cambio en la configuración del subsistema jurídico de los SIEG que pasan de una estructura de regla (exceptuada o sometida a aplicación diferenciada en función a la especialidad) operativa bajo una preferencia condicionada, a regla bajo un principio de reconocimiento de, como mínimo, equivalencia, entre el valor (mercado interior) y los intereses subyacentes en los SIEG. 2) La modificación del sistema axiológico del derecho originario que coloca a los valores, se reitera, como mínimo, en pie de igualdad y, en esa medida, elimina o detrae el valor del mercado interior como preferencia condicionada, al tiempo que suprime la connotación negativa que pesaba sobre los SIEG como excepción o especialidad espuria dentro del sistema. En palabras de PROSSER “ *Especially since the incorporation of the new article 16 of the Treaty, services of general interest have been treated less as an unwelcome hindrance to*

*the completion of the internal market and more as an expression of citizenship rights and so of value in themselves*¹⁰³.

8º A este punto de la decantación del régimen jurídico de los SIEG puede precisarse que el mercado convive, en estadio relativamente pacífico, con otros valores y que esa nueva forma de convivencia debería, de una parte, seguirse reflejando en los contenidos de las decisiones judiciales y en los términos y condiciones bajo las cuales se realiza el control de las medidas de los Estados Miembros, y de otra, revivir la idea del análisis de estas actividades desde la perspectiva de la instrumentalidad del mercado en relación con la consecución de los objetivos públicos, que daría lugar a una segunda fase en el análisis de compatibilidad: (mercado/otro valor) la realización del objetivo público sólo puede demandar la inaplicación de las normas de competencia en tanto en cuanto ello resulte necesario para su realización y, (valor/mercado) las reglas y condiciones del mercado deben conducir a la realización del resto de intereses generales.

Esta visión de instrumentalidad verificable, estuvo presente en las primeras fases de estructuración del sistema, cuando se ponía en tela de juicio las bondades de la liberalización en términos modificaciones en la calidad de los servicios de interés general (C17/04, apartado 5), o en relación con la consecución de otros objetivos de interés general, *“dados los problemas generados por la liberalización en determinados sectores, por ejemplo, el transporte ferroviario en Gran Bretaña, es necesaria someter a una evaluación pluralista y contradictoria el impacto en el empleo, las necesidades de los usuarios, la seguridad, el medio ambiente, la cohesión social y territorial, antes de iniciar nuevas fases de la liberalización (punto 7) (...) en otros casos los mecanismos de mercado han puesto en peligro la propia existencia de los servicios de interés general (punto 8)”* y estaba acompañada de una obligación de evaluación, recogida desde la COM (1996) 443 final (apartado 60), en la COM (2000) 580 final (apartado 59), en la COM (2001) 598 final (apartado 5), en el libro Verde (apartados 94 – 98) y en el Libro Blanco (apartado 4.5). La vigencia de esta preocupación y de los mecanismos para disiparla, se advierte también en la Resolución del Parlamento de 2004 (apartados 50-53) y, recientemente en la Com (2007) 725 final (pág. 11, apartado 4) en la que se afirmó: *“hay que concentrarse cada vez más en la correcta transposición y aplicación de*

103 PROSSER. The limits, p. 174.

las normas de la UE, insistiendo más en el control de los resultados para los usuarios y los consumidores, la difusión de la información y el intercambio de prácticas, la supervisión de la aplicación y la evaluación de la actuación”.

Existía, no hace tanto, una preocupación real por la verificación de los resultados que la aplicación de las condiciones de mercado generaba, como primera medida, en el marco del propio segmento, pero desde la perspectiva del consumidor (existencia de ofertas diferenciadas, en términos de precio y calidad, que satisfagan las necesidades y expectativas de los usuarios) y luego, en general, sobre el conjunto de la sociedad, en términos de creación de empleo, generación de infraestructura, aminoración de la brecha social, etc. Esta preocupación resultaba aún más acuciante en ámbitos en los que este mecanismo social de satisfacción de las necesidades de la colectividad no se da de manera espontánea, sino que es el resultado de una intervención pública encaminada a garantizar la presencia y operación de sus dos elementos esenciales (pluralidad de suministradores y remuneración), toda vez que cualquier valoración sobre la eficacia y eficiencia de la intervención debía tener en cuenta los beneficios sociales generados.

Resulta, cuando menos curioso, que los resultados de las evaluaciones sólo se publicaron durante algunos años: así, en los informes de la competencia, como un apartado especial, para el periodo comprendido entre el 2001 y el 2004 y las evaluaciones horizontales, en el marco del proceso Cardiff, como respuesta a la solicitud del Consejo Europeo de Niza, desde 2001-2006¹⁰⁴, como si los asuntos de la gobernanza y de la eficacia de la regulación hubiesen perdido interés. No obstante se debe dejar constancia de que existe: a) Un cuestionamiento sobre la eficacia de la liberalización como el mecanismo más eficiente para la provisión de los servicios de interés general; b) Se ha desarrollado una metodología para la evaluación de los resultados de las medidas de promoción de las condiciones de competencia y c) Se conocen algunos datos relevantes sobre los efectos de las medidas liberalizadoras en términos de empleo, cohesión social y territorial, grado de satisfacción de los usuarios, que desborda el ámbito de los análisis

¹⁰⁴ Ver los informes en http://ec.europa.eu/economy_finance/structural_reforms/product/network_industries/index_en.htm (consultado 5 de diciembre de 2011)

de delimitación de mercados e imposición de obligaciones, que caracterizan la actividad del regulador nacional del mercado de las comunicaciones electrónicas.

III. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA NOCIÓN, A LA LUZ DE LA NORMATIVA DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

A. Elementos objetivos: el interés general subyacente en la actividad

1. Relevancia económica

Tanto en España, como en Europa, en general, la importancia del sector de las telecomunicaciones¹⁰⁵ es significativa, no sólo por la aportación específica que el sector hace al PIB de cada uno de los países, sino especialmente por el carácter infraestructural de la actividad que le permita servir de soporte al desarrollo de otros sectores. Este hecho no ha pasado desapercibido para los Gobiernos de los Estados Miembros, ni para las autoridades de la Unión Europea: la incidencia del grado de evolución del Sector en los resultados de la economía en su conjunto y, en especial, en el nivel de vida de los asociados, demandan una especial atención por parte de los responsables de la gestión de los intereses públicos. La importancia relativa sectorial queda acreditada con los datos que se exponen a continuación:

105 En este apartado del análisis se usan, indistintamente, los términos, telecomunicaciones y comunicaciones electrónicas.

12. PARÁMETROS MACROECONÓMICOS SELECCIONADOS 4							
	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Ingresos y beneficios							
Ingresos del sector (millones de euros)	37.045,28	40.714,34	42.106,99	43.863,72	44.130,25	41.223,14	39.787,27
Ingresos por cápita (euros)	857,58	923,05	941,8	970,42	956,07	881,86	846,16
Ingresos por hogar (euros)	2.514,67	2.620,83	2.884,12	2.985,49	2.926,43	2.691,66	2.599,94
Ingresos por empleado (euros)	420.945,13	459.950,26	474.359,46	516.013,39	539.951,62	514.665,26	511.148,26
Ingresos de servicios minoristas sobre PIB (%)	3,6	3,7	3,5	3,5	3,4	3,3	3,1
Resultado de explotación (millones de euros)	8.066,86	8.163,12	9.064,05	9.628,56	9.946,79	9.169,75	7.856,35
Resultado de explotación por empleado (euros)	91.663,68	92.218,90	102.111,69	113.270,52	121.703,10	114.483,11	100.930,82
Empleo							
Empleados en telecomunicaciones	88.005	88.519	88.766	85.005	81.730	80.097	77.839
Empleados de telecomunicaciones sobre empleo total (%)	0,5	0,5	0,4	0,4	0,4	0,4	0,4
Empleados de telecomunicaciones sobre empleo en sector servicios (%)	0,8	0,7	0,7	0,6	0,6	0,6	0,6
Inversión							
Inversión total en el sector (millones de euros)	4.714,85	5.514,82	5.685,58	5.788,02	5.171,71	4.291,33	4.479,99
Inversión por habitante (euros)	109,15	125,03	127,17	128,05	112,04	91,8	95,28

	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Inversión total sobre Formación bruta de Capital Fijo (%)	2	2,1	1,9	1,8	1,7	1,7	1,9
Publicidad							
Gasto de publicidad en millones de euros	719,77	872,85	1.184,66	1.280,46	1.178,00	988,11	854,19
Indicadores económicos (Fuente INE)							
Población en miles	43.197,68	44.108,53	44.708,96	45.200,74	46.157,82	46.745,81	47.021,03
Empleo total (miles)	18.288,10	19.314,30	20.001,80	20.476,90	19.856,80	18.645,90	18.408,20
Empleo sector servicios (%/total)	64,1	65,2	65,7	66,4	69,7	71,8	72,8
PIB a precios corrientes (millones de euros)	841.042	908.792	984.284	1.053.537	1.088.124	1.053.914	1.062.591
Formación Bruta de Capital Fijo (millones de euros)	235.805	267.042	301.169	323.243	311.830	252.961	238.667
Hogares (miles)	14.731,65	15.534,91	14.599,60	14.692,32	15.079,87	15.315,16	15.303,14
IPC (2006=100)	93,5	96,6	100	102,8	107	106,7	108,6
IPCA, España (2005=100)	96,7	100	103,6	106,5	110,9	110,6	112,9
[4] Número de hogares: dato extraído de la "Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de la Información y Comunicación en los hogares" del INE.							

Fuente: Informe 2010 COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A nivel mundial, la relevancia económica del sector es un hecho fácilmente contrastable:

14. ICT contribution to labour productivity growth in total industries, 1995-2008		
	Labour productivity growth in total industries	ICT contribution
Estonia	6,02	0,35
Slovak Republic	4,55	0,42
Slovenia	3,72	0,30
Hungary	3,10	0,50
Czech Republic	2,97	0,37
Greece	2,37	0,06
Sweden	2,19	0,61
Finland	1,98	0,58
United States	1,85	0,43
Austria	1,52	0,17
Germany	1,19	0,28
Netherlands	1,16	0,16
France	1,06	0,29
Canada	1,06	0,09
Belgium	1,03	0,14
Norway	0,78	0,33
Denmark	0,75	0,20
Spain	0,16	0,08
Italy	0,09	0,10

FUENTE: OECD Key ICT indicators¹⁰⁶

15. Contributions of ICT investment to GDP growth, 2000-09. Annual average growth (%)					
	Labour input	ICT investments	Non-ICT investments	Multi-factor productivity	GDP growth
Denmark	0,49	0,62	0,34	0,14	1,59
New Zealand	1,1	0,53	0,46	0,52	2,62
Australia	1,41	0,51	0,78	0,43	3,14
United Kingdom	0,44	0,51	0,33	1,25	2,53
Belgium	0,46	0,49	0,07	0,48	1,52
United States	-0,35	0,45	0,25	1,16	1,51
Netherlands	0,77	0,43	0,19	0,55	1,95
Sweden	0,12	0,43	0,3	0,74	1,59
Japan	-0,4	0,42	-0,02	1,21	1,2
Canada	0,74	0,4	0,57	0,01	1,71
Spain	0,91	0,38	0,81	0,16	2,26
Switzerland	0,65	0,37	0,26	0,22	1,5
France	0,22	0,32	0,34	0,26	1,14
Austria	0,45	0,31	0,22	1,16	2,15
Korea	-0,11	0,3	0,82	2,8	3,81
Portugal	0,1	0,3	0,36	0,03	0,8

¹⁰⁶ http://www.oecd.org/document/23/0,3746,en_2649_34225_33987543_1_1_1_1,00.html [consulta de 18 de mayo de 2012]

Ireland	0,48	0,26	0,79	1,25	2,74
Finland	0,2	0,23	0,2	0,97	1,57
Italy	0,25	0,23	0,47	-0,83	0,11
Germany	-0,24	0,19	0,17	0,43	0,54

FUENTE: OECD Key ICT indicators¹⁰⁷

10c. Share of ICT employment in business sector employment, 1995 and 2008, percentages		
	1995	2008
Finland	7,35	9,30
Sweden	7,76	8,39
Hungary	6,22	7,67
Ireland	7,68	7,49
Japan	6,29	7,45
Denmark	5,76	6,96
Netherlands	5,32	6,47
France	6,13	6,33
Norway	4,85	6,24
United Kingdom	5,54	6,14
Korea	5,45	6,10
Luxembourg	2,65	5,96
Slovak Republic	5,38	5,94
Czech Republic	3,91	5,85

¹⁰⁷ http://www.oecd.org/document/23/0,3746,en_2649_34225_33987543_1_1_1_1,00.html [consulta de 18 de mayo de 2012]

OECD*	5,48	5,77
EU15	5,04	5,49
United States	5,77	5,48
Italy	4,52	5,33
Germany	4,90	5,24
Belgium	4,27	4,99
Austria	5,09	4,88
Australia	4,68	4,66
Canada	5,61	4,56
Switzerland	2,24	3,83
Spain	3,52	3,59
Greece	2,37	3,54
Portugal	2,90	2,99

FUENTE: OECD Key ICT indicators¹⁰⁸

9a. Telecommunications sector : Revenue (USD billions)	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000
	OECD Total	353,7	382,5	411,9	436,2	472,5	545,5	582,1	624,8	659,5	745,4
	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009		
	840,4	853,0	937,8	1015,0	1067,2	1094,0	1168,2	1214,8	1159,0		

FUENTE: OECD Key ICT indicators¹⁰⁹

¹⁰⁸ http://www.oecd.org/document/23/0,3746,en_2649_34225_33987543_1_1_1_1,00.html [consulta de 18 de mayo de 2012]

A nivel europeo las cifras también revelan la importancia de este sector para todo el conjunto de la economía:

EMPLEO (número de personas)										
GEO/TIME	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
European Union (15 countries)	1.095.156	:	:	:	:	:	:	:	:	:
Belgium	28.495	28.927	24.494	23.291	23.901	22.445	22.222	22.311	21.264	20.173
Bulgaria	29.914	30.151	33.498	33.551	34.201	28.891	25.390	23.358	22.472	21.421
Czech Republic	28.542	24.529	24.610	23.260	20.334	17.141	20.223	20.028	20.837	19.453
Denmark	21.298	22.405	21.873	20.471	19.739	16.693	16.597	17.700	17.244	16.549
Germany (including former GDR from 1991)	240.700	241.000	231.500	230.600	225.300	224.100	214.700	204.600	188.100	181.800
Estonia	4.124	3.525	3.112	2.845	2.759	:	:	:	:	:
Ireland	17.450	17.000	15.600	14.700	14.500	13.300	13.000	13.300	13.300	13.000
Greece	25.732	26.163	24.700	26.600	26.900	24.400	22.400	22.830	23.350	22.130
Spain	91.075	94.394	89.605	85.169	88.005	88.519	:	85.005	81.730	80.080
France	173.094	151.191	145.487	138.716	136.547	:	:	:	:	:
Italy	111.702	111.794	104.550	:	:	102.802	104.528	103.521	:	:
Cyprus	2.403	2.426	2.417	2.409	2.772	2.806	2.895	3.138	3.130	3.178
Latvia	6.981	6.602	6.410	5.421	5.418	:	:	:	:	:
Lithuania	9.147	8.517	7.223	6.482	5.003	5.781	6.191	6.055	5.864	5.660
Luxembourg	1.451	1.487	1.515	1.660	1.680	1.550	1.400	1.400	1.350	1.450
Hungary	20.847	20.618	20.784	19.508	19.086	17.220	16.339	16.163	15.838	16.161
Malta	2.028	1.942	1.867	1.613	:	:	2.270	1.740	1.802	1.865

¹⁰⁹ http://www.oecd.org/document/23/0,3746,en_2649_34225_33987543_1_1_1_1,00.html [consulta de 18 de mayo de 2012]

Netherlands	58.500	:	:	:	:	:	:	:	:	:
Austria	23.488	32.152	26.900	19.900	19.800	18.765	17.940	17.849	16.725	15.279
Poland	:	:	:	:	:	:	53.928	50.455	55.280	54.058
Portugal	16.270	18.627	17.354	15.186	14.517	13.937	13.404	12.953	12.801	12.760
Romania	67.923	62.983	58.299	53.614	47.538	44.330	:	:	:	:
Slovenia	4.159	4.470	4.826	4.712	4.182	:	4.633	4.742	4.689	4.921
Slovakia	15.874	14.678	12.621	11.552	10.878	10.265	10.243	9.651	9.949	10.089
Finland	24.190	25.015	19.426	17.433	17.422	16.385	14.487	13.385	11.969	:
Sweden	31.411	29.443	21.620	20.087	18.914	19.070	19.057	17.534	17.816	19.173
United Kingdom	230.300	231.500	239.500	:	:	:	:	:	:	:
Iceland	1.441	1.497	1.476	1.568	1.555	1.555	1.516	1.620	1.337	1.323
Liechtenstein	:	:	110	:	:	:	:	:	:	:
Norway	12.912	14.237	13.555	13.102	:	13.200	11.610	12.900	:	:
Switzerland	24.158	24.688	23.568	23.007	21.900	22.338	22.478	23.173	22.636	23.085
Croatia	11.808	11.871	11.237	10.201	9.872	10.250	9.950	8.850	8.700	8.350
Former Yugoslav Republic of Macedonia, the	:	:	:	:	:	:	:	:	:	2.687
Turkey	72.412	75.181	68.267	70.333	60.981	60.631	49.792	45.000	37.934	35.585

FUENTE: EUROSTAT.Information society statics¹¹⁰

¹¹⁰ http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/information_society/data/database [consulta de 18 de mayo de 2012]

INVERSION (en millones de euros)										
GEO/TIME	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Belgium	:	1.420	1.256	1.051	1.002	1.062	1.051	1.167	1.280	1.291
Bulgaria	129	321	335	337	331	376	417	538	406	283
Czech Republic	1.594	1.372	918	1.337	383	461	500	582	594	550
Denmark	1.209	1.454	1.030	755	769	922	986	1.227	1.293	1.137
Germany (including former GDR from 1991)	9.612	11.500	7.100	5.500	5.700	5.800	6.500	7.100	7.200	6.000
Estonia	106	90	58	49	45	50	82	95	98	66
Ireland	:	:	:	:	:	:	:	462	516	516
Greece	:	1.618	1.234	995	955	587	684	1.112	1.193	1.170
Spain	8.556	8.191	5.556	4.542	3.907	4.374	4.698	4.474	3.934	3.474
France	:	:	3.751	3.049	4.396	4.308	4.446	4.146	4.291	4.300
Italy	5.001	4.301	:	:	:	:	:	:	:	:
Cyprus	107	103	105	98	100	101	83	108	110	113
Latvia	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:
Lithuania	142	171	164	88	86	87	107	146	118	72
Luxembourg	:	:	:	105	92	82	92	96	121	124
Hungary	861	664	600	414	588	575	526	484	578	456
Malta	6	9	54	35	26	36	36	41	41	40
Netherlands	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:
Austria	2.100	:	:	:	680	760	750	878	695	519
Poland	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:
Portugal	1.295	1.159	1.125	758	828	939	971	1.427	1.322	1.345
Romania	883	1.801	633	492	707	4.128	1.964	1.546	1.307	1.135
Slovenia	292	:	186	249	206	190	191	245	277	146
Slovakia	110	206	265	306	342	273	295	354	306	319
Finland	888	909	810	776	744	617	:	:	:	580

Sweden	2.679	1.913	1.513	1.287	1.270	951	1.102	1.157	1.008	857
United Kingdom	18.124	17.688	:	:	:	:	:	:	:	:
Iceland	141	67	33	39	64	73	63	97	58	25
Liechtenstein	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:
Norway	889	1.146	907	565	574	699	618	736	:	:
Switzerland	1.936	1.624	1.592	1.320	1.190	1.061	1.175	1.256	1.138	1.159
Croatia	:	:	236	159	229	255	252	243	318	262
Former Yugoslav Republic of Macedonia, the	:	:	:	:	:	:	:	:	127	:
Turkey	683	3.291	2.265	1.823	816	1.110	911	1.388	2.088	2.683

FUENTE: EUROSTAT.Information society statics¹¹¹

VOLUMEN DE NEGOCIO (en millones de euros)										
GEO/TIME	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
European Union (27 countries)	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:
Belgium	6.643	7.479	8.878	8.429	8.858	9.162	9.559	9.654	9.847	10.145
Bulgaria	945	1.249	1.317	1.290	1.474	1.693	1.548	1.715	1.813	1.700
Czech Republic	2.772	2.943	3.475	3.531	3.577	3.927	4.304	4.740	5.684	5.071
Denmark	4.528	4.740	4.655	4.901	5.118	5.376	5.433	5.948	5.557	5.524
Germany (including former GDR from 1991)	56.200	59.900	62.000	64.200	67.000	67.300	66.300	63.900	62.300	60.600
Estonia	339	381	426	463	526	557	621	740	723	718
Ireland	2.870	3.260	3.400	3.567	3.940	4.286	4.793	5.073	5.081	4.611

¹¹¹ http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/information_society/data/database [consulta de 18 de mayo de 2012]

Greece	:	5.876	6.665	7.599	7.871	7.709	8.336	8.487	8.216	7.805
Spain	24.087	28.217	31.584	34.371	36.844	40.657	42.134	43.863	44.158	41.765
France	35.857	39.771	40.815	41.836	43.388	47.243	46.849	48.074	49.747	49.532
Italy	31.700	33.581	:	:	:	:	:	:	:	:
Cyprus	322	375	368	366	414	380	302	522	579	609
Latvia	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:
Lithuania	423	598	693	588	619	729	781	862	905	835
Luxembourg	:	:	:	508	558	593	:	:	506	506
Hungary	2.288	2.692	3.133	4.014	4.349	3.502	3.435	3.633	3.501	3.451
Malta	:	:	190	160	189	175	205	250	262	249
Netherlands	:	:	:	:	:	:	14.241	13.417	13.018	14.013
Austria	4.891	5.359	5.132	4.401	4.665	6.023	5.888	5.715	5.466	5.300
Poland	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:
Portugal	5.343	6.265	6.211	6.367	6.478	6.267	7.781	:	:	:
Romania	1.905	2.171	2.211	2.112	2.705	3.437	4.307	5.074	5.512	4.791
Slovenia	608	695	852	986	1.086	948	1.049	1.101	1.232	1.266
Slovakia	785	1.049	1.046	1.192	1.308	1.492	1.562	1.875	2.237	2.123
Finland	4.364	4.691	4.583	4.443	4.593	4.250	4.511	4.476	4.263	4.730
Sweden	8.397	8.275	8.319	8.268	8.159	8.059	8.659	9.098	8.500	8.080
United Kingdom	71.651	73.322	:	:	:	:	:	:	:	:
Iceland	263	295	:	283	289	373	377	453	296	250
Liechtenstein	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:
Norway	6.679	6.194	6.972	3.512	3.596	3.828	3.841	3.894	3.852	:
Switzerland	8.943	9.784	10.119	10.088	10.368	10.428	10.364	10.458	10.948	11.572

Croatia	917	1.140	1.313	1.486	1.584	1.776	1.945	1.976	2.175	2.104
Turkey	5.523	4.804	7.673	9.081	9.144	10.061	9.505	11.827	11.302	9.557

FUENTE: EUROSTAT.Information society statics¹¹²

¹¹² http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/information_society/data/database [consulta de 18 de mayo de 2012]

El último reporte de la Comisión Europea¹¹³ sobre el estado de la regulación y los mercados de comunicaciones electrónicas recoge las siguientes cifras: *“En 2008, los ingresos del sector de las comunicaciones electrónicas en la UE ascendieron a 351 000 millones de euros, lo que representa aproximadamente la mitad del sector de las TIC en su conjunto. Siete de los diez principales operadores de telecomunicaciones del mundo son europeos. El 43 % de los ingresos del sector de las comunicaciones electrónicas procede de la telefonía vocal fija y del acceso fijo a Internet (incluidos los servicios de comunicaciones de datos para las empresas), el 46 %, de los servicios móviles (voz y datos) y el 10 % restante de la televisión de pago. Según el Observatorio Europeo de la Tecnología de la Información (EITO), el crecimiento fue en 2009 próximo a cero”*

Del análisis de los datos aportados pueden extraerse varias conclusiones pertinentes al objeto de este análisis:

La importancia económica del sector de las telecomunicaciones puede apreciarse desde varias perspectivas. En primer lugar, se trata de un ámbito económico que, individualmente considerado, genera gran cantidad de empleo y añade un valor significativo a la economía. Asimismo, constituye una pieza clave para el desarrollo de otros sectores económicos, demandantes de servicios de comunicaciones electrónicas cada vez más sofisticados, seguros y fiables. Difícilmente, en la actualidad, alguna actividad económica, por sencilla que parezca, puede desarrollarse al margen de las nuevas tecnologías: desde los requerimientos para la provisión de los servicios tradicionales, tales como, la voz, dentro de los cuales, en un estadio superior, si se tiene en cuenta el crecimiento exponencial de los usuarios, ha de situarse la telefonía móvil, hasta la demanda por servicios de banda ancha, auspiciada por la extensión del uso de los ordenadores y el fortalecimiento de Internet, que no en balde ha sido reconocido como el “backbone” o espina dorsal del desarrollo de la sociedad de la información¹¹⁴.

113 EUROPA. COM(2010) 253 final/3, de 25 de agosto de 2010, Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones. Informe sobre el mercado único europeo de las comunicaciones electrónicas 2009 (Decimoquinto Informe) SEC(2010)630.

114 COMISIÓN EUROPEA; EUROSTAT. European Business: facts and figures. 1995-2004. Chapter 21. Communications, information services and media, p. 243.

Otro aspecto a resaltar es el de la competitividad de las economías: en efecto, el grado de implantación de las tecnologías de la información y comunicación (TIC's)¹¹⁵ en el desarrollo de las actividades de producción de bienes y servicios, ha sido reconocido como un factor esencial de la fortaleza competitiva de las economías, de ahí que, algunos estudios, apunten a que el diferencial de productividad entre Europa y los Estados Unidos se deba, en gran medida, a la menor inversión en tecnología y el menor uso de la misma en el tejido empresarial¹¹⁶.

Los servicios de comunicaciones electrónicas agilizan y hacen más eficientes los procesos productivos: reducen los plazos de las fases productivas, dotan de mayor flexibilidad y eficiencia a los procesos, generan nuevos canales de distribución y medios de publicidad, acortan las distancias, etc, por reseñar sólo algunas de las condiciones del proceso productivo que se ven afectadas por la implantación de estos desarrollos tecnológicos. Dada la incidencia de estos factores en los resultados del proceso productivo, en un mundo globalizado y cada vez más competitivo, no resulta extraño que se les reconozca el protagonismo que se destaca en los informes precitados.

De otra parte, el número de usuarios que integran el mercado de los servicios de comunicaciones electrónicas, pone en evidencia la importancia relativa de este sector: En Europa hay 478.4 millones de usuarios de servicios móviles, de los cuales 12 millones son suscriptores de los servicios de tercera generación (UMTS) y el 15% de la población Europa (casi 73 millones de líneas) son usuarios de servicios de banda ancha¹¹⁷. En España, por su parte, 44.108.000 de personas son usuarias de los servicios de telefonía

115 Concepto que no tiene una definición oficial ni unánime que, a los efectos de este análisis se usa para referirse a los servicios de comunicaciones y al recurso a las nuevas tecnologías, de raíz informática, principalmente.

116 <http://observatorio.red.es//estudios/gaptel/index>. (02 de noviembre de 2007).

117 EUROPA. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y a los Comités Económico y Social y de las Regiones. Duodécimo reporte sobre la regulación y los mercados de las comunicaciones electrónicas en Europa.COM (2007) 155. 29 de marzo de 2007.

fija, 42.712.984 son usuarios de la telefonía móvil ¹¹⁸ y hay 7.259.319 de líneas que suministran servicios de Internet¹¹⁹.

2. Relevancia institucional

La llamada sociedad de la información, entendida como un estadio del desarrollo de las sociedades en el que la capacidad de tener acceso a los datos, almacenarlos y compartirlos constituye un elemento esencial para la vida en relación, pivota en las tecnologías de la información y la comunicación (TIC's) que vienen permeando, progresivamente, todos los espacios de la vida pública y privada de los sujetos, para generar tales transformaciones en la forma cómo se desarrollan las actividades cotidianas que hay quienes han llegado a comparar este fenómeno con la revolución industrial de hace más de un siglo.

En el ámbito de relación de los sujetos con los poderes públicos se habla de un nuevo status, conocido como “ciudadanía digital”, que comenzó a perfilarse en los estudios de la OCDE, de 2001, relativos a los factores de exclusión social. Dichos informes apuntaron a la necesidad de promover el acceso a las facilidades provistas por las TIC's como instrumento al servicio de la inclusión en las actividades políticas, sociales y económicas de los ciudadanos del siglo XXI. Surgen también las nociones de e-government para significar la introducción de las tecnologías de la información en la gestión de los asuntos públicos que comporta, entre otros aspectos, una variación en los medios para desplegar las acciones de ordenación, fomento, prestación de los servicios públicos, planificación y prevención que desarrollan las distintas Administraciones. Si bien la variación se genera desde el reconocimiento del carácter instrumental o mediático de los recursos tecnológicos, ello no es óbice para reconocer que su introducción puede llevar aparejadas mutaciones, más o menos significativas, en la actividad propiamente dicha; ésto es, no sólo en el cómo se despliegan (perspectiva del medio), sino también en el por qué (causa) o en sus efectos (deseados o coyunturales), aspectos que han sido valorados, en el ámbito español, por las Cortes, al expedir, entre

118 COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Informe anual de 2005.

119 COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Estadísticas trimestrales del sector. IV trimestre del 2006.

otras, la Ley de la administración electrónica (Ley 11/2007, de 22 de junio)¹²⁰ y la Ley reguladora del uso de las TIC's en la Administración de Justicia (Ley 18/2011, de 5 de julio).

Es importante destacar, asimismo, el papel que juegan las nuevas tecnologías en el ejercicio de los derechos políticos, facilitando la participación de los ciudadanos, preponderancia que suele estudiarse bajo el epígrafe de e-democracy. La relación positiva entre la extensión de las TIC's y el desarrollo de las acciones democráticas parece ser un asunto que goza de relativa unanimidad entre la comunidad científica, toda vez que parece difícil negar la potencialidad que en términos de divulgación de información y participación política presentan medios, tales como, Internet. Las acciones democráticas off line y on line operan de manera complementaria, salvo en ámbitos como la participación en el que el factor más relevante es la eficacia de la divulgación. Así las cosas, las movilizaciones, el derecho al sufragio, la financiación de partidos, entre otras, son acciones que pueden ser promovidas desde la red, pero sus efectos sobre el conjunto de la población, la contundencia de los mismos, están fuertemente condicionadas por el comportamiento de los partidos y demás activistas políticos en el mundo real. Tratándose de la participación, hay evidencias acerca de la relativa independencia del fenómeno del comportamiento offline, convirtiéndolo en uno de los aspectos claves a la hora de analizar la eficacia de las TIC's como instrumento de fortalecimiento institucional democrático.

Así mismo, el valor de Internet como medio de promoción de acciones democráticas se define a partir de las variables, destrezas y recursos de los ciudadanos, de tal suerte que, de una parte, cualquier intento de fortalecimiento de este medio pasa por emprender acciones complementarias que posibiliten la aparición de muchos más ciudadanos digitales y eviten la marginación de los sujetos.

Por último, debe guardarse especial cuidado con las posibles malversaciones voluntarias que puedan hacerse de la herramienta (cuya extensión y generalización es, de manera

¹²⁰ DE ASIS ROIG, Agustín. Documento electrónico en la Administración Pública. En: GALLARDO ORTÍZ, Miguel Ángel (dir), *Ámbito jurídico de las tecnologías de la información*. Madrid : Consejo General del Poder Judicial, 1996 . p. 137-189

simultánea, su máxima fuerza y debilidad, en términos de instrumento al servicio del fortalecimiento democrático de los países), con los efectos adversos que pueden derivarse en términos de creación de status especiales de ciudadanía y, con las consecuencias que se desprenden, en el plano de la responsabilidad, del carácter distribuido de la red: toda vez que los ordenamientos jurídicos que posibilitan el ejercicio de los derechos políticos prevén un completo régimen de derechos y deberes para los actores, que garantiza la legitimidad de sus comportamientos y el funcionamiento normal de los sistemas democráticos, las acciones de esta naturaleza no pueden desarrollarse, válida y eficazmente, sin que exista un claro centro de imputación de responsabilidades.

Otra perspectiva desde la cual se puede abordar el análisis de la relevancia institucional, en los términos que aquí se acuñan, es la del control: en efecto, las nuevas tecnologías también facilitan a los ciudadanos la supervisión de la actividad administrativa y política ejercida por los poderes públicos, contribuyendo a la transparencia de las instituciones. Es en sede de la participación ciudadana en la definición, ejecución y supervisión de las políticas públicas, en la que puede advertirse la mayor potencialidad de las TIC's como medios de fortalecimiento institucional. Empero, como ya se ha venido advirtiendo desde la doctrina, la participación debe ser real y efectiva, esto es, no basta abrir canales de comunicación con el ciudadano, sino que debe haber una interacción real entre los poderes públicos y éstos para que se creen incentivos adicionales para adoptar estos comportamientos en la red.

Por último, no puede dejar de realizarse una breve mención a la preponderancia que, en las relaciones interpersonales privadas, tienen las TIC's: la importancia que los individuos, como sujetos gregarios, atribuyen a estas tecnologías, cuando se trata de interactuar con otros sujetos en diversos ámbitos: social, económico, cultural, etc., es innegable. Al margen de sí se está en presencia de un fenómeno inducido por los proveedores de los servicios o espontáneo, en el sentido de que fuera la propia sociedad la que reclamase la presencia de tantas y tan variadas facilidades de comunicación, lo cierto es que, al igual que se dejaba indicado en el ámbito empresarial, es difícil concebir una situación de relación sin la presencia de estos medios: difusión o compartición de ideas, adquisición de bienes y servicios, aprendizaje, formas de trabajo, medios novedosos de percibir prestaciones de salud, son algunas de las actividades o necesidades que ahora son desarrolladas o suplidas a través de estos servicios.

Tal entidad revisten dichos ámbitos de influencia, que las autoridades comunitarias tienen programas específicos de promoción y difusión de acciones, en los diversos campos de la vida social, al amparo de iniciativas, tales como, la Agenda digital para Europa (COM 2010/0245f). En efecto, las autoridades comunitarias tienen en marcha, entre otros, los siguientes planes:

E-inclusion: Al amparo de la iniciativa 6 de la Agenda Digital (Mejorar el conocimiento las destrezas y la inclusión digital de los ciudadanos) se han adoptado medidas tendentes a verificar los alcances de la contribución de las TIC's en aras de equilibrar y/o mejorar las condiciones de grupos potencial o realmente marginados o en desventaja, tales como, las personas con discapacidad, las personas mayores, grupos con menores ingresos o con niveles culturales por debajo de la media.

E-health, promueve la investigación y las acciones tendentes a permitir el intercambio de información entre los pacientes y los médicos, entre las redes sanitarias de los países miembros de la UE, la teleasistencia, las intervenciones en remoto, y, en general, todo el conjunto de facilidades que intentan fortalecer los sistemas de atención sanitaria en Europa.

ICT for Sustainable Growth. Por último, debe destacarse el programa europeo que apoya las iniciativas que vinculan las TIC's a la realización de un macro objetivo, como es el desarrollo sostenible, desde esferas, tales como, la eficiencia energética, la gestión del agua y la adaptación al cambio climático.

Se infiere de lo anteriormente expuesto que las condiciones del entorno social que vienen a configurar la sociedad de la información inciden en el desarrollo de la personalidad de los sujetos y vienen a constituir el ámbito dentro del cual se reivindica su dignidad (CE; art. 10.1), de tal suerte que el acceso a las prestaciones derivadas de las TIC's puede llegar a convertirse en un derecho vinculado a la inclusión en la vida social y, a contrario sensu, las restricciones al acceso pueden aparejar la exclusión, fenómeno que suele denominarse como la brecha digital y que, en la terminología tradicional, puede enmarcarse en los conceptos de cohesión social y territorial. Sí se concluye que la marginación no voluntaria de la misma puede implicar una verdadera exclusión social, correlativamente ha de afirmarse que los poderes públicos estarán obligados no sólo a garantizar que la decisión se adopte libremente, sino también que las barreras que impidan el ejercicio de este derecho sean eliminadas.

3. Relevancia social

Sin querer ser exhaustivos en este punto, por ser una materia ajena al área del conocimiento que sirve de marco a este trabajo, no puede entenderse la complejidad e importancia de este sector sin hacer mención a la importancia que los individuos, como sujetos gregarios, atribuyen a los servicios de comunicaciones electrónicas como medios para interactuar con otros sujetos en diversos ámbitos: social, económico, cultural, etc. Al margen de sí se está en presencia de un fenómeno inducido por los proveedores de los servicios o espontáneo, en el sentido de que fuera la propia sociedad la que reclamase la presencia de tantas y tan variadas facilidades de comunicación, lo cierto es que, al igual que se dejaba indicado en el ámbito empresarial, es difícil concebir una situación de relación sin la presencia de estos medios: difusión o compartición de ideas, adquisición de bienes y servicios, aprendizaje, formas de trabajo, medios novedosos de percibir prestaciones de salud, son algunas de las actividades o necesidades que ahora son desarrolladas o suplidas a través de estos servicios.

Las condiciones del entorno social que vienen a configurar la sociedad de la información inciden en el desarrollo de la personalidad de los sujetos y vienen a constituir el ámbito dentro del cual se reivindica su dignidad (CE; art. 10.1), de tal suerte que el acceso a prestaciones que integran el núcleo de los servicios de las comunicaciones electrónicas puede llegarse a convertirse en un elemento de inclusión en la vida social y, a *contrario sensu*, las restricciones al acceso pueden aparejar la exclusión, fenómeno que suele denominarse como la brecha digital y que, en la terminología tradicional, puede decirse que guarda relación con la cohesión social y territorial intranacional. De la decisión de acceder o no a los servicios de comunicaciones electrónicas se derivan, entre otras consecuencias, la participación de los beneficios de la sociedad de la información, de tal suerte que, si concluimos que la marginación no voluntaria de la misma puede implicar una verdadera exclusión social, correlativamente ha de afirmarse que los poderes públicos estarán obligados no sólo a garantizar que la decisión se adopte libremente, sino también que las barreras que impidan el ejercicio de este derecho sean eliminadas¹²¹.

121 Conscientes de la importancia de promover el recurso a las TIC´s en todos los ámbitos de la vida social, el Gobierno despliega el Plan Avanza.

4. La solidaridad social como criterio estimativo del interés general presente en la actividad.

El interés general, pese a ser un concepto jurídico empleado en diversos ámbitos del Derecho y, en especial, en el marco del Derecho Administrativo dentro del cual ocupa una posición preponderante derivada, entre otras causas, de su inclusión en el artículo 103.1 CE que lo coloca como fundamento de la entera Administración, entendida en su dualidad organizativa/material, no disfruta de una definición unívoca, ni consensuada, en el ámbito del derecho positivo o en el de las demás fuentes jurídicas. Dentro del gran reto que supone para los operadores jurídicos el construir una categoría jurídica de tantísima relevancia, se acomete este concreto análisis sobre el particular que, dado el alcance del examen que lo enmarca y las condiciones de quien lo redacta, no tiene la pretensión de contribuir al esclarecimiento, ni a la dilucidación de tan complejo asunto; simplemente busca dar cuenta del tratamiento de este tema en los ordenamientos comunitario y nacional y en sede judicial, en relación con la materia que se examina (las telecomunicaciones), con miras a fijar unos derroteros de discusión que faciliten la dilucidación de los problemas jurídicos que suscitan este estudio.

Bajo este entendido, se ha advertido la pertinencia de emplear como punto de partida de la reflexión, las consideraciones que sobre el interés público, como criterio de control de la actividad administrativa, aporta el Dr. LUCIANO PAREJO, quien señala como elementos constitutivos de dicho interés, desde su acepción como concepto jurídico, los siguientes: *“el objeto en que consiste el interés general es, pues, siempre una necesidad y un fin comunitarios identificados directamente en la norma constitucional o decantados en el curso del desarrollo constitucional a partir del orden de bienes y valores establecidos por aquella. El sujeto primario es la organización político-administrativa que institucionalice la comunidad. La relación de objeto y sujeto deriva, dada la pluralidad de comunidades y organizaciones en que se descompone internamente la que sostiene el orden constituido y la lógica interna de la institucionalización de tales comunidades, del sistema de distribución de competencias, en relación con el principio de responsabilización universal (en la medida de las competencias atribuidas) de cada*

*una de las aludidas organizaciones territoriales respecto del conjunto de objetos por el que pueda quedar concernida la comunidad institucionalizada correspondiente.*¹²²

El criterio estimativo que vincula los elementos subjetivos y objetivos de la noción se corresponde, en palabras del mismo autor “*con el carácter valorativo o estimativo que presenta el Estado y su ordenamiento a tenor de los artículos 1.1 y 10.1 CE*”¹²³ y que colocan a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad, junto con la libertad e igualdad, entre otros valores, como los ejes del sistema axiológico constitucional.

La valoración de la presencia del interés general incumbe, en exclusiva, al legislador, lo cual no es óbice para que el resultado de la misma se someta al control jurídico ejercitable desde el criterio que proporciona el orden constitucional, con miras a determinar sí, en efecto, constituyen necesidades o fines de la colectividad y sí su realización o atención ha sido correctamente asignada a la organización administrativa competente¹²⁴.

Se reconoce una doble textura al juicio que arroja como resultado el reconocimiento de la presencia del interés general, dimanada de los criterios político-jurídicos que lo integran, que no excluye la posibilidad de incluir valoraciones de índole económica, que, por su propia naturaleza, no puede ser confundidas, ni con el propio juicio, ni pueden llegar a reducirlo a dicha expresión¹²⁵, como acertadamente lo señala MIKE FEINTUCK cuando afirma que los intentos por construir una noción de interés general sobre razones económicas, tales como, la maximización del bienestar, sin tener en

122 PAREJO ALFONSO, Luciano. *Interés público como criterio de control de la actividad administrativa. Constitución, Estado de las Autonomías y Justicia Constitucional*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2005, p. 13.

123 PAREJO ALFONSO. El interés. P. 8

124 PAREJO ALFONSO. Interés público. P. 19.

125 Como lo pretenden algunas corrientes ideológicas, de origen anglosajón, como la Public Choice, que, entre otras premisas parte de la idea de que el comportamiento en el campo político no difiere sustancialmente del desplegado en el mercado, de tal suerte que, el hombre político, al igual que el económico, buscar maximizar su utilidad y beneficio, resultando idónea tal acción, mientras que no existan fallos en el mercado (también político) que distorsionen la capacidad de éste como asignador eficiente de recursos.

cuenta otros imperativos democráticos, contribuyen a incrementar la vulnerabilidad de otros valores sociales¹²⁶, a lo que se agrega, menoscabando así la naturaleza y entidad democrático y social de una organización política.

Analizando lo manifestado por el mismo autor en cuanto que el énfasis exclusivo en los valores económicos viene a reflejar la idea liberal individualista y por ende no puede ponerse al servicio del interés público enmarcado por la expectativa democrática de la igualdad de los ciudadanos¹²⁷, ha de concluirse que no es posible sostener o desarrollar una militancia acrítica y tozuda en las corrientes ideológicas que entronizan los valores económicos y el instrumental de esta ciencia como los ejes del sistema jurídico/político, sin tener que afrontar el debilitamiento, o cuando menos la reformulación, del Estado Social, así como la negación de la igualdad y libertad efectivas, como valores del sistema. Si se tienen como inexorables estas consecuencias (la negación de los valores que no puedan justificarse con el instrumental económico), han de asumirse también sus efectos directos sobre el propio orden constitucional, que en el caso español demandarían una reforma de la Carta Política. En síntesis, sí el objetivo de la intervención pública en el marco de un segmento económico como el de las comunicaciones electrónicas puede situarse en la realización de un valor económico como la maximización del bienestar, definido desde la ciencia económica, sin conexión a valores jurídicos o políticos, tales como la remoción de los obstáculos para hacer real y efectivo el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos, ha de concluirse que el sistema axiológico constitucional español ha sufrido una transformación que no puede pasar desapercibida por los operadores jurídicos.

Así las cosas, puede afirmarse que las razones de orden económico que se han evidenciado a lo largo de la historia del intervencionismo público en las telecomunicaciones, especialmente, en la era de la regulación o desregulación no pueden constituir, por sí solas, motivos de interés general, toda vez que reducen los

126 FEINTUCK. p. 26. Sobre las limitaciones del análisis económico también puede revisarse GUESTRIN, Sergio. *Capítulo IX. Eficiencia del mercado perfectamente competitivo. Fundamentos para un nuevo análisis económico del derecho. De las fallas del mercado al sistema jurídico*. Buenos aires: De palma, 2004. (p. 291-322)

127 FEINTUCK. Op.cit. p. 23.

criterios estimativos de dicho interés a unos limitados conceptos que, lejos de reflejar, íntegramente, el sistema axiológico constitucional, conducen a su debilitamiento. Por tanto, han de considerarse como cuestiones instrumentales que permiten o posibilitan la consecución de otros propósitos, estos sí, catalogables como de interés general y que guardan estrecha relación con la solidaridad social, como resultado sintético de la dialéctica entre igualdad y libertad¹²⁸.

Y es que el principio que, a juicio de quien redacta este trabajo, mejor expresa uno de los elementos objetivos y criterios estimativos en el sector de las telecomunicaciones, es el de la denominada solidaridad (en su doble dimensión, social y territorial), que surge “*cuando el Estado deja de ser meramente garantista de una libertad e igualdad excesivamente formales y compromete su acción positiva en la efectividad de dichos valores*”¹²⁹ y que consiste, materialmente, en el deber de ejercer los intereses propios de forma respetuosa o no obstructiva para con los demás (vertiente pasiva) y en la obligación de contribuir o favorecer al libre desenvolvimiento de los intereses ajenos (vertiente activa), con el fin, entre otros, de subvenir las diferencias existentes entre la calidad de vida de las personas en razón de las condiciones de su lugar de residencia o por las condiciones socioeconómicas o personales de su existencia¹³⁰.

Desde el punto de vista subjetivo, el deber incumbe a los particulares, que en el caso de las telecomunicaciones incluye tanto a los operadores como a los usuarios, así como a

128 VAQUER CABALLERIA, Marcos. Fundamentos constitucionales. En: VAQUER CABALLERIA, M. *La acción social (Un estudio sobre la actualidad del Estado Social de Derecho)*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002, p.71.

129 VAQUER CABALLERIA; 2002, p. 67. PECES – BARBA MARTINEZ, Gregorio. Humanismo y solidaridad social como valores de una sociedad avanzada. En LORENZO GARCIA, Rafael de, CABRA DE LUNA, Miguel A (directores) *Las entidades no lucrativas de carácter social y humanitario*. Madrid: Fundación Once, 1991.

130 VAQUER CABALLERIA; 2002. p. 68 y 69. En sentido similar, la reflexión de FIENTUCK a propósito del interés general como un principio relacionado con el impacto democrático o incidencia sobre las condiciones igualitarias en el ejercicio de los derechos. FEINTUCK, Mike. *The public interest in regulation*. Londres: Oxford Press, 2004, p. 252. PROSSER advierte “*the concept of social solidarity is not however compatible with a market-based view of citizenship underlying the full application of competition law to public services*” (PROSSER; *The limits*, p. 35)

las Administraciones para quienes, de acuerdo con el sistema de distribución de competencias, la solidaridad opera como una habilitación y, por ende, implica un deber de actuación¹³¹. No le es dable a los poderes públicos y, en concreto, a la Administración, eludir sus responsabilidades frente a la solidaridad social, máxime sí, como lo propone el profesor VAQUER, ésta se fundamenta, entre otras normas, en la previsión contenida en el artículo 9.2 CE, de forma tal que su vulneración, por omisión del deber de promoción o por acción irregular o insuficiente, no conduce a una infracción ordinaria, por emplear un calificativo, de la Constitución por parte de esta organización, sino a una verdadera traición a los cometidos públicos cuya realización se le ha encomendado, lo cual, en últimas, implica su propia desnaturalización como organización/actividad al servicio del interés general (CE; art. 103.1). En un Estado social y democrático de Derecho, como el español (CE; art. 1.1), el incumplimiento de los deberes de promoción de la solidaridad social y territorial, constituye un verdadero atentado contra los pilares del sistema.

En los párrafos precedentes, al hilo de autorizadas opiniones doctrinales que sitúan a la solidaridad social como principio conectado con los valores superiores del ordenamiento, se ha sostenido una oposición radical a la atribución de un papel, más allá del instrumental, a los objetivos económicos, tales como, la maximización del bienestar, como ejes del ordenamiento español; no obstante, en el ámbito comunitario, es factible que no puedan sostenerse las mismas afirmaciones, toda vez que, si bien el discurso político, especialmente en esta fase del proceso de la integración económica/política, va nutriéndose, cada vez más, de nuevos valores, el mercado único, propósito impulsor de este proceso de integración política económica, sigue constituyendo uno de los basamentos del sistema.

A diferencia del sistema comunitario, el mercado, en la Constitución Española, convive, pacíficamente, con la intervención pública: se trata de un instrumento más al servicio de la gestión de intereses generales, dentro del gran acervo que pueden encontrar su asidero en el marco constitucional. Si bien es cierto que la intervención pública, en el marco comunitario de los servicios de interés general, no es ajena al sistema de valores, como lo demuestra su consagración como valor común en el art. 14 y su inclusión como

131 PAREJO; Interés público, p. 10.

derecho en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, no lo es menos que, en este caso, sí que hay una preferencia o prevalencia clara de un medio sobre otro y, en este sentido no puede considerarse que la connotación jurídica o ubicación dentro de la estructura ordinal, coincida a nivel nacional con el comunitario: para éste, el mercado es un medio de tal relevancia que adquiere connotaciones de fin o valor en sí mismo, para aquel, un elemento más dentro del conjunto de herramientas de gestión del interés público en la sociedad española¹³².

Dos son entonces las hipótesis básicas que se sostiene en este apartado del escrito: a) Uno de los elementos objetivos o criterio estimativo del interés general presente en las telecomunicaciones es el principio de la solidaridad (social y territorial), en el sentido de que el Estado debe procurar, con acciones positivas, la salvaguardia de los principios de igualdad y libertad; b) El interés general comunitario no tiene por qué coincidir, necesariamente, con el nacional, toda vez que los sistemas axiológicos, de uno u otro ordenamiento no necesariamente son coincidentes.

a) Los motivos de interés general explícitos en la regulación comunitaria y la normativa nacional: coincidencias y divergencias

El Comité Económico y Social, en su Dictamen 2002/C241/23, indicaba *“Los motivos de creación de un servicio de interés general pueden ser económicos y sociales. Entre los motivos económicos se encuentran el coste excesivo de una inversión necesaria; la escasez del bien o de los elementos necesarios para la producción del servicio, y el desarrollo sostenible. Entre los motivos sociales se incluyen la cohesión social para la reducción de los desequilibrios regionales y las desigualdades sociales y económicas, a fin de que cada uno pueda participar en la vida social; la igualdad de todos en lo que concierne al acceso a estos servicios y la satisfacción de sus derechos fundamentales; la*

132 CALVO CARAVACA opina que la competencia no es un fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar los objetivos del Tratado, en especial la integración económica, el desarrollo de las actividades económicas y la elevación del nivel de vida. Tal situación se pone de presente cuando se admiten restricciones a la competencia (TFUE; art. 101.3) si se derivan beneficios económicos y sociales que superan los efectos de la lesión. CALVO CARAVACA, Alfonso, CARRASCOSA GONZALEZ, J. Derecho europeo de la competencia: objeto, fuentes y sistema. En: CALVO CARAVACA (coord). *Derecho europeo de la competencia*. Madrid: Colex, 100, p. 147-283).

lucha contra la discriminación social y la equidad económica para la ecuación tarifaria o la puesta en práctica de tarifas sociales; mantener la demanda de los ciudadanos, especialmente con la introducción de las medidas fiscales, y definir reglas que permitan la participación de los ciudadanos a través de sus organizaciones en la evaluación de la accesibilidad y calidad de los servicios gestionados por adjudicación o concesión.” Conviene resaltar que la mayoría de motivos sociales invocados por este Comité (cohesión, equidad, acceso en condiciones de igualdad), aluden al concepto de solidaridad, en el sentido que se ha venido empleando en este escrito.

En el libro verde de los SIG, la Comisión afirmaba que *“los servicios de interés general ocupan un lugar destacado en el debate político. En efecto, atañen a una cuestión crucial, la de determinar el papel que corresponde a los poderes públicos en una economía de mercado [es importante destacar que se parte de la premisa de la existencia de un modelo económico en el ordenamiento comunitario] para garantizar, por una parte, el buen funcionamiento del mercado y el respeto de las reglas del juego por parte de todos los agentes implicados y, por otra, para salvaguardar el interés general, especialmente la satisfacción de las necesidades esenciales de los ciudadanos y la preservación de los bienes públicos, cuando el mercado, por sí solo, no puede asegurar estos aspectos* (4) [Sobre la compatibilidad entre el mercado y el resto de intereses generales incide, en reiteradas ocasiones la Comisión, defendiendo que un mercado abierto a la competencia es el medio más idóneo para responder a las necesidades de los ciudadanos¹³³]. *Normalmente, el mercado asegura la asignación óptima de recursos en beneficio del conjunto de la sociedad. Sin embargo, algunos servicios de interés general no pueden ser prestados satisfactoriamente por los mercados, bien porque los precios de mercado son inasequibles para los consumidores con escaso poder adquisitivo, bien porque el coste que entraña su prestación no podría ser sufragado por los precios de mercado.*¹³⁴. *Por esta razón, una de las principales responsabilidades de las autoridades*

133 COM (96) 443 final de 11 de septiembre de 1996 (14.); COM (2000) 580 final de 20 de septiembre 2000 (3); COM (2001) 598 final (40); COM (2001) 598 final (48).

134 Tras esta afirmación se encuentra la teoría de los bienes públicos, que constituyen uno de los tipos de fallos de mercado. Sobre la noción puede consultarse: PASTOR, Santos. *Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del Derecho*. Madrid: Tecnos, 1989.

públicas ha sido siempre velar por la cobertura de estas necesidades colectivas y cualitativas básicas y por la preservación de los servicios de interés general en caso de que las fuerzas del mercado no puedan garantizar estos aspectos. Esta responsabilidad sigue revistiendo hoy una importancia capital (22). Existe consenso en torno al papel de los poderes públicos como garantes de la provisión de los servicios (24), si bien los medios de gestión han de adaptarse a las nuevas circunstancias económicas, sociales, culturales y tecnológicas (23)¹³⁵.

Finalmente, en la Com2011, la propia definición de SIEG incluye la alusión al mercado como instrumento preferencial para la consecución de los objetivos sociales o económicos: *los SIEG son actividades económicas que producen resultados en aras del bien público general y que el mercado no realizaría (o lo haría en condiciones distintas por lo que respecta a la calidad, seguridad, asequibilidad, igualdad de trato y acceso universal) sin una intervención pública. La OSP se impone al prestador mediante una atribución y sobre la base de un criterio de interés general que garantice que el servicio se presta en condiciones que le permiten desempeñar su misión.*

Los motivos sociales y económicos, junto con la preferencia del mercado como sistema de gestión de intereses, aparecen recogidos como objetivos generales y principios reguladores del sistema en el artículo 8 de la Directiva Marco¹³⁶, en el que se establecen, como ejes centrales: a) el fomento de la competencia en el suministro de redes de comunicaciones electrónicas servicios de comunicaciones electrónicas y recursos y servicios asociados, (evitando los falseamientos; promoviendo la eficiencia, tanto en el uso de recursos escasos, como en las inversiones y velando porque los usuarios perciban los frutos de la misma); b) el desarrollo del mercado interior (suprimiendo las barreras de entrada, fomentando el establecimiento de las redes transeuropeas y garantizando el trato no discriminatorio, así como la neutralidad tecnológica) y c) la promoción de los intereses de los ciudadanos de la Unión Europea (velando por el acceso al servicio universal; estableciendo medidas tuitivas que palien la relativa superioridad de los proveedores –deberes de información y mecanismos de resolución de quejas-;

135 EUROPA. COM (2003) 270 final

136 EUROPA. Directiva 2002/21, de 7 de marzo de 2002.

salvaguardando los datos personales, la integridad de las redes y colaborando con los grupos desfavorecidos).

Como se apuntaba previamente¹³⁷, la compatibilidad con el mercado es la perspectiva desde la cual, proverbialmente, las autoridades comunitarias han abordado el análisis de los SIEG y de las comunicaciones electrónicas. Las únicas voces disidentes de esta visión se escuchan desde el Parlamento Europeo, en el que se ha llegado a dudar sobre las bondades del mercado: En su Resolución sobre la comunicación de la Comisión titulada “los servicios de interés general en Europa”, de 13 de noviembre de 2001, enfatiza la necesidad de efectuar una evaluación precisa y comparativa de las consecuencias reales de la política de liberalización de los servicios de interés general (2) e incide sobre la necesidad de precisar sus efectos sobre la cohesión social y territorial (35), abogando en todo caso por la evaluación periódica del proceso (43) y por la transparencia y participación en la toma de decisiones (22 y 49). Asimismo, en la Resolución sobre el Libro Verde sobre los servicios de interés general, dictada el 14 de enero de 2004, el Parlamento reitera la necesidad de evaluar los resultados de la liberalización, vistos los problemas que se han suscitado en algunos sectores, tales como, el ferroviario en Gran Bretaña (7), al tiempo que señala que el mercado ha redundado positivamente en precios y calidad en algunos sectores (13), pero en otros, sus mecanismos han puesto en peligro la propia existencia de los servicios de interés general (8).

Salvo estos clamores de carácter político, cuya influencia en el posicionamiento de las restantes instituciones de la Unión es variable, como se tendrá ocasión de verificar cuando se analice el tema de la distribución competencial en este capítulo (ep. III.B), lo cierto es que la noción de obligaciones de servicio público y, concretamente, de servicio universal, como manifestaciones concretas de la intervención pública, se construye desde la idea de que existen resultados del funcionamiento “no regulado” del mercado en los que la compatibilidad entre este medio o valor y otros valores relacionados con la protección de los derechos de los usuarios del servicio, puede ponerse en entredicho, de tal suerte que la intervención pública o “regulación” está justificada. Aún cuando existan razones para la intervención, ésta se define desde y para la resolución de los problemas

¹³⁷ Ver apartado I, punto 4 del presente capítulo.

de compatibilidad con el mercado, de ahí que los principios de razonabilidad (hay un fallo en el mercado) y proporcionalidad de la medida de intervención (la medida es idónea y necesaria para atender el fallo de mercado) cobre tanta importancia. Este principio irradia, tanto la formulación de la regulación, en sí misma considerada¹³⁸, como la actividad de control administrativo y judicial comunitarios y una de sus manifestaciones más claras se encuentra en el campo de las ayudas públicas, bajo el entendido que la parte económica/financiera de la intervención (cómo se financia y cómo afecta el funcionamiento del mercado) está directamente vinculada al concepto de compatibilidad. Hasta ahora, en ejercicio de competencias transversales, como las relativas a la regulación de las ayudas estatales (TFUE; art. 108.4), la Comisión ha expedido decisiones sobre este particular¹³⁹ y no se descarta que, con arreglo a lo dispuesto en el art. 14 TFUE, se proceda a la definición de nuevos principios económicos y financieros que les permitan cumplir su cometido.

En suma, los motivos de interés general explícitos en la regulación comunitaria de las comunicaciones electrónicas, están directamente relacionados con el mercado y su idoneidad como medio para la realización de objetivos públicos ligados a los derechos de los usuarios de los servicios.

De otra parte, los objetivos y principios contenidos en el artículo 3 de la LGT, coinciden, plenamente, con los ejes centrales fijados por las normas comunitarias (competencia, mercado, usuarios), al tiempo que se añaden otras consideraciones a los objetivos específicos, verbigracia, en cuanto a la promoción de la competencia, se releva también la importancia de fomentar la innovación y de impulsar la cohesión territorial, económica y social; en relación a la defensa de los usuarios se añaden previsiones, en

¹³⁸ No está de más señalar que en España ya se alzan voces favorables a la alineación con esta perspectiva (compatibilidad con el mercado) y a la implantación de los principios de proporcionalidad y razonabilidad como rectores de la intervención pública, especialmente a partir de la interpretación de los principios de buena regulación contenidos en la Ley de Economía Sostenible (art.4 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible) y de las exigencias para la validación de los sistemas de autorización previstos en la Ley 17/2009 sobre acceso y ejercicio de actividades de servicios. ESPINOSA GARCIA, Juan. Poderes públicos y competencia. Intervención en las XIII Jornadas de Actualización de Derecho de la Competencia. Madrid, 7 de marzo de 2012.

¹³⁹ Ver nota 11

línea con el marco constitucional: reconociendo el derecho a acceder a los servicios de comunicaciones electrónicas en adecuadas condiciones de elección, precio y calidad, estableciendo el deber de salvaguardar, en la prestación de éstos, la vigencia de los imperativos constitucionales, en particular, el de no discriminación, protección a la juventud y a la infancia y la satisfacción de las necesidades de los grupos con necesidades especiales, tales como las personas con discapacidad, las personas mayores, las personas en situación de dependencia y usuarios con necesidades sociales especiales, propósitos, todos, que encajan, perfectamente, con el principio de solidaridad al que se ha hecho mención.

Entre las razones para la imposición de otras obligaciones de servicio público, contenidas en el artículo 25 de la LGT, se encuentran, elementos objetivos de títulos tradicionales de intervención (necesidades de la defensa nacional, de la seguridad pública o de los servicios que afecten a la seguridad de las personas o a la protección civil), acompañados de medidas que garantizan el acceso, en condiciones de igualdad efectiva, a los servicios de telecomunicaciones, como medios que posibilitan el ejercicio de derechos fundamentales y, por ende, garantizan la protección de la dignidad de las personas: razones de cohesión territorial, de extensión del uso de nuevos servicios y tecnologías, en especial a la sanidad, a la educación, a la acción social y a la cultura y motivos atinentes a facilitar la comunicación entre determinados colectivos que se encuentren en circunstancias especiales y estén insuficientemente atendidos con la finalidad de garantizar la suficiencia de su oferta.

En síntesis, los elementos nucleares de los sistemas de valores de los SIEG, en general y de las comunicaciones electrónicas, en particular, en los dos ordenamientos, son coincidentes: desarrollo del mercado interior de los servicios de comunicaciones, fomento de la competencia efectiva y protección a los usuarios. Las diferencias, como se ha apuntado previamente, se ubican en el lugar que en cada uno de los sistemas ocupan estos objetivos: en el caso español, el mercado es simplemente un instrumento más al servicio de la realización de los objetivos superiores, mientras que, a nivel europeo, el mercado es el medio, por excelencia, para la consecución de los cometidos públicos, al punto que es difícil no considerar que su conservación, en condiciones de competencia efectiva, no constituye un fin en sí mismo.

b) *Derecho de acceso y disfrute a las redes y servicios de comunicaciones electrónicas y su vínculo con el derecho a comunicarse.*

La perspectiva del nexo entre las telecomunicaciones y el ejercicio de derechos fundamentales, ha sido poco explorada en las instancias comunitarias quienes, salvo algunas aseveraciones aisladas como la contenida en la COM (2001) 598 final (“*Los servicios de interés general contribuyen a la calidad de vida de los ciudadanos y son un requisito indispensable para el pleno ejercicio de muchos de sus derechos fundamentales (1)*”)¹⁴⁰, sólo en el caso de los servicios de difusión y, en algunos eventos, con miras a justificar su relegación de estos ámbitos regulatorios, han expuesto consideraciones de esta índole: “*La política audiovisual y la normativa sobre contenidos tienen por objeto el logro de objetivos de interés general tales como la libertad de expresión, el pluralismo de los medios de comunicación, la imparcialidad, la diversidad cultural y lingüística, la integración social, la protección de los consumidores y la protección de los menores.*” (Directiva marco; considerando 6).

En España, a excepción del análisis sobre el fundamento de la protección de datos personales y a la inviolabilidad del secreto de las comunicaciones¹⁴¹ (relacionadas, directamente, con el derecho a la intimidad y al honor, consagrado en el artículo 18 superior), tampoco existen exámenes concienzudos sobre este extremo, aún cuando, a través de los servicios de comunicaciones electrónicas, los usuarios y también los proveedores ejercitan varios derechos de raigambre constitucional, lo que revela la importancia de este sector desde la perspectiva de los bienes jurídicos que se hallan presentes y pueden verse afectados durante el desarrollo de la actividad económica¹⁴².

El operador del servicio de comunicaciones electrónicas ejercita sus derechos a la libre empresa y a la propiedad privada, mientras que los usuarios ven comprometidos o

¹⁴⁰ Libro verde, punto 3; Libro Blanco 2.1

¹⁴¹ DE ASÍS ROIG, Agustín. Protección de datos y derecho de las telecomunicaciones. En: Fernández Ordóñez, Miguel Angel; CREMADES GARCIA, Javier; ILLESCAS ORTIZ, Rafael. *Régimen jurídico de Internet*, Las Rozas: La ley, 2002, , págs. 201-228

¹⁴² DE ASÍS ROIG, Agustín; BERLANGA DE JESUS, Antonio; MOLINA LÓPEZ, J. Manuel. Los Derechos Humanos y las nuevas tecnologías. En: AAVV. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba, Vol. 1, Madrid: Dykinson, 2008, págs. 933-946

ligados a tal actividad, entre otros, los siguientes derechos que han sido clasificados, a efectos de su examen, por la doctrina¹⁴³, como de esfera personal (honor, la intimidad personal y familiar, imagen; inviolabilidad de las comunicaciones; protección de los datos personales) o de ámbito público (comunicación libre, a la información, participación).

El eje central de esta actividad, como se ha reiterado tantas veces, es la comunicación, la facultad de los sujetos de hacer públicas sus impresiones, ideas o pensamientos, de forma bilateral, multilateral o, dados los avances tecnológicos, hasta con vocación universal, dentro de los límites del ordenamiento y bajo la salvaguardia de los poderes públicos, llamados no sólo a garantizar su ejercicio, sino también a eliminar cualquier obstáculo que impida su desarrollo (CE; art. 9.2).

El derecho a comunicarse¹⁴⁴ está íntimamente relacionado con los valores superiores de la Constitución, toda vez que constituyen una expresión del libre desarrollo de la personalidad y del respeto a la dignidad humana¹⁴⁵.

143 VERA SANTOS. José Manuel. Derechos fundamentales, Internet y nuevas tecnologías de la información y de la comunicación. En: GARCIA MEXÍA, P. (dir), *Principios de Derecho de Internet*, 2ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 189-245.

144 El derecho a la comunicación aparece consagrado en el art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, en el art. 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Declaración de Bratislava (1993) generada durante la reunión de varias ONG dedicadas a la promoción de los derechos fundamentales. Los firmantes de dicha declaración reconocieron que los individuos y los grupos deben tener acceso a los recursos adecuados para satisfacer la necesidad humana de comunicarse, en un entorno democrático; quien desee emplear los canales y las tecnologías al servicio de la comunicación y de la información, debería poder hacerlo, en observancia del principio de no discriminación y, por último, relevaron la necesidad de generar cauces de participación en las decisiones públicas. El derecho a comunicarse es inalienable y se considera un instrumento al servicio de la democratización de las sociedades. Este derecho va más allá de la libertad de expresión y de opinión, comprendiendo, entre otros, el derecho a informar y ser informado, incluido el derecho de acceso público a información gubernamental; el derecho a hablar y ser escuchado; el derecho de réplica; el derecho a ser visto y ver; el derecho a acceder libremente a cualquiera de los receptores de un proceso comunicativo; el derecho al lenguaje, a la privacidad, al conocimiento, a la selectividad y al silencio. HALL; Eamonn. The right to communicate. En: HALL; Eamonn. *The electronic age. Telecommunications in Ireland*. Dublin: OAK Tree Express, 1993. P.376-384.

Aún cuando, en un Estado democrático, social y de derecho como el español, nadie se atrevería a dudar de la importancia del derecho a expresar libremente las ideas como uno de los pilares del sistema, lo cierto es que el Tribunal Constitucional se ha ocupado de esta materia desde perspectivas muy concretas, dentro de las que cabe relevar las siguientes: a) La diferencia entre el derecho a la libre expresión y el de la libertad de información; b) El eventual conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la intimidad y al honor y c) El alcance del derecho consagrado en el artículo 20 CE, concretamente en relación con la creación de medios de comunicación o el reconocimiento de derechos anejos que posibilitan el ejercicio de tal facultad (uso del espectro radioeléctrico, uso de recursos satelitales, etc).

Sin el ánimo de efectuar un análisis exhaustivo sobre la totalidad de decisiones judiciales recaídas sobre asuntos que guarden relación con estas materias, sí que resulta pertinente, a los fines de este trabajo, destacar las perspectivas desde las cuales se ha efectuado una revisión de esta disposición y los alcances de las mismas, con miras, de una parte, a evidenciar la ausencia de un pronunciamiento claro respecto de la conexión entre el derecho a acceder a los servicios de comunicaciones electrónicas en condiciones de calidad, precio y elección, recogido en el artículo 3 de la LGT, o del derecho a disfrutar de un mínimo de servicios, como los que integran el servicio universal (LGT; art. 22 y ss) y el derecho fundamental a comunicarse y, de otra, a verificar que, ante la coincidencia de razones jurídicas entre estos derechos y los valorados por el TC, el alcance de la protección también podría y debería ser similar¹⁴⁶.

La relación de las evidencias acerca de la inexistencia de pronunciamientos en el sentido al que se hizo mención en el párrafo precedente, comienza por citar las decisiones del Tribunal Supremo en materia de servicio universal: en la Sentencia del 27 de enero de

145 Sobre el sistema de valores en la Constitución Española, ver PAREJO ALFONSO, Luciano. La Constitución y su determinación de la Administración, en especial, los valores superiores. En: PAREJO ALFONSO, Luciano *Manual de Derecho Administrativo*. Barcelona: Ariel, 2004, p.64-82

¹⁴⁶ Me refiero concretamente al tratamiento del que han sido objeto los medios soporte de los servicios de difusión (televisión y radio), cuya creación (tratándose de canales de televisión) o explotación (como en el caso de las concesiones de cable) ha sido apoyada desde los estrados judiciales, bajo la consideración de que se trata de instrumentos al servicio del valor superior del pluralismo político.

