

LA GARANTIA DE ACCESO A LAS REDES DE TELECOMUNICACIONES COMO REQUISITO ESENCIAL PARA LA LIBERALIZACION DEL SECTOR (1)

Por
PEDRO CALLOL GARCÍA (2)

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL: I.1. *El problema de las redes de telecomunicaciones como activo estratégico para la prestación de servicios*. I.2. *Delimitación del concepto de «acceso a redes de telecomunicaciones»*.—II. LA DOCTRINA DE LAS FACILIDADES ESENCIALES EN EL DERECHO ANTI-TRUST NORTEAMERICANO Y EN EL DERECHO COMUNITARIO DE LA COMPETENCIA.—III. REQUISITOS GENERALES DEL DERECHO DE ACCESO A LAS REDES.—IV. LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LAS REDES DE TELECOMUNICACIONES. REFERENCIA A LA *TELECOMMUNICATIONS ACT* NORTEAMERICANA. LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA SOBRE EL ACCESO A LAS REDES DE TELECOMUNICACIONES: IV.1 *El estado de la cuestión en la regulación norteamericana de las telecomunicaciones*. *La Ley de Telecomunicaciones de 1996* (Telecommunications Act, 1996). IV.2. *El tratamiento normativo del derecho de acceso en el Derecho comunitario europeo*.—V. EL TRATAMIENTO LEGAL DEL DERECHO DE ACCESO A LAS REDES DE TELECOMUNICACIONES EN LA LEY 11/1998, GENERAL DE TELECOMUNICACIONES.—VI. CONCLUSIÓN.

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

I.1. *El problema de las redes de telecomunicaciones como activo estratégico para la prestación de servicios*

Las redes de telecomunicaciones se han contado tradicionalmente entre las infraestructuras más extensas y complejas. La instalación, desarrollo y mantenimiento de estas infraestructuras requieren cuantiosísimas inversiones de capital en planificación, investigación y medios materiales,

(1) A los efectos de este estudio, se dará a las siglas que se indican el significado siguiente:

TCE: Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

TJCE: Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

Ley 11/1998: Ley de 24 de abril de 1998, General de Telecomunicaciones, «BOE» núm. 99 de 25 de abril de 1998.

Reglamento de Acceso: Reglamento de desarrollo del Título II de la Ley 11/1998, en lo relativo a la interconexión y al acceso a las redes públicas y a la numeración, aprobado por Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio de 1998.

Comunicación: Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones («DOCE» C 265/2, de 22 de agosto de 1998).

Proyecto de Comunicación: Proyecto de Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones («DOCE» C 76/9, de 11 de marzo de 1997).

(2) Abogado, LLM Colegio de Europa. Mi agradecimiento, por su apoyo y comentarios, al Abogado y Catedrático de Derecho Administrativo Santiago MUÑOZ MACHADO.

técnicos y humanos. En Europa, el esfuerzo exigido para la implantación de estas redes ha sido tradicionalmente asumido por el Estado, normalmente a través de la empresa nacional que monopolizaba la prestación de los servicios de telecomunicaciones.

Con la introducción de la libre competencia (3) y la ruptura de los monopolios para la prestación de los servicios de telecomunicaciones, la cuestión del acceso a las redes por los operadores que desean hacer su aparición en un nuevo mercado se ha planteado como un problema de necesaria resolución para la garantía de una competencia efectiva. Este problema u obstáculo a la libre competencia tiene una doble vertiente:

a) Barrera económica: Las redes de telecomunicaciones han sido consideradas tradicionalmente monopolios naturales (4). Esto quiere decir que toda empresa que se planteara entrar en el mercado de las telecomunicaciones encontraría el obstáculo insalvable de tener que realizar una inversión inicial desmedida en la construcción de infraestructuras de telecomunicaciones. En consecuencia, la falta de infraestructuras propias puede

(3) Es justo apuntar el alto grado de responsabilidad que en el impulso liberalizador cabe atribuir a las instancias comunitarias. Entre las normas jurídicas europeas de especial importancia en el proceso de apertura de los mercados de telecomunicaciones destaca en primer lugar la Directiva 90/387, de 28 de junio de 1990, del Consejo, relativa al establecimiento del mercado interior de los servicios de telecomunicaciones, mediante la realización de una red abierta de telecomunicaciones («DOCE» L 192/1), y la Directiva 90/388, de 28 de junio, relativa a la competencia en los servicios de mercados de telecomunicaciones («DOCE» L 192/10), modificada por la Directiva 94/46, de 13 de octubre de 1994 («DOCE» L 268); la Directiva 95/51, de 18 de octubre de 1995 («DOCE» L 256); Directiva 96/2, de 16 de enero de 1996 («DOCE» L 20), y la Directiva 96/19, de 13 de marzo de 1996 («DOCE» L 74, de 22 de marzo de 1996). La segunda de las directivas indicadas fue objeto, en su momento, de particular controversia, ya que en ella se cuestionaban de manera abierta los derechos exclusivos o especiales atribuidos por los Estados miembros a las empresas nacionales operadoras de telecomunicaciones.