2006¹⁴⁷, la Sección Tercera del Tribunal Supremo define el alcance de la obligación de tener una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago; el 12 de marzo de 2007, el mismo Tribunal determina que el carácter de servicios mínimos, entendido en el ámbito del ejercicio del derecho a la huelga (CE; art. 28.2), sólo puede reconocerse a aquellas prestaciones que integran el servicio universal (FJ6), empero, en la Sentencia del 10 de julio del mismo año, al analizar el concepto de coste neto, se aprestan a desligar esta noción de la tradicional de servicio público (FJ3), al tiempo que reconocen que el objetivo que persigue su consagración es alcanzar la cohesión económica y social y garantizar la igualdad territorial (FJ1).

Las diferencias entre el derecho a la libertad de expresión e información se centran en los elementos materiales de una y u otra noción: el primero tiene por objeto las ideas y opiniones, mientras que el segundo se refiere a hechos, noticias y datos, que gozan de protección jurídica sólo si son veraces¹⁴⁸.

En cuanto a la resolución de conflictos entre la libertad de información y el derecho al honor y a la intimidad, el Tribunal Constitucional ha señalado “*Según una ya muy asentada jurisprudencia constitucional, la confluencia conflictiva entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor debe resolverse a través de un análisis de ponderación en el que ha de tomarse en cuenta la peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión y la necesidad de que ésta goce de un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones que afecten a la organización colectiva. En efecto, «el art. 20 de la Norma fundamental, además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el*

147 TRIBUNAL SUPREMO. Sentencia del 27 de enero de 2006.

148 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Sentencia 107/1988, de 8 de junio. Auto 4/1993, de 11 de enero. Sentencia 127/94, de 5 de mayo, recursos de inconstitucionalidad 1363/88, 1364/88, 1412/88, 140/88, (FJ4). Sentencia 19/1996, de 12 de febrero. Sentencia 47/2002, de 25 de febrero, recurso de amparo 4273/98. Sentencia 232/2002, de 9 de diciembre. Sentencia 160/2003, de 15 de septiembre. Sentencia 266/2005, de 24 de octubre, recurso de amparo 1487/2003. Sentencia 278/2005, de 7 de noviembre y Sentencia 9/2007, de 15 de enero.

ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas. En este sentido se ha manifestado este Tribunal desde su STC 6/1981, de 16 de marzo (RTC 1981, 6), al poner reiteradamente de manifiesto que el derecho a la información no sólo protege un interés individual, sino que entraña "el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública, indisolublemente ligada con el pluralismo político"» (STC 159/1986, de 16 de diciembre [RTC 1986, 159], F. 6; también, SSTC 107/1988, de 8 de junio [RTC 1988, 107], F. 2; 121/1989, de 3 de julio [RTC 1989, 121], F. 2; 85/1992, de 8 de junio [RTC 1992, 85], F. 4; 336/1993, de 15 de noviembre [RTC 1993, 336], F. 4; 132/1995, de 11 de septiembre [RTC 1995, 132], F. 4; 192/1999, de 25 de octubre [RTC 1999, 192], F. 8; 110/2000, de 5 de mayo [RTC 2000, 110], F. 8; 232/2002, de 9 de diciembre [RTC 2002, 232], F. 4). Como afirmaba la STC 101/2003, de 2 de junio (RTC 2003, 101), «sin comunicación pública libre quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 CE, que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política (por todas STC 6/1981, de 16 de marzo [RTC 1981, 6]; en el mismo sentido SSTC 20/1990, de 15 de febrero [RTC 1990, 20], y 336/1993, de 15 de noviembre [RTC 1993, 336]). La libertad de expresión aparece así como uno de los fundamentos indiscutibles del orden constitucional español, colocada en una posición preferente y objeto de especial protección» (STC 101/2003, de 2 de junio, F. 3), y necesitada de un «amplio espacio» (SSTC 110/2000, de 5 de mayo, F. 5; 297/2000, de 11 de diciembre [RTC 2000, 297], F. 4; 127/2004, de 19 de julio [RTC 2004, 127], F. 4), es decir, «un ámbito exento de coacción lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angosturas, esto es, sin timidez y sin temor. De ahí que no disuadir la diligente, y por ello legítima, transmisión de información constituya un límite constitucional esencial que el art. 20 CE impone a la actividad legislativa y judicial (STC 190/1996, de 25 de noviembre [RTC 1996, 190], F. 3, letra a)» (STC 110/2000, F. 5).».

El nexo entre el derecho a la información y el pluralismo político que comporta, como lo manifiesta el Tribunal Constitucional, una especial protección, deriva también en que los resultados de la ponderación de este interés ¹⁴⁹en relación con otros, como el derecho al honor o a la intimidad, no son pocas las veces que resultan favorables al primero.¹⁵⁰

El pronunciamiento de cuyo contenido se han extractado algunos apartados, puede dar paso también a la reflexión acerca del alcance del derecho contenido en el artículo 20 CE. Como se afirma en ésta y otras decisiones judiciales, esta norma consagra un derecho que goza de una doble connotación o naturaleza jurídica, de una parte, la del derecho subjetivo a difundir las ideas (opiniones o hechos), que comporta un derecho de libertad cuya protección supone la no interferencia de los poderes públicos en su ejercicio y de otra prevé una garantía para una institución política fundamental cual es la opinión pública, ligada al pluralismo político, que no sólo demanda la no interferencia, sino, especialmente, la promoción por parte de los poderes públicos. Tal entidad se le ha reconocido a este derecho, desde su vertiente objetiva o institucional, que ha fundado el reconocimiento de derechos instrumentales, tales como, la creación de medios de comunicación¹⁵¹ y, a través del mecanismo de amparo, del derecho a prestar un servicio de telecomunicaciones (el de la televisión por cable local), sin que pudiera exigírsele al operador la habilitación correspondiente, por la dilación de las Cortes en la regulación de la materia, en una decisión que el propio Tribunal reconoce como excepcional y transitoria¹⁵².

149 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 206/1990, de 17 de diciembre, FJ 6. Sentencia 12/1982, de 31 de marzo, FJ.3. Sentencia 127/1994, de 5 de mayo, FJ. 4.

150 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 9/2007, de 15 de enero, FJ4. En el mismo sentido, Sentencia 139/2007, de 4 de junio. Sentencia 216/2006, de 3 de julio. Sentencia 101/2003, de 2 de junio. Sentencia 14/2003, de 28 de enero. Sentencia 232/2002, de 9 de diciembre. Sentencia 99/2002, de 6 de mayo. Sentencia 76/2002, 8 de abril. Sentencia 20/2002, de 28 de enero. Sentencia 204/2002, de 15 de octubre.

151 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 12/1982, de 31 de marzo, FJ3. Sentencia 206/1990, de 17 de diciembre, FJ6. Sentencia 119/1991, de 3 de junio, FJ5. Sentencia 127/1994, de 5 de mayo, FJ4B.

152 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 206/1990, de 17 de diciembre, FJ6. Sentencia 189/1991, 3 de octubre, FJ3. Sentencia 47/1994, de 16 de febrero, FJ7. Sentencia 98/1994, de 11 de abril, FJ único. Sentencia 240/1994, de 20 de julio, FJ único. Sentencia 281/1994, de 17 de octubre, FJ único. Sentencia

Los servicios de telecomunicaciones pueden considerarse instrumentos al servicio de la realización del objetivo superior de formar una opinión pública libre, no sólo porque actúan, en algunos casos, como alternativos a los tradicionales de difusión, que son a los que se ha referido la jurisprudencia constitucional, cuando se emplean para posibilitar la edición y propagación de ideas, con cobertura mayor que la de la prensa o los mismos servicios de difusión (diarios, radios y TV por Internet), sino porque permiten, como en ninguna otra época o medio, el acceso a una cantidad ingente de datos e ideas que permiten formar a los ciudadanos de la sociedad de la información, no sólo en valores políticos, sino culturales, religiosos, etc. Si a los jueces constitucionales les ha preocupado la uniformidad de pensamiento a la que conduciría la detentación, en monopolio u oligopolio, de facto o de derecho, de los derechos de explotación de un medio de difusión como la televisión (STC 127/1994; FJ6D), también debería comenzar a preocuparles, como al resto de los poderes públicos, que determinadas personas quedaran marginadas de la información, por carecer de los medios para acceder a ella, toda vez que la dignidad humana, como valor superior, no sólo inspira el respeto del derecho a la diferencia, sino que promueve la igualdad efectiva entre los ciudadanos, las dos caras del derecho fundamental consagrado en el artículo 14 CE, que constituye, a la par, un valor superior del ordenamiento jurídico (CE; art. 1.1).

Esta perspectiva analítica sobre el derecho de acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas como instrumento para el ejercicio de otros derechos fundamentales, ya ha sido objeto de pronunciamientos judiciales foráneos, de declaraciones en el ámbito internacional y de decisiones a nivel comunitario:

En primer lugar, se suelen citar como decisiones judiciales de referencia, tratándose del Derecho de Acceso a Internet, la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia Norteamericana *Reno contra ACLU*¹⁵³ en la que se valoraban las restricciones a la libertad de expresión en Internet, fundadas en la protección a los menores, contenidas en *Telecommunications Decency Act* de 1996. En este caso, la Corte planteó como

307/1994, de 14 de noviembre, FJ3. Sentencia 12/1995, de 16 de enero, FJ2. Sentencia 47/1996, de 25 de marzo, FJ3.

¹⁵³ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia Norteamericana. 521 U.S. 844 (1997) *RENO, ATTORNEY GENERAL OF THE UNITED STATES, et al.v.AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION et al.*

premisa una suerte de derecho de los menores a acceder a Internet, si bien no profundizó en sus alcances. El núcleo central de la discusión se sitúa en la asimilación de Internet a los medios de difusión, o a la prensa, como instrumentos al servicio del ejercicio de la libertad de expresión, para concluir que se trata de una plataforma equiparable más a la segunda, que a los primeros, toda vez que no media la gestión de un recurso escaso (que justifica la intervención pública), y el acceso requiere una actitud proactiva por parte del usuario.

En el caso de la Decisión nº 2009-580 de 10 de junio de 2009 del Consejo Constitucional francés¹⁵⁴ por la que se declara inconstitucional la Ley que favorece la difusión y la protección de la creación en internet, en concreto, declarando inconstitucionales diversas modificaciones del Código de la Propiedad Intelectual, como consecuencia de los artículos 5 y 11 de la ley, los jueces analizan la legitimidad de atribuir competencias sancionadoras a autoridades administrativas, que materialmente consistieran en límites al ejercicio de la libertad de expresión y reconocen, expresamente, el carácter instrumental del acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas, en relación al ejercicio de derechos fundamentales como el de expresión y participación en la vida política: *“12. Considerando que en virtud del artículo 11 de la Declaración sobre los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “La libre comunicación de pensamientos y opiniones es uno de los más preciosos derechos del hombre: todo ciudadano puede, por tanto, hablar, escribir e imprimir libremente, salvo para responder a los abusos de esta libertad en los casos determinados por la ley “que los actuales medios de comunicación y teniendo en cuenta el desarrollo generalizado de los servicios de comunicación al público en línea y la importancia de estos servicios para la participación en la vida democrática y la expresión de ideas y opiniones, este derecho incluye la libertad de acceder a estos servicios.”*

En el ámbito internacional existen tres espacios preferentes de discusión sobre este tema: la UNESCO y el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

¹⁵⁴ CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS. Decisión nº 2009-580 de 10 de junio de 2009

(1) *La UNESCO*

La primera mención al “derecho a comunicarse” aparece durante las reuniones que dieron lugar a la Declaración sobre los Principios Rectores del Empleo de las Transmisiones por Satélite para la Libre Circulación de la Información, la Difusión de la Educación y la Intensificación de los Intercambios Culturales, de 15 de noviembre 1972. En dichas reuniones Jean D’Arcy, director de la radio y de los servicios visuales de la Oficina de Información de la ONU, propuso, infructuosamente, la inclusión de este derecho dentro los principios rectores (1969). Durante la 18ava Sesión de la Conferencia General de la UNESCO, se encomendó a la Presidencia de la Comisión Internacional de Comunicación de la UNESCO, la elaboración de un informe sobre los principales problemas de la comunicación en la sociedad contemporánea, que dio lugar a la elaboración del Informe MacBride “Many voices one World” (1980) en el que se sientan las bases del Nuevo Orden Internacional de la Información y la Comunicación (NOMIC) en el que se reconoce el derecho de la colectividad, así como de los grupos étnicos y sociales, a tener acceso a las fuentes de información y participar activamente en los flujos de comunicación y se insta a los Estados a eliminar todos los obstáculos, en especial los relativos a la existencia de monopolios en los medios de comunicación, que entorpezcan el ejercicio de dichos derechos.

Pasaría mucho tiempo antes de que la UNESCO volviera a ocuparse de este tema¹⁵⁵ pero, en el 2003, profirió una recomendación sobre la promoción y el uso del plurilingüismo y el acceso universal al ciberespacio, cuyo contenido bien vale la pena citar textualmente:

“6. Los Estados Miembros y las organizaciones internacionales deberían reconocer y apoyar el principio del acceso universal a Internet como medio para promover el ejercicio de los derechos humanos definidos en los Artículos 19 y 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

7. Los Estados Miembros y las organizaciones internacionales deberían promover el acceso a Internet como un servicio de interés público mediante la adopción de políticas

¹⁵⁵ Sobre las causas de esta inactividad puede revisarse: HEMLINK, Cees; HOFFMAN, Julia. The state of the right to communicate. *Global Media Journal*, vol. 7, issue, 13, fall 2008.

apropiadas que refuercen el proceso encaminado a acrecentar la autonomía de los ciudadanos y la sociedad civil, y el fomento de una aplicación adecuada de esas políticas y del apoyo a las mismas en los países en desarrollo, prestando la debida atención a las necesidades de las comunidades rurales.

8. En particular, los Estados Miembros y las organizaciones internacionales deberían instituir mecanismos de ámbito local, nacional, regional e internacional que faciliten el acceso universal a Internet tomando disposiciones para que las tarifas de telecomunicaciones y de Internet resulten asequibles, prestando especial atención a las necesidades de las instituciones de servicio público y educativas así como las de los grupos de población desfavorecidos y los discapacitados. Para ello es preciso concebir nuevos incentivos, por ejemplo mediante la colaboración entre los sectores público y privado a fin de fomentar las inversiones en este terreno y la reducción de los obstáculos financieros a la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación, tales como los impuestos y derechos de aduana aplicables a los equipos, programas y servicios informáticos.

9. Los Estados Miembros deberían alentar a los proveedores de acceso a Internet a estudiar la posibilidad de introducir descuentos en sus tarifas que se apliquen a establecimientos de servicio público como las escuelas, las instituciones académicas, los museos, los archivos o las bibliotecas públicas, como medida de transición hacia un acceso universal al ciberespacio.

10. Los Estados Miembros deberían fomentar la elaboración de estrategias y modelos en materia de información para facilitar el acceso de las comunidades y llegar a todos los sectores de la sociedad, entre otras cosas elaborando proyectos comunitarios y propiciando el surgimiento de animadores y consejeros locales en materia de tecnologías de la información y la comunicación. Esas estrategias deben también apoyar la colaboración en este terreno entre distintos establecimientos de servicio público, como medio de reducir los costos del acceso a los servicios de Internet.” (resaltado por fuera del original.

Cabe destacar en esta Recomendación el tratamiento integral de la cuestión del derecho de acceso de acceso universal a Internet como instrumento al servicio del ejercicio de otros derechos fundamentales: dentro del conjunto de frentes a atender, la UNESCO releva los siguientes: el acceso a la infraestructura (conectividad), a los terminales (medios) y a la formación para la adquisición de destrezas. Tres aspectos claves que

deberían tenerse en cuenta a la hora de formular el acervo de facultades que integran el núcleo esencial de este nuevo derecho.

(2) *La Unión Internacional de Telecomunicaciones*

La Cumbre Mundial para la Sociedad de la Información, desarrollada en dos fases, la primera en Ginebra (2003) y la segunda en Túnez (2005), condujo a la emisión de las siguientes declaraciones:

Declaración de Principios: Construir la Sociedad de la Información: un desafío global para el nuevo milenio (12 de mayo de 2004)

“19. Estamos decididos a proseguir nuestra búsqueda para garantizar que las oportunidades que ofrecen las TIC redunden en beneficio de todos. Estamos de acuerdo en que, para responder a tales desafíos, todas las partes interesadas deberían colaborar para ampliar el acceso a la infraestructura y las tecnologías de la información y las comunicaciones, así como a la información y al conocimiento; fomentar la capacidad; reforzar la confianza y la seguridad en la utilización de las TIC; crear un entorno propicio a todos los niveles; desarrollar y ampliar las aplicaciones TIC; promover y respetar la diversidad cultural; reconocer el papel de los medios de comunicación; abordar las dimensiones éticas de la Sociedad de la Información; y alentar la cooperación internacional y regional. Acordamos que éstos son los principios fundamentales de la construcción de una Sociedad de la Información integradora.”

En cuanto a la conectividad, se declaró:

21. *La conectividad es un factor habilitador indispensable en la creación de la Sociedad de la Información. El acceso universal, ubicuo, equitativo y asequible a la infraestructura y los servicios de las TIC constituye uno de los retos de la Sociedad de la Información y debe ser un objetivo de todas las partes interesadas que participan en su creación. La conectividad también abarca el acceso a la energía y a los servicios postales, que debe garantizarse de conformidad con la legislación nacional de cada país.*

22. *Una infraestructura de red y aplicaciones de las tecnologías de la información y las comunicaciones, que estén bien desarrolladas, adaptadas a las condiciones regionales, nacionales y locales, fácilmente accesibles y asequibles y que, de ser posible, utilicen en mayor medida la banda ancha y otras tecnologías innovadoras,*

puede acelerar el progreso económico y social de los países, así como el bienestar de todas las personas, comunidades y pueblos.

23. Se deberían desarrollar y aplicar políticas que creen un clima favorable para la estabilidad, previsibilidad y competencia leal a todos los niveles, de tal forma que se atraiga más inversión privada para el desarrollo de infraestructura de TIC, y que al mismo tiempo permita atender al cumplimiento de las obligaciones del servicio universal en regiones en que las condiciones tradicionales del mercado no funcionen correctamente. En las zonas desfavorecidas, el establecimiento de puntos de acceso público a las TIC en lugares como oficinas de correos, escuelas, bibliotecas y archivos, puede ser el medio eficaz de garantizar el acceso universal a la infraestructura y los servicios de la Sociedad de la Información.

El tema de la conectividad, desde la perspectiva UIT, abarca los aspectos de acceso universal, ubicuo, equitativo y asequible a la infraestructura, dejando abierta la posibilidad de crear centros de acceso comunales, es decir, de cambiar el concepto de conectividad individual, a acceso compartido. Asimismo, se enfatiza la necesidad de crear la capacidad para que las personas puedan acceder a los beneficios de la Sociedad de la Información, de generar los medios que incrementen la confianza y la seguridad, apoyar las iniciativas de tratamiento global del tema, entre otros aspectos.

En la Declaración de Túnez (2005) además de reafirmarse en los compromisos adquiridos mediante la Declaración de Ginebra, los representantes de los países señalaron: *10. Reconocemos que el acceso a la información y el intercambio y la creación de conocimientos contribuyen de manera significativa al fortalecimiento del desarrollo económico, social y cultural, lo que ayuda a todos los países a alcanzar las metas y los objetivos de desarrollo acordados internacionalmente, especialmente los de la Declaración del Milenio. Este proceso se puede mejorar eliminando las barreras que impiden el acceso universal, ubicuo, equitativo y asequible a la información. Subrayamos la importancia de eliminar estas barreras con el fin de colmar la brecha digital, especialmente las que impiden alcanzar el pleno desarrollo económico, social y cultural de los países y el bienestar de su gente, en particular, en los países en desarrollo.*

En las subsiguientes reuniones de seguimiento de los compromisos se ha avanzado en la caracterización del derecho, como de tercera generación (derechos colectivos y del medio ambiente) y en sus alcances e implicación, enfatizando en la necesidad de mejorar las capacidades y destrezas para el uso de la tecnología, en la democratización

del diseño de la tecnología (proyectos de código abierto y compartido -GNU-) y en los principios éticos del ejercicio del derecho¹⁵⁶.

(3) *ONU: Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*

En el marco de los Objetivos de Desarrollo del Milenio¹⁵⁷, concretamente del punto 8.F en el que los signatarios se comprometieron a poner a disposición, en cooperación con el sector privado, los beneficios de las TIC's a toda la población, Frank La Rue, Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión ha elaborado varios informes sobre la naturaleza, alcance y contenido del derecho a comunicarse, entre los que cabe destacar, el Informe A/HRC/17/27, de 16 de mayo de 2011 y el Informe A/66/290, de 10 de agosto de 2011. En los dos informes, La Rue propugna por el reconocimiento del status de derecho fundamental al acceso a Internet, aunque admite su carácter instrumental, y llama a los Estados a eliminar las barreras que impidan el ejercicio del Derecho: *87. El Relator Especial subraya que el acceso a la información, la capacidad de ejercer el derecho a la libertad de expresión y la participación de todos los sectores de la sociedad logrados gracias a Internet es esencial para una sociedad verdaderamente democrática.*

88. Por otra parte, como Internet es esencial para facilitar el disfrute del derecho a la libertad de opinión y de expresión, así como otros derechos, como la educación, la libertad de asociación y reunión, la participación ciudadana y el desarrollo económico y social, el Relator Especial considera que es, no solo importante, sino imperativo que los Estados adopten políticas y estrategias efectivas y concretas, en consulta con las personas de todos los segmentos de la sociedad, incluido el sector privado y los ministerios gubernamentales pertinentes, para que Internet esté ampliamente disponible y sea

¹⁵⁶ Documento de Conclusiones del WSIS Forum 2011, disponible en <http://www.itu.int/wsis/implementation/2011/forum/inc/Documents/WSISForum2011OutcomeDocument.pdf> [consulta 19 de mayo de 2012]

¹⁵⁷ En septiembre de 2000, como resultado de grandes conferencias y cumbres de las Naciones Unidas, se aprobó la Declaración del Milenio, mediante la cual los países se compromete a reducir los niveles de extrema pobreza, estableciendo una serie de objetivos sujetos a plazo, conocidos como los Objetivos de Desarrollo del Milenio y cuyo vencimiento del plazo está fijado para el año 2015.

accesible y asequible para todos, basado en los principios de no discriminación de ningún tipo, incluso por motivos de raza, color, sexo, idioma, discapacidad, origen económico, o cualquier otra condición.

89. En particular, el Relator Especial recomienda que los Estados adopten medidas dinámicas para garantizar que se disponga de conectividad a Internet a nivel individual o comunitario en todos los lugares habitados del Estado, mediante iniciativas con el sector privado, incluso en zonas distantes o rurales. Estas medidas abarcan la adopción y aplicación de políticas que faciliten el acceso a la conexión a Internet y el equipo de bajo costo, en particular en zonas distantes y rurales, e incluso la subvención del servicio, si es necesario.”¹⁵⁸

Coincide el Relator Especial, con el enfoque de la UNESCO. La conectividad y la capacidad (destrezas y disponibilidad de terminales) son los factores claves para el ejercicio de este derecho instrumental, vinculado a la realización, en el caso español, de los valores superiores del ordenamiento, conforme lo establece el art. 1.1 CE: la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político¹⁵⁹.

(4) La Unión Europea y el derecho a comunicarse a través de redes de comunicaciones electrónicas

En la Resolución del Parlamento Europeo de 6 de julio de 2006¹⁶⁰, se expusieron las siguientes consideraciones acerca de la vinculación entre el derecho de acceso a Internet y el ejercicio de los derechos políticos y de libertad de expresión: “C. Considerando que la lucha por la libertad de expresión se ha desplazado hoy al ámbito de la comunicación electrónica, puesto que Internet se ha convertido en el medio de expresión elegido por disidentes políticos, activistas en favor de la democracia, defensores de los derechos humanos y periodistas independientes de todo el mundo, D. Considerando que el

¹⁵⁸ Conclusiones y recomendaciones del Informe A/ 66/290, de 11 de agosto de 2011.

¹⁵⁹ Sobre el contenido y valor jurídico del Informe A/HCR/17/27 de 16 de mayo, puede leerse: PENNEY, Jonathon. Internet Access rights: a brief history and intellectual origins. *William Mitchell Law Review*, Vol 38:1, ps. 10-42.

¹⁶⁰ EUROPA. Resolución del Parlamento Europeo sobre la libertad de expresión en Internet, P6_TA(2006)0324.

*acceso a Internet puede fortalecer la democracia y contribuir al desarrollo social y económico de un país, y que restringir el acceso a este medio es incompatible con el derecho a la libertad de expresión, M. Considerando que la UE debería demostrar que los derechos de los usuarios de Internet constituyen una de sus prioridades y que está dispuesta a actuar para promover la libertad de expresión en la Red”.*¹⁶¹

Asimismo, en la denominada Recomendación Lambrinidis, de 25 de febrero de 2009¹⁶², se advirtió: “A. Considerando que Internet se ha convertido en un instrumento esencial de amplitud mundial para el desarrollo de la libertad de expresión, así como para el desarrollo de las actividades económicas, y que, en ese contexto, es particularmente esencial que la lucha contra la delincuencia y contra los abusos de los poderes públicos y de los particulares no limite las potencialidades de este instrumento.”

Por su parte, en la Com (2011) 222, de 19 de abril de 2011¹⁶³, la Comisión fija los siguientes parámetros para la definición y tratamiento del concepto neutralidad de red: a) El fundamento jurídico del concepto se encuentra en el artículo 8, apartado 4, letra g), de la Directiva marco, que exige que las autoridades nacionales de reglamentación promuevan los intereses de los ciudadanos de la Unión Europea favoreciendo la capacidad de los usuarios finales para acceder y distribuir la información o utilizar las aplicaciones y los servicios de su elección; b) El elemento teleológico del concepto consiste en la conservación del carácter “abierto” de la plataforma, con miras a seguir prestando servicios de alta calidad a todo el mundo, facilitando la innovación, así como el disfrute de los derechos fundamentales, tales como la libre expresión y la libre actividad empresarial; c) La garantía de la apertura de la red está vinculada a los siguientes aspectos: gestión del tráfico, el bloqueo y la degradación, la calidad del servicio y la transparencia.

¹⁶¹ EUROPA. Resolución del Parlamento Europeo sobre la libertad de expresión en Internet. P6_TA(2006)0324

¹⁶² Propuesta de recomendación del Parlamento Europeo destinada al Consejo sobre el refuerzo de la seguridad y de las libertades fundamentales en Internet (2008/2160(INI))

¹⁶³ EUROPA. COM(2011) 222 final. Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones. la Internet abierta y la neutralidad de la red en Europa.

La Comisión concluye que los mecanismos contenidos en la regulación actual atinentes a la transparencia, calidad del servicio y cambio de proveedor, son suficientes para garantizar el carácter abierto de la red e insta a los EEMM a concluir el proceso de transposición para verificar sí, en efecto, tales medidas son suficientes. En caso de que se advierta que la regulación vigente es insuficiente para disuadir y proscribir comportamientos de bloqueo de tráfico, degradación de la calidad y ausencia de transparencia, que afecten de manera significativa el funcionamiento del sistema, involucrando a varios operadores, *“la Comisión evaluará la necesidad de adoptar medidas más estrictas para que se hagan realidad la competencia y la posibilidad de elección que los consumidores merecen. La transparencia y la facilidad de cambiar de proveedor constituyen elementos clave para los consumidores a la hora de elegir PSI o de cambiarse a otro, pero podrían no ser las herramientas adecuadas para afrontar las restricciones generalizadas de servicios o aplicaciones lícitos.*

Estas medidas adicionales podrán revestir la forma de directrices o de medidas legislativas generales destinadas a reforzar la competencia y las posibilidades de elección de los consumidores, tales como facilitar más aún el cambio de proveedor, o en caso de resultar insuficiente, imponer, por ejemplo, obligaciones específicas relativas a la diferenciación injustificada del tráfico en internet, aplicables a todos los PSI con independencia de su poder de mercado. Podría incluirse la prohibición de bloquear servicios lícitos.”

De los antecedentes precitados puede colegirse que hay un reconocimiento institucional acerca de la vinculación del derecho de acceso a las redes y servicios de comunicaciones electrónicas y el ejercicio de derechos fundamentales, especialmente ligados al desarrollo de los derechos políticos.

A partir de ese reconocimiento, también existe en la Unión Europea una conciencia sobre la importancia de la conectividad, en los términos antes expuestos, si bien el criterio u objetivo “capacidad” (destrezas y terminales) no forma parte de las acciones previstas, al amparo de las habilitaciones para la ordenación de las comunicaciones electrónicas.

c) *El lugar de la solidaridad como valor jurídico dentro del ordenamiento de las comunicaciones electrónicas.*

La solidaridad, como valor, es objeto de relieve en el marco jurídico general de los servicios de interés general en Europa, dentro del cual se ha llegado a afirmar que éstos “*desempeñan un papel cada vez más decisivo, como parte de los valores compartidos por todas las sociedades europeas y elemento esencial del modelo europeo de sociedad. La importancia que revisten estos servicios de cara a la mejora de la calidad vida de todos los ciudadanos y la lucha contra la exclusión y aislamiento sociales es crucial. A la vista de su peso específico en la economía y de su importancia de cara a la producción de otros bienes y servicios, su calidad y eficacia constituyen un factor de competitividad y de cohesión, sobre todo como polo para atraer inversiones hacia las regiones menos favorecidas. La prestación eficaz y no discriminatoria de servicios de interés general es asimismo condición sine qua non para garantizar el buen funcionamiento del mercado único y potenciar la integración económica en la Unión Europea. Además, estos servicios constituyen uno de los pilares de la ciudadanía europea, pues forman parte de los derechos que asisten a los ciudadanos europeos y brindan una oportunidad de diálogo con las autoridades públicas en el contexto de la buena gobernanza*¹⁶⁴”. Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que esta perspectiva no ha sido desarrollada a profundidad, o cuando menos, no con la intensidad con la que ha sido abordada en el ámbito nacional, concretamente en la normativa específica de telecomunicaciones, dentro de la cual puede situarse como la inspiración que anima el trato favorable a los discapacitados, la noción del servicio universal y las medidas adoptadas para paliar la brecha digital¹⁶⁵.

Ha de manifestarse que, en cualquier caso, los acontecimientos económicos de los últimos años y los pasos que se han dado en el proceso de integración jurídico/política y social que es la Unión, pueden conducir a una revalorización del concepto de la solidad

164 EUROPA. COM (2003) 270 final. En el mismo sentido: COM (96) 443 final de 11 de septiembre de 1996 (1 y 6); COM (2000) 580 final de 20 de septiembre de 2000 (2);

165 EUROPA. COM (2006) 129 final, de 20 de marzo de 2006, superar los desequilibrios en la banda ancha.

como vector del sistema axiológico¹⁶⁶. En efecto, las últimas decisiones en materia de servicio universal [COM (2011) 795 final) y sobre los servicios de interés general [COM (2011) 900 final] aluden a la noción de red de protección social, vinculándola a los servicios de comunicaciones electrónicas: la Comisión en la Com (2011) 900 comienza señalando que “*los SIG ofrecen una red de seguridad esencial para los ciudadanos y contribuyen a promover la cohesión social*” (p.2), consistente en la garantía de intervención de los poderes públicos cuando las fuerzas del mercado no puedan atender debidamente las necesidades de los usuarios (p.14), encaminada a la realización de los siguientes objetivos: accesibilidad, asequibilidad y disponibilidad (p.15).

A su turno, la Com (2011) 795 final, señala que “*La razón de ser de la obligación de servicio universal es que actúe como red de seguridad social cuando las fuerzas de mercado por sí solas no ofrezcan a los consumidores un acceso asequible a los servicios básicos, especialmente en el caso de aquellos consumidores que vivan en zonas apartadas, dispongan de escasos ingresos o tengan alguna discapacidad.*” (p.2). En el mismo sentido, la Resolución del Parlamento Europeo de 5 de julio de 2011 “*1. Destaca la importancia de las obligaciones de servicio universal (OSU) como red de seguridad para la integración social cuando las fuerzas del mercado no han sabido proporcionar por sí solas servicios básicos a los ciudadanos y a las empresas*” y “*6. Destaca que una combinación de políticas y tecnologías (redes alámbricas, por cable, fibra, móvil y satélite) puede fomentar el desarrollo de nuevos servicios y aplicaciones en línea por parte de las empresas y los organismos públicos, como la e-educación, la e-sanidad y la e-administración, impulsando la demanda de conexiones de Internet más rápidas, haciendo más rentables las inversiones en redes abiertas de banda ancha, alentando así las asociaciones entre los sectores público y privado y desarrollando el mercado único digital, al tiempo que se mejora la inclusión de los ciudadanos marginados*”.¹⁶⁷

¹⁶⁶ Sobre la posición de la solidaridad como valor dentro del sistema axiológico de los SIEG puede verse: ROSS, Malcom. Promoting solidarity: from public services to a european model of competition?. *Common market law review*, núm 44.4, agosto de 2007, p. 1057-1080.

¹⁶⁷ EUROPA. Resolución del Parlamento Europeo de 5 de julio de 2011. El servicio universal y el número de emergencias 112. P7_TA-PROV(2011)0306

Resulta evidente que las decisiones precitadas ponen de manifiesto una sensibilidad política diferente tratándose de los SIEG en estos tiempos de crisis económica. Advierten las autoridades comunitarias que la intensidad de intervención pública en la prestación de distintas facilidades que son catalogadas por los Estados como de interés general puede incrementarse en respuesta a la demanda de los ciudadanos. Con miras a dotar de mayor libertad decisoria, en el marco de la economía del mercado único, a los EEMM, se refuerza el contenido del servicio universal al tratarlo como la manifestación concreta de la presencia de una red de seguridad que impide la exclusión social.

El concepto de solidaridad, entendida en los mismos términos como se ha venido empleando a lo largo de esta tesis (cuando el Estado compromete su acción positiva en la efectividad de los valores de la igualdad, justicia, de tal suerte que los poderes públicos están obligados a desarrollar acciones de promoción y eliminación de obstáculos que impidan su ejercicio y los ciudadanos no sólo ostentamos un deber de abstención, sino una verdadera obligación de contribuir a la realización de los derechos) va haciéndose un lugar en el discurso europeo; empero, su configuración sigue estando sesgada, por la compatibilidad con el mercado de la que dimana su circunscripción al ámbito del servicio universal. La solidaridad como valor que justifica la eliminación de los obstáculos para el ejercicio efectivo de los derechos, sólo entra en juego en el espacio que el mercado haya dejado vacío.

Tal aseveración no cabe en el Estado Español, toda vez que un Estado social y democrático de Derecho, que erige la solidaridad como un principio del ordenamiento, no puede desatender su deber de garantizar el acceso de todas las personas a los medios tecnológicos que les permitan mejorar sus condiciones de vida y disfrutar, en igualdad plena, de su dignidad humana, so pretexto de privilegiar la acción de las fuerzas del mercado sobre las medidas de intervención pública. Así las cosas, la salvaguardia de las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las comunicaciones electrónicas y el deber de velar porque dicha competencia no sea falseada (LGT; art. 3.1) debe considerarse como un objetivo instrumental, al servicio, no sólo de lo previsto en el artículo 20 CE, sino también, como se ha dicho en los párrafos precedentes, del ejercicio de los derechos políticos (CE; art. 23), el derecho a la vida y a la salud (CE; art. 15 y 43), al trabajo (CE; art. 35), a la educación (CE; art. 27), por nombrar sólo algunos y es esta la perspectiva, y no la simplemente económica, la que debe guiar la regulación jurídica de esta materia.

El hecho de que las instancias comunitarias, como se señalaba previamente, hayan hecho del mercado y de la competencia en el sector el fundamento del sistema jurídico, responde a la lógica de su orden axiológico; empero, tratándose del ordenamiento nacional, pretender mantener una línea de pensamiento y acción similares, conduce a la infracción del sistema de valores que le es propio. La cuestión entonces que a renglón seguido ha de tratarse es cómo, en un mismo ámbito material, pueden ejercerse competencias (las comunitarias y las nacionales) inspiradas por objetivos diferentes y las respuestas pueden anticiparse: los propósitos no son excluyentes y las autoridades nacionales, pese a la oposición soterrada de la Comisión, siguen conservando el control sobre la regulación de los servicios de interés general y, en el caso español, en este ámbito no sólo pueden intervenir con fundamento en la habilitación competencial contenida en 149.1.21 CE, sino en otros títulos transversales que atiendan las finalidades de promoción de la igualdad real y efectiva, tantas veces mencionadas a lo largo de este escrito.

B. El elemento subjetivo: La distribución de competencias

Las fluctuaciones y tensiones que han experimentado las relaciones entre los Estados Miembros y la Unión con respecto a sus competencias frente a los servicios de interés general¹⁶⁸, se advierten, tanto en el derecho positivo, como en las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁶⁹.

En un primer momento de la jurisprudencia comunitaria puede verificarse que el examen judicial versaba sobre valoración del ejercicio y no de la decisión originaria. Lo que se pretendía originalmente era prohibir que se violasen los mandatos imperativos del Tratado, relativos sobre todo a las trabas del comercio entre Estados y las interferencias en el comportamiento del mercado. No se consideraba infracción el

¹⁶⁸ FERNANDEZ GARCIA, M^a Yolanda. El servicio público en el Derecho de la Unión Europea. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm 7, 2º semestre, 2004 p. 69-96. MALARET GARCIA, Elisenda. Servicio público, actividad económica y competencia ¿presenta especificidades la esfera local?. *Revista de estudios de la administración local*, núm. 291, 2003 , págs. 567-608

¹⁶⁹ Por razones de simplicidad, se sigue empleando el término Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pese al cambio de su denominación por el Tratado de Lisboa.

reconocimiento de derechos especiales o exclusivos o a creación de empresas públicas¹⁷⁰. Adicionalmente, en las sentencias Züchner y Sabam¹⁷¹ el Tribunal precisó que para entenderse incurso en la excepción del artículo 106.2 TFUE debía existir un acto de los poderes públicos de expresa asignación de la misión de interés público¹⁷².

Posteriormente, en la sentencia de 19 de marzo de 1991, República Francesa vrs Comisión Asunto C-202/88 mediante la que se resuelve la impugnación de la Directiva de terminales por diferentes EEMM, se discutía la competencia de la Comisión para, al amparo del artículo 106.3 TFUE, dictar una Directiva que prohibiera el reconocimiento de derechos especiales o exclusivos en el campo de los terminales. El TJCE, apartándose de la posición del Abogado General, indica que la potestad normativa es una concreción de las obligaciones que se derivan del Tratado y advierte que la concesión de derechos exclusivos, en sí misma no es necesariamente compatible con el Tratado, ello dependerá de las normas a las que el artículo 86 remite. Para este caso y siendo que los terminales no integraban la red de telecomunicaciones, podían considerarse mercancías y, en aplicación del artículo 56, no podía reconocerse un derecho de explotación exclusivo a ningún sujeto.

Una cuestión adicional consistió en la prohibición del reconocimiento de exclusividades para ciertos servicios ligados a los terminales, bajo la concepción que, abrir una vía en ese sentido, podría hacer nugatorio el derecho a explotar libremente los terminales. Toda vez que la prohibición surge del riesgo potencial de la situación y no de un acto

¹⁷⁰ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 30 de abril de 1974. Asunto 155-73, caso Sacchi.

¹⁷¹ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 27 de marzo de 1979 Asunto 143/78, caso Sabam; Sentencia de 14 de julio de 1981, Asunto 172/80, caso Züchner.

¹⁷² DIEZ-PICAZO, Luis María. La idea de servicios de interés económico general. En: COSCULLUELA MONTANER, Luis (coord.) *Estudios de Derecho Público Económico: Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Sebastián Martín Retortillo*. Madrid: Civitas, 2003. El servicio de interés económico general nace como contrapeso a la erección del alto grado de competitividad como idea rectora de la Unión (p. 677); se intentaba crear una nueva institución comunitaria que se alejara de las categorías jurídicas de los EEMM con miras a marginarla de sus debates (p.678). El rasgo distintivo de esta noción es que haya una obligación legal de llevar a cabo una determinada actividad de prestación (...) es preciso un acto del poder público que encomiende la gestión de una determinada actividad prestacional (p.678) .

concreto que resulte violatorio del Tratado, se deduce que el artículo 106 TFUE no sólo prohíbe medidas directamente contrarias al Tratado, sino también las que su ejecución presente fueres riesgos de dar lugar a la violación del mismo, en últimas, el acto de concesión y no sólo sus efectos, podían ser examinados por el juez comunitario.

En la misma línea de condena de la decisión de otorgamiento de un derecho por la generación de un riesgo potencial a la competencia, aparecen la sentencia ERT de 10 de diciembre de 1991 (C 179/90) en la que se consideró que la concesión de derechos exclusivos puede ser contraria al Tratado por razón del riesgo de abuso de posición dominante en su ejercicio posterior. En la sentencia de 13 de diciembre de 1991 (*Regie des télégraphes et des téléphones vrs GB-Inno_BM S.A*) también se avaló que la simple concesión de derechos de homologación de aparatos al incumbente constituía una violación del Tratado, por los riesgos potenciales a la competencia que tal otorgamiento podría generar.

A continuación, en la sentencia de 17 de noviembre de 1991, Reino de España y otros vrs Comisión (C 271, 281 y 289/90) que versa sobre la impugnación de la Directiva de servicios (90/388/CEE), puede encontrarse la evidencia de un intención de control omnicompreensiva de todos los elementos de la decisión: ya no se alude a ningún riesgo potencial sino que se admite, sin más reflexión, la prohibición del otorgamiento de derechos exclusivos para la prestación de servicios de telecomunicaciones diferentes al telefonía vocal y las facultades de la Comisión para apreciar el si el artículo 106 TFUE tiene o no alguna operatividad.

El Dr. Tomás de la Quadra ha analizado esta decisión, precisando aspectos interesantes para la discusión propuesta¹⁷³: El cambio en la posición del Tribunal no sólo consiste en

173 DE LA QUADRA SALCEDO, Tomás. *Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y Constitución Económica Europea*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995. 173p. p. 118 y ss. Ha de relevarse que algunas de las ideas centrales de este libro, que perviven en la prolífera obra del profesor de la Quadra a lo largo del tiempo, es, de una parte, el carácter de régimen especial de los servicios de interés económico general que sitúa el análisis de las medidas adoptadas por los EEMM para salvaguardar el interés general por fuera del examen estricto de proporcionalidad y razonabilidad de los artículos 34, 43 y 49 TFUE [excepciones a las libertades]y, de otra, el hecho de que la liberalización no sea una consecuencia jurídica insoslayable, sino una opción política más dentro del conjunto de técnicas para la gestión del interés general. Para verificar el devenir de los planteamientos del autor, procede consultar, *Liberalización: 1995*,

que del ejercicio abusivo se pasó a ejercer un control sobre el acto mismo de otorgamiento de los derechos especiales y exclusivos. Se trata de un cambio en la intensidad del control y no sólo en la extensión del mismo, toda vez que la técnica empleada permite no sólo verificar la razonabilidad del ejercicio del poder, sino determinar cuándo es correcta y cuándo no la concesión de derechos exclusivos sin que exista un margen de apreciación de los Estados¹⁷⁴.

A su juicio, la intención de controlar el ejercicio de esta facultad es loable, más no la técnica empleada¹⁷⁵, toda vez que se ha pretendido explicar la relación entre los artículos 56 y el 106 TFUE en términos de regla general y excepción, cuando el esquema correcto era de generalidad y especialidad, lo que demanda una interpretación del artículo 106 TFUE desde sus propios presupuestos institucionales¹⁷⁶. El artículo 106 TFUE no plantea un ámbito de actuación mensurable en términos de razonabilidad y proporcionalidad jurídicas, porque existe un reconocimiento expreso del poder de los Estados para configurar de forma discrecional la provisión de ciertos servicios. El control sobre este tipo de decisiones debe ejercerse sobre la idea del interés general que soporta la decisión: su existencia y razonabilidad. La medida no puede analizarse desde la perspectiva de constituir una excepción a la libertad de servicios, que por lo tanto ha de justificarse por el Estado, sino desde la visión de la existencia de un interés general que la justifica, interés que se configura a partir, entre otros elementos, de que no pueda privarse a la colectividad, o a un número de miembros de la misma, de tal prestación, ni siquiera temporalmente (cualidades de generalidad, continuidad y asequibilidad que han ido de la mano del servicio público desde sus orígenes).

Servicios públicos versus servicios de interés económico (...) : 1998, DE LA QUADRA SALCEDO, Tomás. Introducción. En DE LA QUADRA SALCEDO, Tomás (Dir) VIDA FERNANDEZ, José (Coord). Derecho de la Regulación Económica *Tomo IV: Telecomunicaciones*. Madrid: Iustel, 2009. P. 13-22 y DE LA QUADRA SALCEDO, Tomás. Servicios de interés general, misión pública, interés común y ayudas públicas a la extensión de la banda ancha. *Noticias de la Unión Europea*, núm, 313, febrero 2011, p. 3-22.

174 DE LA QUADRA. Liberalización. p. 118-120.

175 En el mismo sentido CHINCHILLA MARIN, Carmen. El derecho europeo de las telecomunicaciones. En: CHINCHILLA MARIN, Carmen (coord). *Ordenación de las Telecomunicaciones*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1997. p. 50.

176 DE LA QUADRA. Liberalización. p. 121.

En las Sentencias Corbeau, de 19 de mayo de 1993 y Almelo y TV 10, SA, de 27 de abril de 1994 y 5 de octubre del mismo año, respectivamente, así como Verónica/Comisariita loor de Media, de 3 de febrero de 1993, se reitera que el servicio público y las necesidades que lo inspiran pueden limitar la aplicación de las normas del Tratado. La legitimidad de todo monopolio se valora en dos fases: en la primera, debe verificarse la existencia del interés general no económico que soporta la decisión, y en la segunda, hay que determinar la extensión de la reserva de la actividad que puede estar justificada por razones económicas¹⁷⁷. El criterio fundamental para distinguir actividades básicas (cuya prestación justifica el otorgamiento de derechos exclusivos) de las específicas, es la existencia de una necesidad particular no generalizable al conjunto de la población y, a la vez, la circunstancia de que la prestación de esta actividad específica en régimen de libertad no comprometa el equilibrio financiero del servicio básico¹⁷⁸.

Siguiendo a PROSSER¹⁷⁹, como guía para el análisis de estas decisiones, el test de proporcionalidad del art. 106.2 TFUE se basa en las siguientes preguntas

1. ¿Existe otro medio para proteger la misión que resulte menos distorsivo de la competencia? – subtest de adecuación o idoneidad –suitability subtest¹⁸⁰.
2. ¿Si no se aplica la medida, la misión fracasa o se hace más tortuoso su cumplimiento? –subtest de necesidad –necessity subtest -¹⁸¹

177 DE LA QUADRA; Liberalización, p. 147.

178 DE LA QUADRA, Liberalización, p. 146.

179 PROSSER; Limits, p. 134-137.

180 MORAL SORIANO; Public services, 2006; p 200.

¹⁸¹ En la doctrina nacional, la profesora Leonor MORAL SORIANO, se ha ocupado de analizar los alcances del test de proporcionalidad y sus efectos en el ámbito de las decisiones del TJCE sobre SIEG. Por todos, MORAL SORIANO, L. Obligaciones de servicio público y protección del cliente. *Noticias de la Unión Europea*, núm. 314, marzo 2011. P. 59- 71. MORAL SORIANO, L. Public services: the role of the European Court of Justice in correcting the market En: COEN, David; HERITIER, A. (ed). *Refining Regulatory Regimes: Utilities in Europe*. UK: MPG Books, 2006, p. 183-212. MORAL SORIANO, L. A Modest Notion of Coherence in Legal Reasoning. A Model for the European Court of Justice, *Ratio Juris*, vol. 16, issue 3, pp. 296-323, 2003. MORAL SORIANO, L. How Proportionate should Anti-competition State Intervention be?, *European Law Review*, issue 28, pp. 112-123, 2003. MORAL SORIANO, L. Proporcionalidad y servicios de interés económico general, *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 3, pp. 387-416, 2002.

En línea con lo anterior puede señalarse que el Tribunal en el caso Corbeau estableció que no es necesario que la tarea se torne imposible y no se preguntó si había medios alternativos para alcanzar el resultado. En Almelo, tampoco cuestionó la existencia de medios alternativos y admitió el argumento del equilibrio. En los casos de las empresas eléctricas¹⁸² ya se concluye que no es necesario que la supervivencia de las empresas esté en juego y se releva al Estado de la obligación de acreditar la inexistencia de medios alternativos menos perturbadores de la competencia. Y en el asunto *Ambulanz Glückner*¹⁸³, se advierte que la medida puede estar justificada sólo por el mantenimiento del equilibrio económico de la explotación, sino también para la conservación de la calidad y responsabilidad del servicio.

En las últimas decisiones sobre esta materia, el TJCE ha centrado su atención en valorar sí, en efecto, la aplicación de las reglas del Tratado por empresas prestadoras de servicios de interés general pone en peligro la misión que se les ha confiado (control sobre los efectos)¹⁸⁴ y en comprobar la existencia de un acto de encomienda de la gestión del servicio, emanado de los poderes públicos, cuyo contenido no se valora, a excepción de que exista un error manifiesto en la calificación jurídica de la actividad¹⁸⁵.

En *Albany*¹⁸⁶, por ejemplo, se señala que no es necesario demostrar que la viabilidad económica de la empresa está en riesgo. En esa misma línea y como decisión paradigmática en el campo de los servicios de interés económico general, se sitúa el asunto *British United Provident Association Ltd (BUPA) y otros vs. Comisión*¹⁸⁷ en el que

¹⁸² TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 23 de octubre de 1997. Asunto C 157/94. Apartados 52 y 58. En el mismo sentido, asuntos C 158/94, C 159/94 y C 160/94.

¹⁸³ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 25 de octubre de 2001. Asunto C 475/99. Apartados 62 y ss.

¹⁸⁴ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 10 de julio de 1991, asunto T 69/1989.

¹⁸⁵ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 13 de junio de 2000, asunto T 204/1997, Sentencia de 15 de junio de 2005, asunto T 17/2002, apartado 216.

¹⁸⁶ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 21 de septiembre de 1999. Asunto C 67/96, apartado 107.

¹⁸⁷ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, Sentencia de 12 de febrero de 2008, asunto T-289/03, *BUPA vrs. Comisión*. ap. 165 y ss. Para un análisis de la decisión puede verse SAUTER, Wolf . 'Case T-289/03, *British United Provident Association Ltd (BUPA), BUPA Insurance Ltd, BUPA Ireland Ltd v.*

se afirmó: “El amplio margen de discrecionalidad con el que cuentan los EEMM para calificar una misión como de interés general, obedece, a la ausencia de una competencia atribuida a la Unión con este contenido y a la consecuente inexistencia de una noción integral o de criterios cerrados para determinarla en la normativa comunitaria : 165. Es preciso señalar que, en Derecho comunitario y a los efectos de la aplicació. 167 (...) Esta prerrogativa de los Estados miembros con respecto a la definición de los SIEG se ve confirmada por la inexistencia tanto de una competencia especialmente atribuida a la Comunidad como de una definición precisa y completa del concepto de SIEG en Derecho comunitario. En efecto, la determinación de la naturaleza y del alcance de una misión SIEG en ámbitos de acción concretos, que o bien no son competencia de la Comunidad, en el sentido del artículo 5 CE, párrafo primero, o bien tienen como base una competencia comunitaria tan sólo limitada o compartida, en el sentido del párrafo segundo de este artículo, continúa, en principio, correspondiendo a los Estados miembros. El margen de discrecionalidad está limitado por las siguientes condiciones: (a) Lo Estados deben abstenerse de recurrir a esta calificación con el ánimo de eludir la aplicación de la normativa de competencia (FJ. 168). (2) La misión SIEG, debe satisfacer las siguientes condiciones mínimas, que deben ser acreditadas por los EEMM: (i) Existencia de un acto del poder público que encomiende a los operadores afectados una misión SIEG (FJ 172), (ii) carácter universal: (iii) carácter obligatorio de esta misión. (iv) los Estados miembros deben indicar las razones por las cuales estiman que el servicio en cuestión merece, como consecuencia de su carácter específico, ser calificado como SIEG y distinguirse de otras actividades económicas¹⁸⁸ (FJ.172) (v) La prestación del servicio de que se trate debe, por definición, presentar interés general o público.”

Así las cosas se evidencia que el control de las autoridades comunitarias recae sobre tres elementos: la actividad, la presencia del interés y las medidas de salvaguardia del interés. La primera dificultad para el ejercicio del control surge de la ausencia de criterios que

Commission of the European Communities, Judgment of the Court of First Instance of 12 February 2008, vol. 46, núm. 1.. *Common Market Law Review*, 2009 pp. 269–286

188 Véanse, en este sentido, TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 10 de diciembre de 1991, asunto C-179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova*, apartado 27 y Sentencia de 27 de noviembre de 2003, asuntos acumulados C-34/01 a C-38/01, *Enirisorse*, apartados 33 y 34.

permitan deslindar estos tres aspectos; como ha quedado dicho en los párrafos precedentes, la actividad de interés general y la misión de interés general son términos que se emplean de forma equivalente en el *soft law* comunitario y en los estrados judiciales; así mismo, el carácter no económico se identifica con la existencia de un interés general no económico; el carácter no económico se deduce de la ausencia de criterios económicos que expliquen la organización, entre otros dislates.

Pese a tal falencia, se han apuntado los siguientes rasgos de la actividad de control, en cada uno de estos factores¹⁸⁹: tratándose del carácter económico o no de la actividad, se emplean los referentes de “naturaleza” y “organización” que han sido detallados. El sistema de control funciona desde el análisis de los indicios: si hay prestación y es remunerada hay servicio, en los términos de las normas de mercado interior, y éstos serán de interés para el derecho comunitario, si están organizados como una actividad económica, esto es, no están financiados exclusivamente con cargo a fondos públicos o se pagan a través de tasas. En esos casos, los indicios apuntan a que se trata de una actividad no económica.

El modo en que se financien es indiferente en sede de un análisis de “actividad” en el sentido del derecho de la competencia, toda vez que, si hay un mercado (prueba concreta), o puede haberlo (prueba indiciaria), hay actividad económica. El carácter no económico se infiere por exclusión del carácter económico, ante la imposibilidad de encontrar indicios de racionalidad económica en la organización de la actividad. Estos criterios son aplicados por la Comisión a quien le compete demostrar la existencia o inexistencia de justificación para la calificación.

De otra parte, la presencia del interés general en la actividad es competencia de los Estados Miembros y su concreción no puede ser materia de reproche por parte de las autoridades comunitarias; empero, sí que han fijado criterios rectores, que sirven como evidencias de la presencia de un interés general de carácter económico; más allá de los ejemplos de las razones de interés general económico, que, como ya se ha dejado reseñado previamente, combinan elementos de solidaridad, con cuestiones culturales, o de protección al consumidor, no se establecen criterios o elementos constitutivos del

¹⁸⁹ BEHRENS

interés, sino que se relevan las características de sus manifestaciones concretas: se entiende que sí los poderes públicos promueven el acceso a determinadas prestaciones en condiciones de universalidad, asequibilidad, regularidad, niveles determinados de calidad, promoviendo la participación de agentes, en principio, marginados del mercado, se está en presencia de una actividad de interés general.

Ahora bien, el control no se ejerce sobre la legitimidad del interés, sino sobre los efectos que éste irradia en la actividad; en otras palabras, la calificación de una actividad como de interés general sí que es controlable, a partir del criterio de “error manifiesto”.

Por último, las medidas de salvaguardia son el objeto material, por excelencia, del control, siguiendo el juicio de proporcionalidad que se extrae de la propia redacción del art. 106.2 TFUE *“en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada”*. Como se ha dicho, el test de proporcionalidad no ha tenido un contenido inmutable, por el contrario, su alcance se ha redefiniendo al vaivén de los cambios introducidos en el derecho originario de la Unión o de acuerdo con las sensibilidades de los Estados miembros, como lo demuestran, las decisiones judiciales precitadas y la evolución que se advierte en el derecho positivo: En la Comunicación (96) 443 final, la Comisión afirmaba que el respeto de las opciones nacionales de organización económica y social no era sino expresión del principio de subsidiariedad. Corresponde por tanto a los Estados Miembros efectuar la opción principal respecto a la sociedad, limitándose la Comunidad a examinar la compatibilidad de los medios empleados con los compromisos europeos (17). En la Comunicación (2000) 580 final ya se matizaba el ámbito discrecional de los Estados cuando se señalaba que, si bien éstos conservaban una amplia libertad en cuanto a los medios para alcanzar los objetivos de solidaridad perseguidos por los servicios de interés general, “puede que, para corroborar la lealtad a la Unión, sea necesario un concepto común básico de lo que constituye el interés general (64)”, fijando además las directrices para la elección de los medios de protección del interés general (13).

Dada la resistencia de la mayoría de los Estados a las injerencias de la Comisión en esta materia, en el Libro Verde de los servicios de interés general¹⁹⁰ esta autoridad se apresta a afirmar que “el proceso de integración europea nunca ha puesto en tela de juicio la responsabilidad primaria de los poderes públicos ni su capacidad para decidir las modalidades que consideren oportunas en materia de regulación de las actividades de mercado. La Comisión desea reafirmar esta responsabilidad estimulando un debate europeo sobre las decisiones políticas que han de adoptarse a escala europea en el ámbito de los servicios de interés general. Las conclusiones que se extraigan de este debate sentarán las bases para definir las futuras políticas comunitarias en este ámbito (26)”.

La actitud inicial no deja de ser un paliativo para la preocupación de los Estados, toda vez que, luego de afirmar que “*La definición, organización, financiación y supervisión de los servicios de interés general incumbe primariamente a las autoridades nacionales, regionales y locales*”, también les recuerda que la Comunidad, por su parte, posee competencias en una serie de ámbitos que guardan igualmente relación con estos servicios: mercado interior, competencia y ayudas estatales, libre circulación, política social, transporte, medio ambiente, salud, política de los consumidores, redes transeuropeas, industria, cohesión económica y social, investigación, comercio, cooperación al desarrollo, y fiscalidad. Las competencias y las responsabilidades que le confiere el Tratado ofrecen a la Comunidad numerosos y variados medios para velar por que todos los ciudadanos en la Unión Europea tengan acceso a servicios de interés general de calidad (31)”.

La discrecionalidad de los Estados se halla bastante condicionada por la acción de las autoridades europeas: a) sólo a falta de regulación comunitaria específica, los Estados Miembros pueden definir requisitos relativos, por ejemplo, al servicio universal, la cobertura territorial, los niveles de calidad y seguridad, los derechos de usuarios y consumidores y la protección del medio ambiente (77); b) En cuanto a la organización del suministro, también se reafirma la aplicación de las reglas del Tratado para concluir que el grado de apertura del mercado y de competencia en un determinado servicio de interés económico general se decidirá con arreglo a las normas comunitarias pertinentes

190 COM (2003) 270 final.

en materia de mercado interior y competencia; c) por lo que se refiere a la participación del Estado en la prestación de servicios de interés general, corresponde a las autoridades públicas decidir si prestan estos servicios directamente a través de su propia administración o si confían su prestación a un tercero (ente público o privado) (79).

El Libro Blanco sobre servicios de interés general¹⁹¹ parte del reconocimiento de la existencia de competencias compartidas sobre estas materias, entre la Unión y los Estados Miembros, que surgen, entre otras normas, de la observancia de los mandatos contenidos en los artículos 14 y 106.2 del Tratado, para después reconocer que en el debate sobre el Libro Verde hubo amplio consenso en considerar innecesario que se confieran a la Comunidad poderes adicionales en lo que respecta a los servicios de interés general. La Comisión coincide, en principio, con ese análisis, pues sostiene que los poderes atribuidos a la Comunidad en lo que atañe a los servicios de interés general son adecuados y suficientes para garantizar el mantenimiento y desarrollo de servicios eficientes en todo el territorio de la Unión (2.3).

La alusión al principio de subsidiariedad se refuerza con una mención al de inmediatez, que aconseja la regulación y organización de estos servicios a un nivel lo más próximo posible a los ciudadanos, de tal suerte que, la Comisión se propone presentar propuestas de reglamentación sectorial, cuando proceda, únicamente en aquellos ámbitos que, como es el caso de las grandes industrias de red, tienen una clara dimensión europea y justifican sobradamente para la definición de un concepto europeo de interés general. Tal reglamentación comunitaria se limita, por lo general, a definir un marco normativo que los Estados miembros pueden aplicar y desarrollar, atendiendo a su situación particular (3.1).

En concordancia con lo anterior, la Comisión fija los siguientes principios rectores de su intervención en esta materia: Permitir una actuación de las autoridades públicas próxima a los ciudadanos; alcanzar objetivos de servicio público en el marco de mercados abiertos y competitivos; asegurar la cohesión y el acceso universal; mantener un nivel alto de calidad, fiabilidad y seguridad; garantizar los derechos de los consumidores y usuarios; controlar y evaluar el funcionamiento de los servicios; respetar la diversidad de

191 COM (2004)374 final.

los servicios y de situaciones; aumentar la transparencia y proporcionar seguridad jurídica.

Estos principios vuelven a recogerse en la Comunicación (2011) 900 final y se traducen en tres líneas de acción concretas:

Primera línea: Aumentar la claridad y seguridad jurídicas: en el ámbito de las ayudas estatales, la Comisión se propone aclarar los conceptos básicos de los SIEG, simplificar los trámites para los servicios que se prestan a nivel local y otorgar un tratamiento diferenciado en función al tamaño de las empresas y a su actividad, mostrándose más flexible con los servicios sociales (un mayor número de dichos servicios estará exento de notificación, si se cumplen con las condiciones de transparencia, definición correcta y prohibición de compensación excesiva) y más riguroso con los servicios suministrados por empresas de red, para las que se exigirá que el mecanismo de compensación incluya incentivos que incrementen la eficiencia. En el marco de la contratación, se prevé exonerar de la obligación de realizar procesos concurrentes a las empresas que suministren servicios sociales y sanitarios, siempre que se garantice la transparencia y la igualdad de trato. Asimismo, se menciona la posibilidad de exceptuar del cumplimiento de esta normativa los contratos de colaboración entre Administraciones Públicas, si se cumplen algunas condiciones y, tratándose de los SIEG se prevé la posibilidad de incluir fases de negociación previa a los concursos, y de admitir la operación de criterios de ventaja diferentes al precio.

De otra parte, la Comisión seguirá trabajando en sus proyectos de difusión de la información sobre esta materia (Guía 2010 para servicios sociales, Guía sobre adquisiciones sociales y Compras ecológicas del 2011), incluido el Servicio de información interactivo (SII).

Segunda línea: Garantizar el acceso de servicios esenciales: se propone la revisión del contenido del servicio universal en diversos ámbitos: comunicaciones electrónicas, transporte, correos, etc.

Tercera línea: Fomentar la calidad: la Comisión refuerza su compromiso de fomentar la calidad en el ámbito de los servicios sociales y extrapolará sus resultados a otros SIG.

Esta última comunicación puede ser objeto de varias interpretaciones: la primera, refuerza la idea del marcado carácter político de la noción del que dimana su mutabilidad constante. En este caso, tal y como se explicita en el propio texto, las

instancias comunitarias adoptan decisiones sobre la materia, atendiendo las posturas de los EEMM y con la crisis económica como escenario: “*La actual crisis económica y financiera es un recordatorio del papel central que desempeñan los servicios de interés general a la hora de garantizar la cohesión social y territorial. Al mismo tiempo, la crisis tiene un impacto significativo sobre el sector público ya que la financiación se contrae y es fundamental hacer todo lo posible para mantener la prestación de estos servicios y mejorar su calidad. La presente Comunicación muestra que los Tratados ofrecen a las Instituciones europeas y a los Estados miembros los instrumentos jurídicos necesarios para ello*” (pag.17). Ante estos condicionantes, la balanza de la relación EEMM- Unión, parece inclinarse a favor de los primeros; la Comisión pretende flexibilizar varios procedimientos y favorecer la prestación de servicios locales y de los servicios sociales, atendiendo las demandas de los países¹⁹².

El hecho de que la Comisión no se muestre refractaria ante las solicitudes de los EEMM, no significa que haya prescindido de su intención de definir las líneas generales de los SIEG; a lo sumo puede concluirse que no existe un clima político favorable a la adopción de una norma de derecho derivado de SIEG que limite la soberanía nacional, tal y como lo demuestran los resultados de varias consultas y la posición del Parlamento Europeo¹⁹³. Empero, no debe perderse de vista, su intención manifiesta de seguir marcando los derroteros de la acción de los EEMM sobre la materia, de forma tangencial, es decir, incidiendo sobre aspectos transversales, tales como, las ayudas públicas y la contratación, que constituyen factores muy importantes de la financiación y organización de los servicios.

La anterior explicación sobre la forma cómo se articulan las competencias entre las instancias comunitarias y nacional se ve complementada con el reconocimiento de que

¹⁹² Con una visión crítica sobre las decisiones del TJCE favorables a las medidas nacionales de protección del interés general presente en los SIEG puede verse FERNANDEZ GARCIA, M^a Yolanda. Acerca de la interpretación y aplicación de las normas comunitarias sobre competencia a las empresas gestoras de los tradicionales servicios públicos. *Noticias de la Unión Europea*. n.257 (junio 2006), p. 9-21

¹⁹³ Resolución del Parlamento Europeo de 5 de julio de 2011, sobre el futuro de los servicios sociales de interés general (2009/2222 (INI)), punto 48: «*Considera que un reglamento marco de la UE sobre los SEIG, admisible de conformidad con el artículo 14 del TFUE, no constituye la cuestión central en esta ocasión*».

el hecho de que la Unión tenga un protagonismo importante en esta materia no es óbice para que, con fundamento en títulos competenciales transversales, las autoridades nacionales no regulen aspectos de vital importancia para el sector, concretamente aquellos que se hallen más próximos al ejercicio de los derechos fundamentales. En todo caso ha de recordarse, por ejemplo, que la regulación comunitaria sobre una materia específica de telecomunicaciones no excluye necesariamente la posibilidad de que, con base en el mismo título, la nacional complemente la regulación, como en el caso del servicio universal, cuyo contenido puede ser mejorado por la instancia nacional, siempre y cuando la financiación no se realice con cargo a las aportaciones de los operadores¹⁹⁴.

Cuestión similar ocurre tratándose de la evolución del tratamiento de las ayudas estatales en los servicios de interés económico general. En esta reflexión la sentencia *Altmark*¹⁹⁵ marca un hito definitivo prescribiendo las condiciones bajo las cuales se entiende que la compensación por el cumplimiento de una obligación de servicio público no tiene el carácter de ayuda, en el sentido del Tratado.

Esta decisión judicial impulsó una revisión del régimen positivo, que dio lugar, en el 2005, a la expedición del denominado Paquete sobre las ayudas Estatales a los servicios de interés económico general, integrado, entre otras disposiciones, por la Decisión SIEG¹⁹⁶ y el Marco SIEG¹⁹⁷. Dicho paquete está siendo objeto, nuevamente, de

194 Directiva de Servicio Universal, considerando 25. Esta cuestión ha sido objeto de revisión por las autoridades comunitarias a propósito de la inclusión de la banda ancha como parte del servicio universal. En la COM(2011) 795 final, de 23 de noviembre, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones: El servicio universal en el ámbito de las comunicaciones electrónicas: informe sobre el resultado de la consulta pública y de la tercera revisión periódica del alcance de ese servicio conforme al artículo 15 de la Directiva 2002/22/CE, las autoridades comunitarias concluyen la ausencia de justificación para incluir, de modo supranacional, esta prestación dentro del contenido del servicio universal, empero, reconocen que los EEMM pueden considerar dicha posibilidad, o ejercitar otros mecanismos de intervención con el fin de garantizar esta prestación en las condiciones que mejor convengan.

195 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 24 de julio de 2003, Asunto C-280/00. *Altmark Trans GmbH y Regierungspräsidium Magdeburg contra Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, en el que participa *Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht*.

196 EUROPA. Decisión 842/2005/CE de la Comisión, de 28 de noviembre de 2005, relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 86, apartado 2, del Tratado CE a las ayudas estatales en la forma de

valoración, con el fin, según el contenido de la Comunicación de la Comisión que lo insta¹⁹⁸, de aportar claridad y seguridad jurídica al sistema, introduciendo una nueva exigencia al test de tipificación contenido en la Sentencia ALTMARK: el criterio de empresa eficiente para la definición de los costes compensables¹⁹⁹. La tensión existente entre los Estados Miembros y la Comisión también encuentra en este ámbito un punto de verificación, toda vez que la definición de los criterios que deben seguir los Estados para compensar la asunción de las obligaciones de servicio público claramente constituyen una limitación al ejercicio de su facultad de ordenación de esta materia, aún cuando las razones que acompañan la preponderancia de la acción comunitaria sobre la nacional, resulten más claras, toda vez que, con fundamento en los artículos 106 y 107 del TFUE, la Comisión debe velar por la compatibilidad de estas medidas con las reglas de competencia contenidas en el Tratado.

En suma, a esta altura del proceso de configuración judicial del ámbito competencial de las instancias comunitaria y nacional de los SIEG, no pueden menos que compartirse las reflexiones de la profesora MORAL SORIANO: *“los Estados miembros determinan el nivel de intrusión a en la competencia a la vez que defienden sus opciones políticas, sociales y económicas del control de la Comisión. El resultado es que los servicios universales están protegidos de la influencia del mercado. La regulación, más que la desregulación, es decir, el derecho, más que el mercado es el instrumento que ordena la prestación de los servicios de interés económico general. El TJCE no reta a las políticas*

compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 312 de 29 de noviembre de 2005, p.67.

197 EUROPA. Marco comunitario sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. C 297 de 29 de noviembre de 2005, p. 4-7.

198 EUROPA. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions reform of the EU state aid rules on services of general economic interest. COM/2011/0146 final de 23 de marzo de 2011.

199 Esta cuestión está planteada ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europea, mediante el recurso interpuesto el 17 de marzo de 2010 en contra de la Comisión, por la compañía CBI, atinente al régimen de compensación previsto en el ordenamiento Belga, para los hospitales que asumieran obligaciones de servicio público.

nacionales y las estructuras institucionales en el sector de los servicios universales. Esto refuta la prioridad “de facto” atribuida al TJCE a favor de la integración negativa y potencia su papel como catalizador del proceso político en el ámbito de los servicios de interés económico general. La importancia creciente del papel asignado a las cortes nacionales cuando examinan la legalidad de la intervención pública a la luz de las normas de competencia comunitarias, refuerza su poder, pero es improbable que los jueces nacionales erosionen los acuerdos institucionales para dar servicio universal o la legitimidad de la facultades de las ramas ejecutiva y legislativa para realizar elecciones sobre esta materia.”²⁰⁰.

Existe, en efecto, una actitud respetuosa, instada desde la defensa de la soberanía por los EEMM, para que la definición de los elementos nucleares de los SIEG continúe estando en manos de las autoridades nacionales. La postura del TJCE ha sido, especialmente en las últimas épocas, consistente con esta visión, aún cuando no haya echado mano del art. 14 como presupuesto delimitador competencial, ni del Protocolo 26. En todo caso, el marcado carácter político de esta categoría, que vuelve a ser patente en la COM (2011) 900 final, permite augurar que este asunto del alcance de la intervención, tanto de los entes administrativos, como judiciales, en los dos niveles de poder, siga teniendo un meridiano carácter proteico.

IV. EFECTOS DE LA CALIFICACIÓN

No es la intención de este trabajo profundizar en la multiplicidad de consecuencias jurídicas que se derivan de la calificación de una actividad como de interés económico general; la pretensión se circunscribe a dejar planteadas algunas cuestiones que guardan relación con el concepto de competencia efectiva que ha venido decantándose a lo largo de esta investigación.

A. El carácter imperativo del análisis de eficiencias en los mercados de servicios de interés económico general

Como se ha expuesto previamente, la premisa de que el mercado es un valor en sí mismo y que, en algunos casos, su salvaguardia puede generar la obligación de la creación de sus condiciones de existencia, vía regulación, debe ir acompañada de un

²⁰⁰ MORAL SORIANO. The role of the European, 2006.

juicio de vicariedad que le permita acreditar su idoneidad, como técnica de organización, para la salvaguardia de los demás interés públicos en presencia. Esto es, justamente, lo que se pretendía demostrar al tratar de cerrar la delimitación conceptual de la competencia efectiva, situando la cuestión en un marco más general: el de la categoría de un servicio de interés económico general.

El mercado, que así se protege, que adquiere una revaloración desde su estadio de simple instrumento a bien jurídico tutelado, es aquel que es capaz de alcanzar los resultados que los poderes públicos le fijen en función a los restantes intereses en presencia, de tal suerte que, la competencia será efectiva, sí y sólo sí, se alcanzan dichos resultados.

Los objetivos no se circunscriben entonces a garantizar la existencia de unas condiciones estructurales de mercado, o de rivalidad entre los agentes, sino a verificar que los beneficios en términos de diversidad de calidad, precios, innovación, son percibidos por los consumidores, y que, en general, los efectos benéficos de la intervención, especialmente en los casos en que los mecanismos de mercado son ficticios o están coadyuvados por la acción interventora, se irradian a toda la sociedad.

Esta visión es la recogida en los instrumentos de evaluación del funcionamiento de los mercados de interés general, entre ellos, la Nota metodológica para la evaluación horizontal de servicios de interés económico general²⁰¹ que sitúa la integral como principio del proceso: “Es necesario que la metodología sea integral, teniendo en cuenta dimensiones económicas, ambientales y sociales del funcionamiento del mercado de las industrias de red que prestan servicios de interés general.

Dichos servicios influyen en el desarrollo económico, la creación de empleo, la cohesión social, el desarrollo equilibrado y armonioso de las regiones, el desarrollo sostenible y otros objetivos sociales importantes, tales como la seguridad o la estabilidad de la prestación de los servicios. En último término, la metodología debería abarcar todas estas dimensiones y, en la medida en que la disponibilidad de datos lo permita, así lo hará desde el principio”.

²⁰¹ EUROPA. COM (2002) 331 final, de 16 de junio de 2002, A Methodological Note for the Horizontal Evaluation of Services of General Economic Interest.

En suma, la noción de competencia efectiva se delimita a partir no sólo de la verificación de las condiciones que se entiende que deben estar presentes para que el mecanismo social de provisión de los bienes y servicios pueda calificarse como un mercado, sino especialmente, desde su servicialidad a la realización de los intereses generales, desde su eficacia para alcanzar los cometidos que se le confíen. La elección de esta técnica no puede provenir de una fe irrazonada en el funcionamiento del mecanismo, sino que su revalorización como bien jurídico demanda la realización de una evaluación de resultados que permita garantizar a los ciudadanos que sus derechos y libertades están debidamente salvaguardados, que no existen otras técnicas que satisfagan, en mayor medida, de forma más eficaz o eficiente, sus necesidades.

Se suma a esta convicción, el hecho de que, en ámbitos ajenos a la realización de intereses generales, los análisis de las condiciones de competencia efectiva también estén puestos en cuestión, por adolecer de la valoración de resultados, o se estén desarrollados esfuerzos tendentes a poner, este criterio del efecto, como una cuestión crucial dentro de los exámenes desarrollados por las autoridades de competencia, como a continuación se explica:

a) La revisión del artículo 82 del Tratado de Roma (hoy art. 102 TFUE)

En diciembre de 2005, la Dirección General de Competencia de la Comisión, inició una consulta pública sobre la aplicación del artículo 82 del Tratado (hoy art. 106 TFUE), relativo a los abusos de posición de dominio. Siendo que el nuevo marco regulatorio de las telecomunicaciones privilegia el recurso a los métodos del Derecho de la Competencia europeo, para el análisis de los problemas de mercado y la definición de sus soluciones, las resultas de este proceso de revisión también interesan al sector.

Del conjunto de cuestiones de interés que son tratadas en el documento sometido a consulta, a los efectos de este análisis, han de relevarse las siguientes:

a. Una de las cuestiones que se han planteado con ocasión de la reforma es la necesidad de modernizar la aplicación del artículo 102 TFUE en el sentido de imponer, en el marco de una evaluación sustentada en dicha norma, la obligación de probar el efecto adverso de las prácticas abusivas. En otras palabras, no sería suficiente probar la

existencia de la posición de dominio, ni el efecto potencial de un determinado comportamiento, sino que resulta indispensable que éste genere un efecto distorsivo o lesivo en el mercado. Ante esta propuesta también se han alzado voces defensoras²⁰² de la prescindencia de los efectos, para erigir como canon de análisis de un comportamiento anticompetitivo de esta clase, el método *per se*, con miras a fortalecer la seguridad jurídica.

b. Es necesario fijar criterios idóneos de deslinde entre un comportamiento abusivo y una conducta procompetitiva agresiva, que puede beneficiar a los consumidores.

c. Rodeando la discusión se halla el asunto de sí el derecho comunitario de la competencia protege a los competidores o a la competencia, como le ha sido imputado desde la doctrina *antitrust* norteamericana²⁰³.

d. También se ha llamado la atención sobre la necesidad de valorar las eficiencias que generan los comportamientos, de tal suerte que, si tales eficiencias superan los efectos negativos, no se sancione negativamente la conducta.²⁰⁴

b) El análisis de eficiencias en la práctica regulatoria europea

Sin perjuicio de lo anterior, ha de señalarse que la búsqueda de ganancias en el bienestar del consumidor cuentan con un respaldo normativo, como objetivo de la política de competencia de la Unión Europea²⁰⁵: el art. 101.3 TFUE permite cualquier acuerdo o

202 BOGĚ, Modernisation of article 82 EC (2005). http://www.competition-commission.org.uk/our_role/cc_lectures/abuse_of_market_190405_boge.pdf. (11 de junio de 2007)

203 J. Bruce McDonald. <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/210873.htm>. [02/05/09]

²⁰⁴ La revisión concluyó con la adopción, el 3 de diciembre de 2008, de la Guidance on its enforcement priorities in applying Article 82 (EC) to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:ES:PDF> (consultada el 6 de diciembre de 2011).

²⁰⁵ Como lo ponen de manifiesto MARS DEN & WHELAN, la importancia relativa que en la aplicación de la normativa de competencia se atribuye a la valoración de las ganancias de bienestar del consumidor no suple el hecho de que el perjuicio causado a los consumidores no es objeto de examen en este tipo de análisis. Tras revisar la normativa y jurisprudencia comunitarias sobre la materia, en contraste con la inglesa, estos autores concluyen que hay muy pocos casos en los que se haga mención del impacto directo del comportamiento anticompetitivo en el interés del consumidor, toda vez que tal objetivo se entiende

práctica concertada que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante; asimismo el art. 2.1 del Reglamento CE 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas acepta como defensa de la concentración el principio de eficiencia, en el sentido de que constituya una ventaja para los consumidores²⁰⁶ y recientemente, la guía de aplicación del artículo 102 TFUE también prevé la valoración de las eficiencias, en el sentido ya expresado²⁰⁷.

A continuación, se efectuará una breve explicación sobre el análisis de eficiencias en el marco del examen de estas tres situaciones (concentraciones, abuso de posición de dominio y prácticas colusorias), relevantes para el derecho de la competencia, no sin antes precisar que las valoraciones realizadas al amparo de la normativa sectorial guardan mayor relación con las dos primeras (concentraciones y abuso de posición de dominio), dado el carácter ex ante de la revisión de concentración y los análisis de

salvaguardado si se dan las condiciones de competencia; empero, si el eje del sistema axiológico es el consumidor, lo razonable es que se consagre que, en ausencia de lesión al interés del consumidor, no puede hablarse de infracción a la normativa de competencia. MARSDEN,P; WHELAN, P. “consumer detriment” and its application in EC and UK competition law. *European Competition Law Review*, núm. 27, vol. 10, 2006, p. 569-585..

206 La acreditación de las eficiencias se regula en el apartado 9.3 del Reglamento (CE) n° 802/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, por el que se aplica el Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, modificado por el Reglamento 192/2006, de 23 de octubre y Reglamento 1033/2008, de 20 de octubre. Un análisis particular se hace en las Directrices para la evaluación de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (2008/C 265/07) y Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (2004/C 31/03).

207 EUROPA. Comunicación C (2009) 864 final. Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes. 9 de febrero de 2009. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. C 45 de 24 de febrero de 2009, p. 7-20.

poder de mercado que se realizan con arreglo a lo dispuesto en el art. 102 TFUE²⁰⁸, lo cual no obsta para que se haga un repaso somero de la aplicación del sistema de exenciones consagrado en el art. 101.3 TFUE, pionero en el reconocimiento de las eficiencias como un interés a tener en cuenta en los análisis de competencia²⁰⁹:

c) *Valoración de eficiencias en el análisis de concentraciones*

La relevancia del bienestar del consumidor, como unidad de medida de eficiencia, se advierte especialmente en el ámbito de las operaciones de concentración económico – jurídicas (fusiones, adquisiciones, *joint ventures*, etc). En la Unión Europea, el examen de una concentración, si a él hubiere lugar²¹⁰, se realizaba, bajo la vigencia del Reglamento 4064/89²¹¹, en dos fases²¹²: durante la primera, la autoridad determinaba si la operación podía tener como efecto la creación o el reforzamiento de una posición de dominio (el poder de mercado era condición necesaria, más no suficiente para el cuestionamiento de la concentración)y, sólo si tal supuesto se cumpliera, había lugar a una segunda fase que consistía en identificar si este hecho generaba un obstáculo significativo a la competencia efectiva²¹³. Una de las virtudes de la redacción actual del Reglamento

²⁰⁸ Para un análisis de la eficiencia de la regulación sectorial puede verse: FLACHER, David; JENNEQUIN, Hugues. Is telecommunications regulation efficient? An international perspective. *Telecommunications Policy* núm. 32, 2008, ps. 364-377.

²⁰⁹ Sobre la relación entre las valoraciones realizadas al amparo del art. 101.3 TFUE y el Reglamento de concentraciones, puede revisarse, entre otros. ZAMPA; p. 605, GERADIN; p. 29.

²¹⁰ La normativa comunitaria prevé unos requisitos a efectos de someter una operación de esta naturaleza a su control, en cuanto al ámbito geográfico de incidencia, volumen de negocios, etc.

²¹¹ EUROPA. Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 395 de 30 de diciembre de 1989, p. 1-12.

²¹² En la doctrina, al análisis compuesto por estas dos fases se le denomina “criterio sustantivo” o “substantive test”. Debe señalarse que no hay unanimidad, tampoco acerca de si el examen está integrado, o no, por estos dos momentos. También hay autores que consideran que la acreditación del poder de mercado es condición suficiente para que se entienda obstaculizada la competencia efectiva.

²¹³ Del conjunto de cuestiones que se discuten (y discutieron bajo la vigencia del Reglamento de 1989) resulta procedente, a los efectos de esta tesis, destacar las siguientes: 1) Procedencia del recurso a las técnicas empleadas al amparo del art. 102 TFUE para valorar la posesión de poder de mercado en un análisis de concentraciones. Especialmente a la luz del régimen jurídico anterior, en cuyo ámbito también se discutía si

139/2004 es, a juicio de algunos doctrinantes²¹⁴, clarificar que la clave del análisis sobre las concentraciones radica en la creación de obstáculos significativos a la competencia, sea cual fuere el origen de los mismos, esto es, dar un peso relativo inferior al poder de mercado, como evidencia de ausencia de competencia efectiva.

En el artículo 2.3 del Reglamento vigente, puede leerse [se declararán compatibles con el mercado común] *las concentraciones que no sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte*

la dominancia era requisito necesario o suficiente para autorizar una concentración, se alzaban algunas voces en contra del recurso unificado del instrumental provisto por el art. 102 TFUE, dadas las evidencias de la afectación grave a la competencia, como consecuencia de una concentración, en mercados en los que no se daban las condiciones de poder de mercado (por ejemplo, sí, como consecuencia de una fusión, en el mercado quedaban dos empresas, ninguna con poder de mercado, pero ambas controladas por el mismo sujeto (dominancia colectiva) o con incentivos para coludir.

2) Elección del criterio para la verificación del grado de afectación a la competencia. Con esta finalidad, la teoría económica ofrece varios tipos de test: a) “dominante test” (dominancia) que parte de la premisa de que la existencia de poder de mercado es, por sí misma, lesiva de la competencia. Se usaba originalmente en Europa, tal y como lo evidencian los siguientes casos: TJCE, T-290/94, FJ. 158, Kaysersberg v. Comisión. TJCE, T-2/93, 1994FJ. 79. Air France v. Commission. TJCE, T-5/02, 25 de octubre de 2002, FJS. 120 y 146 Tetra Laval v.. ; b) “SLC- substantive lessening of competition test” (disminución considerable de la competencia) empleado en los Estados Unidos, consiste en evaluar la magnitud, el alcance y la duración de un incremento en los precios, si la concentración se autoriza. c) “SIEC- significant impediment of effective competition test”(impedimento significativo a la competencia efectiva). Para algunos analistas, como VICKERS, el uso de este criterio implica que la cuestión vital a resolver es el grado de afectación de la competencia y no la detentación de la posición de dominio VICKERS, Jhon. Merger policy in Europe: retrospect and prospect, 11 de febrero de 2004. disponible en http://oft.gov.uk/shared_oft/speeches/spe0104.pdf [13 de mayo de 2009]. En cuanto a las diferencias entre los estándares, el considerando 162 del Libro Verde del control de concentraciones [COM 2001 (745) final, de 11 de diciembre] advertía sobre la gran similitud entre el criterio de dominancia y el de disminución considerable de la competencia. Por ejemplo, ambos tipos de criterio implicarán una investigación de la dimensión del mercado de referencia así como una evaluación de la forma en que el mercado o mercados se verán afectados por la concentración propuesta y de los problemas de competencia que se plantearían a la entidad combinada. A lo que añade VICKERS que existen diversas posturas sobre la relación entre el SLC y el SIEC: algunos consideran que son sinónimos y otros entienden que “substantial lessening” hace referencia a cuánta competencia se pierde, mientras que 'impediment to effective competition' tiene que ver con cuánta competencia se conserva.

214 Por todos, RENCKENS, p. 165.

sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante.

En este marco, las eficiencias, y concretamente las ganancias para el bienestar de los consumidores, criterio empleado en Europa, se tienen en cuenta sólo si se cumplen las siguientes exigencias: causalidad (puede establecerse un claro nexo causal entre la mejora de eficiencia y la operación de concentración), verificabilidad (toda mejora debe ser verificable) y proporcionalidad (no existe un medio alternativo menos lesivo para la competencia).

En la doctrina²¹⁵ se discute si esta valoración tiene lugar en sede del análisis sustantivo (*rebuttal*) o si constituye una verdadera defensa (*efficiency defence*)²¹⁶ argüible en el evento que se concluya que la operación genera algún efecto anticompetitivo, bajo el entendido que, si los beneficios para el consumidor en términos de: aumento en la producción²¹⁷, reducción en los precios²¹⁸, innovación²¹⁹, reducción de incentivos para

215 ZAMPA, Gian Luca. The role of efficiency under the EU merger regulation. *European Business organization law review* núm. 4, p. 573-622. ILZKOVITZ, Fabienne; MEIKLEJOHN, Roderik. European merger control: do we need an efficiency defense? *Journal of Industry, Competition and Trade*, núm. 3, marzo-junio de 2003, p. 57. RENCKENS.

216 En cuanto a la implementación una defensa de eficiencias, también existen varias alternativas: a) Presunción general: empleando un indicador (cuota de mercado, índice de concentración), considera que, por debajo de cierto umbral, toda ganancia de eficiencia es suficiente para hacer un balance de los efectos anticompetitivos derivados de la concentración; b) Balance de eficiencias/efectos anticompetitivos, caso por caso; c) Aproximación secuencial, que es un híbrido de las técnicas anteriores, en la que se clasifican las concentraciones sobre la base de un criterio estructural para identificar aquellas que deben ser objeto de valoración caso por caso. ILZKOVITZ; p. 72-74.

217 Una concentración vertical permite a la entidad resultante de la concentración internalizar cualquier margen doble existente con anterioridad que se deba a que ambas partes fijaban independientemente sus precios antes de la concentración. Dependiendo de las condiciones de mercado, una reducción del margen conjunto (en relación con una situación en la que las decisiones de fijación de precios a ambos niveles no confluyen) puede permitir a la empresa integrada verticalmente aumentar en su propio interés la producción en el mercado descendente. (Directrices de concentraciones verticales; ap. 55).

218 Las concentraciones pueden generar diversos tipos de eficiencias que pueden dar lugar a una reducción de precios o a otros beneficios para los consumidores. Por ejemplo, los ahorros de costes en la producción o distribución pueden conferir a la entidad fusionada la capacidad y el incentivo de aplicar unos precios más bajos tras la concentración. En consonancia con la necesidad de determinar si las eficiencias darán lugar a un

coludir²²⁰, son mayores que los perjuicios derivados de los potenciales efectos anticompetitivos, la concentración debe salir avante²²¹.

Esta discusión resulta de mucho interés para el análisis que se realiza si se tiene en cuenta que, en el primer caso, ésto es, sí las ganancias para el bienestar de los consumidores

beneficio neto para los consumidores, las eficiencias en costes que generan reducciones de los costes variables o marginales tienen una mayor probabilidad de resultar pertinentes para la evaluación de las eficiencias que las reducciones de los costes fijos; en principio, es más probable que sean las primeras las que acaben dando lugar a unos precios más bajos para los consumidores. Las reducciones de costes que son meramente el resultado de una reducción anticompetitiva de la producción no pueden considerarse eficiencias que benefician a los consumidores. (Directrices de concentraciones horizontales; ap. 80)

Una concentración vertical puede además permitir a las partes coordinar mejor el proceso de producción y distribución y por lo tanto ahorrar en costes de inventario. (Directrices de concentraciones verticales; ap. 56).

219 Los consumidores también pueden beneficiarse de productos o servicios nuevos o mejorados, por ejemplo a raíz de un aumento de la eficiencia en el ámbito de la I+D y de la innovación. Una empresa en participación creada para desarrollar un producto nuevo puede generar el tipo de eficiencias que la Comisión tiene en cuenta. (Directrices de concentraciones horizontales; ap. 81).

Con carácter más general, una concentración vertical puede hacer que confluyan los incentivos de las partes por lo que se refiere a inversiones en nuevos productos, nuevos procesos de producción y comercialización de productos. Por ejemplo, mientras que antes de la concentración una entidad distribuidora en sentido descendente podría ser reacia a invertir en publicidad y en información a los clientes sobre las calidades de los productos de la entidad en sentido ascendente si tal inversión también redundara en beneficio de las ventas de otras empresas en sentido descendente, estos problemas de incentivo podrían ser menores para la entidad resultante de la concentración. (Directrices de concentraciones verticales; ap. 57).

220 En el ámbito de los efectos coordinados, las eficiencias pueden aumentar el incentivo de la entidad fusionada para subir la producción y bajar los precios y, de esta manera, reducir el incentivo para coordinar su comportamiento con otras empresas del mismo mercado. Por consiguiente, las eficiencias pueden contribuir a disminuir el riesgo de que se produzcan efectos coordinados en el mercado de referencia. (Directrices de concentraciones horizontales; ap. 82).

221 El fundamento económico de este balance entre eficiencias y resultados nocivos para la competencia consistía, en sus orígenes, en el modelo de Williamson (1968 y 1977) que, en un entorno de competencia perfecta (precios iguales a costes marginales) muestra el resultado de un balance (trade off) entre el incremento del poder de mercado que se deriva de una concentración y los beneficios económicos que dimanarían de las eficiencias que en costes de producción y distribución también pueden alcanzarse como consecuencia de dicha operación. Otra aportación sobre este tema la realizaron Farrell y Shapiro quienes relevaban la existencia de sinergias como defensa de las concentraciones.

hacen parte del análisis sustantivo, ello puede implicar que la creación de obstáculos a la competencia efectiva estaría vinculada con los beneficios a los consumidores, en términos no tanto de que no se lesionen sus intereses²²², sino de que las ganancias de bienestar sean mayores a cualquier potencial perjuicio. En otras palabras, incluir un análisis de eficiencias en el criterio SIEC- *significant impediment of effective competition test*²²³- puede conducir a la fijación de un criterio por el cual la verificación de la presencia de obstáculos a la competencia efectiva esté supeditada a la inexistencia de ganancias significativas para el bienestar del consumidor, de tal suerte que, tal y como lo promueve algún sector de la doctrina²²³, la competencia efectiva se halle más próxima al consumidor, que al poder de mercado²²⁴.

Una consecuencia alternativa de esta hipótesis (análisis de eficiencias en el criterio SIEC), cuya validez se ve ratificada por las evidencias, tal y como se explica a continuación, es que se genere una situación que en la doctrina del Derecho de la Competencia se conoce como “*efficiency offense*”, en la que la presencia de eficiencias se usa como argumento que robustece la convicción de que la concentración crea o fortalece una posición de dominio o, en general, otorga a la entidad resultante de la concentración ventajas adicionales que no están disponibles para sus competidores. En este caso, los criterios estructurales seguirían manteniendo su hegemonía y la competencia efectiva seguiría ligada a la ausencia de poder de mercado.

Corroborando esta segunda posibilidad se tiene que, hasta la fecha, según lo advierte la doctrina²²⁵, los análisis de eficiencias no han sido muy exitosos: en algunos casos las eficiencias aducidas, paradójicamente, se tienen en cuenta como indicios de la posible

222 El punto de referencia pertinente para la evaluación de las eficiencias invocadas es que los consumidores no se vean perjudicados por la concentración. A tal fin, las eficiencias deben ser sustanciales y producirse con prontitud y han de beneficiar, en principio, a los consumidores de aquellos mercados de referencia en los que, de lo contrario, probablemente surgirían problemas de competencia. (DEH; ap. 79)

223 Ver a BISHOP & WALKER en el I.A.1.a) de este Capítulo.

224 RENCKENS concluye que, en efecto, el nuevo reglamento no permite una “defensa de eficiencias”, pero sí una valoración de las mismas en sede del examen sustantivo.

225 ZAMPA; p. 614 y SVERLICINII; p. 5. MOTTA, Massimo; VASCONCELOS, Helder. “Efficiency gains and myopic antitrust authority in a dynamic merger game”. *International Journal of Industrial Organization*, núm. 23, 2005, p. 777-801.

creación o fortalecimiento de una posición de dominio, de tal suerte que la concentración no es autorizada, o se estiman menos significativas que las lesiones a la competencia.

Así las cosas, sí realmente en este ámbito pueden hallarse evidencias sobre un cambio en el recurso al criterio estructural como definitorio del grado de competencia, es un asunto cuya veracidad sólo puede contrastarse en el futuro.

d) Valoración de eficiencias en el ámbito de las conductas de abuso de posición de dominio

El argumento de las eficiencias también se emplea actualmente en sede de la aplicación del artículo 82 TFUE. En el 2005, la Comisión Europea comenzó un proceso tendiente a revisar las pautas de aplicación del artículo 102 del Tratado animada, entre otros aspectos, por las críticas que desde varios sectores se realizaban acerca de si la política de la competencia europea y, concretamente, la que inspira el control de la dominancia, protegía a los competidores o a la competencia, en sí misma²²⁶.

La Comisión considera que una empresa dominante también puede justificar una conducta que da lugar a una exclusión del mercado de los competidores, alegando las eficiencias suficientes para garantizar la probabilidad de que los consumidores no sufran ningún perjuicio neto con la conducta. En este contexto, la empresa dominante deberá demostrar, con un grado suficiente de probabilidad, y basándose en pruebas comprobables, que se cumplen las siguientes condiciones acumulativas:

a. Se han obtenido o es probable que se obtengan eficiencias que son fruto de la conducta (principio de verificabilidad);

226 Sobre este tema también puede verse: BUNE, Sofia; BATCHELOR, Bill. Reform Of Article 82 EC Treaty: How Will It Affect The It Industry. *C.T.L.R.*, núm. 12 Vol. 1. 2006p. 22-26. Estos autores llaman la atención sobre la necesidad de reconsiderar algunos aspectos de la aplicación tradicional del artículo 82 en empresas de tecnología e información, dados los efectos nocivos que esto genera en el bienestar del consumidor. En sentido similar: GUAL, Jordi; JODAR, Sandra. Política de competencia en el sector de las tecnologías de la información. *Revista de Economía Industrial*, núm. 339, 2001, p. 61-74.

b. La conducta es imprescindible para obtener dichas eficiencias: no debe haber alternativas a la conducta que sean menos lesivas de la competencia y además capaces de producir las mismas eficiencias (principio de proporcionalidad);

c. Las eficiencias probables obtenidas de resultados de la conducta superan cualquier probable efecto negativo para la competencia y para el bienestar de los consumidores en los mercados afectados; la conducta no elimina la competencia efectiva al suprimir todas o la mayor parte de las fuentes de competencia actual o potencial existentes.

A diferencia de cómo se plantea la reducción del nivel de competencia en sede de la aplicación del art. 101.3 TFUE, en el que la presencia de una posición de dominio no imposibilita la acreditación de las ganancias de eficiencia que superen la potencial lesión, en la revisión del art. 102 TFUE la Comisión categóricamente ha afirmado: “*La rivalidad entre empresas es un motor esencial de la eficiencia económica, incluidas las eficiencias dinámicas en forma de innovación. Si no hay rivalidad, la empresa dominante carecerá de los incentivos adecuados para continuar creando y repercutiendo los aumentos de eficiencia. Cuando no existe ninguna competencia residual ni ninguna entrada previsible que constituya una amenaza, la protección de la rivalidad y del juego de la competencia prima sobre los posibles aumentos de eficiencia. En opinión de la Comisión, por lo general, una conducta excluyente que mantiene, crea o consolida una posición de mercado que se aproxima a la de un monopolio no puede justificarse argumentando que también crea aumentos de eficiencia”.* (subrayado por fuera del original).

Del contenido definitivo de las Directrices se infiere que, aún cuando en la actualidad se haya institucionalizado el análisis de eficiencias en el marco de un procedimiento para la aplicación del art. 102 TFUE, lo cierto es que la reserva con la que las autoridades abordan el examen de un comportamiento de esta naturaleza fortalece la convicción de que es la rivalidad entre competidores y no el beneficio al consumidor, en términos de precios, variedad de ofertas o innovación, el objetivo que inspira la política de competencia, en el marco de la valoración de comportamientos de empresas con posición de dominio. Así las cosas, sí pudiera extrapolarse cualquier conclusión alcanzada en este ámbito al de la regulación *ex ante* del sector de las telecomunicaciones que, como se ha venido reiterando, intenta aproximarse cada vez más al Derecho de la competencia especialmente en lo que respecta al análisis de la posición de dominio, forzoso es señalar que el objetivo de la rivalidad entre operadores, entendida como presión competitiva, ejercida por los agentes presentes en el mercado, o con

potencialidad para ingresar, se impone al de la garantía de la pluralidad de ofertas, precios y calidades, propósitos todos que se erigen a favor de los consumidores y que constituyen manifestaciones del denominado bienestar del consumidor.

Esta conclusión va en contravía de los resultados ofrecidos, en otros²²⁷, por uno de los pocos economistas españoles que han integrado el grupo de asesores académicos de la Dirección General de Competencia (*Economic Advisory Group on Competition Policy* – EAGCP): En un estudio publicado a finales de 2007, Jordi Gual llamaba la atención sobre los fenómenos de concentración en el sector de las telecomunicaciones, considerados como con una consecuencia natural del intenso proceso de cambio tecnológico que ha experimentado el sector, así como de las reformas regulatorias que han sido introducidas, los cuales impulsan el incremento en la escala de producción, la entrada en nuevos mercados, la ampliación de la oferta, así como las grandes inversiones en publicidad o I+D²²⁸.

227 Sobre las particularidades del análisis de competencia en el ámbito de los mercados tecnológicos existe abundante literatura. Como una muestra, no exhaustiva, se eligen los siguientes OCDE. Merger Review in Emerging High Innovation Markets. (5 de mayo de 2009) <http://www.oecd.org/dataoecd/40/0/2492253.pdf>. OCDE. Application Of Competition Policy To High Tech Markets (5 de mayo de 2009) <http://www.oecd.org/dataoecd/34/24/1920091.pdf>. HERRERA GONZALEZ, Fernando. La aplicación de principio de la competencia a la regulación sectorial en telecomunicaciones, *ICE*, núm. 832, septiembre-octubre de 2006, p. 45-57. NEWBERG, Joshua. Antitrust for economy of ideas: the logic of technology markets. *Harvard Journal of Law and technology*, vol 14, núm. 1, 200, p. 84-116. BAER; BALTO. Antitrust enforcement and high technology markets. *Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev.* núm 73, 1998-1999, p. 73-90. ALEXANDER, George. Antitrust and the telephone industry after Telecommunications Act 1996 *Santa Clara Computer & High Tech. L. J.* núm. 227, 1996, p.228-251. BEAT BLANKART; KNIEPS; ZENHAUSERN. Regulation of new markets in telecommunication: markets dynamics and shrinking monopolistic bottleneck. *European Business Organization Law Review*, 2007, núm. 413-428. GUAL, Jordi; JODAR, Sandra. Política de competencia en el sector de las tecnologías de la información. *Economía Industrial* núm. 339, 2001, p. 61-74. PITT, Edward. Competition Law in Telecommunications. En: WALDEN, Ian y ANGEL, John. *Telecommunications Law and regulation*, 2 ed. Londres: Oxford University Press, 2005, p. 293-341.

228 GUAL, Jordi; JODAR-ROSELL, Sandra. Telecomunicaciones: ¿ante una nueva etapa de fusiones?. *Documentos de Economía la Caixa*, núm. 8, noviembre de 2007.

e) *Valoración de eficiencias en el ámbito de prácticas concertadas (TFUE; art. 101).*

El análisis de eficiencias que se desarrolla al amparo del art. 101 TFUE²²⁹ está sujeto a dos condiciones positivas (la mejora de la producción, de la distribución o el fomento del progreso técnico o económico²³⁰ y la participación equitativa en el beneficio reservada a los usuarios) y dos negativas (eliminar la competencia respecto de una parte sustancial del mercado relevante e imponer a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables²³¹ para alcanzar tales objetivos). En cuanto a las condiciones positivas, la doctrina llama la atención sobre la interpretación que se puede dar al concepto de participación en los beneficios, en términos del estándar de bienestar empleado (sí es del consumidor, o si es total) y sobre el alcance del concepto del progreso técnico o productivo, en cuanto permite la valoración de objetivos ajenos al concepto de eficiencia (tales como, la integración, razones de política industrial, etc)²³²²³³.

229 EUROPA. Comunicación de la Comisión. Directrices sobre la aplicación del art. 81.3. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. C 101, 27 de abril de 2004, p. 97-118. (Título 2.3 Excepción en virtud del apartado 3 del artículo 81). [Directrices Generales - DGR]. EUROPA. Comunicación de la Comisión 2001/CE/02, Directrices sobre restricciones verticales. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. C 291, 13 de octubre de 2000, p. 1-44. [Directrices sobre restricciones verticales - DRV]. EUROPA. Comunicación 2001/C3/02 de la Comisión: Directrices sobre la aplicación del art. 81 a los acuerdos de cooperación *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. C 3, 6 de enero de 2001, p. 2-30 [Directrices sobre restricciones horizontales - DRH]

230 De acuerdo con el apartado 32 DRH, esta condición se traduce en las ventajas económicas del acuerdo de cooperación, que pueden incluir eficiencias estáticas o dinámicas. Las eficiencias en las restricciones verticales vienen ejemplificadas en los apartados 115 a 118 de las DRV. El título 3.2 de la DGR se ocupa de explicar la primera condición positiva. Hay autores que consideran que la apreciación de las eficiencias dinámicas (nuevos productos, inversión en innovación, inter alia) no pasa de ser una declaración formal contenida en las directrices, en las que materialmente se privilegian las eficiencias en precios (estáticas). SVETLICHNIK, Alexandr. Assessment of the non-horizontal mergers: is there a chance for the efficiency defence in EC merger control *European Competition Law Review*, núm. 28, vol. 10, 2007, p. 529-538.

231 DGR; título 3.3. DRH, ap. 35. DRV; ap. 136.

232 ZAMPA; p. 606.

233 Entre otras cuestiones que se discuten en torno a este tema pueden relevarse las siguientes: el carácter restrictivo del criterio de "mercado relevante" a la hora de definir las eficiencias, toda vez que pueden darse situaciones en donde las ganancias en el bienestar de los consumidores en mercados diferentes a los afectados por la operación, que excedan de un potencial lesión de los intereses de los consumidores en

Para que un acuerdo alcanzado entre empresas que pertenecen al mismo mercado (horizontal) o a mercados ascendentes y descendentes (vertical) resulte exento de dar aplicación al art. 101.1 TFUE, tal acuerdo no puede ser ilegal *per se*, esto es, no puede tener por objeto restringir la competencia, como sí sucede en el caso de los pactos para la fijación de precios o repartición de mercados, ni constituir, en sí mismo, un abuso de posición de dominio. Algunos acuerdos (horizontales o verticales) no tienen este objeto, pero sí pueden generar efectos anticompetitivos; es durante el análisis de estos acuerdos que se realiza el balance entre las eficiencias y los efectos lesivos de la competencia.

Este sistema de exenciones, tiene dos instrumentos concretos (exenciones por categoría²³⁴ e individuales²³⁵) y unos principios comunes, de los que resultó legatario el

dicho mercado; la temporalidad de la exención, ya que obliga a las partes a estar revisando continuamente el balance entre las eficiencias y la afectación a la competencia. GERADIN; p. 18 y 19.

234 Para acuerdos horizontales: EUROPA. Reglamento (EC) No 2658/2000 de 29 de noviembre de 2000 sobre la aplicación del art. 81(3) TUE a los acuerdos de especialización. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 304, de 5. de diciembre de 2000, p. 3. EUROPA. Reglamento (EC) No 2659/2000 de 29 de noviembre de 2000 sobre la aplicación del art. 81(3) TUE a los acuerdos de investigación y desarrollo. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 304 de 5 de diciembre de 2000, p. 7. El criterio para la exención de categorías es la participación en el mercado; así: si las cuotas de las partes involucradas en el acuerdo no exceden de un 35% en los acuerdos de I+D o del 20% en los de especialización, el acuerdo está exento de valoración particular. Para acuerdos verticales EUROPA. Reglamento(EC) No 2790/1999 de 22 de diciembre sobre la aplicación del art. 81.3 a ciertas categorías de acuerdos y prácticas concertadas verticales *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 336, 29.de diciembre de 1999, p. 21-25. También en este caso, el criterio es la participación en el mercado: operaciones con cuotas inferiores al 30% están exentas.

235 Para acuerdos horizontales: Reglamento No 2821/71 sobre la aplicación del artículo 81.3 a ciertas categorías de acuerdos, prácticas concertadas, etc. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 285, 29.de diciembre de 1971 p. 46-48 y DRH. Para acuerdos verticales: EUROPA. Reglamento N° 19/65/EEC de 2 de marzo de 1965 sobre la aplicación del art. 81.3 a ciertas categorías de acuerdos y prácticas concertadas *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. 36, 6 de marzo de 1965, p. 533-535. Modificado por Reglamento (EC) No 1215/1999 de 10 de junio de 1999 *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 148, 15 de junio de 1999, p. 1-4 y DRV.

examen de las eficiencias en el ámbito de las concentraciones²³⁶, que se aplican sobre la primera condición positiva (causalidad²³⁷ y verificabilidad²³⁸).

A estos principios, se suma la segunda condición positiva (participación equitativa de los consumidores en los beneficios²³⁹) y las condiciones negativas (proporcionalidad y eliminación de la competencia²⁴⁰). La verificación del cumplimiento de esta última condición (reducción de la presión competitiva) no implica que el acuerdo de cooperación no pueda quedar exento de la aplicación del art. 81 TUE, sino que, verbigracia, entre mayor sea el grado de poder de mercado que se adquiera, es mayor el esfuerzo que las partes deben realizar para probar la realización de las eficiencias²⁴¹.

En general, dado que se considera que las restricciones verticales son menos perniciosas para la competencia que las horizontales²⁴², la acreditación del cumplimiento de los principios a los que se ha hecho referencia en los párrafos precedentes es más flexible en sede del análisis de un acuerdo vertical, que en uno horizontal; así, en el primero basta demostrar que el pacto contribuye a mejorar la distribución o el funcionamiento del

236 Ver en este capítulo A.1.b.1).a) y revisar ZAMPA que analiza la relación entre el art. 81.3 y los análisis de eficiencias bajo el régimen anterior de las concentraciones (p. 604 y ss)

237 El juicio de causalidad tiene los siguientes elementos: a) debe verificarse la naturaleza de la eficiencia; b) la relación directa entre la eficiencia y el acuerdo; c) la probabilidad de que la eficiencia se concrete y su magnitud y d) cómo y cuando la eficiencia será alcanzada (DGR; ap. 51). En todo caso, “la Comisión no tiene en cuenta los ahorros en costes realizados gracias a una reducción de la producción, el reparto de los mercados o el mero ejercicio del poder de mercado” DRH; ap. 33. DGR; ap. 49. DRV; ap.136.

238 Insuficiencia de las declaraciones genéricas sobre las reducciones de costes GERADIN; op. Cit. p. 12. DGR; aps. 49 y 51. DRH; ap. 32. DRV; ap.136.

239 Según se indica en el apartado 34 DRH, dicha participación resulta más probable en mercados con fuertes presiones competitivas que disuadan del ejercicio del poder de mercado y promuevan el lanzamiento de nuevos servicios y la repercusión de la reducción de costes en los precios. DGR; título 3.4 y DRV; ap. 136.

240 DGR; título 3.5, DRH; ap. 36. DRV, ap. 136.

241 DRV; ap. 135.

242 DRH; ap. 100

mercado, sin que resulte indispensable, como en el ámbito de las horizontales, verificar los factores de ahorro de costes o incrementos de niveles de producción²⁴³.

A. La calificación y el efecto en la normativa comunitaria y española de comunicaciones electrónicas

A la vista de lo anterior, surge una consideración de interés para este trabajo: mientras que las autoridades comunitarias atribuyen el carácter de servicios de interés económico general a la explotación de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas²⁴⁴, dentro de los cuales entiende englobados los de telecomunicaciones y los que radiodifusión que sirven de soporte a los de transmisión de contenidos (excluidos del ámbito de aplicación de esta normativa sectorial, junto con los denominados servicios de la sociedad de la información), el legislador español se refiere a las telecomunicaciones, como elemento material del título competencial consagrado en el artículo 149.1.21, que incluye a las redes y servicios de comunicaciones electrónicas y a los recursos asociados, al tiempo que omite la calificación de económicos, de lo cual puede inferirse que la regulación española pretende abarcar un ámbito material de aplicación superior al comunitario, aún cuando de la alusión a las telecomunicaciones, que en normativa comunitaria se emplea como una especie dentro de la categoría de comunicaciones electrónicas, podría pensarse lo contrario.

La omisión puede obedecer a que, al amparo del título competencial de telecomunicaciones, el legislador español se ocupa también de regular, entre otros temas: el secreto de las comunicaciones electrónicas, algunos aspectos de la conservación y tratamiento de los datos personales de los usuarios y los derechos de los usuarios, en general, materias, todas, cuya relevancia no se deriva, de forma exclusiva y ni siquiera preponderante, de su significación económica, cuyo tratamiento implicaba prescindir del atributo de económicas que acompaña, se reitera, a la calificación comunitaria de este tipo de prestaciones y redes.

También aborda otros temas que no pueden entenderse estrictamente incluidos en el tema de las redes de comunicaciones electrónicas, entre otras razones, porque al estar

243 GERADIN; p. 15.

244 Este carácter ha sido declarado reiteradamente en la normativa comunitaria atinente a los servicios de interés general. Por todas, revisar el denominado Libro Blanco, apartado 3.2.

ubicados en el domicilio de los usuarios y, generalmente, ser de su propiedad, no suelen considerarse parte de las mismas, como son los atinentes a la evaluación de conformidad de los equipos y aparatos o el acceso y uso de recursos asociados, tales como, los sistemas de acceso condicional.

Las diferencias en el ámbito material de la regulación comunitaria y nacional pueden explicarse en función de las dimensiones (o entidad, si se prefiere), orden o jerarquía de intereses que salvaguardan las dos instancias de poder: el buen funcionamiento del mercado interior como instrumento al servicio de la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos europeos, la primera y la protección de la dignidad de la persona, de los derechos inviolables que le son inherentes, del libre desarrollo de la personalidad, del respeto a la ley y a los derechos de los demás, que constituyen las claves del sistema axiológico de la Constitución española²⁴⁵ y, en consecuencia, la justificación última de la acción de los poderes públicos nacionales.

En línea con lo anterior puede afirmarse entonces que, en España, la presencia del interés general en actividades específicas, tales como, la explotación de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, con independencia del dato de su titularidad, puede llegar a justificar la imposición de obligaciones de servicio público, lo que viene a constituir una expresión de la delimitación que del ejercicio al derecho a la libertad de empresa pueden realizar los poderes públicos, dentro o fuera de la habilitación del artículo 128.2 CE²⁴⁶.

Así las cosas resulta que su carácter jurídico corresponde con el de una categoría o calificación jurídica dentro de la cual pueden coexistir pacíficamente diversas técnicas de organización de una actividad, seleccionables por el legislador nacional, atendiendo las características del interés general que se pretende tutelar, como manifestación clara de su potestad de delimitación del espacio constitucionalmente protegido de la libertad de empresa. Tales técnicas pueden consistir en: i) la regulación u ordenación de la

245 PAREJO. Manual de Derecho Administrativo. p. 73 y ss.

246 CARRO FERNÁNDEZ VALMAYOR. J.L.opina que el servicio de interés económico general es una categoría que funciona al margen del art. 128.2 CE. (op. Cit.P. 602), mientras que PAREJO ALFONSO defiende que también esta calificación puede atribuirse al amparo de dicha previsión constitucional (PAREJO; Servicios públicos y servicios de interés general)

actividad, bajo el reconocimiento del carácter privado de su titularidad, con imposición de obligaciones o cargas a los particulares, compensadas: con el correlativo otorgamiento de facultades públicas, de derechos especiales, o con subvenciones; ii) la reserva de titularidad de la actividad, sin que ello implique la gestión directa necesariamente, bajo el entendido que la satisfacción de la misión de interés general demanda la exclusión del ejercicio del derecho a la libertad de empresa en tal ámbito social²⁴⁷²⁴⁸.

B. Las reglas de elección de un modelo de gestión de los servicios de interés económico general

En línea con lo manifestado previamente debe señalarse que la elección de la técnica de organización de la actividad calificada como de interés general, está delimitada desde el Derecho comunitario. Así, con arreglo a lo previsto en la Com 17/04, la elección de los medios para asegurar el cumplimiento de la misión de interés general que se confía a las

247 PAREJO; Servicios públicos y servicios de interés general

248 Parte de la doctrina considera que el servicio de interés económico general es legatario del denominado servicio público virtual o impropio. MARTIN REBOLLO al referirse a actividades no reservadas en las que había una fuerte reglamentación (servicios públicos impropios o virtuales, según la terminología italiana) indica “Algo si no igual si parecido es lo que está sucediendo ahora, con carácter más general, y con el nombre de servicios de interés general” MARTIN REBOLLO. 643. En el mismo sentido, refiriéndose a la noción funcional u objetiva del servicio público, puede verse PAREJO (Servicios públicos; p. 57)

Sobre los servicios públicos virtuales indica VILLAR PALASÍ que se trata de una categoría intermedia entre la supremacía general (policía administrativa – potestad ope imperii) y la sujeción especial (concesión), en la que no existe una declaración de formal de servicio público, sino de interés público (p. 257) que justifica que el Estado adopte respecto de los mismos potestades especiales que no se agotan en la emanación del acto autorizatorio y la posterior inclusión en el régimen de policía administrativa, sino que generan un vínculo permanente, un deber de facere o de prestare y unas potestades especiales sobre el contenido de este deber que exceden de las normales de la policía administrativa (p.259). La situación intermedia en la que se encuentran estos servicios se evidencia en el carácter negocial privado de la actividad frente a los usuarios y, en la posibilidad de sanciones administrativas frente a incumplimientos de los términos de tal relación (p.260). Constituyen sus características más relevantes: Los deberes del prestador del servicio son paralelos a los de un concesionario; no son auténticos servicios públicos porque falta el acto de publicatio de los mismos, las potestades administrativas no se fundan en un único título, sino en un síncretismo de títulos; no le son aplicables completamente las normas del auténtico servicio público; hay un derecho subjetivo en el solicitante que reúne las condiciones requeridas y, en algunos casos, son servicios públicos en vías de declaración (p.288 y 289).

empresas, debe hacerse con base en los siguientes criterios: características técnicas y económicas del servicio, necesidades específicas de los usuarios y especificidad cultural e histórica de cada Estado Miembro (apartado 13). Partiendo de la premisa que el mercado es el mejor asignador de recursos, se considera que la imposición de obligaciones de servicio público es una manifestación jurídica de la presencia de un fallo en el mercado (Com 17/04, apartado 19) y su distribución entre los agentes dará lugar a los siguientes modelos, definidos en torno a quién asume la obligación y cómo se financia (apartados 15-18): (i) Los poderes públicos pueden decidir imponer obligaciones de servicio público a todos los operadores en el mercado (ii) Designar un operador o un número limitado de éstos con obligaciones específicas, sin concederles derechos exclusivos, en cuyo caso puede ser necesario repartir la carga de la asunción entre todos los operadores activos, a través de un sistema de cargas adicionales o de un fondo (iii) Designar un operador reconociéndole derechos exclusivos, otorgando concesiones por periodos limitados mediante procedimientos licitatorios.

Explicando los criterios de elección de los modelos, el profesor BEHRENS²⁴⁹ ha apuntado: En el modelo I (caracterizado por la imposición de obligaciones de servicio público a todos los operadores, o varios de ellos) no es necesario reconocer derechos exclusivos de explotación, pero sí se requiere la adopción de medidas tendentes a evitar que le sobrecosto de la asunción de la obligación se transmita al precio, bajo las premisas de que el mercado puede no soportar tal nivel de precio, o que el precio de mercado, así fijado, deje por fuera a parte de la población; con miras a evitar estas situaciones, se recurre al fondo o a las ayudas como medios para sufragar la asunción de dichas obligaciones.

En el modelo II (caracterizado por la imposición de obligaciones de manera selectiva) debe implantarse un proceso de selección objetiva que permita identificar el coste de la asunción de la obligación, desde la oferta económica presentada por el operador interesado y, con base en la misma, decidir el mejor método de financiación. El reconocimiento de derechos especiales o exclusivos de explotación dependerá de la

²⁴⁹ BEHRENS, Peter. Public services and the internal market- an analysis of the Commission's Communication on Services of General interest in Europe. *European Business Organization Law Review*, 2 (3/4), 2001 p. 469-492.

existencia de barreras de ingreso: si son bajas, es más factible que se concedan los derechos, para garantizar la rentabilidad de la actividad; si son altas, las habilitaciones pueden obedecer a razones de protección de otros bienes jurídicos, tales como, el medio ambiente, la seguridad, etc.

En el modelo III (con obligaciones impuestas a un número limitado de agentes, o sólo a uno de ellos) es factible verificar la presencia de derechos especiales o exclusivos, en algunos casos otorgados sin necesidad de licitación.

Vinculando el tema de la elección de la técnica de organización con la calificación, propiamente dicha de la actividad, se tiene que, siempre dentro de las definiciones propuestas en este escrito: una actividad de interés general no económico encajaría con el modelo III, mientras que una de interés general económico podría situarse en el I o en el II. El desplazamiento de uno a otro modelo, o desde una a otra calificación, es una decisión política, como bien lo señalaba la Comisión en el Documento de Trabajo de 2006: “El concepto de actividad económica [léase de interés económico] está vinculado en parte a las decisiones políticas de los Estados Miembros: éstos pueden decidir transferir tareas relacionadas con el ejercicio de prerrogativas a los particulares o crear la condiciones necesarias para garantizar la existencia de un mercado que de otra forma no existiría” (punto 15) cambiando, en los dos casos, la calificación de la actividad.

Así las cosas se tiene que, como lo afirmaba tempranamente el profesor Vaquer²⁵⁰, la actividad no es por sí misma económica o no económica (en el sentido de admitir o no su suministro a través de mecanismos de mercado), lo que tiene dicho carácter es la “forma de prestación prescrita legalmente para garantizar su peculiar misión de interés general”²⁵¹, de tal suerte que, cuando se otorga dicha calificación se está formulando una proposición prescriptiva, nacida de una valoración en el marco de un sistema axiológico concreto.

La elección de la técnica entonces responderá: 1) A un análisis de la posición de los poderes públicos sobre la necesidad concreta (sí el deber es de garantía o de provisión, en régimen de gestión directa o indirecta) y 2) A los resultados de la ponderación de

²⁵⁰ VAQUER; 2000, p. 49

²⁵¹ VAQUER; 2007, p. 14

intereses, que decantará la elección por los mecanismos de mercado, con imposición de obligación, o por la reserva de la actividad. 3) En cualquiera de los dos casos, resulta esencial verificar, la idoneidad de la elección, con la aplicación de los mecanismos de evaluación de resultados, que ya se han venido aplicando en la práctica regulatoria.

C. Los estatutos del usuario y del operador

La calificación de una actividad como de interés económico general también incide en estatuto de los operadores y usuarios que participan en el segmento económico: Las instituciones de la Unión han reconocido que los usuarios de los servicios de interés general no pueden quedar sin más amparados por la regulación general de consumidores, debido al carácter esencial de las prestaciones que erogan estos servicios y a las limitaciones del mercado para asegurar las condiciones de asequibilidad, generalidad, continuidad y regularidad²⁵², al tiempo que los operadores aparecen como verdaderos colaboradores en la realización de los intereses generales que conviven con el mercado, dentro de la propia calificación.

El usuario de las comunicaciones electrónicas, por ejemplo, gozará de una protección especial que le garantice el ejercicio del legítimo derecho a comunicarse y que es traduzca entre otras técnicas, en la fijación del contenido del servicio universal y en la configuración de otras obligaciones de servicio público de las que se beneficie directamente. Empero, no hay que perder de vista que el interés general no se agota en dichas técnicas o, en otras palabras, que no puede confundirse la técnica con el interés. Esta visión reduccionista de los efectos de la calificación de una actividad, como de interés general, y que invita a ver en las obligaciones de servicio público el mecanismo jurídico de resolución de los fallos de mercado, ha de superarse, en línea con lo que se ha ido manifestando a lo largo de esta tesis, para llegar a la conclusión que el interés general, como es el caso de las comunicaciones electrónicas, puede permear todo el desarrollo de la actividad, de tal suerte que, la garantía de las condiciones para el ejercicio del derecho a la comunicación ha de estar presente en todo el sistema.

En concordancia con lo anterior, el régimen jurídico del operador de comunicaciones electrónicas estará soportado en dos bases: su derecho al ejercicio de la libertad de

252 MIGUEZ MACHO, p. 20

empresa y su deber de contribuir a la realización de los objetivos públicos que se perfilen en torno a la garantía del derecho a comunicarse. En este sentido, las habilitaciones para el ejercicio de la actividad juegan un papel fundamental, como técnicas que permiten, de una parte, la composición de estos intereses, y de otra, la reconducción del comportamiento de los operadores, cuando desatiendan las finalidades públicas. Con esta idea en mente, se pretende perfilar las características de instrumento habilitario en materia de comunicaciones electrónicas en el capítulo siguiente de esta tesis.

CAPITULO V. LAS HABILITACIONES SECTORIALES COMO INSTRUMENTOS AL SERVICIO DE LA COMPETENCIA EFECTIVA EN UN MERCADO DE SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL

Una de las perspectivas más interesantes desde la cual se puede abordar el estudio de las habilitaciones en cualquier sector, es la funcional, que permite examinar, de una manera alternativa, las sempiternas discusiones sobre el carácter jurídico de las mismas y centrarse en su eficacia como instrumentos o técnicas para el desarrollo de una actividad administrativa concreta (ordenación, supervisión, servicio público, fomento, etc).

Estas diferencias funcionales se advierten, verbigracia, en el contraste de las previsiones contenidas sobre esta materia en el régimen jurídico anterior (Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones¹) y en el vigente (Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones²), y serán objeto de precisión en los párrafos subsiguientes, una vez se hayan definido las funciones generales de los títulos habilitantes, objeto del primer apartado de este capítulo.

I. OBJETIVOS Y TÉCNICAS DE INTERVENCIÓN EN EL RÉGIMEN DE HABILITACIONES

En la doctrina³ existe una relativa unanimidad sobre las funciones que desempeñan las habilitaciones en el tráfico jurídico⁴ como instrumentos de control preventivo

¹ ESPAÑA. Ley 11/1998, de 24 de abril, general de telecomunicaciones. *Boletín Oficial del Estado* N.º 99, de 25 de abril, p. 13909 – 13940. En lo sucesivo LGT98.

² ESPAÑA. Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones. *Boletín Oficial del Estado* N.º 264, de 4 de noviembre, p. 38890 - 38924. En lo sucesivo LGT03.

³ FLANAGAN, Anne. Authorization and Licensing. En WALDEN, Ian y ANGEL, Jhon *Telecommunications Law and Regulation*, 2ª Edición. Londres: Oxford university press, 2005 p.153-215. MARTIN REBOLLO, Luis. Sociedad, economía y Estado (a propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo servicio público). En: COSCULLUELA MONTANER, Luis (coord.) *Estudios de Derecho Público Económico: Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Sebastián Martín Retortillo*. Madrid: Civitas, 2003.p. 643. LAGUNA DE PAZ, Jose Carlos. *La*

(verificación del cumplimiento de condiciones para el ejercicio de una actividad) o regulación de una actividad (fijación de condiciones para la explotación o desarrollo de una actividad).

En ambos casos, las habilitaciones se configuran como instrumentos al servicio de la realización de objetivos públicos, algunos de los cuales se detallarán a continuación⁵.

Dentro del conjunto de objetivos públicos tutelables ordinariamente a través de estos regímenes, cabe destacar los siguientes:

a) La prevención o corrección de la actualización de riesgos que se ciernen sobre las condiciones que posibilitan la convivencia humana. Las técnicas de control *ex ante* se han empleado, tradicionalmente, como mecanismos de supervisión que, ante el reconocimiento de la presencia de riesgos para la vida social, pretenden verificar la adopción de las medidas tendentes a evitar su consolidación o a paliar sus efectos. Así, la

autorización administrativa. Madrid: Thomson-Civitas, 2006, p. 56. ARROYO. Luis. *Libre empresa y títulos habilitantes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 435-557. KOENIG, NEUMANN and KOCH. Authorisations. En: KOENIG, NEUMANN and KOCH. *Competition and telecommunications law*. The Hague : Kluwer Law International, 2002, p. 441-472.

4 A los efectos de esta tesis, se tiene por habilitaciones el concepto acuñado por Luis Arroyo en su libro, *Libre empresa y títulos habilitantes*, por considerar que esta aproximación alcanza el punto de irreductibilidad que permite diferenciar una habilitación de otra institución jurídica. Esta aseveración se comprende cabalmente cuando, como se hará en apartados posteriores de este capítulo, se analice la forma cómo la doctrina se ha aproximado a este tema de la instrumentalización de la intervención pública en la economía, discerniendo los elementos esenciales que permiten distinguir las diversas categorías de medidas (autorización, concesión, comunicación, registro, entre otras). Uno de los méritos del trabajo del profesor Arroyo, tal y como lo puso de presente el Dr. Tomas Ramón Fernández durante la reunión de Profesores de Derecho Administrativo que tuvo lugar en Toledo durante los días 10 y 11 de febrero de 2006, consiste en definir con claridad el que podría denominarse como núcleo esencial del concepto, tras analizar los caracteres de las herramientas interventoras de empleo ordinario en el tráfico jurídico. Así, se tiene que el título habilitante es una técnica jurídico-administrativa a través de la cual se invierte en el caso en concreto una prohibición relativa. (p.328).

⁵ Al hacer explícitos los derechos y obligaciones de ambas partes (Administración y beneficiario de la habilitación) contribuyen a la previsibilidad de las decisiones de la Administración, reduciendo la incertidumbre e inestabilidad, contrarias a la seguridad jurídica (CE; arts. 9.3) y sirven para atribuir o regular el ejercicio de derechos o prerrogativas propias de las Administraciones, necesarios para el desarrollo de la actividad.

habilitación para conducir, parte de la premisa que el desarrollo de esta actividad (circular con coches) apareja una serie de riesgos para la colectividad, en cuanto a la seguridad, integridad física y patrimonial, de los ciudadanos (quien conduce, los pasajeros, los viandantes, las personas que desarrollan actividades comerciales o habitan en sitios próximos a las vías). Ante esta evidencia, los poderes públicos resuelven fijar un sistema de control preventivo (el requisito de la obtención de la habilitación como condición para el ejercicio de la actividad), en el que se verifica la idoneidad del sujeto para desarrollar la actividad, como mecanismo que busca minimizar los riesgos asociados a la conducción.

b) El control del acceso al mercado y, en consecuencia, su modulación o configuración, limitando o no el número de agentes o el tipo de servicios disponibles o verificando su idoneidad⁶,

c) Creación de mercados competitivos, verbigracia, imponiendo obligaciones al incumbente⁷ en orden a nivelar su posición competitiva con la de los entrantes,

d) En ámbitos jurídicos en los que no exista un marco regulatorio general (o específico de telecomunicaciones) o éste no sea muy claro, contribuyen a crear certidumbre en los agentes, de tal suerte que pueden llegar a constituir un complemento y hasta un sustituto de tal marco regulatorio. Esta función de la habilitación adquiere su mayor significado en el ámbito de los sistemas jurídicos de tradición anglosajona, toda vez que la ausencia, o menor presencia, de marcos normativos generales, impone la necesidad de fijar reglas de comportamiento en instrumentos que no tienen el carácter formal de

⁶ Hay que tener en cuenta que durante la primera fase de los procesos de liberalización el esquema de habilitaciones respondía a la necesidad de permitir el acceso de nuevos agentes y, en un peldaño intermedio, posibilitaba la conservación de las condiciones de competencia. PP. CRAIG, M.A. "A case study: competition and regulation". En: CRAIG, M.A. *Administrative Law*. Fourth Edition. London: Sweet & Maxwell, 1999, 321-363. p. 339.

⁷ El término incumbente, si bien se trata de un anglicismo, se usa a lo largo de esta tesis por referir a una noción propia del Derecho *antitrust*, materia conexas a esta investigación, que alude al antiguo monopolista u operador establecido en el mercado, en oposición a los operadores que, *postliberalización*, tienen acceso a él. Se trata de un concepto que difiere del operador dominante, toda vez que éste refiere a una situación concreta (la posición de dominio) y el otro (la incumbencia) a una condición (presencia en el mercado, previa a su liberalización).

normas. Este puede ser el caso de las habilitaciones que al contener el régimen jurídico de desarrollo de la actividad, incluido el acervo de derechos y deberes del beneficio, así como las condiciones del ejercicio de las potestades Administrativas, constituye el marco normativo material dentro del cual se desarrolla la relación entre el ciudadano y la Administración.

e) En algunos casos, las habilitaciones, especialmente las de carácter contractual, han posibilitado la participación de capital privado en los operadores establecidos, al fijar las condiciones para la recuperación de dichas inversiones⁸,

f) Se emplean también como medios de ejecución de las facultades de control sobre comportamientos anticompetitivos⁹..

g) En algunos casos se consideran instrumentos de recaudación (los poderes públicos limitan el acceso al actividad con el ánimo de incrementar los recursos del erario) o para la imposición de obligaciones de servicio público. Como tendrá ocasión de precisarse en los párrafos subsiguiente (ep. III.A.2.B), las habilitaciones, en el marco de las *public utilities*, permiten, en un entorno de corresponsabilidad en la consecución de objetivos públicos, el ejercicio de potestades administrativas por agentes privados, así como la imposición de cargas correlativas que también atienden a este tipo de propósitos.

El mérito de esta enumeración corresponde en lo fundamental a la doctrina anglosajona, debido a su innegable influencia en el diseño del marco comunitario regulador de las comunicaciones electrónicas; esta misma incidencia se apunta como

⁸ En estos casos, la habilitación puede garantizar la exclusividad en el desarrollo de la actividad o imponer deberes de ejecución (p. ej. penetración del mercado, extensión de la red). Los inversores, de otra forma, pueden estar reticentes a aplicar grandes cantidades de dinero en la extensión o actualización de la red y, sin este tipo de obligaciones, los Estados pueden ser renuentes a aceptar participación privada en los incumbentes.

⁹ Sobre la operación de este tipo de contenidos en las habilitaciones inglesas, puede verse: BLOOM, Margareth. The impact of the Competition Hill. En: *Regulation and deregulation. Policy and Practice in the utilities and financial services industries*. Oxford:Clarendon Press, 1999, p. 235-247.

causa de las dificultades para su comprensión dogmática,¹⁰¹¹ y su adaptación a la teoría clásica del derecho administrativo. Tal es el caso de la atribución de funciones normativas a las habilitaciones, que pueden resultar extrañas a un sistema de influencia romano germánica.

Las diferencias en las formas de configuración y operación de los sistemas de fuentes de Derecho entre las dos tradiciones¹² y, concretamente, la preponderancia que se le atribuye al Derecho positivo, en la romano germánica y al consuetudinario, en la anglosajona, explican, en gran medida, la extensión, límites y funcionalidad de las habilitaciones: mientras que un sistema jurídico que puede calificarse como de tradición continental contará con un marco jurídico general y particular de ordenación de la actividad al cual pueda quedar referenciada la habilitación, es factible que tal contexto de derecho positivo no exista en el ámbito de un sistema de tradición anglosajona de tal suerte que resulte indispensable crear, *ad hoc*¹³, reglas específicas de comportamiento para la situación que se pretende reglar.

De otra parte, se ha mantenido la independencia entre la función genérica de intervención (o de ordenación) económica y la de configuración del mercado, con el

10 Como se verá en los párrafos siguientes, la doctrina (FLANAGAN, DE LA CUETARA, ARROYO) ha señalado los puntos de coincidencia entre las autorizaciones generales de la Directiva 97/13 con las class licenses inglesas y entre las licencias individuales y las licenses del derecho anglosajón.

11 El origen de las habilitaciones en el régimen británico suele situarse en la competencia de los jueces de paz, por atribución parlamentaria, para seleccionar, periódicamente, a su discreción, ciertas personas para la gestión de las casas de cerveza (*alehouse*) y de las posadas, cuando éstas estuvieran sujetas al régimen legal de las profesiones públicas (*common callings*). Esta regulación expresaba una composición de intereses públicos: de una parte, se reconoce la importancia de beber cerveza, y de otra, se controlaba el desorden y los problemas que puede aparejar el consumo excesivo del alcohol. La potestad incluía la posibilidad de limitar la cantidad de *alehouse* cuando se considerara que estaba por encima del número requerido para servir a las necesidades del mercado, así como la de imponer condiciones y revocar las habilitaciones. FLANAGAN, Anne. Authorization and licensing. En: *Telecommunications Law and Regulation* Edited by. IAN WALDEN and JOHN ANGEL. 2ª Edición. Oxford university press 2005 p.153-215.

12 JAMES, Philip S. Naturaleza, clasificación y fuentes del derecho. En: Introducción al derecho inglés. Bogotá: Temis. P 3-21. ALLEN, Carleton. Legislación. En: *Las fuentes del Derecho inglés*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1969, p. 615-767.

13 No sólo para un caso en particular, sino para una situación común.

único propósito de evidenciar la preponderancia que a tal finalidad suele atribuírsele en este ámbito económico: en efecto, las habilitaciones se analizan, en el marco comunitario de las comunicaciones electrónicas, de forma preferencial, cuando no exclusiva, desde su perspectiva de barreras de ingreso al mercado, de ahí el denodado esfuerzo que han desarrollado las autoridades comunitarias para su eliminación o armonización¹⁴.

Esta, que puede calificarse como una visión parcial del instrumento, obedece, tal y como se tuvo la ocasión de advertir en los capítulos precedentes de esta tesis¹⁵, al título competencial y a la finalidad que soportan y justifican la intervención de las instancias comunitarias en este sector de la vida económica: resulta evidente que, desde la óptica del mercado interior, la función conformadora directa de dicho mercado (número de agentes, condiciones de explotación) es la que despierta mayor interés. Empero, en línea con lo destacado previamente¹⁶, el mercado, en el marco nacional, es, fundamentalmente, un instrumento del que se sirven los poderes públicos para el logro de otros objetivos superiores, de tal suerte que, en este caso, no puede justificarse la visión parcial de la calificación como barrera de ingreso, sino que debe ampliarse el ángulo de mira del régimen de las habilitaciones hasta el punto de ser capaz de ubicarlo dentro del engranaje que permite la realización de tales objetivos, aún cuando el análisis se haga transversalmente, desde su vicariedad respecto del mercado, dado que, también en este caso, su consideración funcional resulta mucho más amplia.

¹⁴ Que encuentra su cenit en la expedición de la Directiva de Servicios que propende por la eliminación de las autorizaciones que no se ajusten a determinadas exigencias. EUROPA. Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 376/36 del 27 de diciembre de 2006, p. 36-68

¹⁵ Capítulo I.III.B.1. Capítulo II.II y Capítulo IV. III.A.4.a

¹⁶ Capítulo I.III.B.2. Capítulo II.III y Capítulo IV. III.A.4.a

Y es que, como lo pone de manifiesto el profesor Luciano PAREJO en su análisis sobre el contenido de la Directiva de Servicios¹⁷, conocida coloquialmente como Directiva Bolkenstein, la valoración del sistema de títulos habilitantes para el desarrollo de una actividad económica concreta, a la luz del derecho comunitario, consiste, no en desacreditarlas por su consideración económica como barreras de ingreso, sino en identificar si la medida es razonable, proporcionada y no discriminatoria, de forma tal que *“las regulaciones estatales que se apliquen indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y los pertenecientes a los estantes Estados Miembros y afecten del mismo modo, así, a la prestación nacional y supranacional de los correspondientes servicios no precisan (desde el punto de vista del Derecho comunitario) justificación alguna, sea en la promoción de un objetivo legítimo, sea por razón del principio de proporcionalidad (de nuevo, de acuerdo con el Derecho Comunitario), pues directamente se excluye que puedan ser consideradas como un obstáculo en el sentido del TCE.”*¹⁸

Una posición de esta naturaleza resulta, gratamente desafiante de la corriente general, que, quizás influenciada por el pensamiento economicista, ha aceptado con relativa facilidad, la existencia de un vínculo ineluctable entre la liberalización de un mercado y la eliminación de los sistemas de títulos habilitantes, como si el mercado interior no pudiera concretarse sobre la base del reconocimiento y correlativo respeto del ejercicio de la competencia exclusiva de los Estados miembros para la definición de su política económica.

De esta suerte, no compete a la instancia comunitaria ocuparse, sin más, de promover el desmonte gradual de los sistemas habilitatorios, ya que no es un fin propio del Tratado el *“instaurar un mercado sin normas, o mejor, un mercado en el que las normas están, en principio, prohibidas, salvo que sean necesarias y proporcionadas para cumplir*

17 EUROPA. Directiva 206/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa los servicios en el mercado interior. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 376 de 27 de diciembre de 2006, p. 36-68

18 PAREJO ALFONSO, Luciano. La Directiva Bolkenstein y la ley paraguas ¿legítima el fin cualesquiera medios para la reconversión del Estado “autoritativo”? *Revista española de derecho europeo*, núm. 32, 2009, págs. 431-467

*exigencias imperativas de interés general*¹⁹, cuestión que, pese a su trascendencia, no se discute en el ámbito de las comunicaciones electrónicas en el que, justamente, como lo releva el tratadista precitado, los sistemas habilitatorios han quedado arrinconados hasta el punto de la excepcionalidad extraordinaria, que queda patente con la simple lectura de la parte motiva de la Directiva de Autorizaciones en la que se advierte que el objeto de la norma es crear un marco jurídico que garantice la libertad de suministrar redes y servicios de comunicaciones electrónicas, sujeto únicamente a las condiciones establecidas en él y a las excepciones que establecen los Estados Miembros con sustento en lo prescrito en el art. 52.1 del TFUE, esto es, salud, seguridad y orden públicos (considerando 3)²⁰, al tiempo que se prohíbe la restricción de los derechos de uso de los recursos escasos (espectro y numeración), salvo cuando resulte inevitable ante la escasez de radiofrecuencias y la necesidad de garantizar el uso eficiente de las mismas (considerando 11)²¹.