(4) S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio Público y Mercado. Vol. II. Las Telecomunicaciones*, Ed. Civitas, Madrid, 1998, pág. 230. El Prof. MUÑOZ MACHADO expresa la idea que venimos desarrollando en los siguientes términos: «La liberalización de los sectores económicos en los cuales los servicios se prestan a través de redes, ha planteado en todos los casos un problema fundamental a resolver: no hay ninguna posibilidad de que actúen diversos operadores económicos en estos mercados si se mantiene el monopolio de las redes en manos de los operadores tradicionales. En tal caso, serían ellos los únicos que contarían con la infraestructura necesaria para la prestación de los servicios. Romper tal monopolio no es posible, sin embargo, en la mayoría de los casos. Las infraestructuras de redes son monopolios naturales. No es concebible en términos racionales ni económicos su duplicación o multiplicación. (...)» Esta proposición parece difícilmente rebatible, al menos por lo que se refiere a la gran infraestructura para la provisión de servicios de telefonía básica, que continúa siendo, hoy por hoy, la que representa un mayor volumen en el mercado de las telecomunicaciones (en torno al 80 por 100, según datos de la OCDE para 1996). Pero incluso las infraestructuras desarrolladas para dar cobertura a nuevos servicios son de dudosa viabilidad si se pretenden construir múltiples redes para un mismo mercado de producto. En el caso de nuevas infraestructuras de telecomunicaciones, como las de satélite, la autoridad de Defensa de la Competencia, tomando en cuenta el elevado coste de las mismas, permite la cooperación entre empresas para el desarrollo de una misma red. Así, en el caso de las redes de satélites de telecomunicaciones, la Comisión Europea ha llegado a aceptar la coordinación de estrategias empresariales, indicando que, en ausencia de cooperación, ninguna de las empresas aisladamente podría haber desarrollado la infraestructura (véase la decisión de la Comisión de 31 de diciembre de 1994, *International Private Satellite Partners*, «DOCE» L 354, 1995).

llegar a constituir una importante barrera para la entrada de nuevos competidores en el mercado de las telecomunicaciones (5).

La gravedad de la barrera de entrada a la que venimos haciendo referencia va a depender en cada mercado de factores tales como el nivel de desarrollo de la tecnología disponible, las economías de escala que quedan pendientes de explotar y la cuantía de las inversiones exigidas para instalar la red. Si en la telefonía básica es difícil pensar, en las circunstancias vigentes actualmente, en una duplicación de la red, no sucede lo mismo en los mercados de nuevos servicios. En algunos de estos últimos, la construcción de infraestructuras paralelas puede acabar siendo factible en términos financieros y de rentabilidad. El ejemplo más patente es el de la telefonía móvil, en el que infraestructuras paralelas han sido desarrolladas simultáneamente en los últimos años en régimen de libre competencia por los operadores con licencia.

b) Barrera jurídica: Partiendo de la base de que al menos ciertas infraestructuras son un bien esencial que no es factible duplicar, es necesario, a fin de lograr una competencia efectiva, que las redes existentes puedan ser utilizadas por los nuevos competidores, y no solamente por los titulares de las mismas. Por consiguiente, la cuestión planteada se puede formular en los siguientes términos: cómo lograr que los nuevos operadores que entran a competir en los mercados de telecomunicaciones puedan tener acceso, en aquellos casos en que no tenga sentido económico duplicarlas, a las redes preexistentes de telecomunicaciones. Las soluciones jurídicas a este dilema son de una gran originalidad, y su aplicación puede llegar a resultar controvertida en aquellos casos en que la solución pase por medidas de gravamen a los titulares de las redes preexistentes. La controversia deriva del hecho de que la imposición de deberes a los titulares de las redes equivaldrá a forzar a éstos a compartir un activo estratégico con un competidor. Puede anticiparse que la obligación así configurada representa una seria limitación al derecho de propiedad de las redes (6), limitación, sin embargo, aceptable en el contexto de la actual regulación de la economía y plenamente compatible, en el fondo, con la concepción social del derecho de propiedad consagrada por la Constitución española en su artículo 33.2.

(5) La Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, sintetiza bien esta idea. En el preámbulo de la Ley del Sector Eléctrico se encuentran algunas declaraciones relativas a las redes de transporte de energía eléctrica que enuncian el problema derivado de la barrera de acceso representada por el monopolio en la explotación de las redes: «(...) *el transporte y la distribución de electricidad constituyen un monopolio natural: se trata de una actividad intensiva en capital que requiere conexiones directas con los consumidores cuya demanda de un producto no almacenable —como la energía eléctrica— varía en periodos relativamente cortos de tiempo.*»

(6) Recurrimos de nuevo al preámbulo de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, por su redacción enormemente expresiva del problema que la propiedad de las redes representa para la competencia y de cómo, para garantizar esa competencia, se establece una limitación a la propiedad privada: «*El transporte y la distribución se liberalizan a través de la generalización del acceso de terceros a las redes. La propiedad de las redes no garantiza su uso exclusivo. La eficiencia económica que se deriva de la existencia de una única red, raíz básica del denominado monopolio natural, es puesta a disposición de los diferentes sujetos del sistema eléctrico y de los consumidores.*»

I.2. *Delimitación del concepto de «acceso a redes de telecomunicaciones»*

De todas las acepciones posibles de la expresión «acceso a redes», este documento engloba exclusivamente la relativa a la conexión de empresas de nueva aparición en el mercado de servicios relevante, sin una red propia, con redes de telecomunicaciones preexistentes, pertenecientes a un operador ya asentado en el mercado geográfico o de producto relevante (7). Se excluye el estudio de la normativa relativa a homologaciones de terminales de telecomunicaciones (8). Tampoco constituye el objeto de este documento el estudio del «servicio universal», que engloba un derecho de disfrute de ciertos servicios mínimos de telecomunicaciones delimitados por el legislador, entre los que figura la conexión a la red telefónica pública fija (9). En consecuencia, el acceso estudiado se refiere a la facultad concedida por la ley a las empresas entrantes en un mercado, frente a las empresas titulares de redes de telecomunicaciones, descartándose, por tanto, el acceso configurado como garantía para los usuarios finales.