Esta aparente digresión en el tema que se examina, se hace con el propósito de evidenciar que, aún sí la habilitación se mira a la luz del ordenamiento comunitario, no hay razones jurídicas que justifiquen su desacreditación de plano o la puesta “*bajo sospecha de obstaculización (restricción indebida) [de] cualquier regulación jurídico-pública de acceso al mercado de las actividades o servicios o de ejercicio de éstas (...)*” siendo que, “*en principio no es otra cosa que ordenación del uno y del otro para su inserción armónica en el sistema de convivencia colectiva en función de los restantes bienes y valores en presencia*”²², lo que viene a significar que, en ningún caso, puede sostenerse una visión sesgada de este tema, como la que supone tratarla, de forma exclusiva, como barrera de ingreso.

Por el contrario, hay que tener en cuenta que cualquier régimen de habilitaciones expresa una determinada composición de intereses (públicos y privados) y un sistema axiológico específico que explican el recurso a las técnicas justificativas de una

19 PAREJO. La Directiva p.435

20 Directiva de Autorizaciones; art. 3.1

21 Directiva de Autorizaciones; art. 5.

22 PAREJO. La Directiva. p.436.

intervención más o menos intensa del poder público administrativo en el ámbito económico de que se trate:

Así, en el sector de las comunicaciones electrónicas, los autores consultados²³ coinciden en afirmar que son las técnicas propias de la actividad de ordenación o de policía las que siguen primando en el régimen de habilitaciones: los riesgos que rodean a la realización del interés general en la actividad son de entidad tal que ameritan la intervención del poder público en sus manifestaciones de conformación de las condiciones bajo las cuales se desarrolla la actividad y control sobre el ejercicio de la actividad.

En este punto es importante recordar que el concepto de policía administrativa (empleado desde el siglo XIX) ha sufrido una ampliación y modulación correlativas a la consideración de su objeto, la salvaguardia del orden público, como presupuesto mínimo indispensable para la convivencia ordenada que entraña, por tal causa, el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales²⁴.

En efecto, la prevención y corrección de la actualización de riesgos o peligros de perturbación de tales presupuestos, finalidad de la actividad de policía, en un entorno caracterizado, entre otros factores, por el pluralismo y la complejidad de la sociedad, que dificulta la identificación del conjunto de valores que inspiran el orden público

23 PAREJO, Luciano. Manual 2004, p. 641 y ss. MORELL OCAÑA. *Curso de Derecho Administrativo* II, 4 ed. Pamplona, Aranzadi, 1999, p. 34 y ss. PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo I*, 13 ed. Madrid: Marcial Pons, p. 380-402. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo Vol. I Parte General*, Madrid: Tecnos, 2002, p. 117-154. ARIÑO, Gaspar. *Principios de derecho público económico: (modelo de estado, gestión pública, regulación económica)*. Madrid: Comares, 2004. LAGUNA DE PAZ, *Autorizaciones*. RIVERO, Ricardo. *Derecho Administrativo Económico*, 4 ed. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 147 y ss. MARTIN RETORTILLO, Sebastián. *Derecho Administrativo económico*. Madrid: La ley, 1988. MARTIN REBOLLO, Luis. Sociedad, economía y Estado (a propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo servicio público). En: COSCULLUELA MONTANER, Luis (coord.) *Estudios de Derecho Público Económico: Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Sebastián Martín Retortillo*. Madrid: Civitas, 2003.p. 643. VILLAR PALASI, Jose Luis. *La intervención administrativa en la industria*, Tomo I. Madrid: Instituto de estudios políticos, 1964, p. 99 y ss.

24 PAREJO ALFONSO, Luciano. *Seguridad pública y policía administrativa de seguridad. Problemas de siempre y de ahora para el deslinde, la decantación y la eficacia de una responsabilidad nuclear del Estado administrativo*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008, p. 77.

llamado a tutelarse, la consolidación de la denominada “sociedad de riesgos” y la alteración del equilibrio entre cambio y estabilidad, conlleva la necesidad de reconsiderar el planteamiento original que sitúa a esta actividad en el extremo opuesto a la libertad: el orden público, así entendido, no constituye un límite externo al ejercicio de las libertades, sino que es un elemento definitorio de su contenido prístino, de tal suerte que la función de policía pueda calificarse cada vez más ordenación y menos de limitación de libertades²⁵.

Partiendo de esta visión funcional de la habilitación como técnica al servicio de la actividad de ordenación, que no actúa como límite del ejercicio de las libertades individuales sino como expresión de los cauces definidos justamente para su ejercicio, puede llegarse a la conclusión de que toda habilitación puede analizarse en términos de su contribución eficaz al logro de los objetivos públicos que la justifican. Sí, como ha quedado dicho²⁶, el interés general presente en las comunicaciones electrónicas es el derecho de los ciudadanos a comunicarse (CE; art. 20) y el ejercicio de otros derechos fundamentales de diverso carácter (político, social, económico, etc), a la luz del principio de solidaridad social, el examen del régimen de habilitaciones ha de efectuarse teniendo en cuenta su vinculación a tales objetivos.

II. LAS HABILITACIONES EN EL MERCADO DE LOS SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

El régimen de las habilitaciones para la explotación de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas ha sufrido importantes variaciones a lo largo de la historia

25 Los atributos de la actividad de policía han sido extraídos de LAGUNA DE PAZ, La autorización, p. 40 y las reflexiones restantes están basadas en el análisis de: PAREJO ALFONSO, Luciano. El derecho y la dirección y control sociales. Las relaciones, en esta función, entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo. En: *Seguridad pública y policía administrativa de seguridad. Problemas de siempre y de ahora para el deslinde, la decantación y la eficacia de una responsabilidad nuclear del Estado administrativo*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008, p. 13-22. PAREJO ALFONSO, Luciano. Estado social y administración pública. En: *Manual de Derecho Administrativo*. Barcelona: Ariel, 2004, p. 127-160.

26 Capítulo IV, III, A. 4.

regulatoria de este segmento económico²⁷ que obedecen, entre otras razones, a la visión sesgada que las autoridades comunitarias tienen sobre el instrumento, perspectiva que ha sido criticada en los párrafos precedentes.

Partiendo de esta perspectiva crítica, el análisis de los cambios operados, a nivel de ordenamiento nacional, en el régimen habilitatorio, obedece a la circunstancia concreta de que el hecho que se emplea como ejemplo paradigmático en esta tesis, las modificaciones en las licencias UMTS²⁸, se desarrolló durante la vigencia de la LGT98, de tal suerte que una valoración de la problemática jurídica que dimana de esta cuestión no puede soslayar el estudio de este tópico, al tiempo que a la finalidad de evidenciar que la incorporación al derecho nacional de las habilitaciones contenidas a nivel comunitario se realizó de manera acrítica, sin consultar los orígenes de las nociones, desvirtuando, en cierto modo, su utilidad.

En efecto, como se revisará en el epígrafe III.B, las *licences* inglesas, origen de las habilitaciones contenidas en la Directiva 97/13 y, a su turno, en la LGT98, son, esencialmente, técnicas de vinculación de agentes privados a la realización de cometidos públicos, funcionalidad que, o bien pasó desapercibida para el legislador nacional, o fue relegada a un segundo plano, en desmedro de la coherencia del sistema, y, frente al caso que se examina, restando un vital parámetro de valoración que hubiese permitido dar una solución jurídica más consistente a la problemática.

A. El régimen jurídico de las habilitaciones para la explotación de redes y servicios de comunicaciones electrónicas

En observancia de lo dispuesto en la Directiva 97/13²⁹, durante la vigencia de la Ley 11/1998, de 24 de abril³⁰, existían varios tipos de habilitaciones para la explotación de

²⁷ Ver capítulo III de esta tesis.

²⁸ Ve capítulo I.IV.

²⁹ EUROPA. Directiva 97/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de abril de 1997 relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones. *Diario Oficial de las Comunidades europeas* núm. L 117 de 7 de mayo de 1997, p. 15-27

³⁰ ESPAÑA. Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones. *Boletín Oficial del Estado* núm. 99 de 25 de abril de 1998, p. 13909 - 13940

redes y servicios de comunicaciones electrónicas³¹, sobre cuyo contenido, a los efectos de esta tesis, basta destacar lo siguiente:

Con arreglo a lo dispuesto en el art. 7.1 de la LGT98, tanto la prestación de servicios, como el establecimiento de redes de telecomunicaciones, debían estar amparados por una habilitación que, en función al tipo de actividad, podía consistir en una autorización general o en una licencia individual.

Las autorizaciones generales, según podía leerse en el art. 11.1 LGT98, se otorgaban de forma reglada y automática, previa asunción por el interesado de las condiciones asociadas a cada categoría de servicios, fijadas en Orden Ministerial. Con arreglo a lo dispuesto en el art. 12 de la LGT98, el interesado debía notificar a la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones su intención de prestar el servicio, así como la sujeción a las condiciones generales reguladoras de tal facilidad, previstas en una norma de carácter reglamentario, con el fin de que esta Administración procediera a la inscripción registral de los datos del solicitante, condición de la que se hacía depender la legitimidad de la explotación del servicio, operando el silencio administrativo positivo en el caso de que, entre la solicitud y la notificación del registro, mediase un plazo superior a 24 días.

La licencia individual, por su parte, se otorgaba también de forma reglada, previa la acreditación del cumplimiento y sujeción al régimen general de estas habilitaciones, contenido en Orden Ministerial. La habilitación consistía en una decisión administrativa expresa, de duración limitada, sin la cual no podía explotarse la red o servicio que constituía el objeto material de la solicitud. El sentido del silencio administrativo en este caso era negativo, según se consignaba en el art. 18.3 LGT98, como consecuencia del

³¹ Reguladas, reglamentariamente, entre otras, en las siguientes normas: ESPAÑA. Orden Ministerial de 22 de septiembre de 1998 por la que se establecen el régimen aplicable a las licencias individuales para servicios y redes de telecomunicaciones y las condiciones que deben cumplirse por sus titulares. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 231, 26 de septiembre de 1998, p. 32236. ESPAÑA. Orden Ministerial de 22 de septiembre de 1998 por la que se establecen el régimen aplicable a las autorizaciones generales para servicios y redes de telecomunicaciones y las condiciones que deben cumplirse por sus titulares. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 231, 26 de septiembre de 1998, p. 32232. ESPAÑA. Orden CTE/711/2002, de 26 de marzo, por la que se establecen las condiciones para la prestación de los servicios de consulta telefónica sobre números de abonado. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 81, 4 de abril de 2002, p. 12848.

transcurso de un plazo de 36 días, prorrogables por causa justificada, hasta un lapso igual o inferior a en todo caso a 4 meses.

El número de licencias individuales podía limitarse para gestionar eficazmente el espectro radioléctrico, siendo obligatorio en estos supuestos garantizar los principios de libre concurrencia y transparencia en el proceso de otorgamiento (LGT98; art. 20).

Así las cosas, la normativa española consagraba el sistema habilitatorio que se esquematiza a continuación:

Habilitación	Tipo de servicio	Normas reguladoras
No necesitan obtener habilitación	Servicios e instalaciones en propiedad privada, sin conexión exterior. Servicios entre predios de un mismo titular. Uso común general del dominio público radioléctrico. Autoprestación de entes públicos.	LGT98; arts. 3 y 7.2
Autorización general de tipo A	Redes privadas que presten telefonía, entendida como transmisión de voz y accesoriamente de datos, a un grupo cerrado de usuarios ³² , sin necesidad de espectro y sin que la actividad consista en alquilarlas a terceros.	LGT98; arts. 10 y 11. OMA ³³ ; art. 3.1.
Autorización general de tipo B	Establecimiento y explotación –incluido el alquiler- de redes privadas	LGT98; arts. 10 y 11. OMA; art. 3.2.
Autorización general de tipo C	Servicios de transmisión de datos al público en general	LGT98; arts. 10 y 11. OMA; art. 3.3.

³² Un grupo cerrado de usuarios (GCU) puede estar constituido por: a) Una persona física o jurídica que utilice el servicio para sí misma –si no usa espectro, no necesita autorización-; b) Agrupaciones formadas por una Administración; c) Un grupo de sociedades; d) Grupo de entidades sin ánimo de lucro; e) quienes desarrollen una actividad en común para las comunicaciones derivadas de su ejercicio; f) empresas, filiales y empleados que trabajen fuera de su sede social, principales proveedores y clientes para las comunicaciones que desarrollen dentro de la actividad industrial y comercial (Real Decreto 1651/1998 sobre Interconexión)

³³ Orden Ministerial de 22 de septiembre de 1998, relativa a las autorizaciones generales.

Autorización general de tipo D	Prestación del servicio de consulta telefónica ³⁴	LGT98, OMA y Orden CTE/711/2002 ³⁵
Licencia individual de tipo A1	Servicio telefónico fijo disponible al público, mediante la utilización de un conjunto de medios de conmutación y transmisión y sin asumir derechos y obligaciones de establecimiento de red equiparables a las de otros operadores	LGT98; ARTS. 10 y 11. OML ³⁶ ; arts. 2.2.1, 22 y ss.
Licencia individual de tipo A2	Servicio telefónico móvil disponible al público sin asumir derechos y obligaciones de establecimiento de red equiparables a las de otros operadores.	LGT98; arts. 10 y 11. OML; arts. 2.2.2, 22 y ss y la Orden CTE 14 de marzo ³⁷

³⁴ Consiste en la posibilidad suministrar los datos de los abonados al servicio telefónico y, en algunos casos, de establecer la llamada a solicitud del cliente.

³⁵ ESPAÑA. ORDEN CTE/711/2002, de 26 de marzo, por la que se establecen las condiciones de prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 81 de 4 de abril de 2002, p. 12848 - 12853

³⁶ ESPAÑA. Orden Ministerial de 22 de septiembre de 1998, relativa a las licencias individuales

³⁷ ESPAÑA. Orden CTE de 14 de marzo, por la que se introduce un nuevo tipo de licencia habilitante para la prestación del servicio telefónico móvil disponible al público (móvil virtual).

Licencia individual de tipo B1	Servicio telefónico fijo disponible al público, mediante el establecimiento o explotación, por su titular, de una red pública telefónica fija. Incluye el derecho a prestar el servicio de líneas susceptibles de arrendamiento.	LGT98; ARTS. 10 y 11. OML; arts. 2.2.2, 25 y ss.
Licencia individual de tipo B2	Servicio telefónico móvil disponible al público, mediante el establecimiento o explotación, por su titular, de una red pública telefónica móvil. Esta red podrá ser: a) Red terrenal. b) Red basada en satélites de órbita media o baja.	LGT98; ARTS. 10 y 11. OML; arts. 2.2.2, 25 y ss
Licencia individual de tipo C1	Establecimiento o explotación de redes públicas, sin que su titular pueda prestar el servicio telefónico disponible al público y sin usar espectro radioeléctrico.	LGT98; ARTS. 10 y 11. OML; arts. 2.3, 28 y ss
Licencia individual de tipo C2	Establecimiento o explotación de redes públicas, sin que su titular pueda prestar el servicio telefónico disponible al público, con derechos de uso sobre el espectro radioeléctrico.	LGT98; ARTS. 10 y 11. OML; arts. 2.3, 28 y ss

Este régimen general se complementa con previsiones particulares acerca de las licencias provisionales otorgadas para desarrollar pruebas o actividades de investigación que, por su naturaleza, requieran de una licencia individual (LGT98; art. 7.1 y OML; art. 32) y las licencias para eventos de corta duración, ambas otorgadas por el Ministerio de Fomento (OML; disposición adicional 2ª).

Tras la obtención de la habilitación correspondiente (licencia individual o autorización general) la CMT debía proceder a su inscripción en el Registro Público de Operadores, requisito que tenía el carácter de condición para la realización material de la prestación, toda vez que no podía iniciarse la actividad hasta que no se procediese a la inclusión de la habilitación en el mismo (LGT98; art. 8.2).

En la legislación actualmente vigente, el desarrollo de la actividad está sujeto, exclusivamente, a la notificación previa y fehaciente de la intención de iniciar la explotación de la red y/o el servicio a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, al tenor de lo dispuesto en el artículo 6.2 LGT³⁸. Perviven las habilitaciones para el uso del espectro, si bien su régimen jurídico ha sido objeto de algunas modificaciones³⁹.

III. LAS MODIFICACIONES FUNCIONALES EN EL RÉGIMEN DE LAS HABILITACIONES PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS.

Siguiendo la línea argumental de las funciones y objetivos relacionados en el primer apartado de este Capítulo puede señalarse que a los regímenes habilitantes que integran o han integrado el ordenamiento sectorial de las comunicaciones electrónicas, no resultan ajenos algunos de los cometidos reseñados:

³⁸ Las habilitaciones vigentes, según lo previsto en la disposición transitoria primera, apartado segundo, letra a) quedaron extinguidas a la entrada en vigor de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, quedando sus titulares facultados para continuar desarrollando la actividad, siempre y cuando cumpliesen las exigencias de la nueva normativa.

³⁹ ESPAÑA. Real Decreto 863/2008, de 23 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, en lo relativo al uso del dominio público radioeléctrico. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 138, 7 de junio de 2008, p. 26305.

1. Función de conjura o minimización de riesgos sociales

En relación con las funciones de verificación del cumplimiento de condiciones para la conjura de los riesgos sociales que rodean el desarrollo de una actividad, se advierte que durante la segunda fase del proceso de liberalización (que se sitúa en España en la vigencia de la Ley 11/98)⁴⁰ se intentó promover la extensión y actualización de los servicios mediante un sistema de habilitaciones diferenciado en atención a la importancia que se le atribuyese a la actividad en concreto, en función a la valoración social (contribución al ejercicio del derecho a comunicarse) y a su vinculación a objetivos económicos (facilidades demandadas por las empresas) y a la necesidad de contar o no con derechos de uso sobre recursos escasos (espectro radioléctrico y numeración, básicamente). Las diferencias entre los títulos se sitúan en cuanto a los requisitos para obtenerlos, el procedimiento de obtención y el régimen de derechos y obligaciones; así, por ejemplo, la telefonía, según tuviese el carácter de servicio ofrecido al público, o a un grupo de usuarios determinados, quedaba sometida, en el primer caso, a la obtención de una licencia individual de tipo B (1 o 2), mientras que si se trataba de un servicio en red privada, sólo se necesitaba una autorización de tipo A. Como ya se ha reseñado, la licencia consistía en un acto administrativo resultante de un procedimiento reglado, mientras que la autorización general era una comunicación de la intención de operar, acompañada por un registro. Las exigencias en uno y otro caso eran diferentes, así como su régimen de derechos y obligaciones. La licencia de tipo B2, al requerir espectro, estaba sometida a un régimen más gravoso, al tiempo que la autorización general de tipo A, por tratarse de una facilidad con poca incidencia social, se sujetaba a un marco más flexible.

Uno de los riesgos que querían conjurarse, tratándose de los servicios habilitados mediante licencia, era el descreme del mercado, es decir, que los entrantes sólo ocupasen los nichos que resultaran rentables y no efectuaran verdaderas inversiones en la extensión y mejora de las redes y servicios. A tales efectos, se fijaron un conjunto de derechos y deberes que pretendían disuadir a los operadores de tal comportamiento,

⁴⁰ Ver capítulo III.I.D

desde el doble juego entre la habilitación particular y el régimen general de desarrollo de la actividad.

A juzgar por el estado actual del régimen de habilitaciones que, como es bien sabido, circunscribe la intervención pública al deber de constatación de la información aportada por los operadores en el acto de notificación previa al que refiere el artículo 6.2 de la LGT2003, excepto para el caso de actividades que requieran el uso de recursos escasos, que siguen sometidas a un régimen de habilitación concreto, parece que los poderes públicos han confiado la realización de los objetivos de esta fase del proceso liberalizador (promoción de la extensión y actualización de las redes y servicios de nueva generación, acceso generalizado a los servicios de banda ancha)⁴¹ a otros instrumentos vinculados al concepto de la supervisión *ex post*; empero, como lo advierte el profesor PAREJO, *“la inversión de la lógica de la actual policía administrativa de las referidas actividades, que de fundamentalmente preventiva pasa a ser supervisora o de control ex post (..)”*⁴² pese al reconocimiento de que el español es *“un Estado administrativo montado sobre a policía administrativa preventiva y básicamente inhábil (por carente de estructuras, medios personales, procedimientos y técnicas) para le desarrollo inmediato de una efectiva policía administrativa de supervisión y control ex post. Y la ausencia de preocupación –paralela a la de desmantelamiento de los controles ex ante- por la construcción de un sistema sustitutivo eficaz en la salvaguarda de los intereses generales?”*.⁴³

Sirva esta consideración para efectuar una reflexión sobre los cambios en el régimen de las habilitaciones en el sector: dentro del proceso de liberalización o creación del mercado de las comunicaciones electrónicas, se ha procedido, por decir lo menos, inopinadamente, a eliminar las habilitaciones, sin poner en consideración su eficacia para la realización de los objetivos públicos, bajo el entendido, que el mercado es el único bien jurídico en juego y que todo mecanismo de control *ex ante* constituye una restricción ilegítima al ejercicio del derecho a acceder al mercado.

⁴¹ Cap. III.II.C

⁴² PAREJO, La Directiva, p. 450

⁴³ PAREJO, La Directiva. p. 452

Sin llegar a enarbolar la bandera del regreso a las habilitaciones tradicionales, toda vez que, como se pondrá de manifiesto en el apartado final de este capítulo, se advierte la necesidad de configurar un título específico que consulte las especificidades del sector, de sus objetivos y del estado actual del desarrollo del mercado, lo cierto es que, en línea con lo manifestado por el profesor PAREJO sobre la viabilidad de la sustitución de los mecanismos de control ex ante por los ex post, quiere resaltarse que difícilmente puede estructurarse un sistema sustitutivo, si no existe claridad sobre el basamento axiológico del mismo, esto es, si se sigue sosteniendo que, especialmente a nivel nacional, lo único que se defiende es la presencia de varios operadores en el mercado, que actúan en igualdad de condiciones⁴⁴.

A juicio de quien redacta esta tesis, sólo desde el reconocimiento de los verdaderos valores subyacentes tras esta actividad infraestructural de la convivencia social se puede construir un sistema sólido, dentro del cual, por supuesto, se consagren unas concretas técnicas jurídicas de intervención, a las que se les confíe la realización de dichos objetivos. Su idoneidad, como ha quedado explicado, responderá más que a un criterio de coherencia dogmática, a una valoración de carácter funcional, de tal suerte que más que a la denominación o a su similitud con técnicas previas, deberá atenderse a su carácter instrumental al servicio de la realización de objetivos previa y meridiamente definidos y a su eficacia y efectividad.

2. Función recaudatoria de las habilitaciones

En cuanto a su función como manifestación del ejercicio de la potestad recaudatoria del Estado, no hay unanimidad sobre el título y su funcionalidad como la causa del hecho imponible: por un lado, se ha dicho que una verdadera tasa es característica sólo de un tipo de negocio sujeto a regulación y que su finalidad se circunscribe a sufragar los gastos de la supervisión y de otro, no existe unanimidad en torno al carácter jurídico de los

44 Como parece sugerirlo el profesor LAGUNA DE PAZ cuando afirma que la simplificación del régimen de las habilitaciones constituye una tarea irrenunciable en el vertiginoso mundo económico y empresarial, dentro del cual han de suprimirse los trámites que no sean imprescindibles para alcanzar el objetivo fijado, se necesita celeridad en la resolución de disputas y ha de buscarse la eficacia de la actuación administrativa que podrá centrarse en los aspectos neurálgicos (se flexibiliza el ingreso y se robustece el control ex post) LAGUNA DE PAZ, Jose Carlos. *Telecomunicaciones, regulación y mercado*. Pamplona: Aranzadi, 2004,

cánones que se imponen a los licenciatarios al resultar beneficiarios de la adjudicación. Atendiendo la lógica de la primera de las fundamentaciones, el artículo 12 de la Directiva de Autorizaciones⁴⁵ prescribe que las tasas deben cubrir solamente los gastos administrativos que ocasionen la gestión, el control y la ejecución del régimen de autorización general, de los derechos de uso y de las obligaciones específicas a que se hace referencia en el apartado 2 del artículo 6, pudiendo quedar incluidos gastos de cooperación internacional, armonización y normalización, análisis de mercado, respeto de las normas y otros controles de mercado, así como el trabajo de regulación relativo a la preparación y puesta en práctica de derecho derivado y de decisiones administrativas, como pueden ser decisiones sobre el acceso y la interconexión

A su turno, como manifestación de la potestad recaudatoria atribuida en el art. 133 de la CE, el redactor de la LGT2003 ha definido las finalidades de las tasas en el art. 49.2, en términos casi idénticos al regulador comunitario: a) Cubrir los gastos administrativos que ocasione el trabajo de regulación relativo a la preparación y puesta en práctica del derecho comunitario derivado y actos administrativos, como las relativas a la interconexión y acceso, b) Los que ocasionen la gestión, control y ejecución del régimen establecido en esta Ley; c) Los que ocasione la gestión, control y ejecución de los derechos de ocupación del dominio público, los derechos de uso del dominio público radioeléctrico y la numeración; d) La gestión de las notificaciones reguladas en el artículo 6 de esta Ley y e) Los gastos de cooperación internacional, armonización y normalización y el análisis de mercado.

En suma, el ordenamiento reconoce la función recaudatoria de las habilitaciones, pero limita su ejercicio estableciendo sus finalidades⁴⁶.

45 EUROPA. Directiva 2002/20, de 7 de marzo de 2002.

⁴⁶ La inobservancia de estos límites puede originar procesos de investigación por parte de la Comisión Europea por incumplimiento de las obligaciones dimanadas del derecho derivado de la Unión, como ocurre en España con la portación a cargo de los operadores de telecomunicaciones para compensar la supresión de la publicidad de pago en RTVE (Radiotelevisión Española). Los resultados de esta investigación ya han sido puestos en conocimiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en marzo de 2011. Ver: IP/11/309.

3. Función como técnica de gestión de bienes de dominio público

En relación a su carácter instrumental al servicio de la gestión de un bien que tenga la consideración de dominio público, puede advertirse que, el espectro radioeléctrico, a tenor de lo prescrito en el art. 132.1 CE y art. 43.1 de la LGT tiene la consideración de bien de dominio público de titularidad del Estado, calificación que obra simultáneamente, tal como lo ha puesto de presente la doctrina, como una técnica de atribución de títulos causales de intervención del poder público administrativo y régimen jurídico exorbitante para la exención (en lo necesario) del orden jurídico-civil ordinario, a fin de proteger la función pública correspondiente que, en el caso del espectro, consiste en gestionarlo, planificarlo y controlarlo para permitir, de manera inmediata, su uso eficaz (LGT; art. 3.d) y mediata, la realización de los objetivos que inspiran el marco jurídico que declara y regla la demanialidad.⁴⁷⁴⁸

47 En torno a la delimitación del concepto de dominio público radioeléctrico y su carácter jurídico se han expuesto, dentro del orden nacional, varias posiciones de interés que pueden resumirse así: Para EMBID TELLO no es afortunada la diferente redacción del Anexo de definiciones de la LGT2003 y el Real Decreto 863/2008, de 23 de mayo, por el cual se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones en lo relativo al uso del dominio público radioeléctrico, toda vez que en la primera se alude al concepto de espectro como ondas (Anexo II; ap. 12) , mientras que el art. 3.1 del Reglamento refiere a espacio, al tiempo que, como lo advierte EMBID TELLO, las dos nociones tienen tal amplitud que, “al final, el objeto del demanio coincide con el “todo, o más concretamente, a una cualidad de “todo” EMBID TELLO, Antonio. *Precaución y Derecho*. Madrid: Dykinson, 2010, 588p. Asimismo, la doctrina no es unánime en torno a la utilidad de técnica del dominio para definir la posición del Estado frente al espectro, en algunos casos porque se duda acerca de la posibilidad de ejercer sobre tal elemento alguna facultad derivada de la titularidad de dominio (CHINCHILLA, Carmen. *Telecomunicaciones: estudios de dominio público y propiedad privada*. Madrid: Marcial Pons, 2000, 407 p.), en otros porque se considera que el objeto de regulación son las ondas creadas artificialmente, en cuyo caso no podría hablarse de demanio natural, ni tampoco por afectación, al no concurrir en ellas (por sí mismas) ninguno de los nexos con el servicio o uso público que tal categoría exigen (MOLINA GIMENEZ, Andrés. *Las antenas de telefonía móvil. Régimen jurídico*. Navarra: Aranzadi, 2002, p. 59.), presentándose también posturas en el sentido de que el interés público no surge sobre el objeto, sino sobre su utilización (FERNANDO PABLO, Marcos. Sobre el dominio público radioeléctrico: espejismo y realidad. *RAP* núm. 143, mayo-agosto de 1997, p.136.), algunas de las cuales terminan concluyendo que la demanialización, más que asegurar la titularidad pública, lo que persigue es habilitar el ejercicio de potestades públicas dirigidas a garantizar la gestión de las frecuencias, incluso, excepcionando de su régimen jurídico el principio de la libre competencia (HORGUE BAENA, Concepción. El espectro radioeléctrico: delimitación conceptual y

4. Función de imposición de obligaciones de servicio público

Asimismo, la imposición de obligaciones de servicio público halla su fuente, a juicio de algunos autores, en la reserva del artículo 128.2 de la CE⁴⁹, o fuera de tal habilitación, en la propia delimitación del ejercicio del derecho a la libertad de empresa (CE; art. 38)⁵⁰.

Como se infiere de la revisión de los títulos competenciales que sustentan la inclusión de un régimen de habilitaciones dentro del marco jurídico rector de una actividad económica, los derroteros bajo los cuales discurre esta temática pueden situarse en la denominada Constitución Económica y, concretamente, en el principio de subordinación de la riqueza al interés general (CE; art. 128.1), la reserva de la titularidad de bienes o servicios (CE; art. 128.2), la planificación de la actividad económica (CE; art. 131.1) y la potestad recaudatoria (CE; art. 133.1), lo cual pone en evidencia la confluencia potencial de varios títulos de intervención en el desarrollo de una actividad económica concreta y, consecuentemente el recurso a una multiplicidad de técnicas y potestades para alcanzar los propósitos que justifican la intervención.

La elección de la técnica concreta no puede hacer perder de vista que, lo vital en este asunto, como tempranamente lo discernió el profesor Villar Palasí⁵¹, *no es tanto la estructura formal o el ropaje sistemático del concepto, sino su contenido real, la dialéctica de intereses y poderes a los que sirvió de acicate y freno*. En otras palabras, la

calificación jurídica en el derecho español. *Justicia Administrativa*, número extraordinario sobre propiedades públicas, 2006, p. 207 y ss.).

48 La remuneración por el uso, en este caso, no está relacionada con los costes de regulación, sino con la garantía de su uso efectivo y eficiente, tal y como lo prescribe el art. 13 de la Directiva de Autorizaciones y, a su turno, el art. 49.3 de la LGT2003.

49 Concretamente el servicio universal: CARLON RUIZ, Matilde. El servicio universal de telecomunicaciones. *RAP* núm. 171, septiembre/diciembre de 2006, p. 35-78. p. 75.

50 CARRO FERNANDEZ- VALMAYOR, José Luis. Servicio público e intervención pública. Una reflexión general sobre los servicios públicos de relevancia económica. En: COSCULLUELA MONTANER (coord). *Estudios de Derecho público económico: Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*; Madrid: Civitas, 2003, p. 602.

51 VILLAR PALASÍ; Intervención, p. 202.

denominación de una habilitación no la vincula indefectiblemente a la realización de una función específica dentro de un sistema de ordenación o disciplina de un ámbito económico: ha de verificarse, en todo caso, la finalidad pretendida y la conexión entre su logro y los caracteres del instrumental interventor.

B. Las diferentes tipologías de habilitaciones

Como señalado previamente en esta tesis⁵², de una tipología abigarrada de habilitaciones se ha pasado a un tipo general de habilitación, la comunicación, excepcionada sólo en los casos en los que se pretenda otorgar derechos de uso sobre recursos escasos, tales como, el espectro radioeléctrico y la numeración.

A fin de clarificar si el carácter jurídico de la habilitación incide sobre funcionalidad, cuestión central de este capítulo de la tesis, es preciso indagar sobre los antecedentes de la regulación y, en lo posible, sobre su genealogía foránea, cuestión que se aborda a continuación:

1. Fuentes normativas que justifican la diversidad de habilitaciones

El marco jurídico dentro del cual viene inserto el subsistema de las habilitaciones, está integrado por disposiciones de diverso origen y rango.

a) Marco normativo internacional general.

El Acuerdo General de la Organización Mundial de Comercio sobre servicios [*World Trade Organizations's General Agreement on Trade in Services (GATS)*]⁵³, cuenta con un anexo particular para las telecomunicaciones (*Basic Agreement on Telecommunications*). Junto con el régimen comunitario y nacional, estas normas integran el marco jurídico en materia de habilitaciones, prescribiendo los siguientes derroteros:

52 Ver Cap. I. I. A. Régimen jurídico de la potestad de modificación de las habilitaciones en materia de telecomunicaciones

⁵³ La creación del AGCS fue uno de los logros principales de la Ronda Uruguay, cuyos resultados entraron en vigor en enero de 1995. El AGCS se inspiró básicamente en los mismos objetivos que su equivalente en el comercio de mercancías, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT): crear un sistema creíble y fiable de normas comerciales internacionales; garantizar un trato justo y equitativo a todos los participantes (principio de no discriminación); impulsar la actividad económica mediante consolidaciones garantizadas y fomentar el comercio y el desarrollo a través de una liberalización progresiva.

- a. La condición de trato de nación más favorecida (MFN) (art. II) obliga a los Estados Miembros a establecer un régimen de licencias para acceso al mercado con términos y condiciones no menos favorables que los acordados para los proveedores de otros países, para todos los servicios, aunque no haya un acuerdo específico en este sentido en los catálogos.
- b. La condición general de transparencia (art. III) obliga a los EEMM a publicar las normas nacionales que afecten el comercio de servicios, estén o no catalogados.
- c. La condición de regulación doméstica (Art. VI) obliga a que las habilitaciones, cualificaciones y estándares estén basados en criterios objetivos y no sean más gravosos de lo que resulte necesario para garantizar la calidad.
- d. Los procedimientos, en ningún caso, deben restringir la oferta y los EEMM deben informar a los interesados sobre el estado de tramitación de sus peticiones y resolverlas en un tiempo razonable, sin dilaciones.
- e. La condición de tratamiento nacional (art. XVII) requiere que no haya discriminación entre proveedores nacionales y extranjeros.

A su turno, los acuerdos específicos en materia de telecomunicaciones determinan:

El Anexo de telecomunicaciones requiere transparencia para el acceso y uso de las telecomunicaciones públicas y obliga a que la información relevante sobre las condiciones que afecten tal uso y acceso sean públicas, incluidas las previsiones sobre comunicación, registro o habilitación.

Asimismo, las condiciones impuestas deben ser las necesarias para garantizar la observancia de la obligación de los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, de atender al público en general y salvaguardar la integridad de la red (5.e)⁵⁴.

54 Las condiciones que pueden imponerse son: requisito de notificación, registro y habilitación (5.f.vi), limitaciones para la reventa o uso compartido del servicio (5.f.i), uso de interface o protocolos de interoperabilidad (5.f.ii, iii), homologación de los equipos que se interconecten con la red pública (5.f.iv) y limitaciones en la interconexión con redes privadas o circuitos propios (5.f.v).

El Documento de Referencia (*WTO Reference Paper on basic telecommunications*)⁵⁵ requiere la publicidad de los criterios de habilitación, la razonabilidad de los plazos para la adopción de decisiones y el conocimiento previo por el solicitante de las causas de denegación (RP; 4). También propugna por la transparencia en los procedimientos de asignación de recursos escasos (números, espectro, derechos de paso), y por la objetividad y no discriminación de las condiciones, así como, por la razonabilidad en los plazos. La distribución y disponibilidad de las bandas de frecuencia debe ser pública, excepto en lo relativo a las frecuencias usadas por el gobierno (RP; 6).⁵⁶

En suma, a nivel de la Organización Mundial del Comercio, no existe ninguna prohibición para el establecimiento de regímenes habilitatorios, siempre que se respeten los principios de transparencia, no discriminación y objetividad, pero tampoco se impone la obligación de estructurar un régimen habilitatorio para la explotación de estos servicios.

b) Marco comunitario en materia de habilitaciones

Para la época en que tuvieron lugar los hechos que se analizan, esto es, las modificaciones introducidas por el gobierno español a las habilitaciones para la prestación de servicios UMTS, la normativa comunitaria aplicable a esta materia permitía, más no obligaba, la estructuración de un régimen mixto entre autorizaciones generales y licencias individuales, como se explica a continuación:

(1) La Directiva 97/13 CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de abril de 1997, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones.

El régimen de habilitaciones de esta Directiva estaba basado en un concepto de armonización a un nivel de liberalización extensiva: las licencias individuales constituían un régimen de excepción dentro del general de las autorizaciones generales y los EEMM

55 El "Reference Paper" es un documento aclaratorio del alcance del art. XVIII del GATT mediante el cual los suscriptores permiten la formalización de acuerdos bi o multilaterales, entre otras materias, sobre licenciamiento, siempre y cuando se respetan el conjunto de directrices que se incluyen en el Documento de Referencia,

56 FLANAGAN; p. 165.

se reservaban el derecho a exonerar a los operadores de la obtención de cualquier tipo de habilitación.

El análisis de la parte motiva y contenido prescriptivo de la Directiva lleva a concluir que los supuestos de licencias individuales debían ser interpretados restrictivamente: el régimen general de habilitación era la autorización general y sólo, excepcionalmente, los EEMM podían exigir la obtención de una licencia individual. Asimismo, el artículo 3.2 consagraba que las autorizaciones únicamente podrán incluir las condiciones que aparecían enumeradas en el Anexo, las cuales debían justificarse objetivamente en relación con los servicios de que se tratase y respetar, en cualquier caso, los principios de no discriminación, proporcionalidad, transparencia y salvaguardia de los requerimientos esenciales⁵⁷.

Al valorar la configuración y ejecución de la Directiva, KOENING defendía su sujeción al derecho originario, toda vez que, ajuicio de este autor, los objetivos de la liberalización no se acompasan con el tratamiento desigual a los operadores de telecomunicaciones. De esta suerte, el régimen de las habilitaciones debía ser continuamente revisado y progresivamente eliminado, ya que podía resultar contrario al derecho originario y la mayoría de los objetivos de la Directiva podían alcanzarse por otros medios menos restrictivos de la competencia.

En línea con lo anterior, y al hacer un balance de la ejecución, apunta el autor que el alto grado de liberalización teórico no tuvo una manifestación correlativa en la práctica, entre otras razones, porque la Directiva no fijaba un procedimiento armonizado de habilitaciones y, en consecuencia, los EEMM terminaron definiendo autónomamente sus

57 Requisitos esenciales»: las razones no económicas y de interés público que pueden llevar a un Estado miembro a establecer determinadas condiciones para el establecimiento y/o explotación de redes de telecomunicaciones o para la prestación de servicios de telecomunicaciones. Estas razones se limitan a la seguridad de explotación de la red, al mantenimiento de su integridad y, en casos justificados, a la interoperabilidad de los servicios, la protección de los datos, la protección del medio ambiente y de los objetivos de ordenación del territorio, así como al uso eficaz del espectro de frecuencias y a la necesidad de evitar interferencias perjudiciales entre los sistemas de radio y comunicación y otros sistemas técnicos espaciales o terrestres. La protección de datos puede incluir la protección de los datos personales, la confidencialidad de la información transmitida o almacenada y la protección de la intimidad. (D 97/13; art. 2.1.d)

procedimientos. Adicionalmente, la posibilidad de recurrir a las licencias individuales se dejó excesivamente abierta y, en la práctica, fueron empleadas de manera extensiva, con el agravante de que las condiciones del anexo eran genéricas y, por tanto, admitían interpretaciones muy diversas. En suma, el proceso para la creación de redes y servicios paneuropeos se tornaba más largo y costoso de lo que era deseable.⁵⁸

58 KOENING. Este balance coincidía con las reflexiones realizadas por la Comisión Europea en la Review de 1999^a a propósito del éxito de la consagración de los principios de no discriminación, transparencia, proporcionalidad y objetividad y de las dificultades derivadas de los trámites administrativos que rodeaban la operación del régimen de habilitaciones que aconsejaban su reducción. KOENIG, NEUMANN and KOCH. Authorisations. En: KOENIG, NEUMANN and KOCH *EC Competition and telecommunications law*; The Hague: Kluwer Law International, 2002, p. 441-472.P. 21-26.

Ha de señalarse que las debilidades de la regulación habían sido desde el principio señaladas por la doctrina; en 1998 apuntaba XAVIER:

1. El conjunto de requerimientos del Anexo I introducían una contradicción en el sistema, ya que si bien podían tener sentido en el marco de los servicios tradicionales, resultaban excesivamente onerosas para los mercados emergentes. Al considerar que todos los servicios pueden operar bajo las mismas condiciones se desconoce la variedad de servicios existentes y la capacidad innovadora del mercado. La regulación debe ampliar su ángulo mira desde las infraestructuras de los monopolistas hacia los servicios globalizados.
2. Las licencias individuales son excepcionales. La redacción final de la previsión, que incluye a los servicios telefónicos disponibles al público, la provisión de redes públicas de telecomunicaciones, así como las redes que involucren el uso del espectro, amplió y flexibilizó el alcance de la disposición. Esta ampliación era criticable teniendo en cuenta que los EEMM tienen un mayor ámbito de discrecionalidad a la hora de imponer condiciones a licenciatarios, que a los beneficiarios de una autorización general.
3. La escasez del espectro es relativa si se tiene en cuenta que los avances tecnológicos permiten hacer un uso más eficiente de este recurso. La proclividad a mantener una visión de esta naturaleza se explica más en función de los ánimos recaudatorios públicos, que de la consulta de la realidad. Asimismo, es difícil definir el número de actores óptimos; resulta más acertado permitir el ingreso de todos los interesados, quienes atienden sectores que se consideraban inviables económicamente, extienden los servicios, etc. Los EEMM deberían ser requeridos para dar información sobre la disponibilidad del espectro.
4. El régimen de autorizaciones es más consistente con el propósito armonizador, en consecuencia, todo proceso de licenciamiento debe ser objetivo, oportuno, transparente y no discriminatorio y ha de relajarse tan pronto como sea posible.
5. La Comisión asegurarse de que las tasas no sean discriminatorias y especialmente tengan en cuenta la necesidad reimpulsar los nuevos servicios.

Como corolario de lo anterior se deduce que, el esfuerzo armonizador del régimen de habilitaciones previsto en la Directiva, se vio frustrado ante la generalidad y/o ambigüedad de su redacción, que sirvió de justificación para que los EEMM implementaran regímenes jurídicos diversos y abigarrados, que no se compadecían con la idea de mercado interior que propugnaba esta norma de derecho derivado.

(2) *La Directiva 2002/20, de 7 marzo, de autorizaciones*

La principal innovación de este texto reside en la sustitución de las licencias individuales por autorizaciones generales, al lado de las cuales subsiste un régimen específico para la atribución de las frecuencias y los números. La autorización general y los derechos de uso sólo podrán estar sometidos a las condiciones enumeradas respectivamente en el anexo de la Directiva, referidas, en particular, a: aportaciones financieras a la financiación del servicio universal; interoperabilidad de los servicios e interconexión de las redes; accesibilidad y conservación de los números; normas de protección de la intimidad y, específicamente, de protección de los menores; transmisión obligatoria de determinados programas de televisión y radio; requisitos en materia de medio ambiente y de ordenación urbana y del territorio; imposición eventual de tasas administrativas a las empresas y restricciones en relación con la transmisión de contenidos ilegales.

Las habilitaciones han perdido importancia dentro del conjunto de temas que preocupan a las instancias comunitarias, si nos atenemos a las siguientes evidencias: En el último informe sobre el estado del mercado único de las comunicaciones electrónicas (decimoquinto Informe)⁵⁹ no existe ninguna alusión a este tema; tampoco se advierten

6. La regulación especial debe dar paso a la aplicación del antitrust. Temporalmente se justifica para garantizar la Oferta de red abierta y el servicio universal; en cualquier caso, no tiene sentido la inclusión de previsiones sobre este particular en las licencias, porque se quedan obsoletas y la práctica ha demostrado que cualquier cuestión de esta índole es posible solucionarla con la normativa general de competencia.

XAVIER, Patrick. The licensing of telecommunication suppliers. Beyond the EU's Directive. *Telecommunications Policy*, vol 22, núm. 6. 1998, pp. 483-492.

⁵⁹ EUROPA. COM (2010) 253 final/3, de 25 de agosto de 2010. Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones Informe sobre el mercado único europeo de las comunicaciones electrónicas 2009 (decimoquinto informe) SEC (2010)630.

evidencias acerca de procedimientos abiertos por la Comisión por incumplimiento de previsiones de esta naturaleza⁶⁰.

2. Los tipos concretos de habilitaciones

Con fundamento en el análisis de la normativa precitada, tanto la jurisprudencia, como la doctrina, han tenido ocasión de pronunciarse sobre la delimitación conceptual y el carácter jurídico de estas habilitaciones, así:

a) *Autorizaciones generales*

La doctrina nacional⁶¹ y foránea⁶² sitúan en las “*class licence*” del sistema inglés el antecedente más próximo de la autorización comunitaria, entre otras razones, porque aquella contempla una regulación general de la actividad y, en ningún caso, requiere el proferimiento de una decisión administrativa concreta e individual.

Este tipo de habilitaciones se suele emplear en el ámbito de actividades reguladas en las que, en principio, deberían otorgarse un elevado número de habilitaciones, de forma tal que puede consistir en un permiso general automático que beneficia a todo particular

⁶⁰ Para revisar los procedimientos abiertos por incumplimiento de las Directivas puede verse: http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecom/doc/implementation_enforcement/infringements/inf_proc_incorr_impl_270312.pdf [consulta de 23 de mayo de 2012]

⁶¹ DE LA CUETARA, J.M; ZAGO, T; ARIÑO, R. *Autorizaciones y licencias en telecomunicaciones: su regulación presente y futura*, Granada: Comares, Madrid, 2000. p. 255. ARROYO, p. 333. En cualquier caso, este autor considera, al analizar la Directiva 97/13, que el regulador comunitario dejó abierta la posibilidad de reglar, a nivel nacional, la institución de forma muy diversa, de manera tal que la equiparación de las figuras (autorización general y *class licences*), dependía de la modalidad finalmente adoptada por el legislador nacional. Dicho sistema albergaba, tanto la regulación general de la actividad (situación que, en realidad, más que como título habilitante operaba como una excepción normativa a una prohibición general para el desarrollo de la actividad), como una comunicación previa, con control preventivo – no se puede desarrollar la actividad si no se realiza la comunicación) y sometido a plazo (toda vez que la anterior directiva de licencias permitía la fijación de un periodo de carencia, surtido el trámite de comunicación, para el ejercicio lícito de la actividad), así como un sistema de habilitación registral. (p.332-344).

⁶² FLANAGAN, Anne. Authorization and licensing. En: *Telecommunications Law and Regulation* Edited by WALDEN; Ian y ANGEL, John. 2ª Edición. Oxford university press 2005 p.153-215. KOENIG, NEUMANN and KOCH; 2002, p. 441-472.

que cumpla con las condiciones fijadas en una disposición de carácter general o en un sistema de control ex post, de carácter represivo⁶³, que no demande excesivos recursos administrativos.

Las notas comunes a esta técnica autorizatoria (*class licences*) son las siguientes: a) inexistencia de una decisión administrativa⁶⁴ y b) adhesión o sujeción a un régimen general⁶⁵, caracteres que reúne, de acuerdo con su definición, la autorización comunitaria, con arreglo a lo dispuesto en la propia normativa: *toda autorización, con independencia de que se rija por una «licencia por categoría» o por disposiciones legales de carácter general y que disponga o no la obligación de registro, que no exija a la empresa interesada que recabe una decisión expresa de la autoridad nacional de reglamentación antes de ejercer los derechos que se derivan de la autorización.* (Directiva 97/13; art. 2.1.a).

Como bien lo ha señalado el profesor ARROYO⁶⁶, la normativa comunitaria admitía una implementación variada del sistema de autorizaciones generales: las denominadas licencias por categorías, que funcionan como un instrumento en virtud del cual se exceptiona una prohibición relativa para una serie de supuestos que siguen siendo subsumibles en un supuesto de hecho⁶⁷ o las disposiciones legales de carácter general que, más que habilitaciones, en sentido estricto, pueden considerarse como regulaciones generales que introducen excepciones en el ámbito de aplicación de una prohibición relativa instrumental preexistente⁶⁸; empero, si la efectividad del trato excepcional se

⁶³ En esta concepción se sigue lo manifestado por el profesor LUIS ARROYO a propósito de los sistemas de regulación de la actividad de los particulares, para significar que el control represivo es aquel que se ejerce frente a una conducta específica que vulnera el ordenamiento. (ARROYO, LUIS; p.315 y ss)

⁶⁴ KIESSLING, BLONDEEL. The EU regulatory framework in telecommunications. *Telecommunications Policy*, vol. 22, núm. 7, 1998. pp. 571-592.

⁶⁵ PERRUCCI, Antonio. CIMATORIBUS, Michela. Competition, convergence and asymmetry in telecommunications regulation. *Telecommunications Policy*, vol. 21, núm. 6, 1997. pp. 493-512.

⁶⁶ ARROYO; ps.332-344.

⁶⁷ ARROYO; Nota 60. p. 336-337.

⁶⁸ ARROYO; p.396.

condiciona al cumplimiento del deber de comunicación (Dir. 97/13; art. 5.2), se estaría en presencia de una habilitación, en los términos ya expuestos.

Los sistemas de licencias por categorías o de disposición general (con o sin deber de comunicación), funcionan como controles administrativos *ex post*, de carácter represivo, toda vez que, sólo si el sujeto no cumple con las condiciones prefijadas normativamente, se desata la actuación administrativa tendente a privarlo del derecho a desarrollar la actividad o a incardinar su comportamiento dentro de las previsiones normativas.

De otra parte, el art. 2.1.a) primer inciso de la Directiva 97/13 establecía, como un mecanismo complementario, la posibilidad de imponer el deber de registro, evento en el cual el título habilitante se concretaba, alternativamente, en el acto de inscripción o en la circunstancia material del transcurso de un plazo sin que se comunicara al interesado la efectividad de tal hecho.

Dentro del marco normativo previamente expuesto, le era dable al legislador nacional pergeñar su particular sistema habilitatorio, lo que condujo, entre otros efectos, a la existencia de muy diversos regímenes dentro del territorio de la Unión. A manera de ejemplo basta contrastar la transposición inglesa, alemana y española de la Directiva 97/13:

El régimen de telecomunicaciones inglés⁶⁹ llegó a incluir hasta 23 tipos de *class licences*, algunas de las cuales tenían hasta 115 páginas de condiciones⁷⁰. En tal normativa las *class licence* no involucraban ninguna notificación, declaración o registro, a excepción de la SMATV (televisión satelital). En el mismo cuerpo normativo, la mayoría de los sistemas operaban bajo las modalidades de TSL (licencias para servicios de telecomunicaciones) o de SPL (autoprestación)⁷¹.

⁶⁹ La Directiva 97/13 fue transpuesta mediante las modificaciones introducidas a Telecommunications Act 1984 por Telecommunications (Licensing) Regulation 1997 (SI 1997/2930).

⁷⁰ FLANAGAN. LEESON, Timothy. Operator Licences. En WALDEN, Ian. ANGEL, Jhon (edit). *Telecommunications Law*. Londres: Blackstone Pres, 2001. P.74-135.

⁷¹ Los SPL estaban autorizados para transportar mensajes sólo del operador o entre los miembros del grupo y los TSL podían suministrar cualquier tipo de servicio, excepto, reventa de servicios internacionales (voz o

De forma similar, la normativa alemana de telecomunicaciones (1996 *German Telecommunications Act*) -en adelante. TA-, distinguía entre tres tipos de actividades que estaban sujetas a diferentes niveles de supervisión y regulación gubernamental: a) Actividades que no estaban incluidas en el ámbito de aplicación de la TA; b) Actividades que estaban sujetas a notificación y a otras reglas regulatorias y c) Actividades sometidas a licencia. Las actividades que estaban excluidas del ámbito de aplicación del TA era aquellas que no se correspondían con la descripción contenida en la Sección 4TA, que exigía a cualquier proveedor de redes o servicios de telecomunicaciones la notificación al regulador del inicio, modificación o terminación de la actividad. El objetivo de esta notificación era facilitar la supervisión del mercado.

Que un operador estuviera sometido a la obligación de notificar u obtener una licencia, dependía de sí el servicio era ofrecido o no al público. Conforme lo dispuesto en la Secc. 6 Subs. 1 Nos. 1, 2 TA, necesitaban una licencia: a) Quienes explotaran redes (o líneas) de telecomunicaciones desplegadas sobre un terreno, para la provisión de servicios de telecomunicaciones al público, b) Quienes ofrecieran servicios de telefonía vocal sobre la base de una red privada (de autoprestación) de telecomunicaciones⁷².

Finalmente, en España, con arreglo a lo dispuesto en el art. 12 de la LGT98, el interesado debía notificar a la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones su intención de prestar el servicio, así como la sujeción a las condiciones generales reguladoras de tal facilidad, previstas en una norma de carácter reglamentario, con el fin de que esta Administración procediera a la inscripción registral de los datos del solicitante, condición de la que se hacía depender la legitimidad de la explotación del servicio, operando el silencio administrativo positivo en el caso de que, entre la solicitud y la notificación del registro, mediase un plazo superior a 24 días.

datos), servicios de programas de televisión y los servicios que involucren el transporte de mensajes a través de más de 500 metros (...). Asimismo, había exigencias en cuanto a la composición de los sistemas para las TSL relativas a la ubicación de los equipos, el tipo de equipos (no pueden usar aparatos de comunicaciones móviles). LONG.

⁷² SPIES, Axel y WREDE, Jan F. The new German Telecommunications Act, 4 *MICH. TELECOMM, TECH L. Rev.* 1 (1998)

No existía, en este caso, un acto autorizatorio previo, registrable como tal, sino una comunicación previa sumada a la obligación de registro. Esto es relevante, toda vez que el concepto de autorización que se maneja en la Directiva y que se traslada a la Ley es “material”, como ejercicio legítimo de la actividad, mientras que el concepto tradicional español es primordialmente formal: es necesario que concurra un acto (sea expreso o presunto) para que opere el levantamiento de la prohibición relativa, mientras que, en este caso, no existe un acto formal de legitimación, sino que ésta se deriva de la inscripción en el registro.

Así las cosas se tiene que, en España, la autorización general se concretaba como un deber conjunto de comunicación y registro, en Alemania no se establecía la obligación de registrar, pero sí de notificar y en Inglaterra existía un régimen de disposición general que actuaba como excepción al régimen de prohibición.

El contraste entre estas tres regulaciones acredita lo que se había dejado señalado previamente, acerca de que la normativa comunitaria dejaba en manos de los EEMM la estructuración definitiva de la figura, lo que dio lugar a la existencia de una pluralidad de exigencias que las autoridades comunitarias terminaron advirtiendo como obstáculos a la consolidación del mercado interior de comunicaciones electrónicas⁷³, de tal suerte que resultaba, bajo esa lógica, imperativo eliminarlas, como en efecto se procedió a la entrada en vigor del marco comunitario de 2000.

En cuanto al carácter jurídico ha de señalarse que la doctrina nacional situó la cuestión dentro de una problemática más genérica cual es la delimitación de una técnica autorizatoria única: *“si la autorización es la técnica típicamente administrativa por la que actúa la actividad de policía, lo cierto es que el objeto de esta sobrepasó hace años el limitado contenido de la seguridad para encaminarse hacia la conformación económica y social, de ahí la evolución de la autorización desde un tipo simple a un tipo operativo de funcionamiento, en el que se establecía una relación jurídica permanente entre la Administración y el administrado”*⁷⁴ (...) *El título habilitante acuñado en el proceso*

⁷³ Ver Review 1999.

⁷⁴ FUENTETAJA PASTOR, Jesús A. Elementos autorizados y concesionales en los títulos habilitantes: evolución del modelo comunitario de acceso al mercado de las telecomunicaciones *Revista de administración pública* núm. 160 (2003), p. 104.

liberalizador tiene, pues la virtualidad de enfrentar a la autorización funcional, en la que teóricamente se encuadra, con sus propias limitaciones ya carencias, de entre las que no es menor (...) la ausencia de una teoría general de la autorización⁷⁵”.

Excede del objeto de esta tesis analizar los alcances y efectos de la ausencia de una técnica autorizatoria única⁷⁶, empero sí que resulta procedente intentar dar cuenta de los aspectos más relevantes de la discusión, sin perder de vista que, como lo señalaba el profesor TM FERNANDEZ en su intervención durante el I Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo existe cierta “*resistencia a entrar de nuevo, al cabo de tanto tiempo, en un terreno tan embarrado, en un asunto en el que todo parece haberse dicho ya y en el que no se ve –o, al menos yo no veo- nada que permita aclarar y, menos aún, resolver los problemas de siempre*”.⁷⁷

Esencialmente, la doctrina⁷⁸ ha querido caracterizar la técnica autorizatoria empleando los siguientes criterios:

- Objeto: remoción de un obstáculo para el ejercicio de un derecho o levantamiento de una prohibición⁷⁹.
- Efecto jurídico: declarativo, ante la preexistencia de un derecho subjetivo a obtener la habilitación⁸⁰.

75 FUENTETAJA; p. 107.

76 Hecho sobre el que llaman la atención, tanto el profesor PAREJO como S. MARTIN RETORTILLO y MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Público Administrativo y Derecho Administrativo en general*, vol I , 2ª ed., Madrid: Iustel, 2006-1009. p. 1231. En contra LAGUNA DE PAZ; autorizaciones, p.36.

77 FERNANDEZ. T.R. Breves reflexiones sobre la autorización previa. Intervención durante el I Congreso de la Asociación Española de profesores de derecho Administrativo. Toledo, 10 y 11 de febrero de 2004.

78 Por todos, PAREJO, Alfonso. *Manual de Derecho Administrativo*, p. 641 y ss. MORELL OCAÑA, *Curso de Derecho Administrativo II*, Pamplona: Aranzadi, 1998, p. 34 y ss. PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo I*, 13 ed, Madrid: Marcial Pons, 2002, p. 380-402. GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo* Vol. I. Madrid: Tecnos, 2005-2006, p. 117-154. RIVERO, Ricardo. *Derecho Administrativo económico*, 4ed. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 147 y ss. MARTIN RETORTILLO, Sebastián. *Derecho Administrativo Económico*. Madrid: La ley, 1988, p. 180 y ss. ARROYO y LAGUNA DE PAZ; autorizaciones.

79 Todos los autores de la nota anterior.

- Carácter jurídico de la potestad de otorgamiento: el énfasis en este atributo se explica, o está ligado, a la diferenciación entre el derecho a obtener o no la habilitación y a desarrollar la actividad. Los autores que consideran que existe un derecho a la habilitación, estiman que el carácter reglado de la potestad es un signo distintivo de la institución, mientras que los demás, admiten que la potestad puede ser reglada o discrecional, dependiendo de su configuración normativa. En palabras de LAGUNA DE PAZ “*el carácter reglado o discrecional no es una nota definitoria de la autorización (...) es la naturaleza de las potestades administrativas lo que transmite a las autorizaciones su carácter reglado o discrecional*”.⁸¹
- Naturaleza de la relación: se consolida una relación estatutaria por hallarse definida en la normativa que resulta aplicable a la actividad y a cuya observancia se obliga el autorizado al obtener la habilitación⁸².
- Manifestación de la voluntad Administrativa: las autorizaciones administrativas siempre son actos unilaterales⁸³.

Para un sector de la doctrina, las autorizaciones generales y las licencias individuales consagradas en la LGT98 tenían una estructura jurídica idéntica, la propia de toda autorización administrativa, cuyo objeto es la remoción de un obstáculo para el ejercicio de un derecho preexistente⁸⁴. En contra hay autores que señalan que la intervención de

80 Se distingue entre el derecho a obtener la habilitación y el derecho a ejercitar la actividad, propiamente dicho. PAREJO, GARRIDO FALLA y LAGUNA consideran que existe un derecho al desarrollo de la actividad en los términos que la norma determine. MORELL OCAÑA, PARADA y MARTIN RETORTILLO enfatizan en la existencia de un derecho a obtener la habilitación. ARROYO, por su parte, considera que la autorización se caracteriza, bajo este criterio, por la existencia de una facultad latente (posición activa) que la autorización actualiza, ampliando el derecho subjetivo preexistente. (ARROYO; p.398 y ss)

81 LAGUNA DE PAZ; autorizaciones, p. 78.

82 LAGUNA DE PAZ; autorizaciones, p. 263. Para MARTIN RETORTILLO, la relación adquiere el carácter de sujeción especial (p.182).

83 LAGUNA DE PAZ; autorizaciones, p.89.

84 LOPEZ-IBOR MAYOR, Vicente y NEBREDA PEREZ, Joaquin. Comentarios artículo 8 p. 121-138. En DE LA QUADRA, GARCIA DE ENTERRIA. *Comentarios a la LGT2003*. p.124.

la Administración, en el caso de las autorizaciones generales, no comporta el levantamiento de una prohibición circunscribiéndose a la recepción de la declaración del interesado de su intención de explotar esta actividad regulada⁸⁵. También hay quien gráficamente ha llegado a advertir, sobre las licencias individuales, que “*si los títulos habilitantes presentan un cuerpo autorizatorio, más parecería que su alma es concesional*”⁸⁶.

En general puede decirse que las autorizaciones generales de la LGT98 eran verdaderas títulos habilitantes, en el sentido de generar el alzamiento de una prohibición relativa para el desarrollo de la actividad, por el doble juego entre la comunicación y el registro; La prohibición relativa se levantaba por el acto de registro o por el paso del tiempo, de tal suerte que, en la categorización hecha por LUISO ARROYO, se trataba de un sistema de control preventivo que contenía una “prohibición relativa con reserva de alzamiento registral”⁸⁷. Al efectuarse el registro de forma reglada y automática, según se lee en el art. 11.1 LGT98, se confirma su carácter eminentemente declarativo y, en consecuencia surge, como efecto natural y espontáneo del incumplimiento del plazo de tramitación del registro, la consolidación del silencio administrativo positivo. En esa medida, las autorizaciones generaban situaciones reglamentarias, reguladas con carácter general por los reglamentos de cada servicio.⁸⁸

b) Licencias individuales

Siguiendo la misma línea metodológica que la empleada tratándose de las autorizaciones comunitarias, la primera cuestión a considerar, en el marco de las licencias individuales, son las notas caracterizadoras de su antecedente jurídico más próximo: las *licences* inglesas, para luego abordar las cuestiones planteadas por la doctrina y finalmente la

85 En el mismo sentido MARTIN REBOLLO; p. 643.

86 FUENTATAJA, Elementos, p. 107.

⁸⁷ ARROYO, Luis. p. 467

88 ALBI ALBI, Joaquin. La prestación de servicios y el establecimiento y explotación de redes de telecomunicaciones en régimen de libre competencia. En: GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; DE LA QUADRA SALCEDO; Tomas. (coord). *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 11/1998, de 24 de abril)*. Madrid: Civitas, 1999. p. 63- 124

posición institucional, tanto del Consejo de Estado como de los estrados judiciales, y el regulador nacional, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sobre la materia.

(1) *La aportación doctrinal foránea sobre la noción de licencia individual*

La doctrina⁸⁹, apunta que el término licencia proviene del latín “licere” que significa permitir y consiste en un acto jurídico que posibilita, jurídicamente hablando, la realización de un comportamiento que, de otra forma, sería ilegal, constituiría una infracción o a causaría un agravio.

El recurso a las *licenses*⁹⁰, en materia de telecomunicaciones, se explica desde el asunción que el ordenamiento puede imponer obligaciones legales asimétricas, en relación con el común de los miembros de la colectividad, a quienes ejercen determinados tipos de actividades denominadas “*common callings*”⁹¹. Esta calificación jurídica ha sido atribuida, a lo largo de la historia, a diferentes actividades, en función de las condiciones económicas imperantes, pero normalmente bajo la premisa de que su despliegue tiene un interés público; la presencia de este interés justifica, entre otras cosas, la sujeción del desarrollo de la actividad a un régimen más oneroso de responsabilidad que el aplicable al común de las actividades.

En el marco de las *common calling* destaca, a los efectos de esta tesis, la actividad desarrollada por los posaderos y transportistas “*carrier coaches*” quienes hacían posible el desplazamiento de los viajeros a través de las pocas vías disponibles, lo cual los hizo

⁸⁹ FLANAGAN.

⁹⁰ GRAHAM, Cosmo. The Duties, powers and responsibilities of the regulator. En: *Regulating Public Utilities: a constitutional approach*. Oxford: Hart Publishing, 2000. P. 23-45.

⁹¹ Tal y como lo advierten KOPP y LANDRY, la noción de *common calling* surge en Inglaterra durante el medioevo, para designar actividades cuyo desarrollo implicaba un régimen de responsabilidad especial para el suministrador del servicio. A manera de ejemplo baste citar que profesiones, tales como las desarrolladas por el cirujano, el tabernero, el tendero, el transportista, tenían esa consideración, de tal suerte que, verbigracia, la responsabilidad de un cirujano en los resultados de un procedimiento era más exigente que si la misma intervención era realizada por un sujeto no cualificado. KOPP, Steven W y LANDRY, Mike. *Clothed in the Public Interest: The Common Callings, Commerce and Marketing*. *Journal of Macromarketing* 2000; 20; 36

acreedores a la denominación de *common carriers*. La jurisprudencia norteamericana e inglesa ha delimitado esta noción en el contexto de las responsabilidades especiales que acompañan al desarrollo de actividades que se califican como tal⁹². El contenido de tal calificación fue acuñado en 1710, en los siguientes términos: “*any man undertaking for hire to carry the goods of all persons indifferently . . . is . . . a common carrier.*”⁹³, si bien el acervo de responsabilidades dimanantes de la calificación no fue definido inicialmente. A mediados de 1800 hubo un intento de unificación de las definiciones y algunos autores⁹⁴ relevaban como notas comunes a las actividades materiales sujetas a la disciplina del *common carrier*, las siguientes: “*to render a person liable as a common carrier, he must exercise the business of carrying as a “public employment,” and must undertake to carry goods for all persons indiscriminately; and hold himself out as ready to engage in the transportation of goods for hire as a business, and not as a casual occupation pro hac vice.*” (resaltado por fuera del original).

Esta noción, desde el punto de vista de los efectos de la calificación de la actividad como “*common carrier*”, aparece positivizada en *Interstate Commerce Act 1887*⁹⁵, cuya finalidad puede enmarcarse dentro del conjunto de medidas de salvaguardia de los derechos de los consumidores⁹⁶, en concreto, de la observancia del deber de no discriminación. Si bien originalmente esta norma sólo resultaba aplicable a los ferrocarriles⁹⁷, la doctrina reconoce su influencia en la definición del modelo regulatorio de las comunicaciones (*Communications Act 1934*).⁹⁸

⁹² ESTADOS UNIDOS DE AMERICA. Communications Act 1934. 47 U.S.C Sec. 151.

⁹³ Ginsbourn v. Hurst 1710, 1 Salk. 249, 91 English Reporter 220

⁹⁴ Chitty and Temple (1857) (Pp. 14-15)

⁹⁵ ESTADOS UNIDOS DE AMERICA. (ICA, 24 Stat. 379, chap. 104).

⁹⁶ De esa época (1870 concretamente) también puede citarse el Sherman Act, que hace de la protección de los consumidores de los efectos derivados de las acciones abusivas de los monopolistas, uno de sus ejes teleológicos centrales.

⁹⁷ El ámbito de aplicación de esta norma se definía en función la actividad de transporte de mercancías o pasajeros realizada por compañías férreas, aún cuando parte del trayecto se realizara en barco, con independencia del título jurídico que justificase el uso de tales medios, y se extendía a actividades conexas, siempre y cuando éstas tuvieran lugar entre varios Estados de la Unión. El objeto principal del texto

Es importante precisar entonces que la noción de *common carrier* alude a un título jurídico que posibilita, de una parte, la imposición de cargas (y la exigibilidad de responsabilidades especiales) tendentes a garantizar la provisión de un servicio en condiciones no discriminatorias, en la extensión y condiciones que la planta o estructura productiva del suministrador lo permita y, de otra, el reconocimiento de facultades excepcionales a los sujetos que desarrollan dichas actividades (generalmente vinculadas al ejercicio de potestades públicas o al uso de recursos de tal naturaleza), bajo el entendido, en las dos vertientes (carga/facultad) de que la actividad está vinculada a un interés público.⁹⁹

normativo era la imposición de dos deberes o cargas a los transportistas ferroviarios: 1) No discriminación entre usuarios del servicio (incluido otros transportistas) y 2) La razonabilidad o justicia de las tarifas (Sec.1). Para garantizar el cumplimiento de estas previsiones, la norma crea la Comisión Interestatal de Comercio (Sec.11)

⁹⁸ Por todos, (KOPP, y LANDRY) y VILLAR ROJAS, Francisco José. La construcción de la categoría. En: *Las instalaciones esenciales para la competencia. Un estudio de Derecho Público Económico*. Granada: Comares, 2004, p. 12-45. En dicha norma se definió la condición de common carrier como “any person engaged as a common carrier for hire, in interstate or foreign communication by wire or radio or in interstate or foreign radio transmission of energy, except where reference is made to common carriers not subject to this Act; but a person engaged in radio broadcasting shall not, insofar as such person is so engaged, be deemed a common carrier”. (Secc.3; letra h) y se impusieron, entre otras, las siguientes obligaciones y cargas: a) atención de solicitudes razonables a precios justos [Secc. 201]; b), deberes de acceso e interconexión [Secc. 20.1. b)]; c) no discriminación [Secc. 202]; d) Transparencia [Secc. 203]; d) Régimen especial de responsabilidad “SEC. 206. In case any common carrier shall do, or cause or permit to be done, any act, matter, or thing in this Act prohibited or declared to be unlawful, or shall omit to do any act, matter, or thing in this Act required to be done, such common carrier shall be liable to the person or persons injured thereby for the full amount of damages sustained in consequence of any such violation of the provisions of this Act, together with a reasonable counsel or attorney’s fee, to be fixed by the court in every case of recovery, which attorney’s fee shall be taxed and collected as part of the costs in the case.”

⁹⁹ GRIEVE, Willie y LEVIN, Stanford. Common carrier, public utilities and competition. *Industrial and Corporate Change*, vol 5, núm. 4, 1996, p. 1000. Si las telecomunicaciones debían estar sujetas a la disciplina de *los common carrier* fue asunto de debate en los Estados Unidos tempranamente: así, en *Primrose v Western Union*, 1893, se indicó que la compañía de telégrafos no era un *common carrier*, si bien su operación era comparable a la de los ferrocarriles: constituía un instrumento de comercio, ejercitaba un empleo público y, en esa medida, debía quedar sometida al deber de no discriminación entre usuarios. Sin embargo, sus deberes eran diferentes, habían de ser ejecutados de manera distinta y, por tanto, no

El tratamiento jurídico diferencial prodigado a quienes desarrollan estas actividades, que puede llegar a constituir una limitación al ejercicio de derechos fundamentales, tales como, el de propiedad, libertad contractual y libertad de empresa, etc, halla su causa en esta calificación jurídica y su finalidad en la protección a los usuarios del servicio.

(a) La caracterización jurídica de las public utilities

Una institución jurídica vinculada, más no idéntica¹⁰⁰, a la del *common carrier*, es la de *public utilities*¹⁰¹ que también opera como un título jurídico de intervención sobre

debían quedar sometidos a las mismas responsabilidades. 154 US1, 12 (1893). Como se indicó previamente, tal discusión se zanjó en *Communications Act 1934*, a favor de atribuir tal calificación jurídica a la actividad.

¹⁰⁰ El esfuerzo por diferenciar estas dos técnicas de organización de una actividad económica (en cuanto a su objeto, finalidad e instrumentalización) se realiza desde la propia administración norteamericana: como lo advierten GRIEVE y LEVIN, en 1989 la Comisión de Servicios Públicos de Nueva York inició un proceso de consulta tendente a definir los principios aplicables a las telecomunicaciones, fijando como referencia, un contraste entre las dos definiciones, resumible en el siguiente cuadro:

	Common carrier	Public Utilities
Elemento objetivo	Puede no ser una public utilities	Puede no ser considerado common carrier
Elemento formal	No necesita una declaración normativa en ese sentido	Requiere un reconocimiento normativo
Efectos en relación a los consumidores	Obligaciones de servicio, dadas unas restricciones de partida (desarrollo de la planta, etc).	Obligaciones de servicio universal (generalidad, asequibilidad, acceso con independencia de la ubicación del sujeto demandante).
Efectos del ejercicio de la potestad tarifaria	Precios relativos	Precios absolutos

Si bien la propia Comisión reconoce que tales diferencias no se respetan, de manera absoluta, ni en el tratamiento legal, ni jurisprudencial de estas instituciones, los autores comentados insisten en la necesidad de efectuar dicha clarificación, con miras a identificar la funcionalidad de las instituciones, en concreto, en un entorno de competencia, para concluir que las obligaciones y cargas propias de la técnica del *common carrier* resultan más compatibles que las de las *utilities* en un entorno de competencia. (GRIEVE y LEVIN. *Common carrier*, etc). En la doctrina nacional, VILLAR ROJAS realiza un esfuerzo similar de sistematización tendente a dar coherencia a los sistemas jurídicos, comparando la noción de *common carrier* y *esencial*

actividades que, de una parte, ordinariamente se desarrollan en régimen de monopolio¹⁰² (bien por las condiciones naturales del mercado, o porque medie un acto jurídico que garantice la explotación en exclusiva dadas otras razones de interés público)

facilities, concluyendo que el recurso a estas nociones se da en entornos económicos en los que el desarrollo de la actividad está vinculado a la garantía de acceso a determinados recursos y que las diferencias entre las técnicas radican, tanto en el grado de dependencia existente entre el recurso y la actividad (absoluta, en el caso del *common carrier* y relativa en el de las *essential facilities*), como en los fines perseguidos por la intervención: garantizar la libre competencia proscribiendo situaciones abusivas, en el marco de las *essential facilities* y la salvaguardia en genérico de intereses públicos, en el caso del *common carrier*. VILLAR ROJAS. Instalaciones esenciales para la competencia. p. 43-45.

¹⁰¹ Según relata JOSKOW, las Cortes norteamericanas comenzaron a aludir a este concepto como justificación de la regulación de los precios y otras condiciones del servicio por las autoridades estatales o federales, siempre que se dieran dos condiciones: a) El producto debía ser importante o necesario y b) el proceso productivo debía tener características de monopolio natural (ver nota 8 Cap. II). (JOSKOW, Paul. Introduction. En: JOSKOW, P. *Empirical industrial organization*, vol I, Cheltenham; Northampton: Edward Elgar, 2004, 112p.) Siguiendo esta línea de pensamiento puede afirmarse que se trata de una categoría que surge del intento de racionalizar, mediante el recurso al instrumental económico, el uso los títulos de intervención (entre ellos, el de “*common carrier*”), más ello no puede llevar a concluir que se trata de una versión mejorada de nociones jurídicas preexistentes, toda vez que, entre otras causas, como lo señala FARRIS, no existen, realmente, unas notas económicas caracterizadoras de una *public utility* que las diferencien de otras actividades, de tal suerte que se justifique su tratamiento diferencial. FARRIS, Martin; SAMPSON, Roy. Economic and legal definitions of the public utility concept. En FARRIS y SAMPSON. *Public Utilities. Regulation, management and ownership*. Boston: Houghton Mifflin Company. 1973. P. 18-33. Como se afirmará en el texto central de este escrito, la única característica común a todas las actividades sometidas a la disciplina de las *utilities* es la presencia del interés general.

¹⁰² HALL, Eamonn. Telecommunication: privileges, powers and duties. En: HALL, Eamonn. *The electronic Age. Telecommunications in Ireland*. Dublin: OAK Tree Express, 1993, p. 193-302. P. 196. SAYER, Stephen. The impact of the EU on UK Utility Regulation. En : SAYER et. al. *Regulating Utilities: a time for change?*. Londres: Institute of Economic Affairs, 1996, p. 1-22 (p.2). En la doctrina nacional, el profesor VILLAR ROJAS apunta las siguientes características de las *public utilities*: a. Suministran servicios, antes que bienes; b) precisan, para garantizar la continuidad y regularidad del servicio, de una costosa infraestructura de difícil o imposible duplicación; c) el consumidor difícilmente podrá optar entre prestaciones iguales ; d) la prestación eficiente de estos servicios tiene lugar en situación de monopolio; e) la intervención se justifica por la necesidad de evitar el comportamiento abusivo del monopolista. (p. 115-156). VILLAR ROJAS, Francisco José. *Privatización de servicios públicos*. Madrid: Tecnos, 1993. p. 155-156.

y, de otra, están vinculadas a la realización del interés general, de tal suerte que pueden calificarse como esenciales¹⁰³.

Asimismo, el sometimiento de una actividad a la disciplina del *public utilities* no desataba unas consecuencias jurídicas inexorables, en el sentido de que el sujeto titular de la actividad privada podía estar sometido a diversas cargas (interconexión, calidad de servicio, tarifas máximas, etc.)¹⁰⁴, pero, en términos generales, puede hablarse de un deber de garantizar el acceso al recurso o actividad, que se concreta en las siguientes categorías de obligaciones: no discriminación¹⁰⁵, suministro a precios razonables¹⁰⁶ (que derivaba de la necesidad de controlar los precios de monopolio y las ganancias extraordinarias del mismo) y servicio universal (prestaciones uniformes, a precios asequibles, con independencia de la ubicación del usuario)¹⁰⁷.

La delimitación conceptual previa, atinente a las características de la actividad que se disciplina bajo un régimen de *utilities*, no puede considerarse definitiva: desde el punto de vista objetivo o material, no es factible identificar unas características comunes a todas las actividades sometidas a esta disciplina, que apunten a que sea este elemento el vector de la declaración. En efecto, una revisión somera de las decisiones judiciales que la doctrina¹⁰⁸ apunta como hitos en la formulación de la teoría de las *utilities*¹⁰⁹ arroja

¹⁰³ VILLAR ROJAS, Francisco. Instalaciones esenciales, p. 44. BERNT P., WOOD L., TING C. The telecommunications content of state public utility commission Web sites: Remaining relevant in a changing marketplace *Government Information Quarterly*, 24 (3), (2007), p. 539-553 y (SAYER et. al; p.2.)

¹⁰⁴ En Estados Unidos, por ejemplo, la disciplina de las *public utilities* no condujo a un cambio en la titularidad de las empresas proveedoras del servicio sino, especialmente, a la fijación de un régimen de control de precios. Por el contrario, en el Reino Unido, una de las fases de la regulación de las *utilities* está caracterizada por la nacionalización de los suministradores. CREW, M; KLEINDORFER, P. Public Utility Regulation or Public Ownership. En: *Public Utility Economics*, Londres: Macmillan Press, 1979, p. 1129-129.

¹⁰⁵ FARRIS; p. 21

¹⁰⁶ FARRIS; p. 21

¹⁰⁷ GRIEVE; p. 998.

¹⁰⁸ Por todos, FARRIS, JOSKOW, GRIEVE.

¹⁰⁹ Que en el trabajo de VILLAR ROJAS (instalaciones esenciales) se adscriben al marco de los *common carrier*. Ha de precisarse que, del examen de los dos trabajos de este profesor, Instalaciones esenciales y

como conclusión la inexistencia de criterios uniformes para la atribución de esta calificación jurídica. Así, pueden distinguirse dos fases en la aplicación de esta doctrina: una primera, de carácter restrictivo, que está representada por *Munn vrs Illinois*¹¹⁰, *Budd vrs New York*¹¹¹, *German Alliance Insurance Company vrs Lewis*¹¹², *Charles Wolff Packing Co vrs. Court of industrial relations*¹¹³, *Tyson and Brother vrs Banton*¹¹⁴, *Ribnik vs McBride*¹¹⁵ y *Williams vrs Standard Oil Company*¹¹⁶, decisiones cuyos aspectos más relevantes, a los fines de este análisis, se sintetizan en la siguiente tabla:

privatización de servicios públicos, no puede concluirse que él distinga, en realidad, entre estas dos técnicas de organización.

¹¹⁰ 94 U.S. 113 (1877)

¹¹¹ 143 .US 517 (1892)

¹¹² 233 U.S 389 (1914)

¹¹³ 262 U.S 522 (1923)

¹¹⁴ 273 U.S 418 (1927)

¹¹⁵ 277 U.S. 350 (1928)

¹¹⁶ 278 U.S. 235 (1929)

Decisión	Descripción de la actividad	Aspectos relevantes de la decisión
Munn vrs Illinois	Almacenamiento de grano	Se discute la constitucionalidad de la Ley de Almacenes de Illinois, que fija los precios del almacenamiento del grano, bajo la consideración de que la explotación de los almacenes se desarrolla de manera monopolística y esta actividad puede calificarse como un recurso esencial para desarrollar estas y otras actividades de trascendencia económica nacional ¹¹⁷ . Como consecuencia de este hecho, los almacenistas estaban sometidos a la obligación de contratar, a precios razonables, sin discriminación.

¹¹⁷ *Under such circumstances it is difficult to see why, if the common carrier, or the miller, or the ferryman, or the innkeeper, or the wharfinger, or the baker, or the cartman, or the *132 hackneycoachman, pursues a public employment and exercises 'a sort of public office,' these plaintiffs in error do not. They stand, to use again the language of their counsel, in the very 'gateway of commerce,' and take toll from all who pass. Their business most certainly 'tends to a common charge, and is become a thing of public interest and use.' Every bushel of grain for its passage 'pays a toll, which is a common charge,' and, therefore, according to Lord Hale, every such warehouseman 'ought to be under public regulation, viz., that he . . . take but reasonable toll.' Certainly, if any business can be clothed 'with a public interest, and cease to be juris privati only,' this has been. It may not be made so by the operation of the Constitution of Illinois or this statute, but it is by the facts.*

Budd vrs New York	Carga y descarga de grano	<p>Se examina la constitucionalidad de una Ley del Estado de Nueva York que fijaba los precios máximos para esta actividad.</p> <p>La Corte entiende que hay un interés público, derivado de la explotación monopolística de la actividad y de su carácter esencial para el desarrollo del comercio del grano¹¹⁸.</p>
-------------------	---------------------------	--

¹¹⁸ *On the testimony in the cases before us, the business of elevating grain is a business charged with a public interest, and those who carry it on occupy a relation to the community analogous to that of common carriers. The elevator owner, in fact, retains the grain in his custody for an appreciable period of time, because he receives it into his custody, weighs it, and then discharges it, and his employment is thus analogous to that of a warehouseman. In the actual state of the business the passage of the grain to the city of New York and other places on the seaboard would, without the use of *545 elevators, be practically impossible. The elevator at Buffalo is a link in the chain of transportation to the seaboard, and the elevator in the harbor of New York is a like link in the transportation abroad by sea. The charges made by the elevator influence the price of grain at the point of destination on the seaboard, and that influence extends to the prices of grain at the places abroad to which it goes. The elevator is devoted by its owner, who engages in the business, to a use in which the public has an interest, and he must submit to be controlled by public legislation for the common good.*

German Alliance Insurance Company vrs Lewis	Seguros contra incendios	Legitimidad de una Ley del Estado de Kansas para la fijación de las primas de los seguros contra incendios. La Corte entiende que hay un interés público dimanado de la necesidad general de contar con un seguro de esta naturaleza y del hecho de que, pese a que existían varias aseguradoras, sus tasas eran comunes ¹¹⁹ .
Charles Wolff Packing Co vrs. Court of industrial relations	Preparación de alimentos para el consumo humano	En esta decisión no se cuestiona el interés público del que está revestida la actividad que se examina ¹²⁰ , sino la proporcionalidad y razonabilidad de la medida, consistente en la fijación de los salarios. La Corte entiende que tal intervención no está justificada, por cuanto que no la demanda la naturaleza de la actividad, ni el grado de vinculación con el interés público tutelado, ni la existencia de potenciales abusos que distorsionen la competencia.

¹¹⁹ *The restrictions upon the legislative power which complainant urges we have discussed, or rather, the considerations which take, it is contended, the business of insurance outside of the sphere of the power. To the contention that the business is private we have opposed the conception of the public interest. We have shown that the business of insurance has very definite characteristics, with a reach of influence and consequence beyond and different from that of the ordinary businesses of the commercial world, to pursue which a greater liberty may be asserted. The transactions of the latter are independent and individual, terminating in their effect with the instances. The contracts of insurance may be said to be interdependent. They cannot be regarded singly, or isolatedly, and the effect of their relation is to create a fund of assurance and credit, the companies becoming the depositories of the money of the insured, possessing great power thereby, and charged with great responsibility. How necessary their solvency is, is manifest. On the other hand, to the insured, insurance is an asset, a basis of credit. It is practically a necessity to business activity and enterprise. It is, therefore, essentially different from ordinary commercial transactions, and, as we have seen, according to the sense of the world from the earliest times, -certainly the sense of the modern world, -is of the greatest public concern. It is therefore within the principle we have announced.*

¹²⁰ *The Kansas Court of Industrial Relations Act, declaring the business of manufacturing and preparing food for human consumption affected with a public interest, and reasonable continuity and efficiency of such industry to be necessary for the public peace, health, and general welfare, and giving the industrial court power, in case of controversy between employers and workers endangering such continuity or efficiency, to fix the terms and conditions of employment, and requiring the employer to pay the wages fixed, and forbidding employees to strike against them, held unconstitutional in so far as it permits such fixing of wages.*

Tyson and Brother vrs Banton	Reventa de entradas para el teatro	<p>Se revisa a legalidad de una Ley del Estado de Nueva York por la cual se fijan los precios de admisión a los teatros, por considerar que la actividad de la venta está afectada por un interés público que justifica la intervención en orden a evitar los fraudes, las extorsiones, los precios exorbitantes y otros comportamientos abusivos.</p> <p>La Corte entiende que la importancia de la actividad, en relación con el funcionamiento del mercado interior, no es comparable a la de otros negocios que han sido calificados como <i>utilities</i>¹²¹.</p>
------------------------------	------------------------------------	---

¹²¹ *A theater or other place of entertainment does not meet this conception of Lord Hale's aphorism or fall within the reasons of the decisions of this court based upon it. A theater is a private enterprise, which, in its relation to the public, differs obviously and widely, both in character and degree, from a grain elevator, standing at the gateway of commerce and exacting toll, amounting to a common charge, for every bushel of grain which passes on its way among the states; or stockyards, standing in *440 like relation to the commerce in live stock; or an insurance company, engaged, as a sort of common agency, in collecting and holding a guaranty fund in which definite and substantial rights are enjoyed by a considerable portion of the public sustaining interdependent relations in respect of their interests in the fund. Sales of theater tickets bear no relation to the commerce of the country, and they are not interdependent transactions, but stand, both in form and effect, separate and apart from each other, 'terminating in their effect with the instances.' And certainly a place of entertainment is in no legal sense a public utility; and quite as certainly its activities are not such that their enjoyment can be regarded under any conditions from the point of view of an emergency.*

Ribnik vs McBride	Agencia de colocación de empleo	<p>Se demanda la inconstitucionalidad de Chapter 227, Laws of New Jersey, 1918, por la cual se fijan los precios de la intermediación de las agencias de empleo.</p> <p>La Corte advierte que la intermediación no es una actividad que se pueda entender afecta al interés general, toda vez que su vinculación con la generación de empleo, que sí constituye un asunto de interés, no es definitiva o insoslayable¹²².</p>
-------------------	---------------------------------	--

¹²² *An employment agency is essentially a private business. True, it deals with the public, but so do the druggist, the butcher, the baker, the grocer, and the apartment or tenement house owner, and the broker who acts as intermediary between such owner and his tenants. Of course, anything which substantially interferes with employment is a matter of public concern, but in the same sense that interference with the procurement of food and housing and fuel are of public concern. The public is deeply interested in all these things. The welfare of its constituent members depends upon them. The interest of the public in the matter of employment is not different in quality or character from its interest in the other things enumerated; but in none of them is the interest that 'public interest' which the law contemplates as the basis for legislative price control. Wolff Co. v. Industrial Court, supra, page 536 (43 S. Ct. 630). Under the decisions of this court it is no longer fairly open to question that, at least in the absence of a grave emergency (Tyson & Brother v. Banton, supra, pages 431, 437 (47 S. Ct. 426)), the fixing of prices for food or clothing, of house rental or of wages to be paid, whether minimum or maximum, is beyond the legislative power. And we perceive no reason for applying a different rule in the case of legislation controlling prices to be paid for services rendered in securing a place for an employee or an employee for a place.*

Williams vrs Standard Oil Company	Venta de gasolina	<p>Se demanda la constitucionalidad de un Estatuto de Tennessee por el cual se fija el precio de la gasolina dentro de dicho Estado.</p> <p>La Corte no encuentra razones que justifiquen la atribución de la calificación jurídica que se examina, dado que, a su juicio, la declaración de que una actividad económica esté afectada por un interés público no guarda relación con el tamaño de la actividad o el sentimiento de la colectividad acerca de la importancia del bien demandado, sino con su vinculación directa a la realización de objetivos sociales que contribuyen a mejorar el bienestar de la colectividad¹²³.</p>
-----------------------------------	-------------------	---

¹²³ Affirmatively, it means that a business or property, in order to *240 be affected with a public interest, must be such or be so employed as to justify the conclusion that it has been devoted to a public use and its use thereby in effect granted to the public. *Tyson & Brother v. Banton*, supra, 273 U. S. 434 (47 S. Ct. 426). Negatively, it does not mean that a business is affected with a public interest merely because it is large or because the public are warranted in having a feeling of concern in respect of its maintenance. *Id.*, 273 U. S. 430 (47 S. Ct. 426). The meaning and application of the phrase are examined at length in the *Tyson Case*, and we see no reason for restating what is there said.

Una segunda fase de la historia jurisprudencial de las *utilities* se ubica en la sentencia *Nebbia v New York*¹²⁴ en la que se analiza la constitucionalidad de una norma de dicho Estado mediante la cual se prevé un sistema de fijación de precios máximos sobre la leche. En dicha decisión el concepto de las *utilities* se amplía hasta abarcar todas aquellas actividades que estén vinculadas, suficientemente, a un interés público, de tal suerte que puedan ser calificadas como afectadas a ese interés o investidas por tal: *It is clear that there is no closed class or category of businesses affected with a public interest, and the function of courts in the application of the Fifth and Fourteenth Amendments is to determine in each case whether circumstances vindicate the challenged regulation as a reasonable exertion of governmental authority or condemn it as arbitrary or discriminatory. Wolff Packing Co. v. Court of Industrial Relations, 262 U.S. 522, 535, 43 S.Ct. 630, 67 L.Ed. 1103, 27 A.L.R. 1280. The phrase 'affected with a public interest' can, in the nature of things, mean no more than that an industry, for adequate reason, is subject to control for the public good.*

La propia Corte reconoce que la inexistencia de una definición omnicomprendiva e indubitable de lo que significa “hallarse investido por un interés público (*clothed with a public interest*) o afectado por un uso público (*affected with a public interest*)” conduce a que el juicio de constitucionalidad sobre una medida como la fijación de precios se oriente a la verificación de la razonabilidad de la decisión, sin entrar a valorar dicho extremo. En otras palabras, a juicio de la Corte, no le es dable al juez cuestionar la existencia del vínculo entre la actividad y el interés tutelable, circunscribiéndose su labor a verificar la razonabilidad y proporcionalidad de la medida en función a la presencia de dicho interés: “ *In several of the decisions of this court wherein the expressions 'affected with a public interest,' and 'clothed with a public use,' have been brought forward as the criteria of the validity of price control, it has been admitted that they are not susceptible of definition and form an unsatisfactory test of the constitutionality of legislation directed at business practices or prices. These decisions must rest, finally, upon the basis that the requirements of due process were not met because the laws were found arbitrary in their operation and effect. But there can be no doubt that upon*

¹²⁴ 219 U.S 502 (1934)

proper occasion and by appropriate measures the state may regulate a business in any of its aspects, including the prices to be charged for the products or commodities it sells.”

De las decisiones precitadas pueden extraerse varias conclusiones de interés para este trabajo:

1. No existen ninguna actividad que *per se* pueda ser calificada como *utilities*, dando lugar a la aplicación de un régimen excepcional para el desarrollo de una actividad económica, toda vez que las características económicas (régimen de explotación, entidad de la demanda, etc.) de las actividades que han recibido dicha calificación no son uniformes.
2. El elemento diferencial de esta categoría, desde una perspectiva objetiva, es la presencia de un interés público que “invierte” o afecta la actividad. La definición del interés público corresponde al legislador¹²⁵ y no forma parte de las competencias jurisdiccionales cuestionar su existencia: la labor de control judicial se circunscribe a la verificación de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida¹²⁶.

¹²⁵ FARRIS y SAMPSON hacen una breve relación de las teorías jurídicas que han sustentado el reconocimiento de la presencia de un interés público en el desarrollo de una actividad; así: “holding out theory” establece que una persona que ofrece estos servicios (holding himself out) al público en general, incurre en la obligación de suministrarlo a un precio razonable. La teoría de la función gubernamental (government function theory) establece que las utilities suplen servicios que, de otra forma, habrían de ser suplidos por el Estado, de tal suerte que, el proveedor puede considerarse como un agente público, sujeto a una regulación inspirada por el interés general. La teoría de la garantía constructiva (constructive grant theory) determina que quien provee determinados servicios esenciales, garantiza al público en general un interés en el desarrollo de la actividad. La teoría del contrato implícito (implied contract theory) establece que, debe existir una correlación entre los derechos especiales que se confieren a estas empresas (ocupación de dominio, uso de recursos públicos, explotación exclusiva) y las obligaciones o cargas que éstas asumen. La teoría del poder público (police power theory) aboga por el poder soberano que le asiste a los poderes públicos de atender, a través de cualquier medio, las necesidades que en materia de salud o bienestar general ostenten sus ciudadanos. (FARRIS y SAMPSON; p. 21 y 22)

¹²⁶ Price control, like any other form of regulation, is unconstitutional only if arbitrary, discriminatory, or demonstrably irrelevant to the policy the Legislature is free to adopt, and hence an unnecessary and unwarranted interference with individual liberty. (*Nebbia v. New York*)

3. En términos generales, la jurisprudencia norteamericana ha descrito tres tipos de actividades en las que halla presente un interés público¹²⁷:

a. Las denominadas *common calling*, a las que, proverbialmente, se les ha reconocido una relevancia social significativa, que comporta la asunción de una responsabilidad excepcional frente a la colectividad. En esta categoría el aspecto esencial del régimen jurídico es la fijación de los términos de la responsabilidad del prestador.

b. Las que se desarrollan al amparo de una garantía pública (que puede consistir, por ejemplo, en una *franchise* –concesión-) que otorga privilegios al beneficiario, al tiempo que le impone el deber de atender cualquier demanda de provisión del bien o servicio. Las *public utilities* suelen encuadrarse en esta categoría, empero, como se analiza en varias decisiones¹²⁸, la atribución de esta calificación jurídica no depende de la existencia de un monopolio legal o del disfrute de privilegios, sino a la necesidad de garantizar el acceso a la prestación, de modo general, en condiciones fijadas en el ordenamiento. Así las cosas, en esta categoría el elemento capital de la ordenación es la garantía de acceso.

c. Las actividades que, por estar orientadas a un uso público, obligan a su suministrador a proteger el interés que, para la colectividad, supone su disfrute. Bajo esta concepción, lo neurálgico de la regulación es la salvaguardia de las condiciones de uso general.

Sí el disfrute de los beneficios derivados de la prestación se considera vinculado a la realización de un interés público, la actividad encuadrada en el tipo c) de la anterior relación, muta hacia la segunda categoría, de tal suerte que la responsabilidad del prestador no abarca sólo las condiciones de la provisión del servicio, sino que extiende a la asunción de la obligación de contratar, previa solicitud del consumidor.

4. El vínculo entre una actividad y el interés público se definía, originalmente, en función de la naturaleza y extensión de los negocios, así como de su preponderancia dentro del comercio interestatal¹²⁹ y de manera progresiva se fue ampliando hasta una enunciación más genérica que aludía a la contribución a la prosperidad y el bienestar general, de forma tal que se crease un vínculo con el público que condujese a la

¹²⁷ Revisar *Wolff Packing and Co v Court of Industrial Relations* y *Nebbia v New York*.

¹²⁸ Por todas, *Budd v New York* y *German Alliance Insurance Company v Lewis*.

¹²⁹ Ver *Budd v New York*

imposición de la obligación de dar un trato razonable en la contratación¹³⁰. En palabras de la Corte Suprema norteamericana: “*A business is not affected with a public interest merely because it is large or because the public are warranted in having a feeling of concern in respect of its maintenance. Nor is the interest meant such as arises from the mere fact that the public derives benefit, accommodation, ease, or enjoyment from the existence or operation of the business; and, while the word has not always been limited narrowly as strictly denoting ‘a right,’ that synonym more nearly than any other expresses the sense in which it is to be understood*”.¹³¹

5. El reconocimiento de la presencia de un interés público no impone la exclusión de la actividad del tráfico jurídico privado, ya que sólo excepcionalmente, en concreto en el Reino Unido, la garantía de los derechos de los consumidores se vinculó a la reserva de titularidad pública de la actividad, entendida como la marginación de la participación privada en la actividad afectada por el interés general¹³².

6. La anterior aseveración se ve complementada con la idea de que la afectación tampoco conduce, de manera inexorable, a una solución unívoca en Derecho, ésto es, no existe un régimen jurídico uniforme asociado ineludiblemente a cada una de las categorías descritas en los párrafos precedentes, entre otras razones, porque la propia diferenciación se realiza desde una perspectiva teleológica que evidencia la existencia de una diversidad de propósitos (garantía de acceso, fijación de condiciones del bien o servicio para su puesta a disposición al público).

7. En puridad, todas las categorías responden a la necesidad de hallar una justificación para la configuración de un régimen especial de responsabilidad predicable del prestador de un servicio o del proveedor de un bien (fundamento de las *common calling*) y las diferencias en los contenidos obligacionales anejos a cada uno de ellos, que expresan un mayor o menor grado de incidencia en las condiciones del desarrollo de la actividad comercial (que constituyen el objeto de la actividad regulatoria), obedecen a la propia naturaleza de la actividad, a su vinculación a la realización de un interés público

¹³⁰ Ver *Wolff Packing Co. v Court of Industrial Relations*

¹³¹ Ver *Tyson and Brother v Banton*

¹³² VILLAR ROJAS; Privatización, p. 254.

concreto y a la existencia de riesgos para el disfrute de los derechos correlativos por parte de usuarios¹³³.

Como bien se expone en *Tyson and Brother v Banton*¹³⁴ la presencia del interés público puede dar lugar a múltiples manifestaciones de la acción pública interventora, que pueden ir desde la fijación de las condiciones generales para el desarrollo de la actividad (exigencias en materia de seguridad industrial, niveles de calidad, etc.), pasando por el establecimiento de un régimen de habilitación, hasta llegar a un sistema de fijación de precios, que se considera la mayor y más definitiva invasión de los derechos de propiedad y libertad contractual: “*The latter power is not only a more definite and serious invasion of the rights of property and the freedom of contract, but its exercise cannot always be justified by circumstances which have been held to justify legislative regulation of the manner in which a business shall be carried on.*”

8. La afectación de la actividad no conduce al desconocimiento del derecho del proveedor del servicio a recibir una remuneración razonable por la prestación. La garantía patrimonial del desarrollador de la actividad se considera un pilar dentro de cualquier forma de organización de una actividad vinculada a la realización de intereses generales, de tal suerte que, la disciplina de las *public utilities* expresa una composición de intereses públicos y privados, en la que protección de los derechos de los consumidores se compatibiliza con el ejercicio de los derechos de propiedad y libertad de empresa de los proveedores del bien o servicio afecto al interés público¹³⁵.

Así las cosas, puede concluirse que, las *public utilities*, como categoría jurídica, posee como caracteres singulares: la presencia de un interés general en la actividad cuya

¹³³ Ver *Wolff Packing Co v Court of Industrial Relations*

¹³⁴ 273 U.S. 418 (1927). En sentido similar, pueden revisarse *Ribnik v McBride* y *Nebbia v New York*.

¹³⁵ Ver en ese sentido, los comentarios de FARRIS sobre *Nebbia v New York* y, concretamente en el caso de los servicios de telecomunicaciones, *HOME TELEPHONE & TELEGRAPH COMPANY, Appt., v. CITY OF LOS ANGELES*, A. C. Harper, Mayor, and R. W. Dromgold, Edward A. Clampitt, Walter J. Wren, Niles Pease, A. J. Wallace, Henry H. Yonkin, Henry Lyon, Bernard Healy, and Everett L. Blanchard, Members of the Common Council. 211 U.S. 265 (1908) *WEST et al v CHESAPEAKE & POTOMAC TELEPHONE CO. OF BALTIMORE CITY*. 295 US 632 (1935). *BELL TELEPHONE CO. OF PENNSYLVANIA v PENNSYLVANIA PUBLIC UTILITY COMMISSION*, 309 U.S. 30, 1940.

salvaguardia demanda, de una parte, la imposición del deber de garantizar el acceso a la prestación o al bien y, de otra, el reconocimiento del correlativo derecho a obtener una remuneración razonable por la prestación.

En el marco de las *public utilities* el régimen habilitatorio, que, como ha quedado dicho, puede existir al margen de esta categoría¹³⁶, pero siempre en un entorno de actividad afecta a un interés público, presenta las siguientes características:

a. Atiende una finalidad de control del cumplimiento de condiciones para el ejercicio de una actividad, cuya titularidad no se reserva al Estado, que, en algunos casos, se acompaña de una función moduladora de las condiciones del mercado¹³⁷ y, en esa medida, puede considerarse como un acto administrativo que tiene por efecto el levantamiento de una prohibición.

¹³⁶ En Tyson se afirma “*theater, of course, may be regulated so as to preserve the public peace, insure good order, protect public morals, and the like. A licence may be required, but such a licence is not a franchise, which puts the proprietor under the duty of furnishing entertainment to the public, or, if furnished, of admitting every one who applies. See Collister v. Hayman, 183 N. Y. 250, 253, 76 N. E. 20, 1 L. R. A. (N. S.) 1188, 111 Am. St. Rep. 740, 5 Ann. Cas. 344. Y en Ribnik se advierte que “That the state has power to require a licence and regulate the business of an employment agent does not admit of doubt. But the question here presented is whether the due process of law clause is contravened by the legislation attempting to confer upon the commissioner of labor power to fix the prices which the employment agent shall charge for his services”.*

¹³⁷ La experiencia británica resulta muy ilustrativa de esta doble funcionalidad: el monopolio de BT se quiebra, de una parte, con la privatización de la empresa, y de otra, con el otorgamiento de una licencia a Mercury que gozaba de un periodo de exclusividad de 7 años. La doctrina tiene una posición de rechazo unánime acerca de la idoneidad de ese sistema de introducción de competencia, a la vista de sus resultados (vencido el periodo de exclusividad, Mercury sólo poseía un 10% de la cuota de mercado y tenía una estrategia de seguimiento de precios de BT, con algunos descuentos, en segmentos de clientes concretos). CAVE, Martin. The evolution of telecommunications regulation in the UK. *European Economic Review* 41(1997) 691-699. PERRUCCI, Antonio y CIMATORIBUS, Michela. Competition, convergence and asymmetry in telecommunications regulation. *Telecommunications Policy*, vol. 21, núm. 6, pp. 493-512, 1997. Department of Trade & Industry Communications. Liberalisation in the UK Key Elements, History & Benefits; marzo 201.

b. Cumple una función regulatoria¹³⁸, adicional a la de control del cumplimiento de condiciones para el ejercicio de una actividad. En el sistema continental, las habilitaciones de carácter unilateral, no están orientadas a esta finalidad toda vez que las condiciones para el desarrollo de la actividad se fijan en las normas que, con carácter general, reglan el comportamiento de los agentes en ese concreto segmento económico. Dado el intrincado funcionamiento del sistema de fuentes anglosajón, en el que el reglamento está supeditado a la existencia de una autorización parlamentaria, el reconocimiento de vocación normativa a la propia habilitación es una consecuencia natural de la operación de este sistema jurídico¹³⁹.

c. Como consecuencia de su función regulatoria, la habilitación es fuente de las obligaciones y derechos de los licenciarios¹⁴⁰ llegando, en algunos casos, a justificar la explotación monopolística de la actividad. En esa medida, y como dato capital para esta investigación, se tiene que la *licence* es, ante todo, un instrumento de vinculación del operador a la realización de un objetivo público y no, simplemente, una medida de control de cuyo ejercicio puede desprenderse el alzamiento de una prohibición. En palabras de VILLAR ROJAS, la licencia es un título “*jurídico complejo, de enorme trascendencia porque es el medio, a través del cual la Administración puede cumplirlas obligaciones que le fueron impuestas por el legislador, de cuyo cumplimiento responde su titular (...), [sirviendo así] de cauce para alcanzar los fines delimitados por el Parlamento*”¹⁴¹.

d. Teniendo en cuenta que la habilitación opera como vínculo, en los términos antes expuestos, uno de sus efectos es generar una corresponsabilidad entre el beneficiario y la Administración, del logro de objetivos fijados por el Parlamento, de tal suerte que el licenciario queda sometido a un régimen de responsabilidad excepcional cuyo

¹³⁸ ARROYO; P. 431

¹³⁹ VILLAR ROJAS; Privatización, p. 260. Agrega el mismo autor que los títulos constituyen el estatuto del servicio, hasta el punto que, la potestad autorizatoria en ese entorno puede verse como una manifestación *suis generis* de la potestad reglamentaria. (p.259)

¹⁴⁰ VICKERS, Jhon. Competition and regulation: UK experience. En: SAYER et al. *Regulating Utilities: a time for change*. Londres: IEA, p. 91-106.

¹⁴¹ VILLAR ROJAS; Privatización, p. 177.

contenido se explica en función de su grado de participación o concernencia con la realización del interés general.

e. Cada *licence* expresa un concreto y singular resultado de un proceso de composición de intereses en el que se compatibiliza el derecho de acceso de los consumidores con el derecho a obtener una remuneración razonable por parte de los proveedores¹⁴².

f. Dada su participación o contribución en la realización del interés general, la habilitación actúa como título jurídico para el ejercicio de potestades administrativas¹⁴³.

g. Para la doctrina inglesa¹⁴⁴, la licencia de la que dimanar obligaciones contractuales resulta contraria a la naturaleza tradicional de las *licences*, dado que, se reitera, éstas confieren, de manera unilateral y discrecional, un derecho que de otra forma no podría ejercerse¹⁴⁵ y que, por ende, puede hallarse sometido a la restricción, también unilateral, y hasta la revocación de quien lo otorga, connotaciones que resultan ajenas al ámbito convencional. Confirmando tal posición, tanto los jueces norteamericanos, como los ingleses, proverbialmente han considerado que la licencia constituye un privilegio de naturaleza particular, de suyo discrecional, que no crea derechos de propiedad, ni puede ser transferida a terceros¹⁴⁶.

¹⁴² Para autores como VILLAR ROJAS, la garantía de rentabilidad de la actividad está ligada al principio de continuidad y regularidad en la prestación del servicio. VILLAR ROJAS; Privatización, p. 258

¹⁴³ Señala VILLAR ROJAS “*en virtud de su respectiva licencia, los suministradores públicos quedan obligados a atender toda demanda razonable de cada servicio, garantizar la continuidad de las prestaciones, respetar el principio de igualdad en sus relaciones con los usuarios (...). En correspondencia, las leyes les atribuyen la facultad de fijar las tarifas y se benefician del respectivo código de prácticas, en especial de la potestad expropiatoria y de la realización de obras en las vías públicas.*” VILLAR ROJAS; Privatización, p. 263.

¹⁴⁴ Por todos, FLANAGAN

¹⁴⁵ Es más, la prestación de servicios o explotación de redes de comunicaciones sin licencia se considera delito y no sólo infracción administrativa. VILLAR ROJAS; Privatización, p. 177

¹⁴⁶ FLANAGAN reconoce que este concepto está siendo objeto de revisión en el campo de las comunicaciones electrónicas, en el que se admiten y promueven las enajenaciones de espectro y en la que ya existen pronunciamientos judiciales que reconocen el derecho de propiedad de los licenciatarios sobre algunos bienes sometidos a tal regulación. En UK, las cortes ya se han pronunciado sobre el interés de propiedad sobre el espectro en *BT3G y otros v Secretario de Estado* [2001]3 CMLR 61. Es de relevar la

Las *public utilities*, como título de intervención en la actividad económica, tal y como lo advierte el profesor de la QUADRA SALCEDO, ha influido notablemente en la configuración y despliegue del proceso europeo de liberalización¹⁴⁷. Es importante destacar que durante el devenir, si se quiere iterativo, del modelo anglosajón, la actividad nunca ha estado reservada al sector público, como sí ocurre en el caso del modelo continental europeo del servicio público, lo que necesariamente introduce una complejidad significativa en el mismo punto de partida del proceso de liberalización europeo: la coexistencia de dos modelos que, como también lo señala el Dr. DE LA QUADRA, cada vez han ido aproximándose más, sin que por ello pueden considerarse de basamento idéntico.¹⁴⁸

(b) Las *public utilities* y el servicio público en sentido material

Las *public utilities*, como han quedado caracterizadas en el presente estudio, coinciden con la noción de servicio público, en sentido objetivo o material, que a su vez es el fundamento de la categoría comunitaria de los servicios de interés económico general. En efecto, como lo ha puesto de presente el profesor PAREJO¹⁴⁹ la categoría comunitaria presenta como notas singulares: la existencia de un interés económico general, que justifica la imposición de obligaciones de servicio público, en actividades de naturaleza privada; al tiempo que, el servicio público, en sentido objetivo o funcional,

caracterización que hace la Corte del Secretario de Estado como un vendedor de espectro, con diferentes y potencialmente conflictivos intereses que los que tiene el regulador. En USA una licencia subastada por la FCC a Next wave Communications bajo unas reglas especiales para promocionar los pequeños y medianos negocios, fue considerada jurídicamente como propiedad y protegida de la revocación por parte de la FCC fundada en el impago de tasas, por considerar que el operador estaba protegido por la ley de bancarrota (p.166).

¹⁴⁷ DE LA QUADRA SALCEDO, Tomás. Telecomunicaciones y Derecho Público. En: CREMADES, J. (coord). *Derecho de las telecomunicaciones*. Madrid: La Ley, p. 131-150. p. 132. SAYER, Stephen. The impact of the EU on UK Utility Regulation. En : SAYER et. al. *Regulating Utilities: a time for change?*. Londres: Institute of Economic Affairs, 1996, p. 1-22 (p.10) “*the history of utility regulation in Europe has tended to be that the UK has provided the model for Commission Thinking*”.

¹⁴⁸ DE LA QUADRA SALCEDO; Telecomunicaciones y Derecho Público, p. 135-136.

¹⁴⁹ PAREJO ALFONSO, Luciano. Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 7, segundo semestre 2004 p. 51-68

alude a la satisfacción de necesidades colectivas de interés general, cuya atención conduce a la reserva de la actividad por parte de los poderes públicos, entendiendo por esta el desarrollo de un mero acto de apoderamiento (habilitación para actuar) que no impide la participación de los particulares y el correlativo ejercicio del derecho a la libre competencia.

Por su parte, las *utilities* están fundadas en la presencia de un interés general, en el desarrollo de una actividad privada, del que se deriva una obligación de garantizar el acceso a la prestación, sin que se desconozca el derecho a percibir una remuneración razonable.

La salvaguardia del interés público presente en la actividad, se advierte como nota común a los dos modelos (servicio público y *public utilities*), operando como justificación de la intervención, empero, la intensidad de la misma, esto es, el grado de injerencia de la Administración en el desarrollo de la actividad, así sea sólo desde el punto de vista formal, se verifica más intenso en el marco del servicio público, en su vertiente subjetiva, permítase la denominación, estricta, es decir, cuando el Estado se reserva la titularidad de la actividad y la explota en exclusiva. En este escenario, el tránsito desde la titularidad pública de la actividad hacia la privada puede resultar tortuoso, toda vez que responde a un cambio en la concepción global de la ordenación de la actividad (el Estado entiende que la gestión eficiente del interés público subyacente en la actividad aconseja o posibilita la prescindencia de la reserva y el correlativo reconocimiento del derecho de los particulares a desarrollar la actividad en las condiciones que fije la normativa) y genera unas condiciones en la explotación o desarrollo de la actividad que no habían sido consideradas en el modelo de gestión previo; entre otras, el advenimiento de nuevos agentes (proveedores de la actividad y reguladores, con la necesaria separación entre las funciones de ordenación y provisión de la actividad) y surgimiento de nuevas cuestiones (garantía de acceso general, asequible, común a determinadas facilidades; definición de la relación jurídica Administración/proveedor del servicio; acceso a recursos públicos, ejercicio de funciones y potestades públicas por particulares, etc.).

Contrario sensu, partir de una situación de reconocimiento de la titularidad privada de la actividad, para redefinir el radio de incidencia de la Administración en el desarrollo de la actividad, no implica tanto un cambio de concepción sobre la forma idónea de gestionar el interés (se persiste en la visión de la idoneidad de reconocer a los

particulares el derecho a desarrollar la actividad), sino sobre la eficacia y eficiencia de los instrumentos de intervención (suficiencia del régimen habilitatorio, delimitación del ámbito material y subjetivo de protección a los consumidores, etc). .

Hacer confluir los modelos para lograr la uniformidad en el tratamiento jurídico de una actividad, de forma tal que condujese a la configuración de un mercado único, no ha sido, ni lo es, tarea fácil: la concepción originaria era diferente y, por ende, el instrumental interventor era distinto, luego trasladarlo, sin más de un sistema a otro, no dejaba de constituir un desafío para los operadores jurídicos. Esta aseveración se realiza para poner en evidencia la necesidad de aquilatar concienzudamente los alcances y contenidos de los antecedentes de los instrumentos regulatorios, para identificar, los efectos reales de la confluencia entre los modelos, toda vez que es posible que la traslación se realizara con una desaprensión, más o menos reprochable, sin consultar las posibles soluciones interpretativas que atendiesen cabalmente el propósito de aproximación de los modelos en procura de la construcción de un sistema jurídico de operación común.

Bajo este entendido es importante precisar que, la *licenses* anglosajona, es una manifestación de la Administración, que opera como un levantamiento de una prohibición, y en ese sentido sería equiparable a la autorización continental, que nace en el ámbito de las actividades privadas sometidas a control administrativo. El carácter discrecional del otorgamiento, no va en detrimento de esta afirmación, toda vez que, tal y como ha quedado dicho en párrafos precedentes, no forma parte del núcleo esencial de la figura el margen de discrecionalidad con el que cuenta la entidad otorgante a la hora de ejercer la competencia.

La definición normativa comunitaria de licencia individual (Dir. 97/13; art. 1) coincide con algunas de estas características: *«licencia individual»: toda autorización concedida por una autoridad nacional de reglamentación que confiera derechos específicos a una empresa o que imponga a dicha empresa obligaciones específicas que complementen, cuando proceda, la autorización general, cuando la empresa no pueda ejercer dichos derechos hasta que se le haya comunicado la decisión de la autoridad nacional de reglamentación.* (resaltado por fuera del original).

La licencia comunitaria entonces se caracteriza: por la existencia de una decisión administrativa; el carácter específico, en oposición al general de las autorizaciones, de su objeto material y la sujeción del ejercicio del derecho a la obtención de la habilitación.

No es materia de definición en el ámbito comunitario sí la licencia individual confiere el derecho (carácter constitutivo) o si, por el contrario, simplemente opera como un levantamiento de una prohibición (carácter declarativo).

(2) *La aportación doctrinal nacional sobre la noción de licencia individual*

Por su parte, la doctrina nacional no es unánime en la caracterización de las licencias individuales, como se evidencia, de forma no exhaustiva, a continuación:

1. Por su objeto: Tanto las licencias individuales, como las autorizaciones, son actos que permiten desarrollar una actividad frente a la que el solicitante puede esgrimir un derecho subjetivo¹⁵⁰, tras el levantamiento de una barrera¹⁵¹, éste derecho se halla matizado por los siguientes aspectos: a) si hay limitación de número, en cuyo caso el derecho subjetivo se convierte en interés legítimo y b) si hay obligaciones de servicio público, evento en el que la relación que media entre la Administración y el titular de la habilitación es casi contractual o mixta¹⁵².
2. Efecto jurídico: Es de carácter declarativo¹⁵³ y no constitutivo.
3. Carácter jurídico de la potestad de otorgamiento y definición de contenido: dependerá de cada norma en concreto¹⁵⁴, pero es más común que se estructure

¹⁵⁰ ALBI ALBI, Joaquín. La prestación de servicios y el establecimiento y explotación de redes de telecomunicaciones en régimen de libre competencia. En: GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; DE LA QUADRA SALCEDO; Tomas. (coord). *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 11/1998, de 24 de abril)*. Madrid: Civitas, 1999. p. 63- 124 (p. 69)

¹⁵¹ FERNANDEZ FARRERES; p. 120 y ss

¹⁵² DE LA CUETARA; Autorizaciones, p. 165 y 166. DE LA CUETARA. Informe REDETI

¹⁵³ FERNANDEZ FARRERES; p. 120 y ss. DE LA CUETARA. Autorizaciones, p. 165 y 166, DE LA CUETARA. Informe REDETI.

¹⁵⁴ FERNANDEZ FARRERES;p. 120 y ss

como una potestad reglada en cuanto a su otorgamiento¹⁵⁵ y discrecional, en relación con la fijación de las condiciones¹⁵⁶.

4. Naturaleza de la relación: Una parte de la doctrina entiende que, al no haber traslación de funciones públicas (nota típica de las concesiones y que implica una amplia potestad discrecional de la Administración en su otorgamiento) no puede hablarse de una naturaleza convencional¹⁵⁷. Otro sector defiende su carácter cuasicontractual, que viene a ser confirmado por el sentido del silencio administrativo¹⁵⁸ y la remisión a la ley de contratos del sector público, como es el caso de las licencias con limitación de número o sujetas a obligaciones de servicio público¹⁵⁹.

Sobre este extremo, opina FERNÁNDEZ FARRERES¹⁶⁰ que, por regla general, el hecho de que estén sometidas a intensos poderes revisores de las condiciones con arreglo a las cuales hayan sido otorgadas, permite caracterizarlas como actos-condición que no agotan sus efectos con el inicio de la actividad que habilitan, sino que permiten a la Administración ejercer un control continuo sobre la actividad (autorización de tracto sucesivo o continuo) de tal suerte que confieren sólo un derecho adquirido al ejercicio de una actividad, pero nunca al ejercicio en determinadas condiciones.¹⁶¹

¹⁵⁵ ALBI ALBI, Joaquín; p. 69.

¹⁵⁶ DE LA CUETARA. Autorizaciones, p. 172. DE LA CUETARA. Informe REDETI. CARRASCO, Angel; CORDERO, Encarna. El derecho a prestar servicios de telecomunicaciones. En: ARPON DE MENDIVIL, Almudena y CARRASCO PERERA, Angel. *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Pamplona: Aranzadi, 1999. p. 274.

¹⁵⁷ ALBI ALBI, Joaquín; p. 69.

¹⁵⁸ DE LA CUETARA; Autorizaciones, p. 174. DE LA CUETARA. Informe REDETI. CARRASCO En: ARPON DE MENDIVIL; p. 274.

¹⁵⁹ DE LA CUETARA; Autorizaciones, p. 247.

¹⁶⁰ FERNANDEZ FARRERES. En: ALBI p. 123 y 124

¹⁶¹ En el mismo libro, ALBI señala que las licencias individuales son autorizaciones concretas, en las que mediante la técnica de condiciones generales o particulares se permite a la Administración introducir las modulaciones que puedan exigir esas autorizaciones concretas (p.70).

Por su parte el profesor DE LA CUETARA también establece o encuentra una especialidad en el régimen de las licencias otorgadas concursadamente, sobre las que llega a afirmar: “*si no son, en realidad, concesiones, al menos sí son una técnica mucho más próxima a la concesión que a la autorización, a pesar de la calificación que, por imperativo formal del Derecho Comunitario Europeo, la LGTT les otorga*”¹⁶². En el mismo sentido, el Dr. T.R. FERNANDEZ afirmaba en el mentado Congreso de Profesores de Derecho Administrativo “*la entrada en él [se refiere al mercado de las telecomunicaciones] de los operadores existentes no se hizo precisamente a través de un simple control administrativo previo de la inocuidad del ejercicio por ellos de derecho preexistente alguno. En ningún otro caso han estado tan cerca como en éste las autorizaciones de las concesiones, con aplicación supletoria incluida de lo que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas dispone para el contrato de gestión de servicios públicos.*”¹⁶³

De otra parte, opina el profesor ARROYO¹⁶⁴, que la diferencia fundamental entre las autorizaciones y las licencias contenidas en la LGT98 radica en la función regulatoria atribuida a las segundas y que se traduce en la existencia de un marco jurídico complejo para el desarrollo de la actividad, compuesto por las normas que, con carácter general, se expidan para su regulación, y las condiciones accesorias, particulares y específicas, que acompañen a cada licencia. Advierte el autor que se comenta sobre la existencia de una distinción entre las licencias individuales en general y aquellas que se otorgan como consecuencia del agotamiento de un proceso selectivo, situando el criterio diferenciador en el contenido material del título más que en su naturaleza. En efecto, para el profesor

¹⁶²FERNANDEZ FARRERES. En: ALBI, p. 147.

¹⁶³ FERNANDEZ, Tomas Ramón: Ponencia Congreso de profesores de Derecho Administrativo, Toledo, 2004. La proximidad entre el régimen concesional y la sistematización española del régimen de las licencias individuales se explica, a juicio del profesor de la CUETARA, por la inercia de las antiguas concesiones de servicio público y el férreo control de que disponía el Estado sobre los servicios portadores y finales, que condujeron a que las licencias individuales no sólo fueran exigidas para todos los operadores de red, sino que se creara una tipología que los diferenciaba específicamente para una regulación estricta de cada tipo y subtipo. De esta manera, el Gobierno y el regulador controlaba de cerca el comportamiento de los operadores. (DE LA CUETARA, Informe REDETI).

¹⁶⁴ ARROYO; p. 531- 547

ARROYO, una licencia individual resultante de un proceso concurrente, a la que se le aplica, subsidiariamente, la Ley de Contratos del Estado, no adquiere, por esta razón, un carácter convencional, sino que constituye un acto administrativo unilateral, al que resultan de aplicación algunas normas de esta naturaleza, cuyo contenido se define en las normas generales, los pliegos de bases particulares y la oferta del beneficiario de la habilitación.

(3) La posición institucional (H. Consejo de Estado), estrados judiciales y Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sobre la noción de licencia individual

El debate doctrinal del que se ha intentado dar cuenta en las líneas precedentes se desarrollaba en el marco de decisiones administrativas provenientes, tanto de los reguladores, concretamente la Comisión, como de los órganos de control de la actividad administrativa, específicamente el Consejo de Estado, sobre cuyos alcances se presenta un esbozo a continuación:

El Dictamen del Consejo de Estado 3615/1998, constituye un hito en la historia de la definición del carácter jurídico de las habilitaciones en materia de telecomunicaciones. En dicho dictamen, el supremo órgano consultivo del Gobierno indicó que de la calificación de la actividad como de interés general se desprendían, entre otras consecuencias, las modificaciones en el régimen de habilitaciones para la explotación de la actividad, que desplazaban los conceptos de concesión y autorización a favor de los de licencias individuales y autorizaciones generales, distinguiéndose estas figuras en el hecho de que *“Mientras que la obtención de la autorización general no requiere un pronunciamiento expreso por parte de la Administración, la de la licencia individual sí que precisa tal decisión, estableciéndose además, en determinados supuestos excepcionales, un procedimiento de licitación para su obtención (que sólo se prevé en los casos de limitación de licencias derivados de la necesidad de garantizar un uso eficaz del espectro radioeléctrico, y siempre y cuando el número de solicitudes sea superior al de licencias disponibles). Por otra parte, la Ley General de Telecomunicaciones establece que, como regla general, la prestación de servicios de telecomunicación sólo precisará de una autorización general, y únicamente en determinados supuestos contemplados en el artículo 15 de la Ley, se requiere la obtención de una licencia individual”*.

En cuanto a la naturaleza declarativa de la licencia individual, afirmaba el Consejo de Estado: *“Más, si es clara la distinción entre licencia individual y autorización general, no*

lo es menos la diferencia entre aquella figura y la concesión de un servicio público. En particular, ha de advertirse que aquélla, la licencia individual, pertenece al género autorización, como categoría dogmática diferenciada de la concesión. Por ello, su obtención no supone la gestión indirecta de un servicio de titularidad estatal, sino que es un mero instrumento que permite a la Administración comprobar, en el momento del otorgamiento, el cumplimiento por el solicitante de las condiciones impuestas para la prestación del servicio. De igual modo, el artículo 9 de la citada Directiva, dispone que toda empresa que cumpla las condiciones exigidas para el otorgamiento de la licencia tendrá derecho a su otorgamiento”.

Tras analizar los objetivos del régimen habilitatorio comunitario concluye el Consejo de Estado sobre el carácter jurídico, tanto de la potestad de otorgamiento, como de la relación jurídica que se traba entre la Administración y el licenciario que “*El titular de una licencia no se encuentra vinculado con la Administración por un contrato de gestión de servicio público; por otra parte, su otorgamiento de la licencia es una actividad reglada, lo que se traduce en el derecho subjetivo a la licencia que posee el solicitante cuando cumple las condiciones normativamente previstas.*”.¹⁶⁵

Atendiendo los criterios de análisis previamente fijados puede señalarse que, a juicio del Consejo de Estado, el objeto de esta habilitación es la comprobación del cumplimiento de determinadas condiciones para el ejercicio de una actividad sobre el que pesa una prohibición relativa, de tal suerte que, su efecto jurídico es eminentemente declarativo y, por ende, la naturaleza de la relación no es contractual, sino meramente autorizatoria y la potestad de otorgamiento tiene carácter reglado.

La jurisprudencia se ha hecho eco de algunas de estas consideraciones: así, en la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 8) de 24 de mayo de 2005, FJ.3 se afirmó que la licencia era un acto reglado, no discrecional, declarativo de derechos¹⁶⁶. En esa misma línea, los estrados judiciales han

165 CONSEJO DE ESTADO. Dictamen 3615/1998, de 17 de septiembre de 1998.

¹⁶⁶ En el mismo sentido, sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 8, 22 de febrero de 2000, FJ. 4.

llegado a afirmar que la relación jurídica emanada de una licencia individual constituía una relación de especial sujeción, derivada de la propia Ley¹⁶⁷.

Por su parte, la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, también tuvo ocasión de pronunciarse sobre el carácter autorizador y reglado de esta habilitación, señalando: “*Dado que la actividad de establecimiento o explotación de infraestructuras mencionada es una actividad liberalizada, el acto administrativo autorizador (en este caso, la licencia individual) que habilita para su realización es un acto cuyo otorgamiento es reglado, siendo procedente dicho otorgamiento si el solicitante del mismo, cualquiera que éste sea cumple los requisitos que en la normativa están establecidos (al causar, con tal cumplimiento de los requisitos, derecho a obtener la habilitación).*” (Resolución del Consejo de la CMT del día 20 de diciembre de 2001, Fundamento jurídico material primero¹⁶⁸)

Se concluye entonces que la licencia individual, en el régimen español, era una manifestación del control ex ante, que obraba como levantamiento de una prohibición relativa para el ejercicio de una actividad, a cuyo desarrollo tenía derecho todo solicitante que cumpliera con las condiciones fijadas por el ordenamiento. Así definida, cumple con los presupuestos de la licencia comunitaria: (i) existencia de una decisión administrativa; (ii) carácter específico de su objeto material y (iii) sujeción del ejercicio del derecho a la obtención de la habilitación.

Empero, debe llamarse la atención en este punto sobre la ausencia de elementos caracterizadores que la aproximen a un título típico de un entorno de *public utilities*, en el que, como ha quedado explicado, la habilitación cumple con una diversidad de funciones, dentro de las que cabe resaltar la corresponsabilidad del operador.

¹⁶⁷ Sentencias de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 8 de 11 de abril de 2003, FJ. ; 25 de mayo de 2004, FJ3. 17 de mayo 2003, FJ2; 23 de octubre de 2001, FJ. 5.20 de diciembre de 2004; FJ. 1.Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso-Administrativo, Sección 3), de 6 de junio de 2007, FJ 2.

¹⁶⁸ En el mismo sentido, la resolución del 27 de diciembre de 2001, FJ.1.

c) *El deber de comunicación*

La Directiva obliga a los EEMM a garantizar la libertad en la provisión de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (art. 3.1) que está limitada sólo por las condiciones previstas en la misma directiva [La libertad también está sujeta a las restricciones que impongan los EEMM para alcanzar propósitos cuya competencia tengan reconocida bajo el propio Tratado: (Art. 46.1) incluye salud, seguridad y policía públicas]. (Dir. Art. 3.1 y Considerando 3.)

Los EEMM pueden sujetar la provisión a los requerimientos de una autorización general (art. 3.2), pero no puede exigir una decisión explícita (Considerando 8). Los únicos requerimientos admisibles bajo la óptica de la Directiva es una notificación que se limita a declarar la intención de proveer redes y servicios de telecomunicaciones para que el regulador pueda llevar un registro de proveedores (art. 3.2). Esta se limita a la información necesaria para identificar al proveedor, tal como, el número de registro, localización, datos de contacto, descripción breve de los servicios y de la fecha de inicio de operaciones (art. 3.3)¹⁶⁹.

Esos mandatos claramente limitan la discreción de los EEMM y remueven la posibilidad de dilatar la entrada de los operadores. Este sistema menos oneroso se advierte como necesario para estimular el desarrollo de nuevos servicios de comunicaciones electrónicas incluidos los servicios paneuropeos que son un foco significativo del nuevo marco regulatorio, y permitir a las partes que integran el mercado interior beneficiarse de las economías de escala (Considerando 7), lo que no era factible bajo el régimen anterior, tal y como fue implementado.¹⁷⁰

Los EEMM pueden imponer a través de las autorizaciones generales cualquier condición de las previstas en una lista de 18. Estas condiciones deben fijarse siguiendo también la Directiva Marco. Los reguladores pueden imponer condiciones a todos los operadores, si están justificadas, pero debe tenerse en cuenta que, conforme la Directiva Marco, las

¹⁶⁹ GARZANITI, Laurent. The EU Regulatory Framework applicable to electronic communications. En: GARZANITI. *Telecommunications, Broadcasting and the Internet*. 2 ed. Londres: Thomson, 2003, p. 3-46.

¹⁷⁰ FLANAGAN

redes y servicios que no estén disponibles al público deben tener menos y más ligeras condiciones que las impuestas a las redes y servicios públicos (considerando 16).

Las condiciones deben estar objetivamente relacionadas con el servicio o red, y ser proporcionales, transparentes y no discriminatorias. Las condiciones deben ser específicas y no replicar las previsiones de otras normas.

Si bien se pretendía que el listado fuera exhaustivo, los EEMM pueden incluir otras condiciones con base en categorías muy amplias como la defensa, el interés público, la política pública y la seguridad. Se trata de áreas cubiertas por competencias nacionales, de las que se excluye la acción de la UE.

Los rasgos caracterizadores de la comunicación, que carece de regulación general, se derivan de su naturaleza de técnica de control preventivo de una actividad privada y son:

Su exigencia se justifica por la trascendencia de la actividad y la estructura que presentan algunos mercados. El deber de notificación constituye una carga que de resultar desatendida coloca al interesado en situación de ilegalidad y obliga a la Administración a impedir su desarrollo. Lo que no resulta tan evidente, es si tal violación constituye o no una infracción administrativa, porque, revisado el listado normativo, no puede tipificarse en ningún supuesto, ni siquiera en la prestación sin habilitación, toda vez que la comunicación no es una habilitación.

La notificación genera para la Administración el deber de fiscalizar la iniciativa comunicada, llegando en algunos casos a prohibirla. La intervención de la CMT en cuanto a tener por no realizada la notificación, “no constituye una actuación puramente material, sino una comprobación que comporta una calificación jurídica, aunque el procedimiento sea muy elemental y no necesariamente se formalice en un acto”.

Citando a SCHUTZ y ATTENDOR¹⁷¹ el profesor ARROYO releva que las autorizaciones generales entrañan un cambio de paradigma que consiste en que el control inicial que se operaba mediante la licencia deja ahora paso a una fiscalización permanente en el desarrollo de la actividad que la comunicación facilita. La Administración dispone de

¹⁷¹ ARROYO; p.80

genéricas facultades de policía, que le permiten controlar el desarrollo de la actividad, sin que a estos efectos tenga relevancia alguna el que la intervención inicial de la Administración se haya producido mediante licencia individual o autorización general.

b) El ejercicio de la actividad no se supedita a un acto administrativo de conformidad

c) La comunicación previa aparece como una intervención pública de baja intensidad, que permite proteger el interés general, con una mínima carga burocrática, para el interesado y para la propia Administración.

d) La comunicación previa no necesariamente supone una reducción del control público. Con todo, requiere una mayor diligencia de la Administración, ya que – como la actividad no se supedita a la previa obtención de un acto- se corre el riesgo de que se pongan en marcha actividades ilegales. El establecimiento de ese régimen habilitatorio demanda la realización de actuaciones administrativas de comprobación: debe desplegarse una actuación tendente a la comprobación que no conduce a la expedición de un acto administrativo, situación que contempla la propia LRJPAC (art. 42.1)

d) Las comunicaciones previas dan lugar a un control reglado de la iniciativa sujeta a control. Se usan cuando sea mínimo el riesgo de desarrollar la actividad, sin cumplir los requisitos, los intereses públicos en juego no sean tan relevantes y no haya incidencia directa en la esfera jurídica de terceros.

d) Las habilitaciones para la utilización del dominio público radioeléctrico

El espectro radioeléctrico no se ajusta fácilmente a la concepción clásica del dominio público¹⁷², dado que no se trata propiamente de un bien susceptible de poseerse o sobre el cual se puedan ejercer las facultades derivadas del ejercicio del derecho de propiedad. Así las cosas, en este caso, la calificación como bien de dominio público ha de entenderse como un título de intervención a través del cual la Administración busca garantizar su uso eficaz.

Bajo este entendido puede precisarse que las autorizaciones para uso común especial no son autorizaciones de policía sino actos de tolerancia para un uso especial del dominio público sobre el que el particular no detenta ningún derecho, son actos administrativos,

172 Sobre la noción general de dominio público puede verse GARRIDO FALLA; p. 382-445

de carácter revocable y de su otorgamiento puede derivarse el pago de una tasa. Al tiempo que la concesión demanial para el uso privativo tiene una doble naturaleza de acto, en cuanto su origen y análogo al contractual, en lo referente a su contenido.¹⁷³

C. El estado actual de la cuestión: el papel de la habilitación en un mercado para la provisión de un servicio de interés económico general.

La eliminación progresiva de las diferentes tipologías de habilitaciones da cuenta del desarrollo del proceso de liberalización del sector de las comunicaciones electrónicas iniciado en la década de los 90: de un sistema que propiciaba el control administrativo ex ante, para el desarrollo de actividades que se consideraban de especial interés para la sociedad (la telefonía, por ejemplo), se ha pasado a un esquema de controles ex post, cuyas debilidades generales han sido advertidas por la doctrina autorizada. Si bien es cierto que, a día de hoy, no existen pruebas suficientes que permitan confirmar la validez de las inquietudes expuestas por el Dr. PAREJO acerca de la insuficiencia organizativa y de medios de la que adolecen las Administraciones españolas para acometer debidamente esta labor de control ex post, no lo es menos que, para el caso español, la no implantación de la Agencia de radiocomunicaciones puede ser vista como una fragilidad institucional para el desarrollo de las labores de supervisión del uso del espectro radioeléctrico en el sector de las comunicaciones electrónicas.

En otras palabras, pueden no existir plenas pruebas pero, desde luego, sí que hay indicios de la ausencia, primero, de una conciencia clara sobre la necesidad de fortalecer institucional y organizativamente a las Administraciones para que desarrollen esta actividad y, segundo, de una actitud congruente con la aparente conciencia de esa necesidad: el hecho de que la Agencia nunca llegara a crearse y fuera finalmente suprimida, mediante el Real Decreto Ley 13/2012, de 30 de marzo, se considera una clara manifestación de la ausencia de una visión organizativa concreta para el ejercicio de las funciones de supervisión ex post.

A caballo entre el control ex ante y el ex post, un caso como el de las habilitaciones para la prestación de los servicios UMTs ha puesto de manifiesto la inidoneidad del título habilitante como medio para encausar el comportamiento de los operadores, hacia la

173 CHINCHILLA, Carmen. *Telecomunicaciones: estudios de dominio público y propiedad privada*. Madrid: Marcial Pons, 2000, 407 p.

realización de los objetivos públicos que conviven con su propio interés lucrativo. Para el caso español, la necesidad de garantizar la presencia de varios operadores y de preservar la confianza legítima depositada en la Administración en cuanto a las condiciones de explotación de un servicio, uno de cuyos costes esenciales (el valor del uso del espectro) fue fijado por la Administración, dio lugar, como se ha manifestado en esta tesis, al “forzamiento” de la institución del *ius variandi*, propia del régimen de contratos, para acreditar la concurrencia de necesidades nuevas o imprevistas y la existencia de un interés público en la modificación.

En cuanto al primer extremo, y tal y como fue expuesto en el capítulo I de esta tesis, la Administración, coadyuvada por las autoridades comunitarias, pasó de largo sobre las evidencias acerca del carácter previsible de las condiciones de disponibilidad de la tecnología, de la demanda del servicio y aceptó que todas estas circunstancias tenían un carácter sobrevenido e irresistible. Asimismo, en relación con la presencia del interés general, enarbó la salvaguardia de las condiciones de competencia efectiva en el mercado, entendidas como la presencia de una pluralidad de oferentes, como justificación de la medida. La procedencia del ejercicio del *ius variandi* resulta entonces cuestionable, lo que no significa que no se compartan las razones de fondo para la introducción de las modificaciones: era importante que la tecnología estuviera disponible para los consumidores, especialmente para las empresas, toda vez que permite el acceso a nuevas facilidades de comunicación y, en esa medida, contribuye al ejercicio del derecho a la comunicación, sobre el que se ha hecho tanta mención en esta tesis. Especialmente importante es su función como red de acceso en zonas rurales, vinculada a la causa de la eliminación, o como mínimo, del estrechamiento de la brecha digital, y por ende, al concepto de solidaridad social y territorial.

Asimismo, su papel como factor de robustecimiento de la red de comunicaciones electrónicas, como red alternativa a la del par de cobre, o la del GSM, era indubitable; como incuestionable era la potencialidad del negocio para generar empleo, dinamizar el funcionamiento de la economía, entre otras razones de política económica general.

Del contraste entre los que, a juicio de quien redacta esta tesis, constituyen los motivos de interés general que podrían haber justificado la modificación de las habilitaciones y los aducidos por el H. Consejo de Estado, acogidos por la Administración, se advierten coincidencias a la par que digresiones: se comparte el indudable interés en el desarrollo de las redes y servicios de comunicaciones móviles de tercera generación, como

instrumentos al servicio de la consolidación de la sociedad de la información, en los términos antes señalados.

Las razones atinentes a que las medidas modificatorias propiciaban el uso eficiente de los recursos disponibles en el mercado de las comunicaciones móviles y el cumplimiento del principio de neutralidad tecnológica, resultan meras enunciaciones formales, carentes de contenido real en el texto del dictamen que, adicionalmente, no se comparten, toda vez que la garantía del uso eficiente del espectro difícilmente puede vincularse a la reducción de avales o a la extensión de plazos para el despliegue de redes.

Se estima, por último, que el criterio fundamental para tomar la decisión de modificar las habilitaciones fue evitar que, a consecuencia del coste financiero derivado de las dilaciones tanto, en el desarrollo de la tecnología, como en el despliegue de las redes, la competencia en el sector se viera afectada, habida cuenta de que tales costes serán difícilmente asumibles por los entrantes. Se infiere de la razón expuesta que la justificación estaba signada por una concepción de competencia estructural (presencia de varios agentes) que, se reitera, no puede sino descalificarse en un entorno de desarrollo de actividades de interés económico general.