En segundo lugar, debe advertirse acerca de la proximidad existente entre los conceptos de interconexión y acceso, que presentan importantes paralelismos y, en ocasiones, parecen ser confundidos por los reguladores. Así sucede, en concreto, con el Reglamento de Acceso, que incluye dentro del concepto de interconexión los servicios de acceso a redes prestados por titulares de redes públicas a los operadores de servicios telefónicos para el público (art. 1) (10). En nuestra opinión, sin embargo, se trata de conceptos independientes, radicando la diferencia en que el acceso es un requisito mínimo para lograr la entrada en el mercado por parte de nuevos operadores, mientras que la interconexión persigue el logro de sinergias entre los operadores ya establecidos, a fin de facilitar el desarrollo de un mercado más eficiente y permitir a los usuarios disfrutar de los servicios de telecomunicaciones con independencia de quién sea el operador que los oferte, garantizando, de paso, a los titulares de redes menores que éstas no quedarán aisladas, al permitirse su conexión con las redes mayores (11).

(7) Es el caso previsto para las operadoras de cable, en el artículo 36 del Reglamento Técnico del Cable, aprobado por Real Decreto 2066/96, de 13 de septiembre.

(8) Por ejemplo, el regulado por Real Decreto 81/1993, de 22 de enero de 1993.

(9) El servicio universal es, por tanto, la obligación impuesta a ciertos operadores de prestar un servicio determinado, con un nivel de calidad mínimo, ofertado a todos los usuarios a un nivel de precios asequible (Y. POULLET y F. MENSBRUGGE, *Service universel ou public dans la politique européenne des télécommunications*, «Rev. Communications et Stratégies», núm. 17, 1995, pág. 13). En la vigente regulación nacional de las telecomunicaciones, las obligaciones referidas se hallan recogidas en el Título III de la Ley 11/1998, desarrollado por Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones.

(10) Asimismo, la Comisión Europea incluye la interconexión dentro de la categoría general de «acceso» en el punto 8 del Proyecto de Comunicación, pero suprime esta referencia en la Comunicación.

(11) En la finalidad de la interconexión subyace, de manera más inmediata que en el derecho de acceso, el deseo de conseguir un beneficio para el consumidor. Así, la Ley

Se advierte una tendencia a la generalización del término interconexión, tendencia, a nuestro juicio impropia. Debiendo situarse el concepto en primer plano, en adelante nos referiremos al acceso a redes para designar el derecho de los nuevos operadores a disfrutar de redes preexistentes como requisito para prestar sus servicios.

El derecho de acceso estudiado queda restringido a aquellas redes de telecomunicaciones susceptibles de ser consideradas como «infraestructuras esenciales», es decir, instalaciones necesarias para prestar un servicio de telecomunicaciones que, a causa de su elevado coste, no pueden ser duplicadas en el corto plazo. Partiendo de esa amplia definición, se admite que, desde un punto de vista económico, los derechos de acceso de nuevos entrantes pueden modularse en función del tipo de red de telecomunicaciones de que se trate. La cuestión variará sensiblemente según se trate de infraestructuras de telefonía básica, móvil, satélite, etc., cada una de las cuales plantea problemas propios. El aspecto común es que la nueva regulación española de las telecomunicaciones establece, como criterio general aplicable a todos los mercados de las telecomunicaciones, una obligación de acceso para los operadores considerados dominantes (12).

Por último, el artículo 7 del Reglamento de Acceso acoge la distinción entre acceso y acceso especial. El primero es el de conexión, genéricamente entendida, a la red. Acceso especial es el que se produce en puntos de red distintos a los ofrecidos, con carácter general, a los usuarios finales. El régimen jurídico del acceso especial será de aplicación al acceso requerido por un nuevo entrante para prestar sus servicios valiéndose de una infraestructura ajena.

En conclusión, se reitera la tendencia a incluir bajo la rúbrica de la «interconexión» los acuerdos por los que un operador pretende acceder a una red con la finalidad de prestar sus servicios. Por ello conviene reincidir en que la finalidad del presente trabajo, con independencia de la terminología empleada, no es otra que explorar la base del derecho en virtud del cual se habilita a una empresa a servirse de la infraestructura de red preexistente, perteneciente a otra.

II. LA DOCTRINA DE LAS FACILIDADES ESENCIALES EN EL DERECHO *ANTI-TRUST* NORTEAMERICANO Y EN EL DERECHO COMUNITARIO DE LA COMPETENCIA

Con la finalidad de garantizar el acceso a las infraestructuras de red, las regulaciones sectoriales —y entre ellas las del sector de las telecomunicaciones— han adoptado soluciones jurídicas provenientes de sectores

11/1998 define la interconexión como «conexión física y funcional de las redes de telecomunicaciones utilizadas por el mismo o diferentes operadores, de manera que los usuarios puedan comunicarse entre sí o acceder a los servicios de los diferentes operadores. Estos servicios pueden ser suministrados por dichos operadores o por otros que tengan acceso a la red». Esa definición es acogida por el Reglamento de Acceso en el párrafo primero del artículo 1. En nuestra opinión, el concepto de «acceso a redes» sería el comprendido en el párrafo segundo del citado artículo 1. Véase, asimismo, el artículo 36 del Reglamento del cable, ya citado.

(12) El Reglamento de Acceso hace referencia expresa en su artículo 3 a las redes de telefonía básica y a las redes de telefonía móvil (ver *infra*, apartado V).

más generales del Derecho. Así, la cuestión del acceso se ha venido planteando como un problema habitual en el ámbito del Derecho de la competencia, en aquellos supuestos en los que existe un operador que controla una infraestructura o un bien esencial para la explotación de un mercado.

En aquellos casos en los que existen dos actividades económicas (A y B) diferenciadas, pero relacionadas entre sí por un vínculo de dependencia —de manera que el desempeño de la actividad B (*downstream market*) no es posible sin tener acceso a la actividad A (*upstream market*)—, existe la posibilidad de que el operador que ostenta el dominio de la actividad A pueda estrangular, mediante una explotación abusiva de sus derechos sobre esa actividad, el negocio del operador que se encuentra en relación de dependencia (operador de la actividad B) (13). Como se verá, aparejada a la prohibición de que el operador dominante abuse de su posición, surge el derecho correlativo del operador afectado de acceder a la actividad monopolizada, necesaria para el desempeño de su actividad económica.

Los requisitos exigidos por cada uno de los ordenamientos jurídicos —particularmente el europeo y el norteamericano— para que se pueda hablar de una negativa de acceso son, como se describe a continuación, sustancialmente similares.

A) *La doctrina de las infraestructuras esenciales en el Derecho norteamericano.*

La doctrina de las *essential facilities* remonta su origen a principios del siglo xx en el Derecho *anti-trust* norteamericano (14).

En este sistema de Derecho de la competencia, para demostrar que se ha abusado de la posición que confiere a una empresa el dominio de una infraestructura esencial, es preciso probar la concurrencia de los siguientes requisitos:

- a) Situación de control efectivo de una infraestructura esencial por parte de un monopolista.
- b) Incapacidad del competidor para duplicar o emular la infraestructura esencial. El acceso a la infraestructura esencial debe ser —valga la reiteración— «esencial» para la actividad de la empresa que lo solicita, y no meramente conveniente o más económico (15).
- c) Negativa a permitir a un competidor el uso de la infraestructura esencial.

(13) Véase el artículo de D. RIDYARD, *Essential Facilities and the Obligation to Supply Competitors under UK and EC Competition Law*, publicado en el «European Competition Law Report», 8 (1996).

(14) Tribunal Supremo de los Estados Unidos en *United States v. Colgate & Co.* (1919); pero, sobre todo, *Eastman Kodak Co. v. Southern Photo Materials Co.* (1927). En esa primera jurisprudencia, los jueces norteamericanos basan sus decisiones de condena en la existencia de intención de monopolizar por parte de la empresa condenada (*purpose to create or maintain a monopoly*).

(15) Decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos *Twin Laboratories, Inc. v. Weider Health and Fitness* (1990).

d) Que no resulte imposible, técnica y económicamente, compartir el uso de la infraestructura esencial (16).

e) Que la empresa que dispone del uso de la infraestructura esencial no sea capaz de aportar una causa de justificación válida a su negativa (17).

La regulación de la figura de la obligación de prestar acceso a las infraestructuras esenciales en el Derecho norteamericano responde a la necesidad de garantizar la viabilidad de las empresas situadas en relación de dependencia respecto de empresas de mayor poder. Con ese sustrato económico, susceptible de ser universalmente aplicado, no es de extrañar que la regulación en el Derecho europeo presente sustancialmente las mismas características que en los Estados Unidos.

B) *Configuración jurídica de la figura por el Derecho comunitario de la competencia.*

La figura de la negativa de suministros o negativa de acceso a un bien esencial se ha incluido dentro de las categorías del abuso de posición de dominio, contenido en el artículo 86 del TCE (hoy art. 82, a raíz de la reforma operada por el Tratado de Amsterdam). Para que este precepto entre en juego, es necesario demostrar que el operador económico que se encuentra en posesión de una infraestructura o suministro esencial tiene una posición de dominio y ha abusado de ella.