La defensa de la competencia efectiva, como ha quedado definida a lo largo de esta tesis, imponía la necesidad de garantizar la disponibilidad del servicio en condiciones que atendieran las exigencias de comunicación de los usuarios (especialmente los de áreas rurales) y las demandas de las empresas, como consumidores diferenciados, en el estado de desarrollo tecnológico y comercial que tuviese la facilidad, al tiempo que, mediatamente, se propiciaba la consecución de los objetivos generales de política económica y social. El incipiente estado de la disponibilidad comercial de la tecnología demandaba, entonces, una planificación, liderada por el poder público, para su introducción gradual en el mercado, que contemplase dichos objetivos y previese los mecanismos de habilitación necesarios para la realización de los mismos.

Al prescindir de esta planificación, orientada a resultados, la habilitación, su funcionalidad, se redujo a la de permitir el acceso a un recurso público, sin ninguna vinculación real a la realización de un objetivo de tal naturaleza, generando la impresión de que, en efecto, la intención alcabalera había presidido el otorgamiento del título habilitante y derivado en una suerte de compraventa de un mercado entre la Administración y algunos operadores. En esta tesitura y al enfrentarse a una situación de desarrollo comercial que hacía inviable las condiciones de explotación del servicio, en

los términos tenidos en cuenta originalmente, la Administración cedió ante la presión de los operadores y ofreció soluciones relativas a la rentabilidad de la explotación, sin tener en cuenta el resto de intereses.

Si, pese a la planificación ordenada de la introducción de la facilidad, los operadores hubiesen tenido que hacer frente a dificultades adicionales, la consulta de todos los intereses en juego hubiere dado lugar a las modificaciones propuestas pero acompañadas de la asunción de compromisos adicionales por los operadores, que dieran cuenta de su grado de implicación con la realización de los demás valores presentes en su relación con la Administración. El reequilibrio de las condiciones hubiera afectado los dos extremos de la relación jurídica.

Empleando este caso como ejemplo paradigmático, se considera que una congruente estructuración de un régimen habilitario, dentro de un sistema para el desarrollo de una actividad calificada de interés económico general, debería tener en cuenta los siguientes aspectos, algunos de los cuales devienen de las instituciones prístinas que le dan origen:

La habilitación debe perfilarse teniendo en cuenta que es un instrumento al servicio de la realización del objetivo de competencia efectiva, tal y como ha quedado definida a lo largo de esta tesis: una rivalidad que alcanza resultados públicos concretos, medibles y evaluables.

En su condición instrumental, ha de verificarse su idoneidad para, de una parte, garantizar el derecho al ejercicio a la libertad de empresa, y de otra, para la realización de los restantes objetivos públicos. En cuanto a los segundos, el título debe estructurarse de forma tal que pueda adaptarse a los resultados de las evaluaciones sobre la consecución de objetivos: ha de ser flexible y adaptable a dichos resultados.

En su vertiente de título para la explotación de un recurso público, o de un servicio sometido a regulación, debe dotar a los operadores de garantías suficientes para desarrollar tales actividades en condiciones rentables, al tiempo que debe corresponsabilizarlos con la consecución de los demás objetivos. No es suficiente ver en el título una fuente de derechos y obligaciones para el operador, es necesario que lo coloque en una situación jurídica especial, en un status público diferencial, que explique: (1) Su posición como beneficiario, si es del caso, de la procura de las condiciones de existencia de un mercado ficticio; (2) El uso y disfrute de recursos públicos; (3) El ejercicio delegado de prerrogativas públicas; (4) la asunción de obligaciones de servicio

público y (5) la corresponsabilidad con los poderes públicos en la realización de los objetivos públicos.

El carácter jurídico del título es una cuestión accesorio. Lo relevante en este punto es desprenderse de los prejuicios que rodean la concepción de las habilitaciones como barreras de ingreso al mercado, para situarlas en el punto de valiosos instrumentos al servicio de la competencia efectiva.

En cuanto a su función de prevención o actualización de riesgos debe anotarse que los mismos están en íntima conexión con el sistema axiológico del régimen jurídico, de tal suerte que, deben precaverse soluciones sobre las situaciones endógenas o exógenas a la propia relación, que pongan en peligro, en general, el ejercicio del derecho a la comunicación y los objetivos de solidaridad social y territorial, y, en concreto, los fines específicos que debería la Administración marcarse antes de promover la introducción de una nueva facilidad de comunicación, tecnología, etc, al mercado.

En suma, a la realización de los objetivos que justifiquen las labores de supervisión ex ante, deberá subordinarse la concepción de la habilitación como técnica al servicio de la consecución de dichos propósitos.

CAPÍTULO VI. CONCLUSIONES

Por razones metodológicas, se ha considerado pertinente recoger el conjunto de conclusiones alcanzadas a lo largo de esta tesis doctoral, agrupándolas en torno a un criterio de unidades temáticas, que no necesariamente se corresponden con los epígrafes del trabajo.

I. LA REGULACIÓN DEL SECTOR DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

Un sector económico puede definirse en función de los sujetos que lo integran (visión subjetiva que pone en relación a todos los agentes que intervienen en el segmento económico) y de la actividad productiva que en él se desarrolla, cuyas características específicas permiten diferenciarlo de los demás (perspectiva objetiva). En este caso, los agentes principales son: las autoridades regulatorias o Administración de las telecomunicaciones (En España, El Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones), los consumidores o usuarios de las redes y servicios y los proveedores de los mismos. La actividad material o elemento objetivo de la noción puede definirse como la provisión de medios que hacen posible la comunicación y/o el intercambio de información entre usuarios, excluyendo los servicios postales. El sector de telecomunicaciones o comunicaciones electrónicas, entonces, comprende toda actividad material desarrollada por los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, destinada a satisfacer las necesidades de comunicación de los usuarios, bajo la ordenación y supervisión de las autoridades competentes, que consista, fundamentalmente, en la transmisión de señales de cualquier índole, resultando indiferente el medio de transmisión.

La actividad de los poderes públicos, en relación con este sector, puede verse como una manifestación de las tensiones que pueden darse entre el ejercicio de la libertad de empresa y las facultades de dirección de la economía de las que gozan dichos poderes. La ponderación de estos intereses, atendiendo las condiciones de segmentos económicos concretos, ha dado lugar a diversas formas de ordenación económica que podrían resultar englobadas, todas ellas, en el término regulación, tal y como lo ha señalado acertada y tempranamente el Dr. LUCIANO PAREJO.

Desde una perspectiva funcional, será regulación u ordenación, toda la infraestructura jurídica tendente a encauzar la actividad económica de los agentes privados (y públicos

cuando actúan como oferentes y demandantes) dentro de los derroteros fijados por los poderes públicos como idóneos para satisfacer las necesidades y las aspiraciones colectivas. La finalidad de la regulación, entonces, no puede definirse, exclusivamente, en términos económicos: la maximización del bienestar colectivo es un concepto que puede explicarse desde varios modelos económicos, pero no puede perderse de vista que expresa, desde el punto de vista jurídico/político, una concreta composición de intereses, públicos y privados, cuya realización constituye el objeto de la actividad administrativa, en los términos y condiciones definidos, para el caso español, entre otras disposiciones, en los artículos 9.2, 10, 103 y Capítulos II y III del Título I CE. .

A. Las habilitaciones competenciales de las distintas instancias de poder concernidas con la materia

El art. 2 TUE fija el sistema de valores de la Unión (la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho y la defensa de los derechos humanos), al tiempo que en el artículo 3.1 se señalan como finalidades, la promoción de la paz, de los valores de la Unión y del bienestar de los ciudadanos. Con estos presupuestos, los diversos numerales del art. 3 aluden a los objetivos concretos de la Unión, dentro de los que se encuentran el establecimiento del mercado interior (TUE; art.3.3). Esta consagración positiva, en la que aparecen valores, fines y objetivos, integra el sistema axiológico del ordenamiento comunitario que también contempla, conforme lo dispone el art. 14 TFUE, el lugar especial que ocupan los servicios de interés económico general dentro del conjunto de valores de la Unión y su importancia como medios para la promoción de la cohesión social y territorial.

El art. 14 TFUE contiene, entonces, las líneas generales de distribución competencial, entre las instancias nacionales y comunitarias, sobre la materia “servicios de interés económico general”, de la que forman parte las comunicaciones electrónicas, según lo señalado en la Com (96) 443, final, de 11 de septiembre, sobre los servicios de interés general en Europa (apartado ¿de qué se trata?) y recientemente en la Com (2011)900 final, de 20 de diciembre, un marco de calidad para los servicios de interés general en Europa (página 3).

La intervención de los Estados miembros y de la Unión Europea, al amparo del derecho originario de la Unión, se traduce en el deber de velar porque dichos servicios se presten con arreglo a principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido, lo cual pone de relieve, el sesgo analítico con el que Unión ha abordado este tema. En efecto, la categoría de los servicios de interés

económico general se perfila desde, sus orígenes, a partir de la normativa de competencia (TFUE; art. 106), realizando un análisis de compatibilidad con el mercado que permite verificar si la medida de intervención pública (que es la que caracteriza y diferencia a esta actividad económica de las demás) está justificada por una razón de interés general, es necesaria y resulta idónea para atender la necesidad que subyace tras el motivo de interés general. A medida que el proceso de integración avanza, este test de razonabilidad y proporcionalidad cambia, se ajusta a las exigencias políticas y económicas de los tiempos, y se torna más o menos riguroso o flexible, según las condiciones del entorno. Empero, lo que, hasta ahora, no ha variado, pese a la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam que trajo consigo el mandato del art. 14 y la inclusión del derecho de acceso a los servicios de interés económico general (art. 36) como parte del catálogo de facultades que integran la Carta de Derechos Fundamentales la Unión, que integra el derecho originario, es esa perspectiva de compatibilidad con el mercado, que viene a reiterarse cuando explícitamente la Unión Europea centra su interés en las condiciones económicas y de financiación de los servicios, como factores potenciales de distorsión del funcionamiento de los mercados. En suma, el marco competencial de la Unión, en materia de servicios de interés económico general, como las comunicaciones electrónicas, se construye desde la normativa de defensa de la competencia y del mercado interior, al tiempo que, según el mismo artículo, incumbe a los Estados miembros, dentro del respeto a los Tratados, el prestar, encargar y financiar dichos servicios, atendiendo además las directrices del Parlamento y del Consejo Europeos sobre financiación y régimen económico.

La actividad interventora de las autoridades comunitarias en el ámbito de las comunicaciones electrónicas no puede justificarse, ni explicarse, sólo desde la perspectiva del artículo 14 TFUE, que habilita al Parlamento para la adopción de Reglamentos en materia de financiación y régimen económico, sino que ha de consultarse el resto del derecho originario en la búsqueda de las demás habilitaciones competenciales que permiten encauzar este interés. Esta búsqueda conduce al 106.3 TFUE que faculta a la Comisión para ejercitar, entre otras facultades, la de dictar Directivas o adoptar decisiones adecuadas para garantizar que la observancia de las normas de competencia por las empresas que a las que se les haya confiado una misión de interés general, el artículo 170.1 TFUE que prescribe que la Comunidad contribuirá al establecimiento y al desarrollo de redes transeuropeas, entre otras, las infraestructuras de telecomunicaciones, favoreciendo la interconexión e interoperabilidad de las redes nacionales, en un contexto de mercados abiertos y competitivos, estando facultada para

definir las políticas rectoras de la expansión y consolidación de dichas redes, para coordinar las acciones y propiciar la cooperación, así como para financiar proyectos concretos (TFUE; art. 171).

Hasta la fecha, las intervenciones de la Unión han estado fundadas en la promoción del mercado interior, mediante el sometimiento de las empresas que gestionan los servicios de interés general a las normas del Tratado (TUE; art. 106.3) y, por ende, a la salvaguardia de las condiciones de competencia, como propósitos inspiradores de la actividad interventora, confiando su realización a instrumentos, tales como, la adopción de medidas tendentes a garantizar la efectividad del ejercicio de las libertades fundamentales (libertad de establecimiento, libre circulación de mercancías y servicios, libre circulación de capitales) (TFUE; arts. 50, 105 106.3 entre otros), o al desarrollo de acciones de armonización (TFUE; arts. 114, 115 y 116).

Por su parte, en el ámbito nacional, la distribución competencial de asuntos atinentes a las comunicaciones electrónicas se realiza con base en los artículos 149.1.21 CE (materia de telecomunicaciones) y 149.1.27 CE (normas básicas de los medios de comunicación social). La distinción entre los dos títulos, obra del Tribunal Constitucional, radica en que todos los aspectos de la radiodifusión conectados con el ejercicio del derecho contenido en el artículo 20 superior, en los que prevalece la consideración de la radio y la televisión como medio de comunicación, equiparable a la prensa, han de ser regulados conjuntamente por el Estado y las Comunidades, al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.27 CE, mientras que los aspectos netamente físicos, relacionados con el soporte técnico y, en especial, con el uso y explotación del espectro radioeléctrico, han de ser normados, en exclusiva, por el Estado Central.

B. El análisis de un caso concreto de ordenación de una actividad: las licencias para la prestación de servicios móviles de tercera generación (UMTS)

Uno de los mayores éxitos regulatorios de la Unión Europea, consiste en la introducción y extensión de los servicios móviles de segunda generación (GSM), mediante la fijación de condiciones para la creación de un mercado europeo de comunicaciones móviles, promovido a través de la estandarización y de la adopción de medidas que favorecieran el advenimiento de varios operadores (Comunicación 1994/145 final, de 27 de abril, y Directiva 1996/2, de 16 de enero).

España, no se marginó de tal éxito y la explotación de la tecnología GSM, conforme lo previsto en el Real Decreto 1486/1994, se realizó en el marco de su calificación como servicio público de valor añadido, mediante concesión, lo que derivó en la creación de

un duopolio (TELEFÓNICA y AIRTEL MÓVIL – hoy VODAFONE) para la prestación del servicio en su modalidad digital, en la banda de 900 Mz, con tecnología GSM, al que posteriormente se agregó AMENA (hoy ORANGE) beneficiaria de una concesión para la prestación de los servicios GSM en la banda de 1800 Mz, con arreglo a lo previsto en el Real Decreto 1252/1997 y en la Orden de 26 de febrero de 1998.

Con la intención de mantener el liderazgo en las tecnologías móviles, la Unión Europea desarrolló un proceso de impulso a la implantación de la tecnología UMTS, en el que pueden distinguirse varias fases: la primera, de apoyo incondicional y generación de expectativas [Comunicación de la Comisión de 15 de octubre de 1997 y la Decisión No. 128/1999/CE, de 14 de diciembre de 1998, del Consejo y Parlamento Europeos], una segunda fase de validación de la entidad y efectos de las circunstancias económico financieras (encarecimiento de las fuentes de financiación del sector) y técnicas (retraso en la disponibilidad de los terminales) que aconsejaban reajustar el calendario de implantación de la tecnología y la adopción de otras medidas que hicieran menos gravosa la situación de los operadores favorecidos con las licencias UMTs en Europa [COM (2001) 141] , un tercer momento de procura de adopción armonizada de remedios [COM (2002) 301 final] y un último estadio de redireccionamiento estratégico, que parte del reconocimiento de que la introducción de la tecnología debía ser gradual y, en esa medida debía permitirse y favorecerse la consolidación de una fase tecnológica intermedia: la generación 2.5 [COM (2003) 410 final].

En un sector económico tan dependiente de los avances tecnológicos, la vertiginosidad de los cambios en la política interventora no resulta extraña, lo que sí constituye un aspecto diferencial es la oportunidad y entidad del respaldo otorgado por la Comisión a los operadores de servicios UMTS y el viro, de último momento, que sufrió la política de implantación de la tecnología. En efecto, en una actitud, casi sin precedentes, la Comisión hizo propia la defensa de los intereses de los operadores y fabricantes de los equipos, instando a los Estados Miembros a la adopción de medidas que les permitiesen afrontar las dificultades financieras por las que estaban atravesando, so pretexto de salvaguardar, de esta forma, la integridad del mercado, sin que en realidad aportase pruebas acerca del impacto real del fracaso de tales agentes, no sólo sobre el desempeño del segmento de la economía, sino sobre el bienestar social en general, arrojando, alimentando, con nuevas ascuas, la ya antigua, pero no por ello resuelta, discusión acerca de la plena identidad entre el interés del mercado y el de los agentes (objeto de

la salvaguardia del mercado) y sobre el carácter jurídico de esta institución (instrumental o finalístico).

Esta discusión, origen de esta tesis doctoral, también tuvo lugar en España, con ocasión de las modificaciones introducidas a las licencias UMTS, otorgadas al amparo de lo dispuesto en la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, la Orden Ministerial de 22 de septiembre de 2008, por la que se establece el régimen de las licencias individuales y la Orden de 10 noviembre de 1999 por la que se aprueba el pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas para el concurso.

Los beneficiarios de la adjudicación del concurso, TELEFÓNICA, VODAFONE, ORANGE y XFERA, solicitaron la modificación de las condiciones de sus licencias con fundamento en la teoría de la imprevisión, fundando su aplicación en el prolongado retraso en la disponibilidad de la tecnología UMTS, la inexistencia de terminales comercializables a gran escala, las dificultades para la obtención de licencias municipales, la aparición de desarrollos tecnológicos no previstos como el acceso inalámbrico a redes fijas (Wi-Fi) o el desarrollo de los servicios GPRS (2,5 G). En atención a tales peticiones, el Ministerio (para esa época denominado Fomento) introdujo las siguientes variaciones: a) Alteración del régimen de garantías: Inicialmente, los avales sufrieron una modificación en razón al cumplimiento parcial de las obligaciones de extensión de las redes y, con posterioridad, de una pluralidad de avales vinculados a varios tipos de compromisos, se pasó a un único aval que, en caso de concretarse el siniestro, debía restituirse hasta situarse en el monto inicial; b) Ampliación de los plazos de ejecución de los proyectos; c) Eliminación de las obligaciones relativas a la creación de empleo y a la contribución al desarrollo tecnológico e industrial y c) Modificación de las obligaciones de inversión, calidad y servicios ofrecidos.

La aceptación de las modificaciones no obedeció a los fundamentos jurídicos propuestos por los operadores, sino que la Administración y el Consejo de Estado, desestimando esta fundamentación por considerar, en el caso del órgano consultivo, que la teoría del riesgo imprevisible, como excepción del principio de riesgo y ventura que rige la contratación pública, debía interpretarse restrictivamente y aplicarse de manera rigurosa, de tal suerte que, en este evento, no se podían entender verificadas las condiciones para su aplicación (extraordinariedad e imprevisibilidad de las circunstancias, entidad del efecto negativo sobre la economía del contrato y nexo de causalidad) avalaron, como fundamento jurídico, el ejercicio del *ius variandi* hallándose probadas las exigencias

legales para su ejercicio: la concurrencia de necesidades nuevas o imprevistas y existencia de un interés público en la modificación.

A juicio de quien redacta esta tesis ninguna de estas condiciones son satisfechas en el caso que se examina: el carácter imprevisible y sobrevenido de las causas se entiende probado por las declaraciones, con entidad simplemente aclaratoria, efectuadas por la Comisión, en las Comunicaciones precitadas. Los juicios de proporcionalidad, transparencia y no discriminación, relativos a las modificaciones propuestas, brillan por su ausencia, así como un enjuiciamiento, razonado, de los efectos de estas decisiones con relación a los usuarios y al sector en general.

Así mismo, las razones de interés general son discutibles: Según el Consejo de Estado, tres son los motivos que justifican la decisión: a) existe un indudable interés en el desarrollo de las redes y servicios de comunicaciones móviles de tercera generación, como instrumentos al servicio de la consolidación de la sociedad de la información; b) existe un interés público en evitar que, a consecuencia del coste financiero derivado de las dilaciones tanto, en el desarrollo de la tecnología, como en el despliegue de las redes, la competencia en el sector se vea afectada, habida cuenta de que tales costes serán difícilmente asumibles por los entrantes y c) el fomento del uso eficiente de los recursos disponibles en el mercado de las comunicaciones móviles y el cumplimiento del principio de neutralidad tecnológica, constituyen también razones de interés público.

Como lo expusieron los consejeros D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y D. Landelino Lavilla Alsina, en sus votos particulares, no puede confundirse el interés de las empresas, con el del mercado, máxime si éstas ni siquiera logran acreditar la dependencia de su supervivencia o estabilidad económica de la efectiva aceptación de sus peticiones de modificación.

Tampoco puede efectuarse un análisis de eficiencia en el uso de las tecnologías para justificar el recurso de unas, frente a las demás, al tiempo que se aduce el principio de neutralidad tecnológica, que, en todo caso, no puede considerarse plenamente salvaguardado en la implantación de las UMTS en España, cuando el propio pliego cláusulas que regentaba el concurso mediante el cual se entregaron las habilitaciones, privilegiaba una tecnología de la familia IMT-2000 sobre las demás.

Los hechos de este caso dieron lugar a varios cuestionamientos que se intentan resolver en esta tesis: ¿Cuál es el interés general que subyace tras la ordenación de las comunicaciones electrónicas?; ¿existe, en el ordenamiento jurídico, un mandato sobre el

medio o técnica que permite, de manera preferencial, proteger dicho interés?; ¿cómo se articulan las habilitaciones para la explotación de los servicios dentro del sistema de salvaguardias de dicho interés?.

II. EL INTERÉS GENERAL PRESENTE EN LA ORDENACIÓN DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

Teniendo en cuenta que las intervenciones de la Unión Europea en el sector se han realizado al amparo del art. 106 TFUE, que propugna por la compatibilidad de la actividad de las empresas a las que se les confía la gestión de una misión de interés general con el mercado y que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 8 de la Directiva Marco (Directiva 2002/21/ de 7 marzo), la competencia efectiva en el mercado de las comunicaciones electrónicas, el desarrollo del mercado interior y los intereses de los ciudadanos de la Unión, tutelados a través de medidas que intentan solventar las deficiencias del comportamiento del mercado (servicio universal, transparencia en la información, trato preferencial a grupos sociales concretos) son los tres pilares del ordenamiento comunitario, que vienen a ser recogidos en el art. 3 de la LGT (Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones), se propone como hipótesis que la protección del mercado y las condiciones de competencia efectiva, constituyen los intereses generales tutelados por las dos instancias de poder.

A. El mercado y la competencia efectiva en la ciencia económica

A efectos de identificar los alcances de estas nociones, se recurre, en primera instancia, a la ciencia económica, como disciplina científica que se ocupa de estudiar el comportamiento de los agentes en un mercado (homo oeconomicus), para concluir que no existe unanimidad en la misma acerca de lo que significa un mercado en competencia, en general, o en competencia efectiva, toda vez que estos conceptos se modelan en torno a las concepciones políticas y escuelas de pensamiento económico imperantes en un momento histórico determinado:

Así, sí la concepción económica tras un sistema jurídico concreto, puede calificarse como de heredera de la Escuela de Harvard, Vg. en sus orígenes, el derecho *antitrust* norteamericano, la idea del mercado, como mecanismo de asignación eficiente de recursos, se ubica en la base del entramado normativo, junto con la garantía de la libre acción de los agentes. En tal escenario, el Estado es simplemente un garante del normal funcionamiento del sistema, esto es, de la libre formación de los precios, de tal forma que sus intervenciones sólo están justificadas por la presencia de alguna situación

(comportamiento o condición) que incida sobre los mismos. Los análisis de competencia se centrarán en la estructura de mercado y recurrirán al modelo de competencia perfecta, así como a las medidas de concentración, que tienen un carácter preferentemente estático, para identificar la presencia de un poder de mercado que se rechaza, dada vinculación con las perturbaciones que se generan en torno a la fijación de los precios (base del modelo de competencia perfecta).

Si por el contrario la ideología es más próxima a la Escuela de Chicago, la competencia es un proceso condicionado por el comportamiento de los agentes, más que por la estructura del mercado: si existe una verdadera presión competitiva, lo que estructuralmente puede interpretarse como poder de mercado (vg. la concentración económica), no constituye ninguna irregularidad, toda vez que las empresas cuentan con incentivos para generar eficiencias, trasladables a los consumidores. Bajo esta inspiración, resulta congruente el recurso a los modelos de competencia imperfecta y a las medidas de comportamiento, concretamente, aquellas que tienen en cuenta la naturaleza de la interacción estratégica.

Tomando en consideración que la competencia que se protege en el marco jurídico de las comunicaciones electrónicas es aquella que se califica como efectiva y se define positivamente como , “ausencia de poder de mercado”, se revisan distintas opiniones doctrinales acerca de qué entidad (material y temporal) debe revestir esta posición, de tal suerte que pueda concluirse que el operador pueda actuar con independencia de sus competidores [(Directiva Marco; apartado 27) (Recomendación de la Comisión de 2007, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de comunicaciones electrónicas; apartado 18) (Directrices de Comisión sobre análisis de mercado y evaluación de peso significativo en el mercado; apartados 19 y 20)] para concluir, también en este caso, que no se trata de un concepto cerrado, acabado o desprovisto de críticas. Al hilo de lo manifestado por algunos autores, entre ellos BISHOP & WALKER y BASKOY, se concluye que la efectividad está relacionada con los resultados de la competencia, de forma tal que han de definirse los objetivos que se le adscriben a la misma, como presupuesto para realizar estas valoraciones.

Se contemplan entonces como objetivos, calificados como económicos, en atención a su conexidad con el instrumental y propósitos de la ciencia económica, los de eficiencia (en sus vertientes distributiva, asignativa o dinámica) y de bienestar (del consumidor, o total), para concluir, una vez más, que no existe unanimidad en torno al propósito que debe seguir una política de competencia efectiva, ni sobre los medios para verificar su

realización. Así mismo, se ilustran como objetivos extraeconómicos, la descentralización del poder económico (idea ligada al concepto de check and balance del sistema democrático norteamericano, origen del Derecho de la Competencia), la solidaridad y la justicia social, para concluir que los sistemas jurídicos, como los de comunicaciones electrónicas, contemplan objetivos de naturaleza abigarrada y no necesariamente aportan reglas claras de definición de conflictos, que establezcan la prevalencia de unos frente a los otros.

La insuficiencia de los resultados arrojados por la búsqueda de nociones meridianas en el ámbito de la disciplina económica y la positivización jurídica de dichos conceptos, aboca a la necesidad de recurrir a los sistemas jurídicos, con miras a la delimitación conceptual de estas nociones: mercado y competencia efectiva.

B. El mercado y la competencia efectiva en la normativa comunitaria

El análisis de las decisiones adoptadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre las acciones de intervención comunitaria sobre el sector conducen a afirmar que es el establecimiento y consolidación de un mercado de comunicaciones electrónicas europeo lo que persiguen las autoridades comunitarias al intervenir en este sector de la economía, sin que ello sea óbice para que las medidas de promoción de las condiciones de competencia resulten compatibles con otras finalidades conexas, vinculadas a la realización de objetivos públicos, como resulta patente en el ámbito del servicio universal. El mercado para las instancias comunitarias, en el marco de los servicios de interés económico general, no sólo ha sido valorado como el instrumento principal para la realización de los intereses públicos presentes en este sector económico, sino que resulta tan profunda y profusamente defendido como tal que llega a adquirir carices o connotaciones de objetivo en sí mismo.

El mercado europeo de las comunicaciones electrónicas, que es objeto de tutela, consiste en el conjunto de intercambios económicos que tienen lugar entre los oferentes de bienes y servicios de comunicaciones electrónicas y sus demandantes (otros operadores o usuarios finales), dentro del territorio de la Unión, en un plazo específico, que puede abarcar eventos pasados, presentes y hasta futuros (concretamente, aquellos que se analizan cuando se efectúan valoraciones de demandas potenciales, en el marco de las delimitaciones de los mercados por productos) y su protección consiste en el respeto del ejercicio del haz de facultades que integran el derecho a la libertad de empresa, con observancia del principio de no discriminación, en dos planos diferentes: por un lado, el de la intervención de las autoridades y, por otro, el de la actuación del

operador dominante, con miras a lograr que ningún operador sea colocado en posición ventajosa frente a los demás, por el ordenamiento o la Administración, o esté en capacidad de incidir sobre el nivel de precios o el volumen de la oferta de manera diferente a como lo hacen el resto de los agentes.

C. El mercado y la competencia efectiva en la normativa nacional

La denominada Constitución Económica en España está integrada, siguiendo el profesor L. PAREJO, por tres grupos normativos, los primeros trazan las líneas estructurantes del sistema (arts. 7, 33, 35, 37, 38, 128 y 131 CE), el segundo está integrado por el conjunto de principios rectores de la política social y económica y el tercero está configurado a partir de habilitaciones y mandatos positivos a los poderes públicos, en orden a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo sean reales y efectivas, así como a remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y a facilitar la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Estos tres bloques deben interpretarse sistemáticamente, sin que puedan extraerse reglas de prevalencia de un modelo de intervención pública o de libre mercado: cada modelo halla en la Constitución fundamento para su implementación, al tiempo que, sustento para exclusión de su aplicación más radical (la que niega la existencia del otro).

La elección del modelo responde a una difícil ponderación de intereses, entre la reserva de la actividad (CE; art. 128) y la libertad de empresa (CE; 38) que se resuelve en uno u otro sentido, según la cuestión que se debata se halle más próxima a los elementos jurídicos dimanantes de la calificación del Estado español, como de Derecho, o Social. En el primero el modelo se edificará en torno a la libertad de empresa y, en el segundo, en torno al concepto de servicio público.

Toda vez que el mercado y la competencia efectiva están vinculados al ejercicio de la libertad de empresa se revisa su carácter jurídico y alcance, para concluir que tratándose de un verdadero derecho subjetivo, o de una garantía institucional, los poderes públicos tienen la obligación de garantizar su ejercicio, eliminando los obstáculos que puedan entorpecerlo o hacerlo nugatorio, siempre en el marco de una economía social de mercado, esto es, de un sistema que modula su contenido en función a los demás intereses presentes en la actividad.

Partiendo de la premisa de que se trata de un derecho modulable se afirma que, en el ámbito de las comunicaciones electrónicas, la presencia del interés general conduce a que el ejercicio de la libertad de empresa, como derecho a desarrollar una actividad económica concreta, se vea condicionado, no sólo por la eventual reserva de la

actividad (LGT; arts. 4.1 y 4.5), o con la imposición de obligaciones de servicio público (LGT; arts. 20 y ss), sino en general por las reglas que hacen posible la consecución de los objetivos públicos fijados para este sector económico, verbigracia, aquellas que posibilitan la consolidación de un mercado en competencia, entendida como rivalidad entre los operadores, tales como, la interconexión y el acceso (LGT; arts. 11 y ss), los derechos de ocupación de dominio público (LGT; arts. 26 y ss.) y la imposición de obligaciones en función de la posición en el mercado (LGT; art. 10), así como por la concurrencia de otros derechos y bienes constitucionales que permiten delimitar la extensión de este derecho, entre otros, el derecho a comunicarse (CE; art. 20).

D. Mercado y competencia efectiva en la normativa sectorial y en la práctica regulatoria

Siguiendo la línea argumental de que la libre competencia es un derecho modulable, se analizan las manifestaciones normativas de la aplicación del concepto de competencia efectiva, como la resultante del ejercicio de tal derecho, en condiciones de igualdad, para determinar que, en efecto, la normativa sectorial parece concebir la competencia efectiva como una situación en la que se dan los siguientes supuestos: a) Existen varios operadores; b) Todos los operadores actúan en pie de igualdad, de tal suerte que la regulación asimétrica persigue eliminar las diferencias (potenciales o reales) en la posición de los agentes y c) Esta condición de igualdad permite que los operadores condicionen recíprocamente sus comportamientos.

La garantía de estas condiciones corresponde al regulador nacional, quien en el ejercicio de su competencia para delimitar los mercados relevantes e imponer obligaciones, deberá determinar si estos criterios están presentes, en su veste de “ausencia de poder de mercado”. Analizadas las decisiones se concluye que los criterios que se siguen son estructurales, en cuanto que se identifican el número y la dimensión relativa de las empresas, el grado de diferenciación del producto, la estructura de costes, el grado de integración vertical con sus proveedores y las condiciones de entrada. No se revisan aspectos de conducta o rivalidad, como la competencia en precios, publicidad, así como los gastos en investigación y desarrollo, ni se llegan a las valoraciones sobre los resultados.

Con fundamento en lo anterior se determina que la competencia efectiva que se protege mediante los análisis de mercados, tiene carácter estructural, en el sentido de que entiende que la tutela del ejercicio del derecho a la libertad de empresa, en condiciones de igualdad, se satisface garantizando la existencia de unas características en cuanto a la

estructura del mercado: bajas (o inexistentes) barreras de ingreso y pervivencia de pluralidad de sujetos, de tamaños similares.

Para confirmar esta aseveración, en el ámbito más general de la regulación sectorial, se revisan las fases del proceso de liberalización o deregulación del mercado, para concluir:

Durante el periodo comprendido entre 1987- 1999, las acciones comunitarias se centraban, en la ruptura de los monopolios tradicionales con miras a generar un mercado único de redes y servicios de telecomunicaciones a nivel europeo. En esta instancia del proceso liberalizador cobra especial preponderancia la eliminación gradual, en términos de segmentos del mercado, de los derechos especiales y exclusivos, así como la regulación de las condiciones de acceso a las redes, bajo la denominación de Oferta de Red Abierta. De otra parte, con miras a permitir la participación de los nuevos operadores en los mercados tradicionales, se establecieron medidas de acceso indirecto, tales como, la selección y preselección de operador, que facilitarían el conocimiento del mercado y la consecuente adquisición de una masa crítica de clientes que condujeran, con posterioridad, a la realización de inversiones en infraestructura.

La noción de operador con peso significativo en el mercado (OPSM) se basaba en un criterio también de estructura (grado de concentración) y consistía en la detentación de un 25% de cuota de mercado o de una cuota inferior si ésta le permitía actuar con independencia de sus competidores, proveedores o clientes. Se fijaban cuatro mercados relevantes: redes públicas fijas, servicios de líneas arrendadas, telefonía fija e interconexión en telefonía móvil y existía un catálogo cerrado de obligaciones imponibles al OPSM atinentes a la separación de cuentas, orientación a costes, transparencia y no discriminación, con la finalidad de controlar y, en su caso corregir, esa posición de dominio.

Desde la Review de 1999 hasta la adopción del marco comunitario en el 2002, las acciones se centraron en la apertura del bucle local, considerado el último bastión del incumbente, con miras a generar un vínculo entre los operadores entrantes y los usuarios, que contribuyera a la generación de incentivos para el desarrollo de nuevas infraestructuras.

Este nuevo sistema jurídico comunitario se caracteriza, entre otros aspectos, por la mayor aproximación entre la normativa sectorial y la de competencia, al punto que el ámbito de aplicación material de la primera se circunscribe a la atención de las cuestiones particulares de este mercado: soluciones específicas de competencia para

problemas estructurales –obligaciones de acceso e interconexión-, acceso y uso de recursos limitados –espectro radioeléctrico, numeración, derechos de paso-, obligaciones de servicio público, y derecho de los usuarios de los servicios de comunicaciones electrónicas. Asimismo, la regulación se flexibiliza en aras de adaptarse a la velocidad con la que ocurren los desarrollos tecnológicos y de eliminar las restricciones normativas que dificultaban la convergencia entre las tecnologías y los servicios (surgen las nociones de red y servicio de comunicaciones electrónicas y se erige como principio el de neutralidad tecnológica).

En pos de la armonización de las condiciones de acceso y permanencia en el mercado, que constituye la clave para la configuración del mercado único europeo de comunicaciones electrónicas, también se eliminan las habilitaciones para el establecimiento y explotación de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas, se establecen previsiones comunes, tanto para la regulación de las obligaciones de servicio público, como para la fijación de las condiciones de acceso y uso a los recursos escasos, se fijan lineamientos claros sobre el régimen de protección a los usuarios y se promueve el uso armonizado de las frecuencias radioeléctricas y la normalización de aspectos técnicos concretos.

La noción original de operador dominante (vinculada a la posesión de una cuota de mercado superior al 25%) es reemplazada por la de operador con peso significativo en el mercado, coincidente con la de dominancia en los análisis de competencia (agente cuyo comportamiento no se disciplina por el de los demás participantes en el mercado) de un listado de cuatro mercados por servicios, se pasa a dieciocho, que deberán ser perfilados definitivamente por las autoridades nacionales, en cuanto a los servicios que los integran y los ámbitos territoriales que se ven afectados, atendiendo criterios económicos (depurados, también, en el crisol de los juicios de competencia ventilados ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) y, finalmente, el conjunto cerrado de obligaciones vinculadas estrictamente a los cuatro mercados originales se abre hasta convertirse en un listado de medidas (preventivas o correctivas) que pueden ser seleccionadas por la autoridad reguladora nacional, en función del tipo de problema detectado.

Se confía a la Comisión la misión de supervisar el desarrollo de esta relativamente novedosa actividad reguladora de imposición de obligaciones, dotándola de poderes de veto en el evento que se discrepe de la posición asumida por la autoridad nacional con respecto a la delimitación de un mercado o a la designación de operador con peso

significativo en el mercado. En principio, la Comisión no puede vetar las medidas impuestas, sin embargo, las decisiones adoptadas en el marco de la Directiva de Acceso, que no estén incluidas en dicha norma, deben ser objeto de autorización por la Comisión.

La confianza en la libre acción de las fuerzas del mercado no se percibe como inspiración exclusiva de los procesos de imposición de obligaciones dentro de los segmentos definidos por las autoridades comunitarias, sino que también incide en el desarrollo de otras competencias normativas, propiamente sectoriales, como la gestión y planificación del espectro, a cuyo uso eficiente apunta la promoción del mercado secundario de transferencias de los derechos de uso y explotación.

En suma, la consolidación de un mercado en el que los agentes condicionen recíprocamente sus comportamientos de forma tal que se imposibilite o cuando menos se disuada la comisión de actos contrarios a la libre competencia, continúa siendo el propósito de la normativa comunitaria de comunicaciones electrónicas, bajo el entendido de que éste es el instrumento idóneo para permitir el acceso generalizado, en condiciones económicas razonables, a unas infraestructuras esenciales para el establecimiento de la sociedad de la información en Europa.

El surgimiento y desarrollo de nuevos mercados, así como la competencia entre infraestructuras son dos expresiones del grado de consolidación del mercado único europeo de las comunicaciones electrónicas. Los resultados de la adopción de medidas de apoyo al despliegue de infraestructuras alternativas a las provistas por los operadores incumbentes, tales como, la apertura del bucle local y las obligaciones de provisión de acceso indirecto, no son homogéneos, como tampoco lo son aquellos que surgieron de las acciones de promoción de la extensión del acceso a los servicios de banda ancha, de tal suerte que en esta nueva fase del proceso de liberalización, resultara insoslayable persistir en el propósito de no desincentivar las inversiones en infraestructuras alternativas con una regulación errónea, verbigracia, con la imposición de obligaciones a operadores con peso significativo en los mercados de redes o servicios emergentes.

La última fase del proceso, que se sitúa en las modificaciones al paquete comunitario de 2002 hasta la fecha, continúa la senda de convergencia entre el Derecho Sectorial y el de Competencia: se conserva la noción de OPSM, pero vuelven a reducirse los mercados a 7, con un listado de remedios que intentan solventar los problemas estructurales del mercado, incluida la separación funcional, medida correctiva de la integración vertical (otro aspecto estructural).

Tras un intento fallido por crear un regulador europeo, se llega a una solución de compromiso, un ente consultivo denominado Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas, que busca coordinar las acciones entre los Estados Miembros en aras de hacer homogéneas las condiciones de participación en los mercados.

Las autoridades comunitarias y nacionales, en observancia del principio de eficiencia y neutralidad tecnológica, han continuado fortaleciendo el mercado secundario del espectro, y, en los casos en que las acciones de los EEMM se advierten insuficientes para la consolidación del mercado interior, la Comisión ha adoptado medidas de carácter obligatorio y efecto directo, tales como, la fijación de tarifas para el roaming internacional. La competencia entre redes, que explica la preocupación por temas, tales como, el despliegue de las RNG y la creación de incentivos para innovar, sigue estando en la mira de las autoridades de los dos niveles de poder.

Los usuarios y sus derechos constituyen una preocupación que adquiere en este estadio una preponderancia muy visible: se fijan reglas que garanticen la seguridad de las redes (entre otras cosas, como garantía del secreto de las comunicaciones y como base para el ejercicio de actividades tales como, el comercio electrónico o del disfrute de otros servicios de la sociedad de la información); se establece un régimen tuitivo frente a potenciales conductas abusivas contractuales y un se adoptan medidas de discriminación positiva para favorecer a determinados colectivos.

A la vista de las características y derroteros de este proceso de deregulación sectorial, se tiene que, en efecto, la competencia efectiva es una noción vinculada, en el ordenamiento comunitario y nacional de las comunicaciones electrónicas, a la estructura del mercado, que promueve la presencia de varios operadores, compitiendo en igualdad de condiciones. Sin embargo, como se acredita tras examinar la identidad de los diferentes operadores que compiten en los mercados nacionales que integran la Unión Europea, la idoneidad de esta definición de competencia efectiva se puede poner en entredicho, no sólo por la razón anotada previamente, acerca de que la efectividad debe estar referenciada a un objetivo, sino desde dos perspectivas complementarias: las medidas de concentración de mercado y dimensiones de las empresas, en sectores que tienden a la concentración jurídico-económica, dados, entre otros factores, la tendencia a la convergencia tecnológica, las economías de escala y alcance, los costes hundidos, etc., no son representativas del grado de independencia entre los agentes y la calificación de entrantes en un mercado nacional, de la que deriva la atribución de un

trato diferencial en ese mismo mercado geográfico, en aras de garantizar la igualdad de condiciones, a operadores que, ampliando la visión hasta comprender el mercado interior europeo, juegan bajo la doble faz de OPSM (en algunos mercados) y entrantes (en otros), no aparece plenamente justificada.

Así las cosas, se plantea la necesidad de depurar el sentido de esta noción, acudiendo a un marco de referencia más amplio: el de la categoría servicios de interés económico general.

III. LA COMPETENCIA EFECTIVA EN EL MARCO DE LOS SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL

La primera consideración que surge del análisis del “soft law” comunitario aplicable a esta materia es que de la importancia de la actividad y su vinculación con varios bienes jurídicos, deriva una correlativa y mutable delimitación de las competencias de las instancias de poder con interés en la materia, de tal suerte que, su propia definición, no es un asunto resuelto de manera absoluta, ni pacífica: se trata de un tema abierto a debate que refleja muy bien la proverbial pugna entre las instancias de poder, comunitario y nacional, por deslindar el ejercicio de sus competencias. En este escenario concreto, la Comisión se muestra muy proclive a definir un marco jurídico común de referencia, cuyo alcance varía, primero, en función al sector de que se trate, toda vez que sí se constata la presencia de un interés comunitario en la provisión del servicio, su definición y organización, así como su financiación, competen a la Unión, y segundo, a medida que se profundiza en las condiciones de integración económica y política en la Unión y se verifican las sensibilidades políticas de los Estados miembros sobre los distintos aspectos que integran el régimen jurídico de los servicios de interés general (noción, contenido, organización, financiación, control).

Se pretende que este marco jurídico sirva de orientación y, a su turno, como referente de control de la acción de los Estados Miembros en relación al ejercicio de las competencias que, formal o materialmente, no se le disputan (definición, organización y financiación de los servicios), enarbolando como justificación la salvaguardia de las condiciones de competencia del mercado único y la compatibilidad de este objetivo con la realización del interés general, al tiempo que los Estados miembros, en especial Francia, manifiestan su reticencia a ceder su soberanía material en el ejercicio de dichas competencias. Se trata entonces de una noción jurídica con un marcado contenido

político: resultante de las tensiones dialécticas competenciales entre los EEMM y la Unión.

En un ámbito signado por elementos conflictivos tan latentes, no resulta inusual que las partes alcancen soluciones de compromiso, más políticas que jurídicas, generalmente en el marco de negociaciones más amplias, cuya juridificación arroje, entre otros resultados, la consagración de definiciones tan ambiguas que admitan varias opciones interpretativas, de tal suerte que no se erijan como un obstáculo para el desarrollo ordinario de un debate que se asume sempiterno. En esta explicación puede radicar la clave de la ausencia de una definición positiva de esta categoría y, en general, del tratamiento jurídico del que ha sido objeto, que coloca al operador jurídico en situación de sostener varias posturas sobre esta materia, ajustándolas a la casuística y a las características de los tiempos y de los lugares.

Así mismo, es un régimen que adolece de importantes deficiencias en cuanto a técnica jurídica empelada en su configuración: la propia noción, contenida en el *soft law* y acuñada en los estrados judiciales, no deslinda el *factum* de la consecuencia jurídica (es servicio de interés general, todo aquel al que se le puedan imponer obligaciones de servicio público); mezcla elementos objetivos, con subjetivos para la atribución de consecuencias jurídicas (una empresa es la que realiza una actividad económica); no distingue entre la misión de interés general, propiamente dicha y las manifestaciones de su realización en una actividad concreta (continuidad, universalidad, obligatoriedad, etc), y pretende volver objetivos los criterios estimativos del interés (la razones de solidaridad se coligen de la inexistencia de razones de sentido económico).

De otra parte, la ausencia de una norma definitoria de la categoría, en el Derecho comunitario primario o derivado, conduce a la asunción, por la Comisión, del cometido de generar un sistema regulador de la materia, a partir del conjunto de decisiones emanadas de los tribunales comunitarios. La actividad es *per se* titánica y en esa medida no ha estado desprovista de críticas, toda vez que, el carácter tópico de la actividad judicial dificulta la búsqueda y hallazgo de una única línea argumental que sirva como estructura lógica soporte de un sistema jurídico.

Otro factor que introduce complejidad al estudio de esta categoría, sobre el que también ha llamado la atención la doctrina nacional y foránea, es lo que gráficamente el profesor M. VAQUER denomina la “Babel europea”. La situación a la que se alude no es otra que la confusión terminológica, derivada de las traducciones, en torno a la denominación de las categorías, que cambia, y por ende su sentido, según se revise la

versión en inglés o en castellano de las normas comunitarias. En efecto, los “*services of general economic interest*” de la versión anglosajona, han sido traducidos como “servicios de interés económico general”, mientras que los “*non-economic services of general interest*” se traducen al castellano como “servicios de interés no económico general”. Esta cuestión, aparentemente superflua, adquiere importancia sí se tiene que hay motivos para considerar que la calificación de “económico” o “no económico” se efectúa, no sobre el servicio, sino sobre el interés, de tal suerte que la operación hermenéutica realizada, sobre uno u otro objeto, puede arrojar resultados diferentes.

Siguiendo el rastro de los efectos de la Babel europea se advierte otro factor que introduce complejidad al sistema: la categoría de los servicios de interés económico general se perfila, dada su consagración en el artículo 106.2 TFUE, en el marco de las normas de competencia dentro del Tratado. Trátese de una excepción, o de un régimen especial, lo cierto es que la verificación de la presencia de los elementos que integran el *factum* de la regla contenida en el art. 106.2 TFUE dan como resultado la inaplicación de las normas en materia de abuso de posición de dominio (TFUE; art. 102), acuerdos contrarios a la libre competencia (TFUE; art.101) y ayudas estatales (TFUE; art. 107), sólo hasta el punto y en la medida que ello resulte necesario para acometer la misión de interés general confiada a la entidad cuyo comportamiento se analiza. Así las cosas, la noción nace y se decanta desde la perspectiva de la compatibilidad del mercado con la realización de los objetivos públicos como premisa y la obligación de los Estados Miembros de demostrar, con mayor o menor grado de certidumbre y detalle, el grado de incompatibilidad entre uno y otro objetivo.

Lo anterior no es óbice para afirmar que el reconocimiento de una suerte de derecho de acceso a los servicios de interés económico general en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión (art. 36) y la inclusión, mediante el Tratado de Amsterdam, del artículo 14 del TFUE en el que se reconoce un lugar especial dentro de los valores comunes de la Unión, así como la firma del Protocolo 26 anejo al de Lisboa, han hecho considerar, a parte de la doctrina, que se ha operado un cambio, más o menos sustancial, según la opinión que se consulte, en relación al marco delimitador de la noción, de tal suerte que, el análisis de la compatibilidad (mercado, misión de interés general) puede arrojar interesantes y novedosos resultados. Llama la atención en este punto, y es ello lo que se estima que constituye una dificultad añadida en la formulación del tema, que no existan decisiones judiciales que permitan respaldar, de manera concluyente, alguna de las posturas doctrinales sobre el alcance de las mutaciones que

pueden estarse operando sobre la noción, ni siquiera 12 años después de entrar en vigor el art. 14 TFUE, como si, en alguna medida, los jueces comunitarios quisiera eludir la clarificación de este extremo, parapetándose tras la interpretación aislada del artículo 106.2 TFUE.

En suma, pese a existir evidencias (cambios normativos, decisiones judiciales puntuales, etc.) sobre el carácter proteico de la categoría, la cuestión, a día de hoy, sigue tratándose desde la perspectiva de la compatibilidad entre los objetivos públicos y el mercado.

Para llegar a la calificación de servicio de interés económico general, los Tribunales desarrollan un proceso analítico compuesto por varias fases:

FASE I: Establecer si la entidad cuyo comportamiento se analiza, realiza una actividad económica.

En esta fase analítica se recurre al elemento objetivo (actividad económica) para llegar a una conclusión sobre el elemento subjetivo (empresa).

Ha de referirse, previo el análisis de lo que se considera actividad económica para el Derecho Comunitario que, uno es el sentido de esta noción desde la perspectiva del Derecho a la competencia y otro desde las libertades del mercado (TFUE; arts. 49 y 56). En el ámbito de las normas de competencia, lo que determina la diferencia entre económico y no económico no es el sector o el estatuto de la entidad que presta el servicio, ni la forma como se financia, sino la naturaleza de la actividad. Para hacer la distinción entre naturalezas, el Tribunal tiene en cuenta un grupo de criterios relacionados con las condiciones de funcionamiento del servicio, por ejemplo, la existencia de un mercado, la presencia de prerrogativas estatales u obligaciones de solidaridad. Así, una misma empresa puede dedicarse al desarrollo de actividades económicas y no económicas, que resultan diferenciables desde una perspectiva funcional. Por su parte, para las normas de mercado interior, la característica principal de una actividad económica es que su provisión sea remunerada, aún cuando quien remunera no sea el usuario del servicio. En este caso, el carácter económico no depende de la naturaleza de la actividad, sino más bien de la forma en que ésta se presta, organiza y financia.

Desde el punto de vista de la normativa del mercado interior, la actividad es económica, si se trata de una prestación remunerada, con independencia de quién remunere (el usuario, o un tercero) de sí hay un ánimo oneroso en la percepción de la remuneración.

En el caso de la normativa de competencia, el carácter económico dimana de la existencia de una pluralidad de suministradores (reales o potenciales) y también del dato de la remuneración.

De otra parte, la actividad no económica se define en contraposición a la económica: 1) bien por su naturaleza, por las normas que la regulan o por su objeto, son actividades ajenas a la esfera de los intercambios económicos; o 2) son prerrogativas del poder público. Las segundas constituyen un ámbito de decisión de los EEMM en los que claramente no tienen ascendencia las autoridades comunitarias, al tiempo que el carácter de las primeras se extrae de la presencia de indicios acerca de que es el principio de solidaridad el que inspira la organización y el funcionamiento del sistema: la contraprestación del servicio no se explica desde la racionalidad económica (no se fija en virtud de los ingresos del demandante, ni es proporcional a la entidad de la prestación); el acceso a la prestación es de carácter obligatorio, tanto para el usuario, como para el proveedor y la actividad carece de finalidad lucrativa.

El empleo alternativo o cumulativo de los criterios extraídos de la normativa de mercado interior y de competencia, como lo evidencia el caso Meca, en el que TJCE valoraba las reglas antidopaje a la luz de estos dos subsistemas normativos, puede conducir a soluciones jurídicas difíciles de explicar, como ocurre en el evento que, una actividad sea por naturaleza económica, pero su forma de organización no revista tal carácter. En ese caso, debería aplicar, exclusivamente, la normativa de competencia, y no la del mercado interior, solución que no está contemplada dentro del sistema y que lleva a plantearse las siguientes consideraciones: a) Toda actividad que por naturaleza es económica, debe tener una organización económica en cuyo caso, la aplicación conjunta de la normativa se traduciría o comportaría una prescripción sobre la forma de organización. En este caso, la categoría de los SIEG no sería descriptiva, sino prescriptiva, toda vez que, se reitera, una actividad de naturaleza económica necesariamente debería estar organizada bajo tal égida. Esta hipótesis también resulta ajena a lo que se ha denominado, a los efectos de esta tesis, la lógica de los SIEG que, como se ha anticipado, prevé que la forma de organización de las prestaciones queda sujeta a la discrecionalidad de los EEMM; b) Entender que, a los efectos de los SIEG, la consecuencia jurídica se deriva de la calificación de la actividad como económica, desde la perspectiva del derecho de competencia, con independencia de los resultados del examen a la luz de las normas de mercado interior, de tal suerte que dicho análisis opera por fuera del sistema SIEG; en otras palabras, el bloque normativo de los SIEG estaría

siempre integrado por los artículos 34, 49, 101, 102, 106 y 107 TFUE, sin que sea necesario verificar la adecuación de la actividad al supuesto de hecho prescrito en las dos primeras disposiciones precitadas.

II FASE: la presencia de un interés general

En el ámbito de las normas del mercado interior pueden destacarse las siguientes razones de interés general: la protección de los consumidores, la salud pública (calidad de los servicios médicos, abastecimiento de medicamentos seguros y de calidad), objetivos de seguridad vial, la protección del medio ambiente, la ordenación del territorio, la libertad de expresión (que incluye la libertad de recibir información), el pluralismo y la diversidad cultural, garantizar la legalidad y la seguridad jurídica de los actos celebrados entre particulares, protección del orden social, la protección de los justiciables y la buena administración de la justicia, la salvaguardia de los derechos de autor y la diversidad lingüística.

No se consideran causas de interés general, los motivos de carácter meramente económico, salvo que exista un perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social, que sí se considera una razón imperiosa de interés general.

En sede de la aplicación de la normativa de competencia, se advierten como notas caracterizadoras de una misión de interés económico general, la universalidad, que no coincide con el concepto de servicio universal, toda vez que se admite que la provisión tenga un ámbito territorial delimitado, ni implica que el servicio sea gratuito o que se ofrezca sin consideración a la rentabilidad económica y la obligatoriedad, en dos sentidos: los operadores están obligados a suministrar los servicios en las condiciones fijadas en el acto de encomienda de los poderes públicos, lo cual no implica que carezcan absolutamente de un margen de maniobra para la definición de las condiciones de suministro y no pueden negarse a suministrarlo a quien se lo solicite.

III FASE: el test de proporcionalidad

Al advertir la presencia de una razón de interés general, el juez comunitario procede a aplicar el test de proporcionalidad: la medida nacional controvertida en el litigio principal sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo.

El test de proporcionalidad se basa en situar el buen funcionamiento del mercado como un valor jurídico preferente en el sistema, dentro del que es suscitan conflictos de interés, entre dicho valor y otras razones de interés general. Esta preferencia se evidencia

en el hecho de que la ponderación de intereses está planteada en términos de compatibilidad entre el mercado y el resto de los objetivos: si la actividad es provista dentro de un mercado, el interés general económico consiste en la conservación de las condiciones de competencia y la compatibilidad de las mismas con la realización del otro objetivo de interés público que convive, con el mercado, en la calificación. Si, por el contrario, no hay mercado, pero hay razones para creer que es posible configurarlo (dando lugar a un segmento más o menos intervenido, a un mercado más o menos ficticio) sin poner en riesgo la realización de otros objetivos, la presencia del interés general económico demandará la realización de las acciones tendentes a su generación. En ese orden de ideas, la categoría del interés general no económico sólo surge por exclusión, es decir, cuando, verificada la inexistencia del mercado, el balance entre los valores jurídicos se inclina hacia otros diferentes al mercado.

La salvaguardia del resto de valores presentes en el ordenamiento comunitario (protección de usuarios) a través de técnicas como la imposición de obligaciones de servicio público y, concretamente, de servicio universal, se construye desde la idea de que existen resultados del funcionamiento “no regulado” del mercado en los que la compatibilidad entre este medio o valor y estos valores puede ponerse en entredicho, de tal suerte que la intervención pública o “regulación” está justificada. Aún cuando existan razones para la intervención, ésta se define desde y para la resolución de los problemas de compatibilidad con el mercado, de ahí que los principios de razonabilidad (hay un fallo en el mercado) y proporcionalidad de la medida de intervención (la medida es idónea y necesaria para atender el fallo de mercado) cobren tanta importancia.

Pese a esta aparente preferencia incondicionada del mercado, como valor dentro del sistema jurídico comunitario, a este punto de la decantación del régimen jurídico de los SIEG, hay razones para creer que existe una nueva forma de convivencia, entre el mercado y otros valores, propiciada por el art. 14 TFUE, por la inclusión el art. 36 de la Carta de Derechos y la firma del Protocolo 26, debería, de una parte, seguirse reflejando en los contenidos de las decisiones judiciales y en los términos y condiciones bajo las cuales se realiza el control de las medidas de los Estados Miembros, y de otra, revivir la idea del análisis de estas actividades desde la perspectiva de la instrumentalidad del mercado en relación con la consecución de los objetivos públicos, que daría lugar a una segunda fase en el análisis de compatibilidad: (mercado/otro valor) la realización del objetivo público sólo puede demandar la inaplicación de las normas de competencia en

tanto en cuanto ello resulte necesario para su realización y, (valor/mercado) las reglas y condiciones del mercado deben conducir a la realización del resto de intereses generales.

Esta visión de instrumentalidad verificable, estuvo presente en las primeras fases de estructuración del sistema, cuando se ponía en tela de juicio las bondades de la liberalización en términos modificaciones en la calidad de los servicios de interés general, y estaba acompañada de una obligación de evaluación, recogida desde la COM (1996) 443 final (apartado 60), en la COM (2000) 580 final (apartado 59), en la COM (2001) 598 final (apartado 5), en el libro Verde (apartados 94 – 98) y en el Libro Blanco (apartado 4.5). Se tiene entonces que, a nivel comunitario, existía una preocupación real por la verificación de los resultados que la aplicación de las condiciones de mercado generaba, como primera medida, en el marco del propio segmento, pero desde la perspectiva del consumidor (existencia de ofertas diferenciadas, en términos de precio y calidad, que satisfagan las necesidades y expectativas de los usuarios) y luego, en general, sobre el conjunto de la sociedad, en términos de creación de empleo, generación de infraestructura, aminoración de la brecha social, etc.

Esta preocupación resultaba aún más acuciante en ámbitos en los que este mecanismo social de satisfacción de las necesidades de la colectividad no se da de manera espontánea, sino que es el resultado de una intervención pública encaminada a garantizar la presencia y operación de sus dos elementos esenciales (pluralidad de suministradores y remuneración), toda vez que cualquier valoración sobre la eficacia y eficiencia de la intervención debía tener en cuenta los beneficios sociales generados.

La existencia de algunos estudios sobre efectividad del mercado en los términos definidos en esta tesis (instrumentalidad del mercado en pos de la consecución de objetivos públicos), cuya regularidad desaparece por razones que no se alcanzan a precisar, permiten constatar: a) Que se han suscitado cuestionamientos sobre la eficacia del mercado como el mecanismo más eficiente para la provisión de los servicios de interés general; b) Se ha desarrollado una metodología para la evaluación de los resultados de las medidas de promoción de las condiciones de competencia y c) Se conocen algunos datos relevantes sobre los efectos de las medidas liberalizadoras en términos de empleo, cohesión social y territorial, grado de satisfacción de los usuarios, que desborda el ámbito de los análisis de delimitación de mercados e imposición de obligaciones, que caracterizan la actividad del regulador nacional del mercado de las comunicaciones electrónicas.

Se considera que es esta visión instrumental del mercado y de la competencia efectiva es la que se ajusta a las características de esta categoría jurídica y se estima que el interés presente en la actividad es la garantía del derecho a la comunicación (CE; art. 20) y el ejercicio del status de la ciudadanía digital, que obligan, en virtud al principio de solidaridad, a que los poderes públicos realicen acciones tendentes a remover los obstáculos que impidan su ejercicio, en condiciones de igualdad, en consuno con el resto de los agentes que intervienen en la actividad.

A. La solidaridad como valor central del sistema jurídico de las comunicaciones electrónicas

El concepto de solidaridad, entendida en términos tales que el Estado compromete su acción positiva en la efectividad de los valores de la igualdad, justicia, de tal suerte que los poderes públicos están obligados a desarrollar acciones de promoción y eliminación de obstáculos que impidan su ejercicio y los ciudadanos no sólo ostentamos un deber de abstención, sino una verdadera obligación de contribuir a la realización de los derechos, va haciéndose un lugar en el discurso europeo; empero, su configuración sigue estando sesgada, por la compatibilidad con el mercado de la que dimana su circunscripción al ámbito del servicio universal. La solidaridad como valor que justifica la eliminación de los obstáculos para el ejercicio efectivo de los derechos, sólo entra en juego en el espacio que el mercado haya dejado vacío.

Tal aseveración no cabe en el Estado Español, toda vez que un Estado social y democrático de Derecho, que erige la solidaridad como un principio del ordenamiento, no puede desatender su deber de garantizar el acceso de todas las personas a los medios tecnológicos que les permitan mejorar sus condiciones de vida y disfrutar, en igualdad plena, de su dignidad humana, so pretexto de privilegiar la acción de las fuerzas del mercado sobre las medidas de intervención pública. Así las cosas, la salvaguardia de las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las comunicaciones electrónicas y el deber de velar porque dicha competencia no sea falseada (LGT; art. 3.1) debe considerarse como un objetivo instrumental, al servicio, no sólo de lo previsto en el artículo 20 CE, sino también, como se ha dicho en los párrafos precedentes, del ejercicio de los derechos políticos (CE; art. 23), el derecho a la vida y a la salud (CE; art. 15 y 43), al trabajo (CE; art. 35), a la educación (CE; art. 27), por nombrar sólo algunos y es esta la perspectiva, y no la simplemente económica, la que debe guiar la regulación jurídica de esta materia.

Como efectos de la calificación jurídica de una actividad como de interés económico general se tienen, en la normativa comunitaria, la posibilidad de imponer obligaciones de servicio público, y en la nacional, la existencia de diversas técnicas de organización de una actividad, seleccionables por el legislador nacional, atendiendo las características del interés general que se pretende tutelar, como manifestación clara de su potestad de delimitación del espacio constitucionalmente protegido de la libertad de empresa. Tales técnicas pueden consistir en: i) la regulación u ordenación de la actividad, bajo el reconocimiento del carácter privado de su titularidad, con imposición de obligaciones o cargas a los particulares, compensadas: con el correlativo otorgamiento de facultades públicas, de derechos especiales, o con subvenciones; ii) la reserva de titularidad de la actividad, sin que ello implique la gestión directa necesariamente, bajo el entendido que la satisfacción de la misión de interés general demanda la exclusión del ejercicio del derecho a la libertad de empresa en tal ámbito social.

La elección de la técnica entonces responderá: 1) A un análisis de la posición de los poderes públicos sobre la necesidad concreta (sí el deber es de garantía o de provisión, en régimen de gestión directa o indirecta) y 2) A los resultados de la ponderación de intereses, que decantará la elección por los mecanismos de mercado, con imposición de obligación, o por la reserva de la actividad. 3) En cualquiera de los dos casos, resulta esencial verificar, la idoneidad de la elección, con la aplicación de los mecanismos de evaluación de resultados, que ya se han venido aplicando en la práctica regulatoria.

Así mismo, el reconocimiento del carácter instrumental del mercado, conduce a la necesidad de valorar los resultados de su puesta en operación, en términos de realización de objetivos públicos. Los mecanismos para la validación de dichos resultados, se han empleado en la regulación sectorial, como se advertía con antelación, y se emplean en el marco de la aplicación de las normas de competencia, que permiten efectuar un análisis de eficiencias, derivadas del comportamiento sub examine, que soslayan los efectos perturbadores que para la competencia también dimanen de dicho comportamiento.

La calificación de una actividad como de interés económico general también incide en estatuto de los operadores y usuarios que participan en el segmento económico: Las instituciones de la Unión han reconocido que los usuarios de los servicios de interés general no pueden quedar sin más amparados por la regulación general de consumidores, debido al carácter esencial de las prestaciones que erogan estos servicios y a las limitaciones del mercado para asegurar las condiciones de asequibilidad,

generalidad, continuidad y regularidad, al tiempo que los operadores aparecen como verdaderos colaboradores en la realización de los intereses generales que conviven con el mercado, dentro de la propia calificación.

El usuario de las comunicaciones electrónicas, por ejemplo, gozará de una protección especial que le garantice el ejercicio del legítimo derecho a comunicarse y que es traduzca entre otras técnicas, en la fijación del contenido del servicio universal y en la configuración de otras obligaciones de servicio público de las que se beneficie directamente. Empero, no hay que perder de vista que el interés general no se agota en dichas técnicas o, en otras palabras, que no puede confundirse la técnica con el interés. Esta visión reduccionista de los efectos de la calificación de una actividad, como de interés general, y que invita a ver en las obligaciones de servicio público el mecanismo jurídico de resolución de los fallos de mercado, ha de superarse, en línea con lo que se ha ido manifestando a lo largo de esta tesis, para llegar a la conclusión que el interés general, como es el caso de las comunicaciones electrónicas, puede permear todo el desarrollo de la actividad, de tal suerte que, la garantía de las condiciones para el ejercicio del derecho a la comunicación ha de estar presente en todo el sistema.

En concordancia con lo anterior, el régimen jurídico del operador de comunicaciones electrónicas estará soportado en dos bases: su derecho al ejercicio de la libertad de empresa y su deber de contribuir a la realización de los objetivos públicos que se perfilen en torno a la garantía del derecho a comunicarse. En este sentido, las habilitaciones para el ejercicio de la actividad juegan un papel fundamental, como técnicas que permiten, de una parte, la composición de estos intereses, y de otra, la reconducción del comportamiento de los operadores, cuando desatiendan las finalidades públicas.

IV. LAS HABILITACIONES SECTORIALES COMO TÉCNICAS AL SERVICIO DE LA COMPETENCIA EFECTIVA

La perspectiva desde la cual se ha abordado el tema de los títulos habilitantes, en materia de comunicaciones electrónicas y que ha dado lugar a una suerte de confinamiento, bajo sospecha, que se traduce en su consagración como medida de carácter excepcional, validada sólo para el otorgamiento de derechos de uso sobre recursos escasos (espectro, numeración, derechos de ocupación, etc), obedece a la concepción de que el eje central del sistema es el mercado y, por ende, las habilitaciones son barreras de ingreso legales, que deben ser eliminadas. Tal consideración desconoce

lo que se ha dicho hasta ahora, acerca del carácter servicial del mercado en relación con valores jurídicos superiores, tales como, el derecho a comunicarse, la inclusión social, el ejercicio de derechos políticos, etc y la lógica que inspira, entre otras disposiciones generales, la Directiva de Servicios que, como lo advierte el Dr. PAREJO, no prohíbe el recurso a la técnica, sino que condiciona su ejercicio, a la comprobación de la existencia de razones de interés general que justifiquen su utilización y a la superación de un test de proporcionalidad.

Bajo estas premisas puede señalarse que una habilitación sectorial en telecomunicaciones es una técnica al servicio de la actividad de ordenación, que no actúa como límite del ejercicio de las libertades individuales sino como expresión de los cauces definidos justamente para su ejercicio, que ha de analizarse en términos de su contribución eficaz al logro de los objetivos públicos que la justifican.

Dentro de los objetivos públicos, se hallan algunas de las funciones que comúnmente pueden asociarse a las habilitaciones: éstas han sido empleadas para conjurar riesgos asociados al desarrollo del mercado, como el descreme del mismo durante la fase de la liberalización comprendida entre 1999 y 2002; para regular el ingreso gradual de los entrantes, como en el caso de las habilitaciones otorgadas a los cableros; con fines recaudatorios, cuyo ejemplo prototípico son las UMTs y para la imposición de obligaciones de servicio público.

Las diferencias en las habilitaciones, en su carácter y régimen jurídicos, pueden explicarse en orden a su funcionalidad. Así, las autorizaciones generales de la Directiva 97/13, que coincidían con la naturaleza de las class licences anglosajonas, se caracterizaban por: a) inexistencia de una decisión administrativa y b) adhesión o sujeción a un régimen general. Esta modalidad de control ex ante, que resulta más flexible que aquellas que requieren un posicionamiento expreso de la Administración con respecto a una solicitud de un sujeto, se reservaban para la explotación de actividades consideradas como de menor importancia social o económica (redes privadas, servicios de valor añadido, etc).

Similar consideración puede realizarse tratándose de las autorizaciones generales de la LGT98, norma vigente al momento del otorgamiento de las habilitaciones para la explotación de servicios UMTs: eran verdaderas títulos habilitantes, en el sentido de generar el alzamiento de una prohibición relativa para el desarrollo de la actividad, por el doble juego entre la comunicación y el registro; La prohibición relativa se levantaba por el acto de registro o por el paso del tiempo, de tal suerte que, comportaban un sistema de control preventivo que contenía una “prohibición relativa con reserva de

alzamiento registral”. Al efectuarse el registro de forma reglada y automática, según se lee en el art. 11.1 LGT98, se confirma su carácter eminentemente declarativo y, en consecuencia surge, como efecto natural y espontáneo del incumplimiento del plazo de tramitación del registro, la consolidación del silencio administrativo positivo. En esa medida, las autorizaciones generaban situaciones reglamentarias, reguladas con carácter general por los reglamentos de cada servicio

La comprensión del alcance, contenido y funcionalidad de las licencias individuales, requiere un esfuerzo adicional, consistente en su ubicación dentro del sistema de gestión de las denominadas “utilities”. El análisis de diversas decisiones judiciales en los estrados norteamericanos, conduce a las siguientes conclusiones:

1. No existen ninguna actividad que *per se* pueda ser calificada como *utilities*, dando lugar a la aplicación de un régimen excepcional para el desarrollo de una actividad económica, toda vez que las características económicas (régimen de explotación, entidad de la demanda, etc.) de las actividades que han recibido dicha calificación no son uniformes.

2. El elemento diferencial de esta categoría, desde una perspectiva objetiva, es la presencia de un interés público que “invierte” o afecta la actividad. La definición del interés público corresponde al legislador y no forma parte de las competencias jurisdiccionales cuestionar su existencia: la labor de control judicial se circunscribe a la verificación de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida.