Ese es el esquema aplicado por la Comisión Europea a las infraestructuras básicas de telecomunicaciones. Estas se hallan frecuentemente en posesión del operador nacional de telecomunicaciones. El operador nacional se encuentra en posición dominante para la explotación de la red, puesto que está dotado de una infraestructura esencial con carácter de monopolio natural. De hecho, la normativa comunitaria considera que las organizaciones nacionales de telecomunicaciones disfrutan, en sus mercados respectivos, de posiciones de dominio individuales o colectivas para el desarrollo y explotación de redes de telecomunicaciones. Esta preponderancia de las organizaciones nacionales de telecomunicaciones trae causa de los monopolios históricos de que han gozado las mismas, gracias a los que han desarrollado, sin competencia, redes que cubren la totalidad del Estado en el que actúan (18). Partiendo de ese presupuesto, la negativa de acceso a sus redes por parte de las Compañías nacionales de telecomunica-

(16) Los requisitos que acaban de ser enumerados aparecen en *MCI Communications Corp. v. American Tel. & Tel. Co.* (1983).

(17) Este requisito proviene de la interpretación que se ha dado a la decisión del Tribunal Supremo *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.* (1985). A efectos de la aplicación de estos principios a la regulación del sector de las telecomunicaciones, es interesante constatar que la obligación legal de una empresa a prestar un servicio universal puede constituir una justificación válida para restringir el acceso a una infraestructura esencial. El alcance de esta excepción a la obligación de prestar acceso a redes ha sido discutido en *Otter Tail Power Co. v. United States* (1973).

(18) La Comisión Europea explica la posición de dominio de las empresas nacionales de telecomunicaciones en el hecho de haberse beneficiado, en el pasado, de derechos exclusivos para la construcción y explotación de estas redes (expositivo 14 de la Directiva 90/388, precitada).

ciones sería contraria al Derecho general de la competencia, pudiendo constituir un abuso de posición de dominio, aun en ausencia de amparo normativo específico referido a las redes de telecomunicaciones.

En el Derecho comunitario de la competencia existen numerosos ejemplos de situaciones en las que un operador abusa de su posición de dominio en un mercado situado en la parte superior del ciclo productivo, para impedir el normal desarrollo de la actividad de otro operador activo en el mercado situado en la parte inferior del ciclo productivo. Las situaciones concretas en las que se ha producido esta modalidad de comportamiento anticompetitivo son variadas y es posible realizar una clasificación de todas ellas, debiendo advertirse que el fundamento económico subyacente es siempre el mismo. Veamos cuáles son estas modalidades:

a) *Negativa de suministro de un bien o servicio a un productor o prestador de servicios que necesita los suministros para desempeñar su actividad.* La jurisprudencia del TJCE ha identificado casos de negativa de un suministrador con una posición dominante a suministrar ese bien a una empresa que lo requiere para fabricar un bien compuesto, en ausencia de una fuente alternativa de suministro (19). En esta categoría se incluye también la negativa de un productor de bienes a suministrar a un distribuidor que los necesita para su actividad de distribución (20), entre un productor de bienes que se niega a facilitar piezas de recambio y una empresa que se dedica a la reparación de esos bienes (21), o la negativa de acceso a un sistema informático de reservas considerado necesario para competir en el sector de servicios de pasajeros (22).

b) *Negativa a compartir información esencial para el desarrollo de un negocio basado en ella.* Un ejemplo hipotético de esta negativa es el representado por el supuesto en que una empresa telefónica cesa, repentinamente, de suministrar los nombres de los abonados necesarios para confeccionar el listín telefónico a la empresa encargada de elaborar la guía, impidiéndole así la realización de la actividad a la que venía dedicándose (23). El caso más conocido es el de las empresas de televisión que impiden el acceso a los horarios de programación necesarios para que una empresa independiente publique su propia guía de programación (24). En esa ocasión

(19) STJCE de 6 de marzo de 1974, *Commercial Solvents c. Comisión*, asuntos acumulados 6, 7/73, Rec. (1974), pág. 223.

(20) STJCE de 14 de febrero de 1978, *United Brands c. Comisión*, asunto 27/76, Rec. (1978), pág. 207.

(21) STJCE de 31 de mayo de 1979, *Hugin Kassaregister AB c. Comisión*, asunto 22/78, Rec. (1979), pág. 1869.

(22) Decisión de la Comisión de 4 de noviembre de 1988, *London European - Sabena*, «DOCE» L 317.

(23) Véanse los fundamentos 36, 109 y 148 de la STJCE de 17 de julio de 1998, *ITT Promedia c. Comisión*, asunto T-III/96, Rec. (1998), pág. II-2955. Asimismo, la STJCE de 12 de diciembre de 1997, *Ladbroke*, asunto T-504/93, Rec. pág. II-923.

(24) Caso *Magill* [SSTPI de 10 de julio de 1991, asuntos T-69, 70, 76-77, 91/89, Rec. (1991), pág. II-485, y STJCE de 6 de abril de 1995, asuntos C-241, 242/91, Rec. (1995), pág. I-1].

las empresas de televisión fueron condenadas por abusar de una posición de dominio, al denegar la información que sólo ellas podían conocer.

c) *Negativa de acceso a infraestructuras de transporte*. Más próximas todavía al supuesto que nos ocupa son las decisiones que tienen por escenario una negativa de acceso a infraestructuras de transporte. En estos casos no se trata ya de negativas de suministros esenciales, sino de restricciones a la utilización de centros de transporte —puertos y aeropuertos— impuestas al prestador de servicios. Como es comprensible, en aquellos lugares de destino en que sólo existe un puerto o un aeropuerto es imposible prestar un servicio de transporte sin derecho a acceder a la infraestructura portuaria. La Comisión Europea se ha enfrentado a este tipo de situaciones y las ha resuelto con arreglo a la figura del abuso de posición de dominio, condenando a la empresa propietaria de los derechos de explotación del puerto o aeropuerto (25).

La doctrina de las «facilidades esenciales» se ha visto limitada recientemente en cuanto a su alcance. El TJCE ha tenido ocasión de pronunciarse en una sentencia en la que se ha dejado claro que el mero hecho de que una empresa posea un activo valioso para los competidores más pequeños no basta para habilitar a estos competidores a valerse de ese activo. En efecto, remitiéndose a *Magill*, precitada, el TJCE ha realizado una lectura restrictiva de la doctrina de las *essential facilities*, exigiendo para que una empresa pueda acceder a la infraestructura del competidor que quede demostrado que no es económicamente viable la creación de una estructura propia, individualmente o en asociación con otras empresas, capaz de cumplir las funciones de aquella a la que se pretende acceder (26).

C) *Precedentes del derecho de acceso a las redes de infraestructuras en el Derecho español*. Si bien es cierto que el derecho de acceso a redes es una figura jurídica de corte relativamente reciente con origen en el moderno Derecho de la competencia (27), no por ello debe dejarse de lado la existencia de categorías bien arraigadas en nuestra tradición jurídica, que presentan evidentes analogías con la figura. Así sucede con el derecho real de servidumbre, que el Código Civil define como

«gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño» (art. 530).

(25) Decisión de la Comisión de 21 de diciembre de 1993, *B&I-Sealink*, «DOCE» L 15 (Decisión de concesión de medidas provisionales). En materia de transporte aéreo, véase la Decisión de la Comisión de 26 de febrero de 1992, *British Midland - Aer Lingus*, «DOCE» L 96, que trata sobre la negativa de una compañía a participar en una línea combinada, dificultando la actividad de la compañía entrante.

(26) STJCE de 26 de noviembre de 1998, *Oscar Bronner*, asunto C-7/97, no publicada en Recopilación.

(27) En la moderna regulación nacional del mercado, la referida doctrina de las *essential facilities* tiene cabida en el artículo 6.2.c) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia [«1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional. 2. El abuso podrá consistir, en particular en: (...) c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o prestación de servicios»].

Es evidente que nuestro Código Civil, de 1889, no podía prever la revolución de las telecomunicaciones. De ahí que la regulación de las servidumbres esté destinada a satisfacer necesidades propias de una sociedad con medios tecnológicos pertenecientes al pasado. Es igualmente evidente que las instituciones reguladas en el Código Civil responden a una concepción político-económica decimonónica, en muy amplia medida obsoleta en la actualidad.

A pesar de la consideración anterior, la problemática económica derivada de la existencia de dos actividades —mercados superior e inferior—, entre las que existe una relación de dependencia, se presenta de manera análoga en los tiempos del Código Civil como en la actualidad (28). Ejemplo de ello es la servidumbre de saca de agua y abrevadero, impuesta a los dueños de un predio por el que discurre un caudal, para que permitan el paso y el aprovechamiento del agua a terceros que la necesitan para su actividad agropecuaria, mediando la correspondiente indemnización (art. 555 del Código Civil). Buena prueba de que el problema al que se enfrentaban los codificadores del siglo XIX es, en lo esencial, un problema de vigente actualidad hoy día, es el artículo 46.2 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, que establece la posibilidad de que el Organismo de cuenca correspondiente imponga la servidumbre, a fin de

«(...) garantizar el acceso o facilitar el mismo a zona de dominio público de los cauces (...)».

Es patente la proximidad de esta modalidad de servidumbres —en las que está prevista incluso la intervención de una autoridad reguladora, la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, a fin de garantizar el acceso a un acuífero— con el derecho de acceso a las redes de telecomunicaciones (29).

Lo interesante del precedente del Código Civil, a pesar de las distinciones de todo género que puedan hacerse respecto del acceso de terceros a las redes de telecomunicaciones, estriba en poner de manifiesto la similitud de una situación en la que una persona necesita servirse de una cosa de propiedad ajena para explotar un recurso de importancia estratégica. Tanto el legislador del Código Civil como el de las modernas normativas administrativas se enfrentan a un problema similar y, en el fondo, las soluciones no son tan diversas.

* * *

(28) A través del derecho de servidumbre, encontramos que la lógica jurídica de las actividades económicas dependientes situadas en relación vertical se halla ya presente en el Derecho romano, Derecho histórico del que procede la institución de la servidumbre (LALINDE ABADÍA, *Iniciación Histórica al Derecho español*, citado en CASTÁN, *Derecho Civil Español Común y Foral*, tomo 2, vol. II, pág. 107).

(29) Existe, ciertamente, un punto en el que la analogía no es perfecta: en el caso del artículo 46.2 de la Ley de Aguas, la imposición del acceso por parte de la autoridad reguladora es de aplicación sólo cuando el agua a la que se pretende acceder tiene la consideración de dominio público, de manera que existe un derecho de acceder a un predio privado para disfrutar un bien público. En el caso de las redes de telecomunicaciones, sin embargo, el derecho de acceso se produce respecto de un bien privado, para disfrutar de ese mismo bien privado. En este sentido, las redes de telecomunicaciones pertenecientes a operadores dominantes han sido objeto de una especie de limitación administrativa que las ha «publicado», en cierta medida, situándolas en un estadio intermedio entre bienes de dominio público y bienes de propiedad privada.