3. En términos generales, la jurisprudencia norteamericana ha descrito tres tipos de actividades en las que halla presente un interés público: a. Las denominadas *common calling*, a las que, proverbialmente, se les ha reconocido una relevancia social significativa, que comporta la asunción de una responsabilidad excepcional frente a la colectividad. En esta categoría el aspecto esencial del régimen jurídico es la fijación de los términos de la responsabilidad del prestador; b. Las que se desarrollan al amparo de una garantía pública (que puede consistir, por ejemplo, en una *franchise* –concesión-) que otorga privilegios al beneficiario, al tiempo que le impone el deber de atender cualquier demanda de provisión del bien o servicio. Las *public utilities* suelen encuadrarse en esta categoría, empero, como se analiza en varias decisiones, la atribución de esta calificación jurídica no depende de la existencia de un monopolio legal o del disfrute de privilegios, sino a la necesidad de garantizar el acceso a la prestación, de modo general, en condiciones fijadas en el ordenamiento. Así las cosas, en esta categoría el elemento capital de la ordenación es la garantía de acceso y c. Las

actividades que, por estar orientadas a un uso público, obligan a su suministrador a proteger el interés que, para la colectividad, supone su disfrute. Bajo esta concepción, lo neurálgico de la regulación es la salvaguardia de las condiciones de uso general.

Sí el disfrute de los beneficios derivados de la prestación se considera vinculado a la realización de un interés público, la actividad encuadrada en el tipo c) de la anterior relación, muta hacia la segunda categoría, de tal suerte que la responsabilidad del prestador no abarca sólo las condiciones de la provisión del servicio, sino que extiende a la asunción de la obligación de contratar, previa solicitud del consumidor.

4. El vínculo entre una actividad y el interés público se definía, originalmente, en función de la naturaleza y extensión de los negocios, así como de su preponderancia dentro del comercio interestatal y de manera progresiva se fue ampliando hasta una enunciación más genérica que aludía a la contribución a la prosperidad y el bienestar general, de forma tal que se crease un vínculo con el público que condujese a la imposición de la obligación de dar un trato razonable en la contratación.

5. El reconocimiento de la presencia de un interés público no impone la exclusión de la actividad del tráfico jurídico privado, ya que sólo excepcionalmente, en concreto en el Reino Unido, la garantía de los derechos de los consumidores se vinculó a la reserva de titularidad pública de la actividad, entendida como la marginación de la participación privada en la actividad afectada por el interés general.

6. La anterior aseveración se ve complementada con la idea de que la afectación tampoco conduce, de manera inexorable, a una solución unívoca en Derecho, ésto es, no existe un régimen jurídico uniforme asociado ineludiblemente a cada una de las categorías descritas en los párrafos precedentes, entre otras razones, porque la propia diferenciación se realiza desde una perspectiva teleológica que evidencia la existencia de una diversidad de propósitos (garantía de acceso, fijación de condiciones del bien o servicio para su puesta a disposición al público).

7. En puridad, todas las categorías responden a la necesidad de hallar una justificación para la configuración de un régimen especial de responsabilidad predicable del prestador de un servicio o del proveedor de un bien (fundamento de las *common calling*) y las diferencias en los contenidos obligacionales anejos a cada uno de ellos, que expresan un mayor o menor grado de incidencia en las condiciones del desarrollo de la actividad comercial (que constituyen el objeto de la actividad regulatoria), obedecen a la propia naturaleza de la actividad, a su vinculación a la realización de un interés público

concreto y a la existencia de riesgos para el disfrute de los derechos correlativos por parte de usuarios.

8. La afectación de la actividad no conduce al desconocimiento del derecho del proveedor del servicio a recibir una remuneración razonable por la prestación. La garantía patrimonial del desarrollador de la actividad se considera un pilar dentro de cualquier forma de organización de una actividad vinculada a la realización de intereses generales, de tal suerte que, la disciplina de las *public utilities* expresa una composición de intereses públicos y privados, en la que protección de los derechos de los consumidores se compatibiliza con el ejercicio de los derechos de propiedad y libertad de empresa de los proveedores del bien o servicio afecto al interés público.

Así las cosas, puede concluirse que, las *public utilities*, como categoría jurídica, posee como caracteres singulares: la presencia de un interés general en la actividad cuya salvaguardia demanda, de una parte, la imposición del deber de garantizar el acceso a la prestación o al bien y, de otra, el reconocimiento del correlativo derecho a obtener una remuneración razonable por la prestación.

En el marco de las *public utilities* el régimen habilitatorio presenta las siguientes características:

a. Atiende una finalidad de control del cumplimiento de condiciones para el ejercicio de una actividad, cuya titularidad no se reserva al Estado, que, en algunos casos, se acompaña de una función moduladora de las condiciones del mercado y, en esa medida, puede considerarse como un acto administrativo que tiene por efecto el levantamiento de una prohibición.

b. Cumple una función regulatoria, adicional a la de control del cumplimiento de condiciones para el ejercicio de una actividad. En el sistema continental, las habilitaciones de carácter unilateral, no están orientadas a esta finalidad toda vez que las condiciones para el desarrollo de la actividad se fijan en las normas que, con carácter general, reglan el comportamiento de los agentes en ese concreto segmento económico. Dado el intrincado funcionamiento del sistema de fuentes anglosajón, en el que el reglamento está supeditado a la existencia de una autorización parlamentaria, el reconocimiento de vocación normativa a la propia habilitación es una consecuencia natural de la operación de este sistema jurídico.

c. Como consecuencia de su función regulatoria, la habilitación es fuente de las obligaciones y derechos de los licenciatarios llegando, en algunos casos, a justificar la

explotación monopolística de la actividad. En esa medida, y como dato capital para esta investigación, se tiene que la *licence* es, ante todo, un instrumento de vinculación del operador a la realización de un objetivo público y no, simplemente, una medida de control de cuyo ejercicio puede desprenderse el alzamiento de una prohibición.

d. Teniendo en cuenta que la habilitación opera como vínculo, en los términos antes expuestos, uno de sus efectos es generar una corresponsabilidad entre el beneficiario y la Administración, del logro de objetivos fijados por el Parlamento, de tal suerte que el licenciatario queda sometido a un régimen de responsabilidad excepcional cuyo contenido se explica en función de su grado de participación o concernencia con la realización del interés general.

e. Cada *licence* expresa un concreto y singular resultado de un proceso de composición de intereses en el que se compatibiliza el derecho de acceso de los consumidores con el derecho a obtener una remuneración razonable por parte de los proveedores.

f. Dada su participación o contribución en la realización del interés general, la habilitación actúa como título jurídico para el ejercicio de potestades administrativas.

La licencia individual comunitaria hizo una recepción acrítica y parcial de las características de una *licence*, en el marco de las *utilities*, eliminando sus notas de corresponsabilidad, vinculación a la realización de un interés público y composición de intereses, para quedarse exclusivamente con la exigencia de una decisión administrativa expresa; el carácter específico, en oposición al general de las autorizaciones, de su objeto material y la sujeción del ejercicio del derecho a la obtención de la habilitación.

Por su parte, la licencia individual, en el régimen español, era una manifestación del control *ex ante*, que obraba como levantamiento de una prohibición relativa para el ejercicio de una actividad, a cuyo desarrollo tenía derecho todo solicitante que cumpliera con las condiciones fijadas por el ordenamiento. Así definida, cumple con los presupuestos de la licencia comunitaria: (i) existencia de una decisión administrativa; (ii) carácter específico de su objeto material y (iii) sujeción del ejercicio del derecho a la obtención de la habilitación.

Empero, debe llamarse la atención en este punto sobre la ausencia de elementos caracterizadores que la aproximen a un título típico de un entorno de *public utilities*, en el que, como ha quedado explicado, la habilitación cumple con una diversidad de funciones, dentro de las que cabe resaltar la corresponsabilidad del operador.

V. LAS CONCLUSIONES SOBRE EL CASO EN CONCRETO

La defensa de la competencia efectiva, como ha quedado definida a lo largo de esta tesis, se incardina en la funcionalidad de corresponsabilidad, que, aplicada al caso que se examina a lo largo de la tesis, imponía la necesidad de garantizar la disponibilidad del servicio en condiciones que atendieran las exigencias de comunicación de los usuarios (especialmente los de áreas rurales) y las demandas de las empresas, como consumidores diferenciados, en el estado de desarrollo tecnológico y comercial que tuviese la facilidad, al tiempo que, mediatamente, se propiciaba la consecución de los objetivos generales de política económica y social. El incipiente estado de la disponibilidad comercial de la tecnología demandaba, entonces, una planificación, liderada por el poder público, para su introducción gradual en el mercado, que contemplase dichos objetivos y previese los mecanismos de habilitación necesarios para la realización de los mismos.

Al prescindir de esta planificación, orientada a resultados, la habilitación, su funcionalidad, se redujo a la de permitir el acceso a un recurso público, sin ninguna vinculación real a la realización de un objetivo de tal naturaleza, generando la impresión de que, en efecto, la intención alcabalera había presidido el otorgamiento del título habilitante y derivado en una suerte de compraventa de un mercado entre la Administración y algunos operadores. En esta tesitura y al enfrentarse a una situación de desarrollo comercial que hacía inviable las condiciones de explotación del servicio, en los términos tenidos en cuenta originalmente, la Administración cedió ante la presión de los operadores y ofreció soluciones relativas a la rentabilidad de la explotación, sin tener en cuenta el resto de intereses.

Si, pese a la planificación ordenada de la introducción de la facilidad, los operadores hubiesen tenido que hacer frente a dificultades adicionales, la consulta de todos los intereses en juego hubiere dado lugar a las modificaciones propuestas pero acompañadas de la asunción de compromisos adicionales por los operadores, que dieran cuenta de su grado de implicación con la realización de los demás valores presentes en su relación con la Administración. El reequilibrio de las condiciones hubiera afectado los dos extremos de la relación jurídica.

VI. LAS NOTAS CARACTERIZADORAS DE UN TÍTULO HABILITANTE PARA LA PRESTACIÓN DE UN SERVICIO DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

Empleando este caso como ejemplo paradigmático, se considera que una congruente estructuración de un régimen habilitario, dentro de un sistema para el desarrollo de una actividad calificada de interés económico general, debería tener en cuenta los siguientes aspectos, algunos de los cuales devienen de las instituciones prístinas que le dan origen:

1. La idea central del régimen jurídico de la habilitación es su carácter instrumental para la realización de objetivos públicos: La habilitación debe perfilarse teniendo en cuenta que es un instrumento al servicio de la realización del objetivo de competencia efectiva, tal y como ha quedado definida a lo largo de esta tesis: una rivalidad que alcanza resultados públicos concretos, medibles y evaluable. En su condición instrumental, ha de verificarse su idoneidad para, de una parte, garantizar el derecho al ejercicio a la libertad de empresa, y de otra, para la realización de los restantes objetivos públicos. En cuanto a los segundos, el título debe estructurarse de forma tal que pueda adaptarse a los resultados de las evaluaciones sobre la consecución de objetivos: ha de ser flexible y adaptable a dichos resultados.

2. Se trata de un vínculo jurídico que genera una corresponsabilidad entre el ente adjudicador y el operador beneficiario, en pos de la realización de dicha objetivo. En su vertiente de título para la explotación de un recurso público, o de un servicio sometido a regulación, debe dotar a los operadores de garantías suficientes para desarrollar tales actividades en condiciones rentables, al tiempo que debe corresponsabilizarlos con la consecución de los demás objetivos. No es suficiente ver en el título una fuente de derechos y obligaciones para el operador, es necesario que lo coloque en una situación jurídica especial, en un status público diferencial, que explique: (1) Su posición como beneficiario, si es del caso, de la procura de las condiciones de existencia de un mercado ficticio; (2) El uso y disfrute de recursos públicos; (3) El ejercicio delegado de prerrogativas públicas; (4) la asunción de obligaciones de servicio público y (5) la corresponsabilidad con los poderes públicos en la realización de los objetivos públicos.

BIBLIOGRAFIA

AAVV. La Constitución Económica Española de 1978. En: *XV Jornadas de Estudio. El sistema económico en la Constitución Española*. Vol. I, Madrid: Ministerio de Justicia, 1994, p. 33-69.

ADAMS, Gregory; MCCHESENEY, Adams. Not good enough for government work: geographic market definition and the FTC's case against Chicagoland physician associations. *Journal of Competition Law & Economics*, núm. 4, Diciembre, 2010, p. 771-811.

ALBI ALBI, Joaquin. La prestación de servicios y el establecimiento y explotación de redes de telecomunicaciones en régimen de libre competencia. En: GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; DE LA QUADRA SALCEDO; Tomas. (coord). *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 11/1998, de 24 de abril)*. Madrid: Civitas, 1999. p. 63- 124.

ALBIEZ DOHRMANN, Klaus. "Mercado interior, contratos y Derecho de la Competencia". *Revista de Derecho Constitucional*, En-Jn de 2006, p. 101-120.

ALESE, Femi. Introduction En: ALESE, Femi. *Federal Antitrust and EC Competition Law Analysis*. UK: Ashgate, 2008, p. 1-7.

ALEXANDER, George. Antitrust and the telephone industry after Telecommunications Act 1996, *Santa Clara Computer & High Tech. L. J.* núm 227, 1996, p.228-251.

ALIERTA IZUEL, César. Telefónica: de un operador local a un operador multinacional y multidoméstico. *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, núm. 799, 2002, p. 147-155.

ALLEN, Carleton. Legislación. En: *Las fuentes del Derecho inglés*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1969, p. 615-767.

ALLENDE SALAZAR CORCHO, Rafael. El abuso y sus efectos. Modernización del art. 82 TCE: revisión o reforma. En: MARTINEZ LAGE, Santiago (Dir). *La modernización del derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 155-191.

ALONSO BERNÁ, Lara. *La liberalización de las telecomunicaciones en un mundo global*. Madrid: La Ley Actualidad, 1999, 1003 p.

- ALONSO SALTERAIN, Sylvia. La separación funcional como remedio a las deficiencias competitivas del mercado de las comunicaciones electrónicas: situación y reflexiones. *REDETI*, núm. 31, 2008, p. 41-64.
- AMENDOLA, Giovanni; FERRAIUOLO, Angelo. Regulating mobile communications. *Telecommunications Policy*, núm. 19:1, 1995, p. 29-42.
- ANDERSSON, Per, HULTE´N, Staffan; VALIENTE, Pablo. Beauty contest licensing lessons from the 3G process in Sweden. *Telecommunications Policy*, núm. 29, 2005, p. 577–593.
- ARAUJO JUÁREZ, José. *Derecho de las telecomunicaciones*. Madrid: Fundación Estudios de Derecho Administrativo (Funeda), 1997, 334p.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar; LOPEZ DE CASTRO, Lucía. *Principios de Derecho Público Económico: modelo de Estado, gestión pública y regulación económica*. 3ª ed. Granada: Comares, 2004. 1089p.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Ante la nueva ley general de telecomunicaciones: viejas restricciones y nuevas libertades en los mercados emergentes. *REDETI*, núm.1, 2003, p. 39-56.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Dios salve a los móviles (de las subastas UMTS). *REDETI* (número extraordinario), abril de 2001, p. 71 y ss
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Telecomunicaciones y audiovisual: cuestiones disputadas*. Granada: Comares, 2003, 231 p.
- ARIÑO, Gaspar. Bases para la adaptación de los criterios de defensa de la competencia en sectores neoregulados. En: ARIÑO, Gaspar; LOPEZ DE CASTRO, Lucia. *Derecho de la competencia en sectores regulados: fusiones y adquisiciones, control de empresas y poder político*. Granada: Comares, 2001, p. 187-342
- ARPÓN DE MENDÍVIL ALDAMA, Almudena. *Comentarios a la Ley general de telecomunicaciones*. Pamplona: Aranzadi, 1998, 1021 p.
- ARROYO. Luis. *Libre empresa y títulos habilitantes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, 603 p.
- BAENA DEL ALCAZAR, M. La ordenación del mercado interior. En: GARRIDO FALLA, Fernando (coord.) *El modelo económico en la Constitución Española*, tomo I, IEE, Madrid, 1981, p. 250-314.

- BAER; BALTO. Antitrust enforcement and high technology markets. *Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev.* núm 73, 1998-1999, p. 73-90.
- BALLBE, Manuel; PADROS, Carlos. Estado Competitivo y Armonización Europea: Los modelos norteamericano y europeo de integración. Barcelona: Ariel, S.A , 1997, 283 p.
- BASKOY, Tuna. Introduction. En: *The political economy of European Union competition policy: a case study of the telecommunications industry*. New York: Routledge, 2008. p. 1-20.
- BASKOY, Tuna. Theories of market competition. En: *The political economy of European Union competition policy: a case study of the telecommunications industry*. New York: Routledge, 2008. p. 20-47.
- BAUER, Johannes. "Impact of license fees on the prices of mobile voice service". *Telecommunications Policy* núm. 27, 2003, p. 417–434.
- BAVASSO, Antonio. Communications in EU antitrust law: market power and public interest. The Hague: Kluwer Law International, 2003, 434 p.
- BAVASSO, Antonio. Electronic communication: a new paradigm for european regulation. *Common Market Law Review*; v. 41, n. 1, 2004, p. 87-118.
- BAZURO, Andrea. La cuestión esencial de la interconexión y del libre acceso a las infraestructuras. *REDETI*, núm. 13, 2002, P. 167-184.
- BEHRENS, Peter. Public services and the internal market- an analysis of the Commission's Communication on Services of General interest in Europe. *European Business Organization Law Review*, 2 (3/4), 2001 p. 469-492.
- BELLAMY, Christopher. *European Community Law of Competition*. Londres: Oxford University Press, 2008, 1679 p.
- BELLEFLAMME, Paul. Market power. En: *Industrial organization: markets and strategies*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010, 702 p.
- BENKLER, Yochai. From Consumers to Users: Shifting the Deeper Structures of Regulation Toward Sustainable Commons and User Access", www.law.indiana.edu/fclj/pubs/v52/no3/benkler1.pdf, 2000.
- BERHIN, Daniel; GODART, F; JOLLE`S, Maya y NIHOUL, Paul. Sector-specific regulation in European electronic communications – meant to disappear?. *Info*, Vol. 7 Iss: 1, 2004, p. 4 - 19

BERNT P.; WOOD L.; TING C. The telecommunications content of state public utility commission Web sites: Remaining relevant in a changing marketplace. *Government Information Quarterly*, 24 (3), 2007, p. 539-553.

BESANKO y SPULBER. Delegation, Commitment, and the Regulatory Mandate. *Journal of Law, Economics & Organization*, vol. 8, núm. 1, 1992, p. 126-154.

BISHOP, Simon; WALKER, Mike. *Economics of E.C. Competition Law: concepts, application and measurement*. London: Sweet & Maxwell, 1999, 356p.

BLANKART; KNIEPS; ZENHAUSERN. Regulation of new markets in telecommunication: markets dynamics and shrinking monopolistic bottleneck. *European Business Organization Law Review*, 2007, vol. 8 núm. 3, p. 413-428.

BLOOM, Margareth. The impact of the Competition Bill. En: *Regulation and deregulation. Policy and Practice in the utilities and financial services industries*. Oxford: Clarendon Press, 1999, p. 235-247.

BOGĚ, *Modernisation of article 82 EC*, 2005. http://www.competition-commission.org.uk/our_role/cc_lectures/abuse_of_market_190405_boge.pdf.

BOHLIN, Erik; BURGELMAN, Jean Claude; RODRIGUEZ CASAL, Carlos. Prospects beyond 3G. *Info*, Vol. 6, núm. 3, 2004, p. 359-362.

BOHLIN, Erik; BURGELMAN, Jean Claude; RODRIGUEZ CASAL, Carlos. The future of Mobile Communications in the EU. *Telematics and Informatics*, núm. 24, 2007, p. 238-242.

BRAUN, Jens-Daniel The framework directive. KOENIG (ed) *EC competition and telecommunications law*. The Hague: Kluwer Law International, 2002, p. 309-358

BROCK, J; OBST, Norman. Market concentration, economic welfare and antitrust policy. *Journal Industrial Competition Trade*, núm. 9, 2009, p. 65-75.

BRUCE McDONALD, J. <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/210873.htm>.

BUNE, Sofia; BATCHELOR, Bill. Reform Of Article 82 Ec Treaty: How Will It Affect The It Industry. *C.T.L.R.* 2006, núm. 12, vol. 1. p. 22-26.

CABRAL, Luis. *Economía Industrial*. Madrid: McGraw-Hill, 2001, 197p.

CALVIÑO SANTAMARIA, Nadia. Regulación y competencia en telecomunicaciones: los nuevos retos derivados del marco comunitario. *ICE*, núm. 832, septiembre-octubre, 2006, p. 59-74.

CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZALEZ. El derecho europeo de la competencia: objeto, fuentes y sistemática. En: CALVO CARAVACA (coord) *El derecho europeo de la competencia*. Madrid: Colex, 2000. p. 9-147.

CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZALEZ, Javier. Mercado Unico y libertades comunitarias. En: CALVO CARAVACA, Alfonso (coord.). *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Madrid: Colex, 2003, p. 25-243.

CALVO DÍAZ, Gloria. *El nuevo marco jurídico de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, 288 p.

CALVO DIAZ, Gloria. La definición y análisis de los mercados relevantes y la determinación de los operadores con peso significativo en el mercado. En: MUÑOZ MACHADO, Santiago (Director) *Derecho de la Regulación Económica*. DE LA QUADRA SALCEDO, Tomás (Director); VIDA FERNÁNDEZ, José (coord.) *IV. Telecomunicaciones*. Madrid: lustel, 2009, p. 323-353.

CALZADA, Joan; TRILLAS, Francesc. Los precios de interconexión en las telecomunicaciones: de la teoría a la práctica. *Hacienda pública española*, núm. 173, 2005, p. 85-125.

CANO CAMPOS, T. El marco general de la intervención pública en la economía y sus técnicas de intervención. En: CANO CAMPOS, T (coord.). *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo, Tomo VIII Los sectores regulados: volumen I*. Madrid: lustel, 2009. P. 13-49.

CARIDAD SEBASTIAN, Mercedes. Planes de la Unión Europea para alcanzar el próximo milenio en política del conocimiento. En: CARIDAD SEBASTIAN, M. (Coord) *La sociedad de la Información*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1999, p. 37-59.

CARLON RUIZ, Matilde. El servicio universal de telecomunicaciones. *RAP* núm. 171, septiembre/diciembre de 2006, p. 35-78.

CARLON RUIZ, Matilde. Las telecomunicaciones. En: CANO CAMPOS, T (coord.). *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo, Tomo VIII Los sectores regulados: volumen I*. Madrid: lustel, 2009. P 335-364.

CARRASCO, Angel; CORDERO, Encarna. El derecho a prestar servicios de telecomunicaciones. En: ARPON DE MENDIVIL, Almudena y CARRASCO PERERA, Angel. *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Pamplona: Aranzadi, 1999. P. 271-374.

- CARRO FERNANDEZ- VALMAYOR, José Luis. Servicio público e intervención pública. Una reflexión general sobre los servicios públicos de relevancia económica. En: COSCULLUELA MONTANER (coord). *Estudios de Derecho público económico*: Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo; Madrid: Civitas, 2003, 1542 p.
- CARVAJAL GONZÁLEZ, Pablo de. Marco regulatorio de las redes de nueva generación. *Noticias de la Unión Europea*. núm. 313, feb. 2011, p. 21-34
- CASANOVAS ROMEU. Derecho, Internet y Web semántica. En: GOMEZ MARTINEZ, Carlos (dir). *Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías*, Madrid: CGPJ, 2004, 263 p.
- CASES PALLARES, Lluís. *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*. Madrid: Marcial Pons, 1995, 742 p.
- CASTELL BORRAS, Brigitte. La limitación de la competencia. En: CASTELL BORRAS, Brigitte. *La defensa de la competencia en la CEE*. Barcelona: editorial Praxis, 1986. p. 160-193.
- CAVE, Martin. The evolution of telecommunications regulation in the UK. *European Economic Review*, núm. 41, 1997, p. 691-699.
- CHILLÓN MEDINA, José María. *Derecho de las telecomunicaciones y de las tecnologías de la información*. Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, 2004, 549 p.
- CHINCHILLA MARIN, Carmen. El derecho europeo de las telecomunicaciones. En: CHINCHILLA MARIN, Carmen (coord). *Ordenación de las Telecomunicaciones*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1997, 295 p.
- CHINCHILLA MARIN, Carmen. *La radiotelevisión como servicio público esencial*. Madrid: Tecnos, 1988, 228 p.
- CHINCHILLA MARIN, Carmen. Servicio público ¿crisis o renovación? En: MALARET GARCIA, Elisenda (dir.). *Régimen jurídico de los servicios públicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, págs. 61 ss.
- CHINCHILLA, Carmen. *Telecomunicaciones: estudios de dominio público y propiedad privada*. Madrid: Marcial Pons, 2000, 407 p.
- COLOMA, Fernando. TARZIJÁN, Jorge. *Regulación: Objetivos, Problemas y Opciones que se abren en el Mercado de la Telefonía Fija Local*. Documento de trabajo núm. 232 Diciembre 2002. http://eco3147.facea.puc.cl/economia_puc/docs/dt_232.pdf

COLOMA, Germán. *Análisis económico del derecho privado y regulatorio*. Buenos Aires: Fundación Centro de Estudios Políticos y administrativos, 2001. 310p.

COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Estadísticas trimestrales del sector. IV trimestre del 2006.

COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Informe anual de 1998.

COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Informe anual de 2005.

COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Principios y líneas maestras de la futura regulación de las redes de acceso de nueva generación (NGA). http://cmt.es/es/documentacion_de_referencia/redes_nueva_generacion/anexos/ANEXO_NGA.pdf

COMISIÓN EUROPEA; EUROSTAT. *European Bussines: facts and figures. 1995-2004*. Chapter 21. Communications, information services and media, p. 243

CORREA HENAO, Magdalena. "Libertad de Empresa en el Estado Social." Colombia: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2008. 840 p.

CREMADES, Javier. *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 32/2003, de 3 de noviembre)*. Madrid: La Ley, 2004, 1074 p.

CREMADES, Javier. *Derecho de las telecomunicaciones*. Madrid: La Ley-Actualidad, 1997, 1357 p.

CREW, M (ed). *Regulating utilities in an era of deregulation*. Londres: Nacillan Press, 1987, 201 p.

CREW, M; KLEINDORFER, P. Public Utility Regulation or Public Ownership. En: CREW, M; KLEINDORFER, P. *Public Utility Economics*, Londres: Macmillan Press, 1979, p. 1129.

CREW. M. (ed) *Expanding competition in regulated industries*. Boston: Kluwer Academic Publishers, 2000, 224 p.

DAHL, Robert Alan. *La democracia económica: una aproximación*. Barcelona: Hacer, 2002, 163 p.

DARNACULLETA I GARDELLA, M^a Mercè. *Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada*. Madrid: Marcial Pons, 2005, 490 p.

DASTIS, Alfonso. La Administración española ante la Unión Europea. *Revista de Estudios Políticos*, núm. 90, octubre-diciembre 1995, p. 323-349.

- DE ASÍS ROIG, Agustín. Documento electrónico en la Administración Pública. En: GALLARDO ORTÍZ, Miguel Ángel (dir), *Ámbito jurídico de las tecnologías de la información*. Madrid : Consejo General del Poder Judicial, 1996 . p. 137-189
- DE ASÍS ROIG, Agustín. Protección de datos y derecho de las telecomunicaciones. En: Fernández Ordóñez, Miguel Angel; CREMADES GARCIA, Javier; ILLESCAS ORTIZ, Rafael. *Régimen jurídico de Internet*, Las Rozas: La ley, 2002, págs. 201-228
- DE ASÍS ROIG, Agustín; BERLANGA DE JESUS, Antonio; MOLINA LÓPEZ, J. Manuel. Los Derechos Humanos y las nuevas tecnologías. En: AAVV. *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. 1, Madrid: Dykinson, 2008, págs. 933-946
- DE JUAN ASENJO, Oscar. *La Constitución Económica Española*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, 371 p.
- DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel de la. Telecomunicaciones y Audiovisual. En: DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel de la. *Derecho administrativo y regulación económica : liber amicorum : Gaspar Ariño Ortiz*, Las Rozas (Madrid) : La Ley, 2011, 1731 p.
- DE LA CUETARA MARTINEZ, Juan Miguel. El desarrollo normativo de la Ley General de Telecomunicaciones de 2003: nuevas técnicas y nuevos problemas. *REDETI*, núm. 19, 2004, p. 49-74.
- DE LA CUETARA MARTINEZ, Juan Miguel. La tercera generación de las normas regulatorias en telecomunicaciones. *REDETI* núm. 25, 2006, p. 11-27.
- DE LA CUETARA, J.M; ZAGO, T; ARIÑO, R. *Autorizaciones y licencias en telecomunicaciones: su regulación presente y futura*, Granada: Comares, Madrid, 2000.
- DE LA CUETARA, Juan Miguel. Dos errores regulatorios. *REDETI*, Año IV, núm. extraordinario, abril 2001. p. 109-129.
- DE LA MANO, Miguel. For the customer's sake: The competitive effects of efficiencies in European merger control. *Enterprise Papers*, núm. 11, 2002, 88p.
- DE LA PEÑA AZNAR, José; MORENO REBOLLO, Alberto. "Presente y Futuro de las telecomunicaciones móviles". *Economía Industrial*. núm. 337, 2001, p. 75-90.
- DE LA QUADRA SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T, Estado y mercado en un mundo global. *Cuadernos de Derecho Público* núm. 25, 2005, p. 55-106.

DE LA QUADRA SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás. Introducción. En: DE LA QUADRA SALCEDO, Tomás (Dir) VIDA FERNANDEZ, José (Coord). Derecho de la Regulación Económica *Tomo IV: Telecomunicaciones*. Madrid: Iustel, 2009. P. 13-22

DE LA QUADRA SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás. *Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y Constitución Económica Europea*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995. 173p.

DE LA QUADRA SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás. Servicios de interés general, misión pública, interés común y ayudas públicas a la extensión de la banda ancha, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 313, feb. 2011, p. 3-22.

DE LA QUADRA SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás. Servicios públicos versus servicios de interés económico general tras el Tratado de Amsterdam. En: DE LA QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás; ESTELLA DE NORIEGA, Antonio (coord.). Problemas de legitimación en la Europa de la Unión: las respuestas del Tratado de Amsterdam, 2000, págs. 127-140.

DE LA QUADRA SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás. Telecomunicaciones y Derecho Público. En: CREMADES, J. (coord). *Derecho de las telecomunicaciones*. Madrid: La Ley, p. 131-150.

QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás de la. *Aspectos jurídicos de las telecomunicaciones*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2003, 400 p.

DE QUEROL ARAGON, Nuria. ¿Qué es y para qué sirve el análisis económico del Derecho?. En: DE QUEROL ARAGON, Nuria. *Análisis Económico del Derecho*, Madrid: Ediciones FIEC, 2007, p. 13-27.

DE STREEL, Alexandre. Current and future European regulation of electronic communications: a critical assessment. *Telecommunications Policy* 32, 2008, p. 722-734.

DE STREEL, Alexandre. The new concept of "significant market power" in electronic communications: the hybridisation of the sectoral regulation by competition law. *European Competition Law Review*, 24(10), 2003, p. 535-542.

DEFRAIGNE, Philippe. EU new regulatory framework - is it working?. *European Competition Law Review*, 26(11), 2005, p. 597-600

DEUTSCHE BANK. "UMTS: the third generation game". Informe inédito. Berlin: 2000, 27p.

DIEZ PICAZO, Luis M. La idea de servicios de interés económico general. *Civitas: Revista española de Derecho Europeo*, núm. 2, 2002, p. 249-258.

DIEZ-PICAZO, Luis María. La idea de servicios de interés económico general. En: COSCULLUELA MONTANER, Luis (coord.) *Estudios de Derecho Público Económico: Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Sebastián Martín Retortillo*. Madrid: Civitas, 2003, 1542 p.

DIVAR, Javier. *Análisis del poder económico*. Pamplona: Universidad de Deusto, 1991, 95 p.

DUVERNOY, C; DESMEDT, A. One year with the Electronic Communications Regulatory Framework: a report on the results of the article 7 notification procedure. *Computer and telecommunications law review*, 11(2), 2005, p. 30-37.

DYSON, Kenneth y HUMPHREYS, Peter. "Introduction: politics, markets and communications policies". En: DYSON, Kenneth y HUMPHREYS, Peter (ed). *Economy of communications. International and European dimensions*. London: Routledge, 1990, p.1-33

EBERLEIN, Burkard. Regulating public utilities in Europe: mapping the problem. *EUI Working paper RSC No. 98/42*. Florence: European University Institute, 49 p.

ECONOMIDES, Nicholas; The Microsoft Antitrust Case; (2 de abril 2000). <http://www.stern.nyu.edu/networks/>.

EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA y QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás de la (coord.) *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 32/2003, de 3 de noviembre)*, Madrid: Thomson-Civitas , 2004, 1337 p.

EMBID TELLO, Antonio. *Precaución y Derecho*. Madrid: Dykinson, 2010, 588p.

ENTRENA CUESTA, Ramón. La libertad de empresa. En: GARRIDO FALLA, F (coord.) *El modelo económico en la Constitución Española*, Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1981, p. 15-67.

ERICSSON. UMTS, an overview. Documentación entregada durante una conferencia sobre UMTS. Madrid, 2004.

ESCRIBANO SAEZ, Alvaro; GARCIA ZABALLOS, Antonio; RODRIGUEZ OVEJERO, Jose María. Estructura y dinámica del sector de las telecomunicaciones. En: DE LA QUADRA SALCEDO, Tomás (Dir) VIDA FERNANDEZ, José (Coord). *Derecho de la Regulación Económica Tomo IV: Telecomunicaciones*. Madrid: Iustel, 2009. P. 83-138

ESPINOSA GARCIA, Juan. Poderes públicos y competencia. Intervención en las XIII Jornadas de Actualización de Derecho de la Competencia. Madrid, 7 de marzo de 2012.

EUROPEAN REGULATORS GROUP. Report on Next Generation Access - Economic Analysis and Regulatory Principles. ERG (09) 17. June 2009.

EUROPEAN TELECOMMUNICATION NETWORK OPERATORS' ASSOCIATION. ETNO reflection document in response to Commission Recommendation on regulated access to Next Access Networks (NGA). Julio 2009, disponible en <http://www.etno.be/Default.aspx?tabid=2174>.

FABRA, Natalia. Presentaciones sobre regulación <http://www.eco.uc3m.es/~nfabra/>

FARR, Sebastian. The authorisation Directive. En: FARR, Sebastian. *EU communications Law*. Londres: Sweet & Maxwell Ltd., 2007, p. 185-229.

FARRIS, Martin; SAMPSON, Roy. Economic and legal definitions of the public utility concept. En FARRIS y SAMPSON. *Public Utilities. Regulation, management and ownership*. Boston: Houghton Mifflin Company. 1973. P. 18-33.

FEIJOO GONZALEZ; GOMEZ BARROSO; ROJO ALONSO. Competencia en el sector de las telecomunicaciones: evolución de la regulación europea y análisis crítico del marco actual. *Revista ICE*, núm. 832, 1 de septiembre de 2006, p. 89-103.

FEINTUCK, Mike. *The public interest in regulation*. Londres: Oxford Press, 2004, 252 p.

FERNANDEZ GARCÍA, Lionel. La regulación de las redes de telecomunicaciones de nueva generación (NG): perspectivas de evolución en España, *REDETI* núm. 32, 2008, p. 75-126.

FERNANDEZ GARCIA, M^a Yolanda. Acerca de la interpretación y aplicación de las normas comunitarias sobre competencia a las empresas gestoras de los tradicionales servicios públicos. *Noticias de la Unión Europea*. núm. 257 (junio 2006), p. 9-21

FERNANDEZ GARCIA, M^a Yolanda. El servicio público en el Derecho de la Unión Europea. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm 7, 2^o semestre, 2004 p. 69-96.

FERNANDEZ GARCIA, M^a Yolanda. *Estatuto jurídico de los servicios esenciales económicos en red*. Madrid: INAP, 2003.

FERNANDEZ. Tomás-Ramón. Breves reflexiones sobre la autorización previa. Intervención durante el I Congreso de la Asociación Española de profesores de derecho Administrativo. Toledo, 10 y 11 de febrero de 2004.

FERNANDO PABLO, Marcos M. *Derecho general de las telecomunicaciones*. Madrid: Colex, 1998, 212 p.

FERNANDO PABLO, Marcos. Sobre el dominio público radioeléctrico: espejismo y realidad. *RAP* núm. 143, mayo-agosto de 1997, p.136.

FIEDZIUCK, Natalia. Services of general economic interest and the Treaty of Lisbon: opening doors to a whole new approach or maintaining the “status quo”. *European Law Review*, No. 36, 2. 2011, p. 226-242.

FINNIE, Graham. “Permisos de Conducir”. *Global Communications*, junio de 2000, p. 8.

FLACHER, David; JENNEQUIN, Hugues. Is telecommunications regulation efficient? An international perspective. *Telecommunications Policy* 32, 2008, ps. 364-377.

FLANAGAN, Anne. Authorization and Licensing. En: WALDEN, Ian y ANGEL, Jhon *Telecommunications Law and Regulation*, 2ª Edición. Londres: Oxford university press, 2005 p.153-215.

FLANAGAN, Anne; LEESON, Timothy. Operator Licences. En WALDEN, Ian. ANGEL, Jhon (edit). *Telecommunications Law*. Londres: Blackstone Pres, 2001, p.74-135.

FORGE, Simon. Is fourth generation mobile nirvana or ... nothing?. *Info*, Vol.6, núm. 6, 2004, p. 12-23.

FORRESTER, Ian; KEEGAN, Sandra. The tension between regulation and competitive market forces in Europe. *Tulane European & Civil Law Forum*, vol. 21, 2006, p. 125-145.

FUENTELESZ, Lucio; MAICAS, Juan Pablo; POLO, Yolanda. “The evolution of mobile Communications in Europe: the transition from the second to the third generation”. *Telecommunications Policy*. núm.. 32, 2008, p. 436-449.

FUENTETAJA PASTOR, Jesús A. Elementos autorizados y concesionales en los títulos habilitantes: evolución del modelo comunitario de acceso al mercado de las telecomunicaciones *Revista de administración pública* núm. 160 (2003), p. 87-122.

GALLARDO OLMEDO, Fernando y PÉREZ AMARAL Teodosio. Negocio y regulación de las redes de acceso de nueva generación: una aproximación al caso español aplicando opciones reales. *Economía industrial*, núm. 377, 2010 (Ejemplar dedicado a: Presidencia española de la UE), págs. 34-45

GARCÍA MEXÍA, Pablo. Dir., Principios de Derecho de Internet, 2ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, 605 p.

GARCÍA RODRÍGUEZ, Juan Manuel. Regulación asimétrica y liberalización de las telecomunicaciones. Icade: *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 52, 2001, págs. 113-132.

GARRIDO FALLA, Fernando. Introducción general. En: GARRIDO FALLA (coord). *El modelo económico en la Constitución Española*, Vol I. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1981. p. 19-101

GARRIDO FALLA, Fernando. ¿Crisis de la noción del servicio público?. En: COSCULLUELA MONTANER, Luis (coord.) *Estudios de Derecho Público Económico: Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Sebastián Martín Retortillo*. Madrid: Civitas, 2003, p. 447-453.

GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo Vol. I Parte General*, Madrid: Tecnos, 2002, p. 117-154.

GARZANITI, Laurent. The EU Regulatory Framework applicable to electronic communications. En: GARZANITI. *Telecommunications, Broadcasting and the Internet*. 2 ed. Londres: Thomson, 2003, p. 3-46.

GERADIN, Damien. Efficiency claims in EC competition law and sector specific regulation. *Tilburg Law and Economics Center*, noviembre de 2004.

GOMEZ-FERRER RINCON, Rafael. El derecho transitorio en la ordenación de las telecomunicaciones. En: MUÑOZ MACHADO, Santiago (Dir). Derecho de la Regulación Económica. DE LA QUADRA SALCEDO, Tomás (Dir); VIDA FERNANDEZ, Jose (Coord.) *IV. Telecomunicaciones*. Madrid: Iustel, 2009, p.796-800.

GONZALEZ BLANCH, Francisco. La teoría de la regulación económica. En GONZALEZ BLANCH. *Fundamentos del análisis económico de la regulación*. Madrid: Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1997, p.9-26.

GONZALEZ DE LA GARZA, L.M. *El nuevo marco jurídico de las telecomunicaciones en Europa: redes sociales especializadas, neutralidad de red y dividendo digital*. Madrid: La ley, 2011, 893 p.

GONZALEZ GONZALEZ, Jeronimo. SANZ FERNANDEZ VEGA, Beatriz. *Nuevo marco regulatorio europeo en el sector de las telecomunicaciones: una regulación sectorial que*

introduce conceptos y principios de derecho de la competencia. Madrid: Instituto de Estudios Europeos, 2002, 50 p.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *Los mercados de interés general, telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes: (privatización, liberación, regulación pública y derecho de la competencia)*. Granada: Comares, 2001, 607p.

GOODRICK, Joanna; SRIVASTAVA, Lara. "Licensing of third generation Mobile". *Info*, 4, 2002, p. 48-55.

GRAHAM, Cosmo. The Duties, powers and responsibilities of the regulator. En: GRAHAM, Cosmao. *Regulating Public Utilities: a constitutional approach*. Oxford: Hart Publishing, 2000, p. 23-45.

GRIEVE, Willie y LEVIN, Stanford. Common carrier, public utilities and competition. *Industrial and Corporate Change*, vol 5, number 4, 1996, p. 993-1011.

GRUBER, Harald. "An investment view of mobile telecommunications in the European Union". *Telecommunications Policy*, núm. 23, 1999 p. 521-538.

GRUBER, Harald; HOENICKE, Marion. "The road ahead towards third generation mobile telecommunications". *Info*. Vol. 1, núm.3, junio de 1999, p. 485-496

GRUPO DE ANALISIS Y PROSPECTIVA DEL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES. Comunicaciones móviles e inalámbricas. Madrid: Red.es, septiembre de 2005.

GRUPO DE ANÁLISIS Y PROSPECTIVA DEL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES. "Oportunidades y desafíos de la banda ancha". Madrid: Red.es, 2008.

GUAL, Jordi. "Regulation and development of electronic communications in Europe". *Info*, núm.. 4, 2002, p. 42-49.

GUAL, Jordi. Market definition in telecom industry. *Centre for economic policy research* No. 3988, 2003, 57 p.

GUAL, Jordi; JODAR, Sandra. Política de competencia en el sector de las tecnologías de la información. *Economía Industrial*, núm 339, 2001, p. 61-74.

GUAL, Jordi; JODAR-ROSELL, Sandra. Telecomunicaciones: ¿ante una nueva etapa de fusiones?. *Documentos de Economía la Caixa*, Nº 8, noviembre de 2007.

GUESTRIN, Sergio. *Fundamentos para un nuevo análisis económico del derecho. De las fallas del mercado al sistema jurídico*. Buenos aires: De palma, 2004. p. 319.

GUTIERREZ, Inmaculada y PADILLA Atilano. Economía de la competencia. En: BENEYTO PEREZ, J.M (Dir) GONZALEZ ORUS, J.M (Coord) *Tratado de Derecho de la competencia*. Tomo I, Barcelon: Bosch, 2005, p. 1-59.

HALL. Eamonn. Telecommunication: privileges, powers and duties. En: HALL. Eamonn. *The electronic Age. Telecommunications in Ireland*. Dublin: OAK Tree Express, 1993, p. 193-302.

HALL; Eamonn. The right to communicate. En: HALL; Eamonn. *The electronic age. Telecommunications in Ireland*. Dublin: OAK Tree Express, 1993. P.376-384.

HELM, Dieter; JENKINSON, Tim (ed). *Competition in regulated industries*. Oxford University Express, 1998, 277 p.

HEMLINK, Cees; HOFFMAN, Julia. The state of the right to communicate. *Global Media Journal*, vol. 7, issue, 13, fall 2008.

HENTEN, Anders; OLESEN, Henning; SAUGSTRUP, Dan; TAN, Su-En. Mobile communications: Europe, Japan and South Korea in a comparative perspective. *Info*, vol. 6, núm. 3, 2004, p. 197-207.

HEREDERO, Begoña. Eliminación de barreras de entrada en el mercado de las telecomunicaciones. Últimos avances: servicio de preasignación y apertura del bucle de abonado (la última milla). En: ORTIZ BLANCO, LEON JIMENEZ, Rosario. *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación*. Volumen IV. Madrid, Dykinson, 2003, p. 215-235

HERGUERA, Iñigo. Regulación comparada de industrias de redes: el caso de las telecomunicaciones. *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 205, 2000, págs. 96-107

HERGUERA, Iñigo. Un análisis de la situación del sector de las telecomunicaciones en España. *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, núm. 46, 2001, págs. 154-181

HERGUERA, Iñigo; Rodríguez Romero, Luis. Regulación de las telecomunicaciones en la UE: competencia en servicios y en redes. *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, núm. 747, 1995 (Ejemplar dedicado a: La nueva era de las telecomunicaciones: competencia y desregulación en redes), págs. 9-22

HERNANDEZ DELGADO, José. La actividad reguladora del Estado y la competencia. En: ORTIZ BLANCO, Luis y COHEN, Simón. *Derecho de la competencia europeo y español*. Madrid: Dykinson, 2008, p.239-251.

HERRERA GONZALEZ, Fernando. La aplicación de principio de la competencia a la regulación sectorial en telecomunicaciones, *ICE*, núm 832, septiembre-octubre de 2006, p. 45-57.

HORGUE BAENA, Concepción. El espectro radioeléctrico: delimitación conceptual y calificación jurídica en el derecho español. *Justicia Administrativa*, número extraordinario sobre propiedades públicas, 2006, p. 207 y ss.

HOVENKAMP, Herbert. Antitrust and the regulatory enterprise. *Colum. Bus. L. Rev.* 335, issue 2, 2004, p. 335-379.

HOVENKAMP, Herbert. *The Neoclassical Crisis in U.S. Competition Policy, 1890-1960*, University of Iowa. Disponible en http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=herbert_hovenkamp

HUIDOBRO. José Manuel. *Todo sobre comunicaciones*. 4 Ed. Madrid: Paraninfo Thomson Learning, 2002, 295p.

IBAÑEZ COLOMA, PABLO. Technological convergence and the regulation of telecommunications: achievements and limits of re-regulatory reforms. En: IBAÑEZ COLOMA, P. *European Communications Law and Technological Convergence. Deregulation, re-regulation and regulatory convergence in television and telecommunications*. Netherlands: Kluwer Law International, p. 109-112.

INFORME EUROSTAT
http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/information_society/data/database
[consulta de 18 de mayo de 2012]

INFORME OCDE.
http://www.oecd.org/document/23/0,3746,en_2649_34225_33987543_1_1_1_1,00.html
[consulta de 18 de mayo de 2012]

JAMES, Philip S. Naturaleza, clasificación y fuentes del derecho. En: *Introducción al derecho inglés*. Bogotá: Temis. P. 3-21.

JOSKOW, Paul. Introduction. En: JOSKOW, P. *Empirical industrial organization*, vol I, Cheltenham; Northampton: Edward Elgar, 2004, 112p.

JP MORGAN y ARTHUR ANDERSEN. *Industry Analysis: Wireless data, the world in your hand*. Informe inédito. Londres: 2000. 151p.

JUPITER. *Mobile renew models: short-terms constraints breed, long-term opportunities*. Informe inédito. Londres: 2000, 33 p.

KIESSLING, BLONDEEL. The EU regulatory framework in telecommunications. *Telecommunications Policy*, vol. 22, núm. 7, 1998. pp. 571-592.

KLEMPERER, Paul. "How (not) to run auctions: the European 3g telecom auctions". www.cepr.org/pubs/dps/DP3215.asp.

KLEMPERER, Paul. "Using and abusing economic theory". www.cepr.org/pubs/dps/DP3813.asp.

KOENIG, Christian. The european regulatory framework for the administration of scarce and finite resources. En: KOENIG, Christian. NEUMANN and KOCH. *EC competition and telecommunications law*; The Hague : Kluwer Law International, 2002, p. 511-616

KOENIG, NEUMANN and KOCH. Authorisations. En: KOENIG, NEUMANN and KOCH *EC Competition and telecommunications law*; The Hague : Kluwer Law International, 2002, p. 441-472.

KOENING, VOGELANG, FUHLING, LOETZ, NEUMANN. Workable competition in telecommunications markets- the example for Germany. *Computer and telecommunications Law Review*, 2003, vol. 9, núm. 3, p. 68-75.

KOPP, Steven W y LANDRY, Mike. Clothed in the Public Interest: The Common Callings, Commerce and Marketing. *Journal of Macromarketing*, vol 20, núm. 1, 2000, p. 36-45.

LADA, Luis. La importancia del presente en el futuro de la telefonía móvil. *REDETI*, Año IV, núm. extraordinario, abril 2001. p. 31-71.

LAFFONT; Jean Jaques y TIROLE, Jean. *Competition in telecommunications*. Cambridge: MIT Press, 2000, 315 p.

LAGUNA DE PAZ, J. Carlos. Interés general nacional e interés comunitario. En: LAGUNA DE PAZ, J. Carlos. *Servicios de interés económico general*, Madrid. Civitas, 2009, p. 227-243.

LAGUNA DE PAZ, Jose Carlos. *La autorización administrativa*. Madrid: Thomson-Civitas, 2006, 377 p.

LAGUNA DE PAZ, Jose Carlos. Redes de acceso de nueva generación. *REDETI* núm. 32, 2008, p. 41-74

LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *Telecomunicaciones: regulación y mercado*, 3ª ed., Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters, 2010, 788 p.

LEMBKE, Johan. "EU regulatory strategy for mobile Internet". *Journal of European Public Policy*, núm. 9:2, abril 2002, p. 273-291.

LEMLEY, Mark A y MCGOWAN David; Legal Implications of Network Economic Effect; California; *California Law Review*, núm. 479, 1998. 1998<http://www.law.berkeley.edu/journals/clr/>

LESSIG, Lawrence. *El código y otras leyes del ciberespacio*, Madrid: Taurus, 2001, 540 p.

LESSIG, Lawrence. *The Future of Ideas: the Fate of the Commons in a Connected World*. Estados Unidos: Random House: 2001, 335 p.

LIEBOWITZ, Stand J; MARGOLIS, Stephen. *Winners, Losers & Microsoft: competition and antitrust in high technology*. Oakland:Independent Institute. 1999, 288 p.

LLANEZA GONZÁLEZ, Paloma. *Telecomunicaciones: régimen general y evolución normativa*. Pamplona: Aranzadi, 1998, 242p.

LOPEZ CASTILLO, A. Creación y aplicación del derecho comunitario europeo y comunidades autónomas. *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 35, mayo-agosto 1992, p. 111-151.

LOPEZ GUERRA. "Las dimensiones del estado social de Derecho", *Sistema: Revista de ciencias sociales*, núm. 38-39, 1980 (Ejemplar dedicado a: EL ESTADO DEMOCRÁTICO) págs. 171-192

LORO CHICO, Francisco. Origen de las telecomunicaciones. En: LORO CHICO, Francisco. *Las telecomunicaciones como servicio público*. Madrid: Ministerio del Interior, 1977, p 19-62.

MACHADO, Santiago (dir.); DE LA QUADRA SALCEDO, Tomás (dir.); VIDA FERNÁNDEZ, José (coord.) *Derecho de la Regulación Económica. IV. Telecomunicaciones*. Madrid: lustel, 2009, 1040 p.

MAILLO GONZALEZ-ORUS, Jerónimo. *Servicios de interés general y artículo 86 del Tratado CE: una visión evolutiva*. Madrid: Instituto de Estudios Europeos, centro de política de la competencia, 2005, 37 p.

MAITLANDA, Carleen F. et al. "The European market for mobile data: evolving value chains and industry structures". *Telecommunications Policy*, núm. 26, 2002, p. 485 - 504.

- MALARET GARCIA, Elisenda. Servicio público, actividad económica y competencia ¿presenta especificidades la esfera local?. *Revista de estudios de la administración local*, núm. 291, 2003, págs. 567-608
- MALARET GARCIA, Elisenda. Servicios públicos y Unión Europea. *Leviatán, Revista de hechos e ideas*, núm 74, 1998, p. 95-105.
- MALARET I GARCIA, E. Regulación económica: su instrumentación normativa (el lugar de la ley en el Estado regulador, la experiencia reciente española). *Derecho privado y Constitución*, núm. 17, 2003, p. 327-360.
- MARQUEZ SOLIS, Santiago. “Fundamentos de las redes GSM”. Disponible en <http://www.wmlclub.com/articulos/fundamentosgsm.htm>
- MARQUINA, Fermin. La telefonía móvil y sus precios. *REDETI*, Número Extraordinario 4. Dedicado a los Móviles. 2001, p. 157-174.
- MARSDEN,P; WHELAN, P. “consumer detriment” and its application in EC and UK competition law. *European Competition Law Review*, núm. 27, vol. 10, 2006, p. 569-585.
- MARTIN MATEO, Ramón. La liberalización de la economía: más Estado menos Administración. Madrid: Trivium, 1988, 227 p.
- MARTIN MATEO, Ramón. Caracteres de la Intervención Pública. En: MARTIN MATEO, Ramón. *El marco público de la Economía de Mercado*. Madrid: Editorial Trivium, S.A. p. 71-89.
- MARTIN REBOLLO, Luis. Sociedad, economía y Estado (a propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo servicio público). En: COSCULLUELA MONTANER, Luis (coord.) *Estudios de Derecho Público Económico: Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Sebastián Martín Retortillo*. Madrid: Civitas, 2003.
- MARTIN RETORTILLO, Sebastián. *Derecho Administrativo económico*. Madrid: La ley, 1988.
- MARTIN, Stephen. Market Power and/or Efficiency? *The Review of Economics and Statistics*, vol. 70, núm. 2 (May, 1988), pp. 331-335.
- MARTINEZ LOPEZ MUÑIZ, José Luis. La publicatio de recursos y servicios. En COSCULLUELA MONTANER, Luis (coord.) *Estudios de Derecho Público Económico: Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Sebastián Martín Retortillo*. Madrid: Civitas, 2003, p. 694 y ss.

MCGOWAN, David. Between logic and experience: error costs and United States v. Microsoft Corp. *Berkeley technology law journal*. vol. 20 p.1185-1245.

MCNULTY, Paul. Economic Theory and the Meaning of Competition. *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 82, núm. 4 (Nov., 1968), p. 639-656

MEIKLEJOHN, Roderik; ILZKOVITZ, Fabienne. European merger control: do we need an efficiency defense? *Journal of Industry, Competition and Trade*, núm. 3, marzo-junio de 2003, p. 57-85.

MELAMED, Douglas A.; Network Industries and Antitrust; <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/2428.htm>.

MENDOZA LOSANA, Ana I. Nuevas iniciativas para facilitar la competencia en el acceso al usuario final (el bucle de abonado). *REDETI* núm. 10, 2001, p. 119-142.

MERINO MERCHÁN, José Fernando. *Curso de derecho de las telecomunicaciones*, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, Facultad de CC. Sociales y Jurídicas: Dykinson, 2000, 303p.

MIGUEZ MACHO, Luis. Los servicios de interés general en la Unión Europea: perspectivas de evolución, comentario al Libro Blanco de la Comisión sobre los servicios de interés general. *Revista general de Derecho Europeo*, núm. 8, octubre de 2005.

MINGES, Michael; MANNISTO, Laura; KELLY, Tim. "The future is bright, the future is Mobile". *Info*. vol. 1, núm. 6, diciembre de 1999, p. 485-496.

MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. Los servicios de interés general en el Derecho comunitario. Especial referencia a su regulación en el Tratado de Amsterdam. *Cuadernos europeos de Deusto*, núm. 21, p. 125-160.

MOLINA GIMENEZ, Andrés. Infraestructuras y servicios de telefonía móvil. El derecho de los operadores a desplegar redes propias. En: MOLINA GIMENEZ, Andrés. *Las antenas de telefonía móvil. Régimen jurídico*. Navarra: Aranzadi, 2002, p. 35-83.

MONTERO PASCUAL, Juan J. *Derecho de las telecomunicaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, 573 p.

MONTERO PASCUAL, Juan J. El "poder significativo en el mercado" en la nueva legislación de telecomunicaciones. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*. n. 234 (Noviembre/Diciembre 2004), p. 90-95.

- MONTERO PASCUAL, Juan José. *Telecomunicaciones y televisión: la nueva regulación en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, 687 p.
- MONTI, Giorgio. *EC Competition Law*. UK: Cambridge, 2007, 506 p.
- MONTI, Mario. La nueva política europea de la competencia. En: BENEYTO PEREZ, J.M (Dir) MAILLO GONZALEZ – ORUS, Jeronimo (coord). *El nuevo derecho comunitario y español de la competencia: descentralización, análisis económico y cooperación internacional*. Barcelona: Bosch, 2002. p. 1-20.
- MORAL SORIANO, Leonor. A Modest Notion of Coherence in Legal Reasoning. A Model for the European Court of Justice, *Ratio Juris*, vol. 16, issue 3, 2003, p. 296-323.
- MORAL SORIANO, Leonor. How Proportionate should Anti-competition State Intervention be?, *European Law Review*, issue 28, 2003, p. 112-123
- MORAL SORIANO, Leonor. Obligaciones de servicio público y protección del cliente. *Noticias de la Unión Europea*, núm. 314, marzo 2011, p. 59- 71.
- MORAL SORIANO, Leonor. Proporcionalidad y servicios de interés económico general, *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 3, pp. 387-416, 2002.
- MORAL SORIANO, Leonor. Public services: the role of the European Court of Justice in correcting the market En: COEN, David; HERITIER, A. (ed). *Refining Regulatory Regimes: Utilities in Europe*. UK: MPG Books, 2006, p. 183-212.
- MORAL SORIANO, Leonor. El encuentro del servicio público con los servicios de interés económico general. Civitas: *Revista española de Derecho Europeo*, núm. 12, 2004, p. 539-562.
- MORELL OCAÑA. *Curso de Derecho Administrativo II*, 4 ed. Pamplona, Aranzadi, 1999, p. 34 y ss.
- MORENO REBOLLO, Alberto. Reflexiones sobre la regulación de los precios de terminación de llamadas en redes móviles: ¿existen alternativas a la orientación a costes? *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, núm. 832, 2006 (Ejemplar dedicado a: Telecomunicaciones y audiovisual: regulación, competencia y tecnología), p. 115-130.
- MORGAN y ARTHUR ANDERSEN. *Industry Analysis: Wireless data, the world in your hand*. Informe inédito. Londres: 2000. 151 p.
- MORRIS, Adele. “Spectrum auctions: Distortionary input tax or efficient revenue instrument?”. *Telecommunications Policy* núm. 29, 2005, p. 687–709.

- MOTTA, Massimo; VASCONCELOS, Helder. "Efficiency gains and myopic antitrust authority in a dynamic merger game". *International Journal of Industrial Organization*, núm. 23, 2005, p. 777-801.
- MOTTA, Máximo. Competition Policy: History, objectives and the law. En: MOTTA. *Competition Policy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 1-39.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Servicio público y mercado: telecomunicaciones*. Madrid: Civitas, 1997, 248 p.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Público Administrativo y Derecho Administrativo en general*, Vol I , 2ª ed., Madrid: Iustel, 2006, 1231 p
- MUÑOZ MACHADO, S. ESTEVE PARDO, J. *Derecho de la Regulación Económica I: Fundamentos e Instituciones de la Regulación*. Madrid: Iustel, 2009, 944 p.
- NEBREDÁ PEREZ, Joaquín. Comentarios artículo 8 En: DE LA QUADRA, GARCÍA DE ENTERRÍA. *Comentarios a la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones*. p. 121-138.
- NEVEN, Damien. Discrepancies between Markets and Regulators: an Analysis of the First Ten Years of EU Merger Control. INSTITUT UNIVERSITAIRE DE HAUTES ETUDES INTERNATIONALES THE GRADUATE INSTITUTE OF INTERNATIONAL STUDIES, GENEVA HEI Working Paper No: 10/2002.
- NEWBERG, Joshua. Antitrust for economy of ideas: the logic of technology markets. *Harvard Journal of Law and technology*, vol 14, núm. 1, 200, p. 84-116.
- NICHOLAS, Tom. Why Schumpeter Was Right: Innovation, Market Power, and Creative Destruction in 1920s America *The Journal of Economic History*, vol. 63, núm. 4 (Dec., 2003), p. 1023-1058
- NIKOLINAKOS, Nikos. The new European regulatory regime for Electronic Communications Networks and Associated Services: the proposed framework and access / interconnection directives. *European Competition Law Review*. vol. 22, núm. 3 (March 2001), p. 93-109.
- NOAM, Eli. Beyond spectrum auctions: taking the next step o open spectrum access. *Telecommunications Policy*, vol. 21, núm. 5, 1997, pp. 461-475.
- NORIEGA, Raquel. "Diferencias tecnológicas y evolutivas de las redes fijas y móviles". *REDETI*, Año IV, Núm. extraordinario, abril 2001. p. 129-141.

NOWAG, Julian. SELEX Sistemi Integrati SpA v Commission of the European Communities (C-113/07 P) [2009] E.C.R. I-2207: redefining the boundaries between undertaking and the exercise of public authority *European Competition Law Review*, 31(12), 2010 p.483-486

ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. Broadband growth and policies in OECD countries”. 2008.

ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. Application Of Competition Policy To High Tech Markets (5 de mayo de 2009) <http://www.oecd.org/dataoecd/34/24/1920091.pdf>.

ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. Merger Review in Emerging High Innovation Markets. (5 de mayo de 2009) <http://www.oecd.org/dataoecd/40/0/2492253.pdf>.

ODUDU, Okeoghene. Article 81(3), discretion and direct effect. *European Community Law Review*, 2002, núm. 23, vol.1, p. 17-25.

ONU. Conclusiones y recomendaciones del Informe A/ 66/290, de 11 de agosto de 2011.

ONU. Informe A/HCR/17/27 de 16 de mayo.

ORDOÑEZ DE HARO, J. Manuel. *Aspectos económicos del funcionamiento competitivo de los mercados* Vol. I. Sevilla: Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, 2009. 288p.

OTERO CARVAJAL, Luis E. *Las telecomunicaciones en la España contemporánea, 1855-2000*. Cuadernos de Historia Contemporánea, 2007, vol. 29, p.119-152.

PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo I*, 18 ed. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 380-402.

PAREJO ALFONSO, L. “Las relaciones y delimitación de competencias entre el regulador independiente y la Administración General del Estado”. En: SERRANO GONZALEZ, M y BACIGALUPO SAGGES, M. *Cuestiones actuales del Derecho de la energía. Regulación, competencia y control judicial*. Madrid: lustel, 2010. p. 59-106.

PAREJO ALFONSO, Luciano. La actividad de la administración pública: sus características, clasificaciones, formas y principios. En: PAREJO ALFONSO, Luciano. *Manual de Derecho Administrativo*. Barcelona: Ariel, 2004. p. 601-697.

PAREJO ALFONSO, Luciano. La Directiva Bolkenstein y la ley paraguas ¿legítima el fin cualesquiera medios para la reconversión del Estado autoritativo”?. *Revista española de derecho europeo*, núm. 32, 2009, págs. 431-467

PAREJO ALFONSO, Luciano. Derecho Administrativo: Instituciones generales: Bases, Fuentes, organización y sujetos, actividad y control. En: PAREJO ALFONSO, Luciano. *Manual de Derecho Administrativo*, Barcelona: Ariel Derecho, 2003, p. 78 y ss.

PAREJO ALFONSO, Luciano. El sistema económico en el ordenamiento español. *Revista de Derecho Público*, núm. 37. Editorial Jurídica Venezolana. 1989. p. 39-52.

PAREJO ALFONSO, Luciano. Interés público como criterio de control de la actividad administrativa. En: AAVV. *Constitución, Estado de las Autonomías y Justicia Constitucional*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2005, 1340 p.

PAREJO ALFONSO, Luciano. La Constitución y su determinación de la Administración, en especial, los valores superiores. En: *Manual de Derecho Administrativo*. Barcelona: Ariel. p. 64-82

PAREJO ALFONSO, Luciano. *Seguridad pública y policía administrativa de seguridad. Problemas de siempre y de ahora para el deslinde, la decantación y la eficacia de una responsabilidad nuclear del Estado administrativo*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008, 149 p.

PAREJO ALFONSO, Luciano. Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 7 – 2º semestre 2004.

PAREJO ALFONSO, Luciano. *Crisis y renovación en el Derecho Público*. Lima: palestra Editores, 2008, 206 p.

PASTOR, Santos. *Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del Derecho*. Madrid: Tecnos, 1989, 263 p.

PAUWELS, Caroline. The political and regulatory framework towards a European information and knowledge society En: ELIASSEN, Kjell A. and FROM ALDERSHOT, Johan. *The privatisation of European telecommunications*. Ashgate, cop. 2007, p. 51-74

PECES – BARBA MARTINEZ, Gregorio. Humanismo y solidaridad social como valores de una sociedad avanzada. En LORENZO GARCIA, Rafael de, CABRA DE LUNA, Miguel A (directores) *Las entidades no lucrativas de carácter social y humanitario*. Madrid: Fundación Once, 1991.

PEDRAZA CÓRDOBA, Juanita. Fuentes de Derecho Administrativo. PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 59-89.

PEITZ, Martín. Competencia y regulación de la interconexión en los mercados de telecomunicación. *Economía industrial*, núm. 339, 2001 (Ejemplar dedicado a: Tecnologías de la información: aspectos microeconómicos), p. 95-104.

PENNEY, Jonathon. Internet Access rights: a brief history and intellectual origins. *William Mitchell Law Review*, vol 38:1, p. 10-42.

PÉREZ AMARAL, Teodosio. Telecomunicaciones: ¿llega la liberalización?. *Economistas*, Año 15, núm. 74, 1997, págs. 88-94

PEREZ AMOROS, Francisco. De la Europa de los mercaderes a la Europa Social: Los aspectos sociales de la Constitución Europea de 2004. *Revista Técnica laboral*, vol. 29, núm. 112, 2007, p. 255-281.

PEREZ BUSTAMANTE, Rogelio. Un paradigma en la aplicación de los principios de libre competencia en la Unión Europea: la liberalización de las telecomunicaciones (1974-1999). En: ORTIZ BLANCO, Luis; SOPEÑA BLANCO, Vera (ed). *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación*. Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, Servicio de Publicaciones 2000, V. II, p. 13-30

PERRUCCI, Antonio y CIMATORIBUS, Michela. Competition, convergence and asymmetry in telecommunications regulation. *Telecommunications Policy*, vol. 21, núm. 6, 1997, p. 493-512.

PITT, Edward. "Competition Law in Telecommunications". En: WALDEN, Ian y ANGEL, John. *Telecommunications Law and regulation*, 2 ed. Londres: Oxford University Press, 2005, p. 293-341.

PLAZA, Crisanto. Telecomunicaciones. Precios e inversión en la Teoría Económica de la Regulación. *Cuadernos de comunicación e Innovación*. núm. 74, enero – marzo 2008, <http://sociedadinformacion.fundacion.telefonica.com/telos/articulodocumento.asp?idarticulo=1&rev=74.htm>

POLLE; Ian. "UMTS". En: POLLE, Ian. *Cellular Communications Explained*, Newnes. 2005. p. 155-172.

PORTER, M. *Competitive Strategy: techniques for analyzing industries and competitors*. New York: Free Press, 1980, 400 p.

- POSNER, Eric. Cost-benefit analysis as a solution to principal agent problem. *Admin. L. Rev.* núm. 53, 2001, p. 289-299
- PP. CRAIG, M.A. “A case study: competition and regulation”. En: CRAIG, M.A. . *Administrative Law*. Fourth Edition. London: Sweet & Maxwell, 1999, p. 321-363.
- PROSSER, Tony. Competition law and public services: from single market to citizenship rights?. *European Public Law*, vol. 11, Issue 4, 2005, p. 543-563.
- PROSSER, Tony. *The limits of Competition Law. Markets and public services*. Oxford: Oxford University Press, 2005, 257p.
- RATLIFF, James; RUBINFELD, Daniel. Online advertising: defining relevant markets *Journal of Competition Law & Economics*, Septiembre, 2010, 24 p.
- RECIO ANDREU, Albert. Dimensiones de la democracia económica. *Mientras tanto*, núm. 79, 2001, pags. 19-40.
- REDONDO ANDREU, Ignacio. El procedimiento de definición y análisis de mercados: modificaciones introducidas por la reforma de las Directivas de noviembre de 2009. *Noticias de la Unión europea*. núm 313, (feb. 2011), p. 63-72.
- REIS MOURAO, Paulo. El institucionalismo norteamericano: orígenes y presente. *Revista de Economía Institucional*, vol. 9, núm. 16, primer semestre/2007, p. 315-325.
- RENCKENS, An. Welfare standards, substantive tests, and efficiency considerations in merger policy: Refining the efficiency defense. *Journal of Competition Law and Economics*, núm. 3, vol 2, p. 149-179.
- RICHARDS. The limitations of market based regulation of the electronic communications sector. *Telecommunications Policy*, núm. 30, 2006, p. 201–222.
- RIVERO, Ricardo. *Derecho Administrativo Económico*, 4 ed. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 147 y ss.
- RODRÍGUEZ ILLERA, Reinaldo. El proceso liberalizador de las telecomunicaciones: algunas reflexiones. *Economía industrial*, núm. 337, 2001 (Ejemplar dedicado a: El futuro de las Telecomunicaciones), p. 99-102.
- RODRIGUEZ LÓPEZ, María Luisa. “Redes y servicios de comunicaciones móviles de tercera generación”. En: VILLAR URÍBARRI, José Manuel (coord.) *La nueva regulación de las telecomunicaciones, la televisión e Internet*. Pamplona: Aranzadi, 2003, p. 203-218.