La doctrina de las *essential facilities* constituye una creación de indudable originalidad, cuyo principal interés reviste en la posibilidad de obligar a contratar a una empresa bajo ciertas circunstancias, en quiebra con el principio tradicional de libertad de contratación. La jurisprudencia va restringiendo el alcance de la doctrina, permitiendo su aplicación sólo cuando se den los requisitos que la hagan necesaria, con la finalidad de evitar que este medio acabe convirtiéndose en el recurso de las empresas para reducir sus propios esfuerzos productivos, a base de beneficiarse de los ajenos (asunto *Oscar Bronner*, precitado). La doctrina de las infraestructuras esenciales ha sido incorporada por el legislador en la normativa reguladora del sector de las telecomunicaciones y, debido a la «asistencia» del legislador, la misma debería operar de manera casi automática cuando se cumple el supuesto de hecho previsto por la norma.

III. REQUISITOS GENERALES DEL DERECHO DE ACCESO A LAS REDES

Como ya se ha expuesto, el problema del acceso a las redes en general, y a las redes de telecomunicaciones en particular, se plantea en términos idénticos en todas las jurisdicciones. Precisamente porque la cuestión de fondo tiene carácter económico, de premisas universalmente aplicables, procede deducir los principios que deben presidir el derecho de acceso en el sector de las telecomunicaciones, que variarán escasamente aunque cambie la entidad reguladora (nacional, europea o incluso mundial):

a) En primer lugar es necesario que exista una empresa obligada a prestar el acceso. Para que una empresa adquiera esa obligación, es preciso que la misma goce de una posición de dominio en la explotación de la red de telecomunicaciones necesaria para la prestación de determinado servicio en una zona geográfica dada.

b) El derecho de acceso implica que el operador entrante en el mercado no tiene disponibilidad de red, solicitando la conexión para la prestación de un servicio dentro del ámbito geográfico donde actúa el proveedor de red. El operador que accede a esa red adquirirá el derecho a disponer de parte de la capacidad de la red prestada.

c) También es requisito necesario para la prestación de acceso a la red que el operador titular de la red disponga de capacidad suficiente, de manera que las actividades del operador entrante no interfieran con los servicios que el operador dominante venía prestando.

d) Que el acceso no provoque defectos en el funcionamiento de la red. El operador entrante deberá adaptar sus sistemas técnicos a las especificaciones de la red a la que se conecta. A su vez, el titular de la red debe mantener al entrante informado de toda modificación en los sistemas técnicos, para impedir que una alteración de los mismos pueda interferir en el acceso.

e) Surgido el derecho de acceso, toda regulación ha de incluir garantías para el mantenimiento efectivo de ese derecho. En efecto, aunque se permitiera el acceso, su prestación en condiciones discriminatorias, o aplicando tarifas excesivas, equivaldría en la práctica a una negativa. Por eso

toda regulación exige la transparencia en la imposición de derechos económicos, así como la orientación de las tarifas de acceso a los costes del titular de la red para evitar discriminación entre operadores y tarifas excesivas.

La verificación de los requisitos para que surja el deber de acceso a las redes va acompañada de juicios de valor de corte técnico y económico por parte del regulador, que pueden generar una notable inseguridad jurídica. El regulador debe intervenir en los supuestos en que resulte verdaderamente necesario el acceso por imposibilidad técnica o económica de una empresa para crear su propia red. Por el contrario, el regulador deberá abstenerse de intervenir cuando se pretenda el acceso con la sola finalidad de ahorrar inversión en inmovilizado, sin que exista verdadera imposibilidad para construir la red propia.

En efecto, conviene guardarse contra los excesos garantistas para los nuevos entrantes. Un excesivo celo en la concesión de acceso podría resultar en una situación en la que los nuevos entrantes lleguen a abusar de las inversiones y esfuerzos de comercialización realizados durante años por los operadores establecidos (*free riding*). Entre las negativas consecuencias económicas de una política excesivamente favorable a la concesión de derechos de acceso a nuevos entrantes, estarían las siguientes:

i) Desincentivación de las inversiones para la creación de nuevas redes por parte de los nuevos operadores: cada nuevo operador, en vez de preocuparse por desarrollar una nueva red, emplearía la figura del derecho de acceso para exigir compartir la capacidad disponible en la red preexistente.

ii) Desincentivación de las inversiones para la mejora de las redes existentes por parte de los operadores preestablecidos: una aplicación generosa del derecho de acceso obligaría a los propietarios de redes con posición de dominio a cuestionarse el mérito económico de invertir en redes de las que se van a beneficiar los competidores a través de su derecho de acceder a las mismas.

A continuación veremos hasta qué punto las regulaciones positivas recogen los principios enunciados.