- RODRIGUEZ LÓPEZ, María Luisa. La Unión Europea y el Sector de las telecomunicaciones. *Noticias de la Unión Europea*; núm. 134, marzo 1996, p. 35-42
- RODRIGUEZ YLLERA, Reinaldo. “Las comunicaciones móviles en la encrucijada regulatoria”. REDETI, Año IV, núm. extraordinario, abril 2001. p. 17-30.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno. Incumplimiento contractual, penalización e infracción administrativa en la oferta de acceso al bucle de abonado (OBA). *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 15, 2007, p. 31-47
- ROSS, Malcom. Art. 16 E.C. and services of general interest: from derogation to obligation?. *European Law Review*, vol. 25, Issue 1, 2000, p. 22-38.
- ROSS, Malcom. Promoting solidarity: from public services to a european model of competition?. *Common market law review*, núm 44.4, agosto de 2007, p. 1057-1080.
- SANCHEZ NAVARRO, Angel. “El debate sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa en Francia”. *Teoría y Realidad Constitucional*. núm. 15, 2004, ps. 365-383.
- SÁNCHEZ PIÑOLE, Juan Ignacio. Aplicación de la oferta de red abierta a la telefonía vocal. *Boletín Asturiano sobre la Unión Europea*; núm. 64-65, julio/octubre 1996, p. 14-21
- SANCHO, David. La regulación de la telefonía móvil en España. En: JORDANA; J y SANCHO, D (edit) *Políticas de telecomunicaciones en España*. Madrid: Tecnos, 1999, p. 131-171.
- SAUTER, Wolf . 'Case T-289/03, British United Provident Association Ltd (BUPA), BUPA Insurance Ltd, BUPA Ireland Ltd v. Commission of the European Communities, Judgment of the Court of First Instance of 12 February 2008, *Common Market Law Review*, vol. 46, núm. 1. 2009, p. 269-286
- SAYER, Stephen. The impact of the EU on UK Utility Regulation. En: SAYER et. al. *Regulating Utilities: a time for change?*. Londres: Institute of Economic Affairs, 1996, p. 1-22
- SCHERER, F. M. y ROSS, D. *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Third edition, Boston: Houghton Miffl in., 1990, 713 p.
- SCHWEICKART, David. *Democracia económica: propuesta para un socialismo eficaz*. Barcelona: Cristianisme i Justícia , 1993, 36 p.

- SHAPIRO & KAPLOV. Antitrust. En: POLINSKY, Mitchell; SHAVELL, Steven. *Handbook of Law and Economics*, Volume 2. North-Holland, p. 1073-1224.
- SHELANSKI, Howard A. From sector-specific regulation to antitrust law for US telecommunications: the prospects for transition. *Telecommunications Policy*, núm. 26, 2002, p. 335–355.
- SOKOL, Daniel. The European Mobile 3G UMTS Process: Lessons From the Spectrum Auctions and Beauty Contests. *Va. J.L. & Tech.* núm. 17, 2001. <http://www.vjolt.net/vol6/issue3/v6i3-a17-Sokol.html>
- SOLE, Dita. Services of general economic interest in the EU: a 50 year-battle between liberalization, deregulation and subsidiarity. *European Journal of Law Reform*, Vol, V, No. ¾, p. 335-408.
- SORIANO GARCIA, Jose Eugenio. El Derecho Público de la Competencia. La Administración y el mercado. En: *Derecho público de la Competencia*. Madrid: Marcial Pons, 1998, 670 p.
- SOTO, Juan; PEREZ, Jorge; FEIJOO, Claudio. Veinticinco años de sociedad de la información en España. *Economía Industrial*. núm. 349 y 350, 2003, p. 63-82.
- SOUVIRON MORENILLA, José María. *El proceso de liberalización y nueva regulación de las telecomunicaciones*. Granada: Comares, 1999, 286 p.
- SPIES, Axel y WREDE, Jan F. The new German Telecommunications Act, 4 *MICH. TELECOMM, TECH L. Rev.* 1 (1998), http://www.mttl.org/volfour/spies_art.html
- STEINBOCK, Dan. What happened to Europe's wireless advantage?. *Info*, núm. 4/5, 2002, p- 4-11
- STEPHEN, Martin. Dominance. En: *Industrial organization: a European perspective*, Oxford [etc.] : Oxford University Press, 2001, 254p.
- STOLBER, Rolf. *Sistemas económicos*. En: Derecho Administrativo económico. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas, 1992, p. 50 -55.
- STREEL, A. Current and future European Regulation of electronic communications: a critical assessment. *Telecommunications Policy* núm. 32, 2008, ps. 722-734.
- SVETLICINII, Alexandr. Assessment of the non-horizontal mergers: is there a chance for the efficiency defence in EC merger control *European Competition Law Review* 2007, Nº 28, vol. 10, p. 529-538.

- TAMAMES Laura. “*Introducción a la Constitución Española*”. Madrid, Alianza, 2003, 457p.
- TAMBO ARIAS, Carlos. “Diez sugerencias para repensar críticamente la Unión Europea”. *Revista Interuniversitaria de formación del profesorado*, núm. 51, 2004, p. 107-126.
- TEN KATE, Adriaan; NIELS, Gunnar. The relevant market: a concept still in search of a definition. *Journal of Competition Law & Economics*, Junio, 2009, p. 297-333.
- TILSON, David; LYYTINEN, Kalle. The 3G transition: changes in the US wireless industry. *Telecommunications Policy*, núm. 30, 2006, p. 29-42
- TORRES LÓPEZ, María Asunción. “La tercera generación de telecomunicaciones móviles y la adjudicación de las licencias”. *REDETI*, núm. 8, 2000, p. 93-126.
- UMTS FORUM. The Path towards UMTS Technologies for the Information Society. 1998. http://www.umts-forum.org/component/option,com_docman/task,cat_view/gid,143/Itemid,12/
- VAQUER CABABALLERIA, Marcos. Los servicios atinentes a la persona en el estado social. *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 11, 2000, p. 31-72
- VAQUER CABABALLERIA, Marcos. Fundamentos constitucionales. En: VAQUER CABALLERIA, M. *La acción social (Un estudio sobre la actualidad del Estado Social de Derecho)*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002, 254 p.
- VAQUER CABALLERIA, Marcos. Los problemas de la contraposición entre lo económico y social en la doctrina europea de los servicios de interés general. *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 8, 2005.
- VAQUER CABALLERIA, Marcos. De nuevo sobre la doctrina europea de los servicios de interés general: los problemas para definir la familia de los servicios sociales y su aplicación en materia de vivienda. *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 25, 2010, p. 1-19.
- VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio (coord). *Derecho Europeo de la competencia: antitrust e intervenciones públicas*. Valladolid: editorial Lex Nova, 2005 p. 39-55.
- VERA SANTOS, José Manuel. Derechos fundamentales, Internet y nuevas tecnologías de la información y de la comunicación. En: GARCIA MEXÍA, P. (dir). *Principios de Derecho de Internet*, 2ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 189-245.

- VICKERS, J.; YARROW, George. *Privatization: an economic analysis*. 6ed. Cambridge (Massachusetts) [etc.]: MIT Press, 1995, 454 p.
- VICKERS, Jhon. Competition and regulation: UK experience. En: SAYER et al. *Regulating Utilities: a time for change*. Londres: IEA, p. 91-106.
- VICKERS, Jhon. Merger policy in Europe: retrospect and prospect, 11 de febrero de 2004. http://oft.gov.uk/shared_oft/speeches/spe0104.pdf
- VICKERS; John. Abuse of Market Power. *The Economic Journal*, vol. 115, núm. 504, (Jun., 2005), p. 244-261
- VILLAR PALASÍ, José Luis (prologuista). VILLAR EZCURRA, J. Luis. *Servicio público y técnicas de conexión*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980, p. 9-16.
- VILLAR PALASÍ, José Luis. El título especial de potestad: el dominio reservado. En: VILLAR PALASÍ, José Luis. *Intervención administrativa en la industria*. Tomo I. Madrid: Instituto de estudios políticos, 1964, p. 137-256.
- VILLAR ROJAS, Francisco José. La construcción de la categoría. En: *Las instalaciones esenciales para la competencia. Un estudio de Derecho Público Económico*. Granada: Comares, 2004, p. 12-45.
- VILLAR ROJAS, Francisco José. *Privatización de servicios públicos*. Madrid: Tecnos, 1993. p. 155-156.
- VILLAR ROJAS, Francisco José. *Las instalaciones esenciales para la competencia*. Granada: Comares, 2004, 410 p.
- VILLAR URIBARRI, José Manuel. *La nueva regulación de las telecomunicaciones, la televisión e Internet*. Pamplona: Aranzadi, 2003, 625p.
- WAELEBROECK, Michel y FRIGNANI, Aldo. *Derecho europeo de la competencia: (vol. 4 del comentario J. Mégret)*. Tomo I. Barcelona: Bosch, 1998, 1424 p.
- WEBER, Arnd; BOHLIN, Eric; LINDMARK, Sven y WINGERT, Bernd. Developments for 4G and European Policy. *Info*, vol.6, núm. 6, 2004, p. 383-387.
- WHALLEY, J., CURWEN, P. Third generation new entrants in the European mobile telecommunications industry. *Telecommunications Policy*, núm. 30 (2006) p. 622-632.
- WOUDE, Marc van der. *EC Competition Law Handbook 2008-2009 Edition*. Londres: Sweet & Maxwell, 2008, 612p.

WSIS FORUM. Documento de Conclusiones del WSIS Forum 2011, <http://www.itu.int/wsis/implementation/2011/forum/inc/Documents/WSISForum2011OutcomeDocument.pdf>

XAVIER, Patrick. The licensing of telecommunication suppliers. Beyond the EU's Directive. *Telecommunications Policy*, vol 22, núm. 6, 1998, pp. 483-492.

ZAMPA, Gian Luca. The role of efficiency under the EU merger regulation. *European Business organization law review* núm. 4, p. 573-622.

I. NORMATIVA NACIONAL

ESPAÑA. Ley 32/1992, de 3 de diciembre, que modifica la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones. *Boletín Oficial del Estado* núm. 291 de 4 de diciembre de 1992, p. 1268 – 41273.

ESPAÑA. Consejo de Ministros de octubre de 1994. Documento de Líneas estratégicas de la política de telecomunicaciones.

ESPAÑA. Ley 10/2005, de 14 de junio, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Televisión Digital Terrestre, de Liberalización de la Televisión por Cable y de Fomento del Pluralismo. *Boletín Oficial del Estado* núm. 142 de 15 de junio de 2005, p. 20562 – 20567;

ESPAÑA. Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones. *Boletín Oficial del Estado* núm. 99 de 25 de abril de 1998, p. 13909 - 13940

ESPAÑA. Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones. *Boletín Oficial del Estado* núm. 99 de 25 de abril de 1997, p. 13278 - 13285

ESPAÑA. Ley 15/2001, de 9 de julio, Regula el fomento y promoción de la cinematografía y el sector audiovisual. *Boletín Oficial del Estado* núm. 164 de 10 de julio de 2001, p. 24904 a 24909.

ESPAÑA. Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal. *Boletín Oficial del Estado* núm. 134 de 6 de junio 2006, p. 21207 a 21218.

ESPAÑA. Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. *Boletín Oficial del Estado* núm. 55 de 5 de marzo de 2011, p. 25033 – 25235

ESPAÑA. Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones. *Boletín Oficial del Estado* núm. 251 de 19 de octubre de 2007, p. 42517- 42523;

ESPAÑA. Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. *Boletín Oficial del Estado* núm. 308 de 23 de diciembre de 2009, p. 108507 – 108578;

ESPAÑA. Ley 26/2011, 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Boletín Oficial del Estado* núm. 184 de 2 de agosto de 2011, p. 87478 - 87494;

ESPAÑA. Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones. *Boletín Oficial del Estado* núm. 303 de 19 de diciembre de 1987, p. 37409 – 37419.

ESPAÑA. Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones. *Boletín Oficial del Estado* núm. 264, de 4 de noviembre, p. 38890 - 38924.

ESPAÑA. Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. *Boletín Oficial del Estado* núm. 166 de 12 de julio de 2002, p. 25388 a 25403

ESPAÑA. Ley 4/2004, de 29 de diciembre, de modificación de tasas y de beneficios fiscales de acontecimientos de excepcional interés público. *Boletín Oficial del Estado* núm.314 de 30 de diciembre de 2004, p. 42338 – 42355

ESPAÑA. Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de las telecomunicaciones por cable. *Boletín Oficial del Estado* núm. 306 de 23 de diciembre de 1995, p. 36790 - 36796

ESPAÑA. Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal. *Boletín Oficial del Estado* núm. 318 de 31 de diciembre de 2010, p. 109195 a 109236;

ESPAÑA. Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información. *Boletín Oficial del Estado* núm. 312 de 29 de diciembre de 2007, p. 53701-53719.

ESPAÑA. Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica. *Boletín Oficial del Estado* núm. 304 de 20 de diciembre de 2003, p. 45329 a 45343.

ESPAÑA. Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual. *Boletín Oficial del Estado* núm. 79 de 1 de abril de 2010, p. 30157 a 30209.

ESPAÑA. Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, en el que se establece la carta de derechos de los usuarios. *Boletín Oficial del Estado* núm.131 de 30 de mayo de 2009, p. 45386 - 45408.

ESPAÑA Real Decreto 920/2006, de 28 de julio, por el que se aprueba el reglamento general de prestación del servicio de difusión de radio y televisión por cable, *Boletín Oficial del Estado* núm. 210 de 2 de septiembre de 2006, p. 31532 a 31538.

ESPAÑA. Real Decreto 1486/1994, de 1 de julio, por el que se aprueba el reglamento técnico y de prestación del servicio de telefonía móvil automática. *Boletín Oficial del Estado* núm. 168, de 15 de julio de 1994, p. 22665 – 22673. Modificado por el Real Decreto 1252/1997. *Boletín Oficial del Estado* núm. 163, de 13 de agosto de 1997, p. 24640 – 24643.

ESPAÑA. Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio, de interconexión. *Boletín Oficial del Estado* núm 181 de 30 de julio de 1998, p. 25865 - 25878

ESPAÑA. Real Decreto 1652/1998, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de los Registros Especiales de Titulares de Licencias Individuales y de Titulares de Autorizaciones Generales para la prestación de servicios y para el establecimiento y explotación de Redes de Telecomunicaciones, y el Reglamento del Procedimiento de Ventanilla Única para la presentación de solicitudes o notificaciones dirigidas a la obtención de dichos títulos. *Boletín Oficial del Estado* núm. 213 de 5 de septiembre de 1998, p. 30223 - 30230

ESPAÑA. Real Decreto 1736 de 1998, de 31 de julio, sobre servicio universal. *Boletín Oficial del Estado* núm. 213 de 5 de septiembre de 1998, p. 30230-30252.

ESPAÑA. Real Decreto 1768/2007, de 28 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 424/2005. *Boletín Oficial del Estado* núm. 312, de 29 de diciembre, p. 53780 – 53781.

ESPAÑA. Real Decreto 1890/2000, de 20 de noviembre, sobre evaluación de equipos. *Boletín Oficial del Estado* núm. 289 de 2 de diciembre de 2000, p. 42321 - 42333

ESPAÑA. Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración. *Boletín Oficial del Estado* núm. 314 de 30 de diciembre de 2004, p. 42372 – 42396.

ESPAÑA. Real Decreto 279/1999, de 22 de febrero, sobre infraestructuras comunes de telecomunicaciones. *Boletín Oficial del Estado* núm. 58 de 9 de marzo de 1999, p. 9207 - 9242

ESPAÑA. Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el reglamento sobre las condiciones para la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios. *Boletín Oficial del Estado* núm. 102, de 29 de abril, p. 14545 – 14588.

ESPAÑA. Real Decreto 691/2010, de 20 de mayo, por el que se regula la Televisión Digital Terrestre en alta definición. *Boletín Oficial del Estado* núm. 134 de 2 de junio de 2010, p. 47691 a 47693.

ESPAÑA. Real Decreto 776/2006, de 23 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 424/2005. *Boletín Oficial del Estado* núm. 150, de 24 de junio, p. 23995 – 23996.

ESPAÑA. Real Decreto 863/2008, de 23 de mayo, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones en lo relativo al uso del dominio público radioeléctrico. *Boletín Oficial del Estado* núm. 138 de 7 de junio de 2008, p. 26305 – 26320.

ESPAÑA. Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista. *Boletín Oficial del Estado* núm.78 de 31 de marzo de 2012, p. 26876 – 26967.

ESPAÑA. Orden Ministerial de 9 de marzo de 2000, sobre espectro radioeléctrico. *Boletín Oficial del Estado* núm. 64 de 15 de marzo de 2000, p. 10577-10586.

ESPAÑA. Orden CTE de 14 de marzo, por la que se introduce un nuevo tipo de licencia habilitante para la prestación del servicio telefónico móvil disponible al público (móvil virtual).

ESPAÑA. ORDEN CTE/711/2002, de 26 de marzo, por la que se establecen las condiciones de prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 81 de 4 de abril de 2002, p. 12848 - 12853

ESPAÑA. Orden de 10 noviembre de 1999 por la que se aprueba el pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas para el otorgamiento por concurso, mediante procedimiento abierto, de cuatro licencias individuales de tipo B2 para el establecimiento de la red de telecomunicaciones necesaria y para la explotación del servicio de comunicaciones móviles de tercera generación. *Boletín Oficial del Estado* núm. 270 de 11 de noviembre de 1999, p. 39340-39347.

ESPAÑA. Orden de 26 de febrero de 1998, por la que se aprueba el pliego de condiciones para el otorgamiento de la concesión para la prestación del servicio de comunicaciones móviles en la modalidad DCS-1800. *Boletín Oficial del Estado*, núm.54, de 4 de marzo de 1998, p. 7498-7511.

ESPAÑA. Orden de 26 de septiembre de 1994 por la que se aprueba el pliego de cláusulas de explotación y de bases de adjudicación y se convoca el concurso público para la adjudicación de una concesión para la prestación del servicio de telecomunicación de valor añadido de telefonía móvil automática en su modalidad GSM. *Boletín Oficial del Estado* núm. 231 de 27 de septiembre de 1994, p. 29771 – 29785.

ESPAÑA. Orden Ministerial de 22 de septiembre de 1998 por la que se establecen el régimen aplicable a las licencias individuales para servicios y redes de telecomunicaciones y las condiciones que deben cumplirse por sus titulares. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 231, 26 de septiembre de 1998, p. 32236.

ESPAÑA. Orden Ministerial de 22 de septiembre de 1998 por la que se establecen el régimen aplicable a las autorizaciones generales para servicios y redes de telecomunicaciones y las condiciones que deben cumplirse por sus titulares. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 231, 26 de septiembre de 1998, p. 32232.

ESPAÑA. Resolución del 21 de marzo de 2003 del Secretario de Estado de Política Científica y Tecnológica, en sustitución del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información por la que se modifican los avales de XFERA.

ESPAÑA. Orden Ministerial de 30 de marzo de 1995, por la que se establece el régimen de prestación del servicio de telecomunicaciones de valor añadido de telefonía móvil automática en su modalidad analógica. *Boletín Oficial del Estado* núm. 101, de 28 de abril de 1995, p. 12573 – 12582.

ESPAÑA. Resolución del 24 de marzo de 2003 del Secretario de Estado de Política Científica y Tecnológica, en sustitución del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, por la que se modifican los avales de AIRTEL (hoy VODAFONE).

ESPAÑA. Resolución del 25 de marzo de 2003, del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información por la que se modifican los avales de TELEFÓNICA MÓVILES

ESPAÑA. Resolución del 8 de abril de 2002, del Secretario de Estado de Telecomunicaciones.

ESPAÑA. Resolución del Delegado del Gobierno en Telefónica, de 3 de junio de 1986, que aprobó el reglamento del servicio de telefonía móvil automática. *Boletín Oficial del Estado* núm. 174, de 22 de julio de 1986, p. 26288 - 26292

ESPAÑA. Resolución del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, de 7 de abril de 2003, por la que se modifican los avales de AMENA (hoy ORANGE).

ESPAÑA. Resolución del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y la Sociedad de la Información de 26 de julio de 2001

ESPAÑA. COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Resolución del Consejo de 23 de marzo de 2006. Revisión del mercado: Resolución de 5 de marzo de 2009.

ESPAÑA. COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Resolución del Consejo de 23 de marzo de 2006. Revisión del mercado: Resolución de 5 de marzo de 2009.

ESPAÑA. COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Resolución del Consejo de 9 de febrero de 2006.

ESPAÑA. COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Resolución del Consejo de 20 de abril de 2006.

ESPAÑA. COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Resolución del Consejo de 27 de abril de 2006. Revisión del mercado: Resolución de 12 de diciembre de 2008.

ESPAÑA. COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Resolución del Consejo de 2 de marzo de 2006. Revisión del mercado: Resolución de 18 de diciembre de 2008.

ESPAÑA. COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Resolución del Consejo de 29 de junio de 2006.

ESPAÑA. COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Resolución del Consejo de 11 de mayo de 2006. Revisión del mercado: resolución del 22 de enero de 2009. Resolución de 19 de noviembre de 2009 (inclusión de los servicios de acceso a canalizaciones).

ESPAÑA. COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Resolución del Consejo de 20 de junio de 2006. Revisión del mercado: Resolución de 22 de enero de 2009. Inclusión del servicio MIBA: Resolución de 11 de noviembre de 2010.

ESPAÑA. COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Resolución del Consejo de 23 de noviembre de 2006.

ESPAÑA. COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Resolución del Consejo de 23 de noviembre de 2006.

ESPAÑA. COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Resolución del Consejo de 2 de febrero de 2006.

ESPAÑA. COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Resolución del Consejo de 23 de febrero de 2006 (TESAU, ORANGE y VODAFONE).

ESPAÑA. COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Resolución del Consejo de 4 de octubre de 2007 (XFERA).

ESPAÑA. COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Resolución del Consejo de 25 de octubre de 2007 por la cual se notifica a la CUE el proyecto de definición de mercado mayorista de terminación en redes de OMV completos. Revisión del mercado: Resolución de 18 de diciembre de 2008. Resolución del Consejo de 2 de febrero de 2012 por la que se revisa el mercado.

II. **NORMATIVA COMUNITARIA**

EUROPA. CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

EUROPA. Documento de Conclusiones de las Reuniones sostenidas por el Consejo Europeo, el 23 y 24 de marzo de 2000.

EUROPA. Directiva 2002/77, de 16 de septiembre, de competencia en el mercado de redes y servicios de comunicaciones electrónicas. *Diario oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 249, de 19 de septiembre de 2002, p. 21-27.

EUROPA. Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, *Diario oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 337 de 18 de diciembre de 2009, p. 11-36

EUROPA. Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas *Diario Oficial de la Unión Europea* núm. L 201 de 31 de julio de 2002, p. 37-59.

EUROPA. Reglamento (CE) nº 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores. *Diario oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 364 de 9 de diciembre de 2004, p. 1-11.

EUROPA. Directiva 1996/02, de 16 de enero, por la que se modifica la Directiva 90/388 en relación con las comunicaciones móviles y personales. *Diario oficial de las Comunidades Europeas* núm. 20 de 26 enero 1996, pág. 59.

EUROPA. Directiva 2002/19/CE del Parlamento y Consejo Europeos, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión. *Diario oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 108 de 24 de abril de 2002, p. 7-20.

EUROPA. Directiva 2002/20/CE del Parlamento y Consejo Europeos, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización) *Diario oficial de las Comunidades Europeas* núm.L 108 de 24 de abril de 2002, p. 21-32

EUROPA. Directiva 2002/21/CE del Parlamento y Consejo Europeos, de 7 de marzo, relativa al marco regulador común de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 108, de 24 de abril, p. 33-50.

EUROPA. Directiva 2002/22/CE, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal) *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm.L 108 de 24 de abril de 2002, p. 51-77

EUROPA. Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. *Diario Oficial de la Unión Europea* núm. L 376/36 del 27 de diciembre de 2006, p. 36-68

EUROPA. Directiva 2009/140/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre, por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 200/20/CE relativa a la autorización de

redes y servicios de comunicaciones electrónicas. *Diario oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 337, de 18 de diciembre de 2009, p. 37-69.

EUROPA. Directiva 2010/13/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 10 de marzo de 2010 sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual). *Diario Oficial de la Unión Europea* núm. L 95, de 15 de abril de 2010.

EUROPA. Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa los servicios en el mercado interior. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 376 de 27 de diciembre de 2006, p. 36-68

EUROPA. Directiva 86/361/CEE, de 24 de julio, relativa a la primera etapa del reconocimiento mutuo de la homologación de equipos terminales. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 217 de 5 de agosto de 1986, p. 21-25

EUROPA. Directiva 88/301/CEE de la Comisión de 16 de mayo de 1988 relativa a la competencia en los mercados de terminales de telecomunicaciones *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 131 de 27 de mayo de 1988, p. 73-77.

EUROPA. Directiva 90/387/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al establecimiento del mercado interior de los servicios de telecomunicaciones. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 192 de 24 de julio de 1990, p. 1-9

EUROPA. Directiva 90/388/CEE de la Comisión, de 28 de junio de 1990, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 192 de 24 de julio de 1990, p. 10-16.

EUROPA. Directiva 91/263/CEE del Consejo, de 29 de abril de 1991, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros sobre equipos terminales. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 128 de 23 de mayo de 1991, p. 1-18

EUROPA. 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. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 165 de 19 de junio de 1992, p. 27-36

EUROPA. Directiva 95/62/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1995, relativa a la aplicación de la oferta de red abierta a la telefonía vocal. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 321 de 30 de diciembre de 1995, p. 6-24

EUROPA. Directiva 97/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de abril de 1997 relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 117 de 7 de mayo de 1997, p. 15-27

EUROPA. Directiva 97/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, relativa a la interconexión en las telecomunicaciones. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 199 de 26 de julio de 1997, p. 32-52

EUROPA. Directiva 98/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 1998 sobre la aplicación de la oferta de red abierta (ONP) a la telefonía vocal. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 101 de 1 de abril de 1998, p. 24-47

EUROPA. Directiva del Consejo 87/372/CEE de 25 de junio de 1987, relativa a las bandas de frecuencia a reservar para la introducción coordinada de comunicaciones móviles terrestres digitales celulares públicas paneuropeas en la Comunidad. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 196 de 17 de julio de 1987, p. 85-86

EUROPA. Marco comunitario sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm C 297 de 29 de noviembre de 2005, p. 4-7.

EUROPA. Reglamento (CE) nº 717/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2007, relativo a la itinerancia en las redes públicas de telefonía móvil en la Comunidad y por el que se modifica la Directiva 2002/21/CE. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 171 de 29 de junio de 2007 p. 0032 – 0040.

EUROPA. Reglamento (CE) nº 802/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, por el que se aplica el Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, modificado por el Reglamento 192/2006, de 23 de octubre y Reglamento 1033/2008, de 20 de octubre. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 133 de 30 de abril de 2004, p. 1-39

EUROPA. Reglamento (CE) núm. 1211/2009, de 25 de noviembre, por el cual se crea el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE) y la Oficina. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. 337 de 18 de diciembre de 2009, p. 1-10.

EUROPA. Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm L 395 de 30 de diciembre de 1989, p. 1-12.

EUROPA. Reglamento (EC) No 2658/2000 de 29 de noviembre de 2000 sobre la aplicación del art. 81(3) TUE a los acuerdos de especialización. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 304, de 5 de diciembre de 2000, p. 3.

EUROPA. Reglamento (EC) No 2659/2000 de 29 de noviembre de 2000 sobre la aplicación del art. 81(3) TUE a los acuerdos de investigación y desarrollo. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 304 de 5 de diciembre de 2000, p. 7.

EUROPA. Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (2008/C 265/07). *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. C 265 de 18 de octubre de 2008, p. 6-25.

EUROPA. Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (2004/C 31/03). *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. C 31/5, de 5 de febrero de 2004, p. 5-18.

EUROPA. Reglamento N° 19/65/EEC de 2 de marzo de 1965 sobre la aplicación del art. 81.3 a ciertas categorías de acuerdos y prácticas concertadas *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm.36, 6 de marzo de 1965, p. 533-535.

EUROPA. Reglamento (EC) No 2790/1999 de 22 de diciembre sobre la aplicación del art. 81.3 a ciertas categorías de acuerdos y prácticas concertadas verticales. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 336, 29 de diciembre de 1999, p. 21-25.

EUROPA. Resolución de 12 de febrero de 1993 sobre el papel del sector público en la realización del mercado interior. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. C 72 de 15 de marzo de 1993, p. 159

EUROPA. Resolución de 14 de enero de 2004 del Parlamento Europeo, sobre el libro verde. *Diario Oficial de la Unión Europea* núm. C 92 E de 16 de abril de 2004, p. 294-302

EUROPA. Resolución de 17 de mayo de 1995 sobre el funcionamiento del Tratado de la Unión Europea desde la perspectiva de la Conferencia Intergubernamental de 1996.

EUROPA. Resolución de 22 de febrero de 2005 sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público. *Diario Oficial de la Unión Europea* núm. C 304E de 1 de diciembre de 2005, p. 117-128

EUROPA. Resolución de 6 de mayo de 1994 sobre empresas públicas, privatizaciones y servicios públicos en la Comunidad Europea. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. C 205 de 25 de julio de 1994, p. 549

EUROPA. Resolución del Parlamento Europeo de 5 de julio de 2011. El servicio universal y el número de emergencias 112. P7_TA-PROV(2011)0306

EUROPA. Resolución del Parlamento Europeo sobre la comunicación de la Comisión titulada “los servicios de interés general en Europa” de 13 de noviembre de 2001

EUROPA. Resolución del Parlamento Europeo sobre la libertad de expresión en Internet, P6_TA(2006)0324

EUROPA. Resolución del Parlamento europeo sobre las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público. *Diario Oficial de la Unión Europea* núm. C 304, de 1 de diciembre de 2005, p. 117-128

EUROPA. Resolución del Parlamento europeo de 27 de septiembre de 2006, sobre el Libro Blanco. *Diario Oficial de la Unión Europea* núm. C 306E de 15 de diciembre de 2006, p. 277-283

EUROPA. COM (2003) 270 final, de 21 de mayo de 2003, Libro Verde de los servicios de interés general

EUROPA. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Informe sobre el mercado único europeo de las Comunicaciones electrónicas 2009 (decimoquinto informe). COM(2010) 253 final/3, 25 de agosto de 2010.

EUROPA. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Reforma de las normas de la UE en materia de ayudas estatales aplicables a los servicios de interés económico general. COM/2011/0146 final de 23 de marzo de 2011.

EUROPA. Comunicación 2002/C 165/03, de 11 de julio de 2002, Directrices de Comisión sobre análisis de mercado y evaluación de peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, N° C 165 de 11 de julio de 2002 p. 0006 – 0031.

EUROPA. Comunicación C (2009) 864 final. Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta

excluyente abusiva de las empresas dominantes. 9 de febrero de 2009. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. C 45 de 24 e febrero de 2009, p. 7-20.

EUROPA. Comunicación C 265/12, de 22 de agosto, sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de telecomunicaciones. *DOCE* C 265 de 22 de agosto de 1998, p. 2-28.

EUROPA. (COM 93/700/final) Libro Blanco "Crecimiento, competitividad y empleo"

EUROPA. COM (1999)539. Comunicación de la Comisión; Hacia un nuevo marco para la infraestructura de las comunicaciones electrónicas y servicios asociados.

EUROPA. COM (2000) 580 final de 20 de septiembre de 2000. Los servicios de interés general en Europa.

EUROPA. Reglamento (CE) n o 544/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por el que se modifican el Reglamento (CE) n o 717/2007 relativo a la itinerancia en las redes públicas de telefonía móvil en la Comunidad y la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Texto pertinente a efectos del EEE) *Diario Oficial de la Unión Europea* núm. L 167 de 29 de junio de 2009, p. 0012 – 0023.

EUROPA. COM (2001) 141, de 20 de marzo, comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento, la Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: Introducción de las comunicaciones móviles de tercera generación en Europa.

EUROPA. COM (2001) 598 final, de 17 de octubre de 2001, Informe al Consejo Europeo de Laeken

EUROPA. COM (2002) 301 final, de 11 de junio, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento, la Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: hacia el pleno despliegue de las comunicaciones móviles de tercera generación.

EUROPA. COM (2002) 331 final, de 16 de junio de 2002, A Methodological Note for the Horizontal Evaluation of Services of General Economic Interest.

EUROPA. COM (2002) 689 final, de 4 de diciembre; Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento, la Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: la situación del trabajo relativo al examen de una propuesta de Directiva marco sobre los servicios de interés general.

EUROPA. COM (2003) 410 final, de 9 de julio, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento, la Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones

relativa a los obstáculos que impiden un acceso generalizado a los nuevos servicios y aplicaciones de la sociedad de la información a través de plataformas abiertas en los ámbitos de la televisión digital y las comunicaciones móviles de la tercera generación

EUROPA. COM (2004) 374 final, de 12 de mayo de 2004, Libro blanco de los servicios de interés general.

EUROPA. COM (2006) 129 final, de 20 de marzo de 2006, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento, la Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: superar los desequilibrios en la banda ancha.

EUROPA. COM (2007) 725 final, de 20 de noviembre de 2007. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Un mercado único para la Europa del siglo XXI.

EUROPA. COM (2010) 245 final/2. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Una agenda digital para Europa”, de 26 de agosto de 2010. *Diario Oficial de la Unión Europea* núm. C 54 de 19 de febrero de 2011, p. 58-64.

EUROPA. COM (2010) 253 final/3, de 25 de agosto de 2010. Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones Informe sobre el mercado único europeo de las comunicaciones electrónicas 2009 (decimoquinto informe) SEC (2010)630.

EUROPA. COM (2011) 900 final, de 20 de diciembre, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones: un marco de calidad para los servicios de interés general en Europa.

EUROPA. COM (96) 443 final de 11 de septiembre 1996. Comunicación de la Comisión: servicios de interés general en Europa.

EUROPA. COM (99) 108 final de 9 de marzo de 1999. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones - La convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información y sus consecuencias para la reglamentación - Resultados de la consulta pública sobre el Libro verde.

EUROPA. COM 08-41 final, 28 de noviembre de 2008. Working Document: Broadband access in the UE. Situation at 1 July 2008.

EUROPA. COM 1994/145 final, de 27 de abril, Libro verde sobre un planteamiento común en el campo de las comunicaciones móviles y personales en la Unión Europea - Hacia un entorno de comunicaciones personales.

EUROPA. COM 2001/C17/04. Comunicación de la Comisión: servicios de interés general en Europa. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. C 17 de 19 de enero de 2001, p. 4-23.

EUROPA. COM 94/145/final, de 27 de abril de 1994. *Towards the personal communication environment: green paper on a common approach in the field of mobile and personal communications in the European Union*

EUROPA. COM (1999) 687, de 8 de diciembre de 1999, Europe - Una sociedad de la información para todos - Comunicación sobre una iniciativa de la Comisión para el Consejo Europeo extraordinario de Lisboa los días 23 y 24 de marzo de 2000.

EUROPA. COM (2011) 222 final. Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones: la Internet abierta y la neutralidad de la red en Europa.

EUROPA. COM (1999) 537 final, 10 de noviembre de 1999, Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones: quinto informe sobre la aplicación del conjunto de medidas reguladoras de las telecomunicaciones

EUROPA. COM (2000) 814 final. 7 de diciembre de 2000. Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones: Sexto informe sobre la aplicación del conjunto de medidas reguladoras de las telecomunicaciones.

EUROPA. COM (98) 594. 25 de noviembre de 1998. Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones: Cuarto informe sobre la aplicación del conjunto de medidas reguladoras de las telecomunicaciones.

EUROPA. COM (2011) 146 final, de 23 de marzo de 2011, Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones: Reforma de las normas de la UE en materia de ayudas estatales aplicables a los servicios de interés económico general.

EUROPA. COM (2008) 153 final, de 19 de marzo de 2008, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Informe sobre el mercado único europeo de las comunicaciones electrónicas 2007 (decimotercer informe).

EUROPA. COM (2007) 155. 29 de marzo de 2007. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y a los Comités Económico y Social y de las Regiones. Duodécimo reporte sobre la regulación y los mercados de las comunicaciones electrónicas en Europa.

EUROPA. COM (1997) 513 final, de 15 de octubre de 1997. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y social y al Comité de las regiones - Estrategia y orientaciones políticas referentes al desarrollo futuro de las comunicaciones móviles e inalámbricas (UMTS) - Resultado de la consulta pública y propuestas para la creación de un entorno favorable.

EUROPA. Comunicación de la Comisión. Directrices sobre la aplicación del art. 81.3. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. C 101, 27 de abril de 2004, p. 97-118.

EUROPA. Recomendación de la Comisión, de 11 de febrero de 2003, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Texto pertinente a efectos del EEE) [notificada con el número C(2003) 497] *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 114 de 08 de mayo de 2003 p. 0045 – 0049.

EUROPA. Recomendación de la Comisión 2007/879/CE, de 17 de diciembre de 2007, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante de conformidad con la Directiva 2002/21/Ce del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* Núm. L 344, de 28 de diciembre de 2007, p. 65-69.

EUROPA. Recomendación de la Comisión 2010/572/UE, de 20 de septiembre de 2010, relativa al acceso regulado a las redes de acceso de nueva generación. *Diario oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 251, de 25 de septiembre de 2010, p. 35-48.

EUROPA. SEC (2006) 516 de 26 de abril de 2006. Commission staff working document, annexes to the Communication from the Commission on social services of general interest in the European Union [Com (2006) 177 final].

EUROPA. SEC(2007) 1483/2 C Commission staff working document explanatory note Accompanying document to the Commission Recommendation on Relevant Product and Service Markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications networks and services

EUROPA. Commission guidelines on market analysis and the assessment of significant market power under the Community regulatory framework for electronic communications networks and services (2002/C 165/03). *Diario Oficial de la Unión Europea* núm C 165/6 de 11 de julio de 2002.

EUROPA. Decisión de la Comisión 2005/842/CE, de 28 de noviembre de 2005, relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 86, apartado 2, del Tratado CE a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general. *Diario Oficial de la Unión Europea* núm L 312, de 29 de noviembre de 2005, p. 67-73

EUROPA. Dictamen del Comité Económico y Social sobre “Los servicios de interés general” *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. C 241 de 7 de octubre de 2002, p. 119-127

EUROPA Reglamento (EC) No 1215/1999 de 10 de junio de 1999 *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 148, 15 de junio de 1999, p. 1-4

EUROPA Reglamento No 2821/71 sobre la aplicación del artículo 81.3 a ciertas categorías de acuerdos, prácticas concertadas, etc. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 285, 29 de diciembre de 1971 p. 46-48

EUROPA. Resolución del Parlamento Europeo de 5 de julio de 2011, sobre el futuro de los servicios sociales de interés general (2009/2222 (INI)).

EUROPA. COM 2009/ C 235/04, de Directrices comunitarias para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha. *Diario Oficial de la Unión Europea* núm. C 235, de 30 de septiembre de 2009, p. 7-25.

EUROPA. Propuesta de recomendación del Parlamento Europeo destinada al Consejo sobre el refuerzo de la seguridad y de las libertades fundamentales en Internet (2008/2160(INI))

EUROPA. Decisión 842/2005/CE de la Comisión, de 28 de noviembre de 2005, relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 86, apartado 2, del Tratado CE a las ayudas estatales en la forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm L 312 de 29 de noviembre de 2005, p.67.

III. NORMATIVA DE LOS ESTADOS UNIDOS

ESTADOS UNIDOS DE AMERICA. Interstate Commerce Act 24 Stat. 379, chap. 104

ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA. Communications Act 1934. 47 U.S.C Sec. 151.

IV. JURISPRUDENCIA NACIONAL

AUDIENCIA NACIONAL Sentencia de 11 de abril de 2003.

AUDIENCIA NACIONAL Sentencia 17 de mayo 2003.

AUDIENCIA NACIONAL Sentencia 25 de mayo de 2004.

AUDIENCIA NACIONAL Sentencia de 20 de diciembre de 2004.

AUDIENCIA NACIONAL Sentencia de 23 de octubre de 2001.

AUDIENCIA NACIONAL Sentencia de 22 de febrero de 2000.

AUDIENCIA NACIONAL. Sentencia de 26 de noviembre de 2002.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SENTENCIA 107/1988, de 8 de junio.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SENTENCIA 12/1982, de 31 de marzo.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SENTENCIA 206/1990, de 17 de diciembre.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SENTENCIA 206/1990, de 17 de diciembre.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SENTENCIA 9/2007, de 15 de enero.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Auto 4/1993, de 11 de enero.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SENTENCIA 101/2003, de 2 de junio.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SENTENCIA 119/1991, de 3 de junio,

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SENTENCIA 127/1994, de 5 de mayo.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SENTENCIA 12/1982, de 31 de marzo.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SENTENCIA 12/1995, de 16 de enero.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SENTENCIA 47/1996, de 25 de marzo.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SENTENCIA 127/1994, de 5 de mayo
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SENTENCIA 139/2007, de 4 de junio.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SENTENCIA 14/2003, de 28 de enero.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SENTENCIA 160/2003, de 15 de septiembre.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SENTENCIA 189/1991, 3 de octubre.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SENTENCIA 19/1996, de 12 de febrero.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SENTENCIA 20/2002, de 28 de enero.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SENTENCIA 204/2002, de 15 de octubre.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SENTENCIA 206/1990, de 17 de diciembre.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SENTENCIA 216/2006, de 3 de julio.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SENTENCIA 232/2002, de 9 de diciembre.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SENTENCIA 240/1994, de 20 de julio.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SENTENCIA 266/2005, de 24 de octubre.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SENTENCIA 278/2005, de 7 de noviembre
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SENTENCIA 281/1994, de 17 de octubre.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SENTENCIA 307/1994, de 14 de noviembre.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SENTENCIA 47/1994, de 16 de febrero.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SENTENCIA 47/2002, de 25 de febrero.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SENTENCIA 76/2002, 8 de abril.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SENTENCIA 9/2007, de 15 de enero.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SENTENCIA 98/1994, de 11 de abril.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SENTENCIA 99/2002, de 6 de mayo.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SENTENCIA 244/1993, de 17 de julio
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SENTENCIA 278/1993, de 23 de septiembre

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SENTENCIA 127/94 de 5 de mayo,

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 37/1981, de 16 de noviembre

TRIBUNAL SUPREMO Sentencia de 6 de junio de 2007.

TRIBUNAL SUPREMO Sentencia del 27 de enero de 2006.

V. JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Quinta) de 29 de enero de 1998. Asunto C-280/95.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda) de 22 de mayo de 2007. Asunto T 1216/05.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia del Tribunal de primera instancia (Sala Tercera) de 11 de septiembre de 2002. Asunto T 13/99.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de de 20 de octubre de 2005. Asuntos acumulados 327/03 y 328/03.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. (Gran Sala) Sentencia de 10 de enero de 2006. Asunto C344/04.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. (Gran Sala) Sentencia de 14 de diciembre de 2004. Asunto C210/03.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (Sala Quinta). Asunto C 265/87.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. (sala sexta) Sentencia de 19 de noviembre de 1998, Asunto C 150/94,

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. (Sala Tercera) Sentencia de 13 de julio de 1989. Asunto 5/88.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 23 de noviembre de 1999. Asunto C149/96.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 25 de octubre de 1977. Asunto 26/76.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 12 de diciembre de 1996. Asunto C 302/94.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 16 de octubre de 2001. Asunto acumulados C 396/99 y C397/99. FJ27

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Asuntos acumulados C 392/04 y C422/04.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 20 de octubre de 2005. Asunto C334/03.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 22 de mayo de 2003. Asunto C 462/99..

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 28 de abril de 1998. Asunto C 200/1996.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 19 de marzo de 1991. Asunto C-202/88.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 17 de noviembre de 1992. Asuntos acumulados C-271/90, C-281/90 y C-289/90.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 20 de marzo de 1985. Asunto C-41/83 ECR 873

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 12 de julio de 1994. Asunto C 314/93.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (sala segunda). Sentencia de 26 de diciembre de 2010. Asunto C 89/09.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (primera instancia), Sentencia de 12 de febrero de 2008. Asunto T-289/03

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (Gran Sala) de 16 de mayo de 2006. Asunto C 372/04.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (gran sala) Sentencia de 1 de junio de 2010. Asuntos acumulados C 570/07 y C 571/07.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (Gran sala). Sentencia de 5 de diciembre de 2006. Asuntos acumulados C 94/04 y C202/04.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (sala octava ampliada). Sentencia de 17 de diciembre de 2008. Asunto T 196/04.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (sala octava). Sentencia de 30 de junio de 2011, asunto C 212/08.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (sala quinta). Sentencia de 26 de junio de 2008, asunto T 442/03.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (sala quinta). Sentencia de 22 de enero de 2002. Asunto C 218/00

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (sala segunda), sentencia de 24 de marzo de 2011, asunto C 400/08.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (Sala segunda). Sentencia de 12 de diciembre de 2006, asunto T 155/04

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (Sala segunda). Sentencia de 26 de marzo de 2009, asunto C 113/07P

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (sala tercera). Sentencia de 11 de marzo de 2010. Asunto C 384/08

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (sala tercera). Sentencia de 27 de octubre de 2011, asunto C 255/09.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (sala tercera). Sentencia de 3 de marzo de 2010. Asunto C 134/10.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Asunto C 34/01 a C 38/01.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Sentencia de 29 de noviembre de 2007. Asunto C 393/05.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA sentencia de 4 de diciembre de 1986. Asunto 220/83.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 25 de octubre de 2002. Asunto T-5/02.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Sentencia de 19 de mayo de 1994. Asunto T-2/93, 1994.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, (Gran Sala). Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Asunto C 169/08.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 22 de mayo de 2003. Asunto C-355/00.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 27 de marzo de 1979. Asunto 143/78.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Sentencia de 14 de julio de 1981, Asunto 172/80.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. (gran sala). Sentencia de 24 de mayo de 2011. Asunto C 61/08.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. (Gran Sala). Sentencia del 4 de octubre de 2011. Asuntos acumulados C-403/08 y C-429/08.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. (Gran sala). Sentencia de 20 de abril de 2010. Asunto C 265/08.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. (sala octava). Sentencia de 30 de junio de 2011. Asunto C 212/08

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. (sala primera ampliada). Sentencia de 16 de diciembre de 2010. Asuntos acumulados T 231/06 y T 237/06.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. (sala quinta). Sentencia de 25 de octubre de 2001. Asunto C 475/99.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. (Sala Segunda) Sentencia de 5 de marzo de 2009. Asunto C-222/07

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. (sala segunda) Sentencia de 24 de marzo de 2011. Asunto C 400/08.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. (sala séptima). Sentencia de 17 de febrero de 2011. Asunto T 68/08.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. (sala tercera). Sentencia de 3 de marzo de 2011. Asunto C 134/10.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. (sala tercera). Sentencia de 11 de marzo de 2010. Asunto C 384/08.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 20 de abril de 2010. Asunto C 265/08.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 22 de octubre de 2008. Asuntos acumulados T 309/04, T 317/04, T329/04 y T 336/04,

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (Gran sala). Sentencia de 11 de septiembre de 2007, asunto C318/05.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (sala quinta). Sentencia de 11 de diciembre de 2003. Asunto C-364/01.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (sala tercera). Sentencia de 18 de diciembre de 2007. Asunto C281/06.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (sala tercera). Sentencia de 18 de julio de 2006. Asunto C 519/04.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 12 de julio de 2001, asunto C-157/99.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 10 de diciembre de 1991. Asunto C 179/90.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 24 de julio de 2003. Asunto C-280/00.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 10 de julio de 1991. Asunto T 69/1989.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 11 de abril de 2000. Asuntos C-51/96 y C-191/97.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 11 de septiembre de 2003. Asunto C 06/01.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 11 de septiembre de 2007. Asunto C-76/05.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 11 de septiembre de 2007. Asunto C-318/05.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 12 de diciembre de 2006. Asunto T 155/04.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 12 de febrero de 2008. Asunto T 289/03.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 12 de septiembre de 2000. Asuntos acumulados C-180-184/98.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 13 de junio de 2000. Asunto T 204/1997.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 15 de junio de 2005, Asunto 17/2002.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 14 de diciembre de 2004. Asunto C 309/02.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 15 de marzo de 2007, Asunto C 54/05.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 17 de febrero de 1993. Asuntos acumulados C 159/91 y C 160/91.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 17 de julio de 1997. Asunto C 242/95.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 18 de marzo de 1997. Asunto C 343/95.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 19 de enero de 1994, Asunto C 364/92.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 19 de febrero de 2002. Asunto C 309/99.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 19 de marzo de 2009. Asunto C424/07.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 20 de septiembre de 1988. Asunto 302/86.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 21 de septiembre de 1999. Asunto C 67/96.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 22 de mayo de 2003. Asunto C-355/00.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 22 de octubre de 2009. Asunto C 438/08.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 22 de octubre de 2008, asuntos acumulados T 309/04, T 317/04, T 329/04 y T 336/04.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 23 de marzo de 2006. Asunto C-237/04.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 23 de octubre de 1997. Asunto C 157/94.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia del 23 de octubre de 1997. Asuntos acumulados C158/94, C159/94 y C 160/94.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 24 de mayo de 2011, Asunto C 61/08.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 25 de octubre de 2001. Asunto C-475/99.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 26 de abril de 1988, Asunto C 352/85.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 26 de junio de 2003, Asunto C-422/01.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 27 de septiembre de 1988. Asunto C 263/86.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 29 de abril de 2010. Asunto C 160/08.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 4 de mayo de 2011, Asunto C 61/98.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 30 de abril de 1974. Asunto 155-73.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 4 de marzo de 2003. Asunto T-319/99.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 4 de mayo de 2011, Asunto C 61/08.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 6 de octubre de 2010, Asunto C-222/08.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 7 de diciembre de 1993. Asunto C-109/92.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencias de 5 de octubre de 1994. Asunto C 55/93.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 27 de noviembre de 1997. T-290/94.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (sala cuarta). Sentencia de 11 de marzo de 2011. Asuntos acumulados C 372/09 y C 373/09.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Sentencia de 10 de diciembre de 1991. Asunto C 79/90.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 21 de septiembre de 1999. Asunto C 67/96.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 22 de octubre de 2008. Asuntos acumulados T-309/04, T-317/04, T-329/04 y T-336/04.

VI. JURISPRUDENCIA FORANEA

CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS. Decisión nº 2009-580 de 10 de junio de 2009

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NORTEAMERICANA. 143 .US 517 (1892)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NORTEAMERICANA. 233 U.S 389 (1914)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NORTEAMERICANA. 262 U.S 522 (1923)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NORTEAMERICANA. 273 U.S 418 (1927)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NORTEAMERICANA. 277 U.S. 350 (1928)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NORTEAMERICANA. 278 U.S. 235 (1929)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NORTEAMERICANA. 94 U.S. 113 (1877)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NORTEAMERICANA. 273 U.S. 418 (1927).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NORTEAMERICANA. Chitty and Temple (1857) (Pp. 14-15)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NORTEAMERICANA. 211 U.S. 265 (1908) HOME TELEPHONE & TELEGRAPH COMPANY, Appt., v. CITY OF LOS ANGELES, A. C. Harper, Mayor, and R. W. Dromgold, Edward A. Clampitt, Walter J. Wren, Niles Pease, A. J. Wallace, Henry H. Yonkin, Henry Lyon, Bernard Healy, and Everett L. Blanchard, Members of the Common Council.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NORTEAMERICANA. 295 U.S. 662 (1935) WEST et al v CHESAPEAKE & POTOMAC TELEPHONE CO. OF BALTIMORE CITY.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NORTEAMERICANA. 309 U.S. 30, (1940). BELL TELEPHONE CO. OF PENNSYLVANIA v PENNSYLVANIA PUBLIC UTILITY COMMISSION,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NORTEAMERICANA. 521 U.S. 844 (1997) RENO, ATTORNEY GENERAL OF THE UNITED STATES, et al.v.AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION et al.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NORTEAMERICANA. Ginsbourn v. Hurst 1710, 1 Salk. 249, 91 English Reporter 220

VII. DICTAMENES DEL H. CONSEJO DE ESTADO

ESPAÑA. CONSEJO DE ESTADO. Dictamen 3615/1998, de 17 de septiembre de 1998.

ESPAÑA. CONSEJO DE ESTADO. Dictamen 444 (XFERA), 11 de marzo de 2004

ESPAÑA. CONSEJO DE ESTADO. Dictamen 142/2003, de 20 de marzo, en el que se analiza el proyecto de Resolución que atiende la solicitud de ORANGE

ESPAÑA. CONSEJO DE ESTADO. Dictamen 443 de 11 de marzo de 2004 (VODAFONE)

ESPAÑA. CONSEJO DE ESTADO. Dictamen 6/2003, de 13 de marzo, en el que se analiza el proyecto de Resolución que atiende la solicitud de XFERA;

ESPAÑA. CONSEJO DE ESTADO. Dictamen 619 (TELEFÓNICA MÓVILES) de 25 de marzo de 2004.

ESPAÑA. CONSEJO DE ESTADO. Dictamen 620 (ORANGE), de 25 de marzo de 2004.

ESPAÑA. CONSEJO DE ESTADO. Dictamen 7/2003, de 13 de marzo, en el que se analiza el proyecto de Resolución que atiende la solicitud de TELEFONICA MÓVILES;

ESPAÑA. CONSEJO DE ESTADO. Dictamen 8/2003, de 13 de marzo, en el que se analiza el proyecto de Resolución que atiende la solicitud de VODAFONE

ANEXO I

Se incluyen en este anexo el mercado europeo de las comunicaciones electrónicas actualizado a 2007.

	Total (F+M+DSL+CM)		Fixed line channels		Mobile subscribers		xDSL subscribers (retail)		Cable modem subscribers	
Austria	14.104		3.733		9.046		830		495	
Hutchison 3G Austria	380	2,69%	0	0,00%	380	4,20%	0	0,00%	0	0,00%
One	1.980	14,04%	0	0,00%	1.980	21,89%	0	0,00%	0	0,00%
Telekom Austria/Mobilkom	7.380	52,33%	3.302	88,45%	3.529	39,01%	549	66,14%	0	0,00%
T-Mobile (incl. Teling)	3.157	22,38%	0	0,00%	3.157	34,90%	0	0,00%	0	0,00%
UPC Telekabel	465	3,30%	169	4,53%	0	0,00%	0	0,00%	296	59,80%
Others	742	5,26%	262	7,02%	0	0,00%	281	33,86%	199	40,20%
Belgium	16.880		4.995		9.541		1.424		920	
BASE	2.219	13,15%	0	0,00%	2.219	23,26%	0	0,00%	0	0,00%
Belgacom/Proximus	9.475	56,13%	4.148	83,04%	4.241	44,45%	1.086	76,26%		0,00%
Mobistar	3.081	18,25%	0	0,00%	3.081	32,29%	0	0,00%	0	0,00%
Telenet	1.124	6,66%	427	8,55%	0	0,00%	0	0,00%	697	75,76%
Others	981	5,81%	420	8,41%	0	0,00%	338	23,74%	223	24,24%
Croatia	6.211		1.844		4.182		176		9	
T-Hrvatski Telekom/T- Mobile Hrvatska	4.091	65,87%	1.840	99,78%	2.076	49,64%	175	99,43%	0	0,00%

	Total (F+M+DSL+CM)		Fixed line channels		Mobile subscribers		xDSL subscribers (retail)		Cable modem subscribers	
Tele2 Croatia	300	4,83%	0	0,00%	300	7,17%	0	0,00%	0	0,00%
VIPNet	1.806	29,08%	0	0,00%	1.806	43,19%	0	0,00%	0	0,00%
Others	14	0,23%	4	0,22%	0	0,00%	1	0,57%	9	100,00%
Czech Republic	15.655		3.130		11.894		441		190	
CeskyTelecom/Telefonica O2 CZ (former Eurotel Praha)	8.020	51,23%	2.896	92,52%	4.760	40,02%	364	82,54%	0	0,00%
T-Mobile Czech Republic	4.823	30,81%	0	0,00%	4.823	40,55%	0	0,00%	0	0,00%
Vodafone Czech Republic (former Cesky Mobil)	2.311	14,76%	0	0,00%	2.311	19,43%	0	0,00%	0	0,00%
Others	501	3,20%	234	7,48%	0	0,00%	77	17,46%	190	100,00%
Denmark	10.273		3.200		5.575		988		510	
Hi3G Danmark	176	1,71%	0	0,00%	176	3,16%	0	0,00%	0	0,00%
Sonofon	1.583	15,41%	0	0,00%	1.583	28,39%	0	0,00%	0	0,00%
TDC/TDC Mobil	6.607	64,31%	2.905	90,78%	2.722	48,83%	700	70,85%	280	54,90%
TeliaSonera Denmark	1.253	12,20%	0	0,00%	1.094	19,62%	0	0,00%	159	31,18%
Others	654	6,37%	295	9,22%	0	0,00%	288	29,15%	71	13,92%

	Total (F+M+DSL+CM)		Fixed line channels		Mobile subscribers		xDSL subscribers (retail)		Cable modem subscribers	
Finland	9.136		2.295		5.560		1.101		180	
Elisa	2.841	31,10%	639	27,84%	2.202	39,60%	0	0,00%	0	0,00%
Finnet	1.589	17,39%	754	32,85%	835	15,02%	0	0,00%	0	0,00%
HTV	82	0,90%	0	0,00%	0	0,00%	0	0,00%	82	45,56%
TeliaSonera Finland	3.518	38,51%	600	26,14%	2.523	45,38%	371	33,70%	24	13,33%
Others	1.106	12,11%	302	13,16%	0	0,00%	730	66,30%	74	41,11%
France	93.792		34.150		47.991		11.003		648	
Bouygues Telecom	8.788	9,37%	0	0,00%	8.788	18,31%	0	0,00%	0	0,00%
France Télécom/Orange	60.179	64,16%	32.950	96,49%	21.693	45,20%	5.536	50,31%	0	0,00%
Noos Numerique (former UPC)	873	0,93%	225	0,66%	0	0,00%	0	0,00%	648	100,00%
SFR	17.510	18,67%	0	0,00%	17.510	36,49%	0	0,00%	0	0,00%
Others	6.442	6,87%	975	2,86%	0	0,00%	5.467	49,69%	0	0,00%
Germany	150.969		54.400		83.117		13.002		450	
Deutsche Telekom/T- Mobile Germany	84.268	55,82%	47.112	86,60%	30.651	36,88%	6.505	50,03%	0	0,00%
Arcor	5.180	3,43%	3.530	6,49%	0	0,00%	1.650	12,69%	0	0,00%

	Total (F+M+DSL+CM)		Fixed line channels		Mobile subscribers		xDSL subscribers (retail)		Cable modem subscribers	
Kabel Deutschland	117	0,08%	0	0,00%	0	0,00%	0	0,00%	117	26,00%
Unity Media (formerly Ish & Iesy)	89	0,06%	0	0,00%	0	0,00%	0	0,00%	89	19,78%
E-Plus	12.215	8,09%	0	0,00%	12.215	14,70%	0	0,00%	0	0,00%
O2 Germany	10.629	7,04%	0	0,00%	10.629	12,79%	0	0,00%	0	0,00%
Vodafone Germany	29.622	19,62%	0	0,00%	29.622	35,64%	0	0,00%	0	0,00%
Others	8.849	5,86%	3.758	6,91%	0	0,00%	4.847	37,28%	244	54,22%
Greece	20.143		6.235		13.517		391		0	
OTE/Cosmote	11.444	56,81%	6.177	99,07%	5.024	37,17%	243	62,15%	0	
Q-Telecom	1.035	5,14%	0	0,00%	1.035	7,66%	0	0,00%	0	
TIM Stet Telecom	2.698	13,39%	0	0,00%	2.698	19,96%	0	0,00%	0	
Vodafone Greece	4.760	23,63%	0	0,00%	4.760	35,21%	0	0,00%	0	
Others	205	1,02%	58	0,93%	0	0,00%	148	37,85%	0	
Hungary	13.622		3.400		9.338		537		347	
Invitel	418	3,07%	350	10,29%	0	0,00%	68	12,66%	0	0,00%
Magyar Telekom/T- Mobile Hungary	7.323	53,76%	2.675	78,68%	4.307	46,12%	296	55,12%	45	12,97%
Pannon	2.981	21,88%	0	0,00%	2.981	31,92%	0	0,00%	0	0,00%
UPC Hungary	315	2,31%	130	3,82%	0	0,00%	0	0,00%	185	53,31%

	Total (F+M+DSL+CM)		Fixed line channels		Mobile subscribers		xDSL subscribers (retail)		Cable modem subscribers	
Vodafone Hungary	2.050	15,05%	0	0,00%	2.050	21,95%	0	0,00%	0	0,00%
Others	535	3,93%	245	7,21%	0	0,00%	173	32,22%	117	33,72%
Ireland	6.915		2.041		4.509		317		48	
Eircom	2.231	32,26%	2.006	98,29%	0	0,00%	225	70,98%	0	0,00%
UPC Ireland	49	0,71%	0,3	0,01%	0	0,00%	0	0,00%	48	100,00%
Hutchison 3G Ireland	53	0,77%	0	0,00%	53	1,18%	0	0,00%	0	0,00%
Meteor	734	10,61%	0	0,00%	734	16,28%	0	0,00%	0	0,00%
O2 Ireland	1.603	23,18%	0	0,00%	1.603	35,55%	0	0,00%	0	0,00%
Vodafone Ireland	2.119	30,64%	0	0,00%	2.119	46,99%	0	0,00%	0	0,00%
Others	127	1,84%	35	1,71%	0	0,00%	92	29,02%	0	0,00%
Italy	114.622		28.025		78.967		7.630		0	
Fastweb (formerly e.Biscom)	570	0,50%	0	0,00%	0	0,00%	570	7,47%	0	
H3G Italy	6.971	6,08%	0	0,00%	6.971	8,83%	0	0,00%	0	
Telecom Italia/TIM	62.045	54,13%	25.165	89,79%	31.500	39,89%	5.380	70,51%	0	
Tiscali	407	0,36%	0	0,00%	0	0,00%	407	5,33%	0	
Vodafone Italy	25.146	21,94%	0	0,00%	25.146	31,84%	0	0,00%	0	
Wind	17.225	15,03%	1.125	4,01%	15.350	19,44%	750	9,83%	0	

	Total (F+M+DSL+CM)		Fixed line channels		Mobile subscribers		xDSL subscribers (retail)		Cable modem subscribers	
Others	2.258	1,97%	1.735	6,19%	0	0,00%	523	6,85%	0	
Netherlands	31.174		9.500		16.857		2.928		1.889	
Casema	410	1,32%	0	0,00%	0	0,00%	0	0,00%	410	21,70%
Essent Kablecom	620	1,99%	0	0,00%	0	0,00%	0	0,00%	620	32,82%
KPN	18.564	59,55%	8.023	84,45%	8.483	50,32%	2.058	70,29%	0	0,00%
Multikabel	150	0,48%	0	0,00%	0	0,00%	0	0,00%	150	7,94%
Orange Netherlands	2.509	8,05%	0	0,00%	2.010	11,92%	334	11,41%	165	8,73%
T-Mobile Netherlands	2.466	7,91%	0	0,00%	2.466	14,63%	0	0,00%	0	0,00%
UPC Netherlands	907	2,91%	363	3,82%	0	0,00%	0	0,00%	544	28,80%
Vodafone Netherlands	3.898	12,50%	0	0,00%	3.898	23,12%	0	0,00%	0	0,00%
Others	1.650	5,29%	1.114	11,73%	0	0,00%	536	18,31%	0	0,00%
Norway	9.070		2.965		4.992		948		165	
Netcom	1.637	18,05%	0	0,00%	1.637	32,79%	0	0,00%	0	0,00%
NextGenTel	168	1,85%	0	0,00%	0	0,00%	168	17,72%	0	0,00%
Telenor	6.403	70,60%	2.497	84,22%	3.301	66,13%	542	57,17%	63	38,18%
Teletopia	54	0,60%	0	0,00%	54	1,08%	0	0,00%	0	0,00%
UPC Norway	135	1,49%	<50		0	0,00%	0	0,00%	85	51,52%
Others	673	7,42%	418	14,10%	0	0,00%	238	25,11%	17	10,30%

	Total (F+M+DSL+CM)		Fixed line channels		Mobile subscribers		xDSL subscribers (retail)		Cable modem subscribers	
Poland	47.776		11.700		33.858		1.638		580	
TPSA/PTK Centertel (Idea)	23.591	49,38%	10.300	88,03%	11.738	34,67%	1.553	94,81%	0	0,00%
Netia	451	0,94%	401	3,43%			50	3,05%	0	0,00%
UPC Poland	210	0,44%	41	0,35%	0	0,00%	0	0,00%	169	29,14%
Polkomtel (Plus GSM)	10.950	22,92%	0	0,00%	10.950	32,34%	0	0,00%	0	0,00%
PTC (Era GSM)	11.170	23,38%	0	0,00%	11.170	32,99%	0	0,00%	0	0,00%
Others	1.404	2,94%	959	8,20%	0	0,00%	35	2,14%	411	70,86%
Portugal	18.045		4.223		12.422		876		524	
Cabovisao	362	2,01%	225	5,33%	0	0,00%	0	0,00%	137	26,15%
Optimus	2.492	13,81%	0	0,00%	2.492	20,06%	0	0,00%	0	0,00%
Portugal Telecom/TMN	9.934	55,05%	3.434	81,32%	5.493	44,22%	658	75,11%	349	66,60%
Vodafone Portugal	4.437	24,59%	0	0,00%	4.437	35,72%	0	0,00%	0	0,00%
Others	820	4,54%	564	13,36%	0	0,00%	218	24,89%	38	7,25%
Slovakia	6.177		1.296		4.697		154		30	
Orange Slovakia	2.601	42,11%	0	0,00%	2.601	55,38%	0	0,00%	0	0,00%
Slovak Telekom/T- Mobile Slovakia (Eurotel)	3.546	57,41%	1.296	100,00%	2.096	44,62%	154	100,00%	0	0,00%

	Total (F+M+DSL+CM)		Fixed line channels		Mobile subscribers		xDSL subscribers (retail)		Cable modem subscribers	
UPC Slovakia	28	0,45%	0	0,00%	0	0,00%	0	0,00%	28	93,33%
Others	2	0,03%	0	0,00%	0	0,00%	0	0,00%	2	6,67%
Slovenia	3.037		1.090		1.688		177		82	
Si.Mobil	406	13,37%			406	24,05%	0	0,00%	0	0,00%
Telekom Slovenije/Mobitel	2.471	81,36%	1.033	94,77%	1.282	75,95%	151	85,31%	4	4,88%
UPC Slovenia	22	0,72%	0	0,00%	0	0,00%	0	0,00%	22	26,83%
Others	139	4,58%	57	5,23%	0	0,00%	26	14,69%	56	68,29%
Spain	71.399		19.457		45.881		4.811		1.250	
Telefonica	41.181	57,68%	16.750	86,09%	21.020	45,81%	3.411	70,90%	0	0,00%
Ono/ Auna	2.729	3,82%	1.593	8,19%	0	0,00%	150	3,12%	986	78,88%
Euskaltel	406	0,57%	306	1,57%	0	0,00%	>50		>50	
Orange Spain	11.430	16,01%	0	0,00%	10.837	23,62%	593	12,33%	0	0,00%
Vodafone Spain	14.024	19,64%	0	0,00%	14.024	30,57%	0	0,00%	0	0,00%
Others	1.629	2,28%	808	4,15%	0	0,00%	607	12,62%	214	17,12%
Sweden	18.609		6.276		10.306		1.557		470	
TeliaSonera Sweden	11.177	60,06%	5.684	90,57%	4.635	44,97%	858	55,11%	0	0,00%
ComHem	527	2,83%	145	2,31%	0	0,00%	0	0,00%	382	81,28%
Comviq	3.497	18,79%	0	0,00%	3.497	33,93%	0	0,00%	0	0,00%
Hi3G Access	438	2,35%	0	0,00%	438	4,25%	0	0,00%	0	0,00%

	Total (F+M+DSL+CM)		Fixed line channels		Mobile subscribers		xDSL subscribers (retail)		Cable modem subscribers	
Spring Mobil	28	0,15%	0	0,00%	28	0,27%	0	0,00%	0	0,00%
Svenska UMTS	0	0,00%	0	0,00%	0	0,00%	0	0,00%	0	0,00%
Telenor Sweden (incl. Glocalnetand Bredbandsbolaget)	2.091	11,24%	*		1.708	16,57%	383	24,60%	*	
Others	851	4,57%	447	7,12%	0	0,00%	316	20,30%	88	18,72%
*Telenor Sweden offers fixed line and cable modem services but subscriber figure is not available at the moment										
Switzerland	14.731		5.449		7.322		1.315		645	
Cablecom	635	4,31%	240	4,40%	0	0,00%	0	0,00%	395	61,24%
Orange Switzerland	1.339	9,09%	0	0,00%	1.339	18,29%	0	0,00%	0	0,00%
Swisscom	10.402	70,61%	4.953	90,90%	4.563	62,32%	886	67,38%	0	0,00%
TDC Switzerland	1.317	8,94%	0	0,00%	1.317	17,99%	0	0,00%	0	0,00%
Tele2	103	0,70%	0	0,00%	103	1,41%	0	0,00%	0	0,00%
Others	936	6,35%	256	4,70%	0	0,00%	429	32,62%	250	38,76%

	Total (F+M+DSL+CM)		Fixed line channels		Mobile subscribers		xDSL subscribers (retail)		Cable modem subscribers	
UK	116.465		34.950		69.158		9.377		2.980	
BT	31.367	26,93%	28.387	81,22%	0	0,00%	2.980	31,78%	0	0,00%
C&W	400	0,34%	400	1,14%	0	0,00%	0	0,00%	0	0,00%
Hutchison UK	3.733	3,21%	0	0,00%	3.733	5,40%	0	0,00%	0	0,00%
NTL (incl. Telewest)	7.998	6,87%	5.018	14,36%	0	0,00%	0	0,00%	2.980	100,00%
O2 UK	17.338	14,89%	0	0,00%	17.338	25,07%	0	0,00%	0	0,00%
Orange UK	16.169	13,88%	0	0,00%	15.140	21,89%	1.029	10,97%	0	0,00%
Tiscali UK	1.336	1,15%	0	0,00%	0	0,00%	1.336	14,25%	0	0,00%
T-Mobile UK	16.660	14,30%	0	0,00%	16.660	24,09%	0	0,00%	0	0,00%
Vodafone UK	16.287	13,98%	0	0,00%	16.287	23,55%	0	0,00%	0	0,00%
Others	5.177	4,45%	1.145	3,28%	0	0,00%	4.032	43,00%	0	0,00%