IV. LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LAS REDES DE TELECOMUNICACIONES. REFERENCIA A LA *TELECOMMUNICATIONS ACT* NORTEAMERICANA. LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA SOBRE EL ACCESO A LAS REDES DE TELECOMUNICACIONES

IV.1. *El estado de la cuestión en la regulación norteamericana de las telecomunicaciones. La Ley de Telecomunicaciones de 1996 (Telecommunications Act, 1996) (30)*

Ya ha habido ocasión de exponer cómo el derecho de acceso a una infraestructura esencial ha sido reconocido por los tribunales norteamerica-

(30) Todas las referencias de esta norma realizadas en castellano corresponden a una traducción libre.

nos. La aplicación de la doctrina se ha hecho extensiva al sector de las telecomunicaciones. Uno de los ejemplos más significativos de esa extensión se encuentra en un asunto de MCI contra ATT, en que esta última compañía fue demandada por negarse a prestar acceso a sus redes de telecomunicaciones para la prestación de un servicio final (31).

El principio general aplicado en Estados Unidos a los asuntos de redes es el conocido con el nombre de *common carrier*, que exige al operador reconocido de redes que garantice el acceso a su red a los nuevos entrantes (32).

El marco regulador del sector de las telecomunicaciones en los Estados Unidos está presidido por la *Telecommunications Act*, tramitada durante el primer mandato del Presidente Clinton (1996) (33). De la Ley de Telecomunicaciones norteamericana de 1996 destaca la gran amplitud del ámbito regulado, que abarca aspectos tan dispares como la creación de garantías para lograr la competencia efectiva (interconexión, eliminación de las barreras de entrada, obligaciones de no discriminación, etc.), regulación de

(31) Véase el trabajo de G. MEDINA ORS, «Régimen jurídico de las telecomunicaciones en los Estados Unidos», en el volumen colectivo sobre *Derecho de las Telecomunicaciones*, Ed. La Ley, 1997, pág. 1164.

(32) Sobre el concepto de *common carrier* y su delimitación, véase la obra de S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio Público y Mercado. Vol. II. Las Telecomunicaciones*, pág. 231.

(33) De la citada norma resulta especialmente novedosa, para el jurista acostumbrado a las técnicas de la Europa continental, la inclusión de medidas autocríticas de la Administración que tienen por objetivo lograr un entorno regulador apropiado (Título IV, incluido bajo la rúbrica *Regulatory Reform*). Estas normas representan un esfuerzo constructivo para evitar los excesos regulatorios en que, con más frecuencia de lo deseable, incurre el regulador moderno. Las medidas apuntadas por la *Telecommunications Act* se resumen en los siguientes puntos (Sección 10 de la *Telecommunications Act*):

a) *El regulador se abstendrá de aplicar regulación alguna a un operador si esa aplicación: i) no es necesaria para asegurar la corrección de la conducta del operador; ii) no es necesaria para garantizar la protección de los consumidores, y iii) la inaplicación de esa norma es acorde con el interés público, entendiéndose por tal, en este contexto, la defensa de la libre competencia.*

b) *Cualquier operador de telecomunicaciones está facultado para elevar al regulador una petición solicitando que se abstenga de aplicar determinada norma reguladora a ese operador. Sorprende el empleo de esta técnica, cercana a la de las exenciones a la aplicación de las normas sobre ententes, originarias del Derecho comunitario de la competencia (art. 85.3 del TCE). Sin embargo, esta variedad de exención va más lejos que la exención comunitaria del artículo 85.3 del TCE, o incluso que la *rule of reason*, aplicada por la jurisprudencia norteamericana. En estos dos casos se trata de moderar la aplicación de normas de defensa de la competencia. En el supuesto de la *Telecommunications Act*, no se trata solamente de normas de defensa de la competencia, puesto que esta Ley incluye también, como se ha explicado, normas de regulación de la estructura del mercado (*structure regulation*). En consecuencia, la técnica empleada por la *Telecommunications Act* es un esfuerzo por garantizar el mínimo intervencionismo mediante una técnica de exención en la aplicación de normativa reguladora, ya sea normativa de defensa de la competencia o cualquier otra.*

c) *Una vez que el organismo regulador del mercado de las telecomunicaciones ha decidido declarar a un operador exento de la aplicación de determinada regulación, ningún órgano estatal podrá aplicar esa regulación al operador.* Esta previsión consagra la aplicación del principio de confianza legítima al ámbito de las telecomunicaciones en Estados Unidos.

d) *Se establece un sistema bianual de supervisión de las normas reguladoras emanadas por el regulador, imponiéndose de manera expresa la eliminación de todas aquellas que dejen de servir el orden público económico.*

los distintos mercados de producto (de telefonía, emisiones de televisión por ondas, servicios por cable), determinación del servicio universal, incluso de la regulación de los contenidos en los servicios de televisión y similares con fines tuitivos (violencia, protección de menores, etc.) (34). Se han conjugado elementos correspondientes a mercados tradicionalmente diferentes llamados a converger tecnológicamente en un futuro próximo (35). La Ley de Telecomunicaciones de 1996 es un instrumento de técnica innovadora que conjuga las dos modalidades de regulación necesarias para lograr con eficacia los objetivos de política económica propuestos por el legislador: la regulación del entorno estructural y de los medios de producción del mercado (*structure regulation*) y la regulación de las condiciones mínimas de competencia (*competition regulation*).

La *Telecommunications Act* distingue entre los conceptos de interconexión y acceso a redes. En general, todos los operadores tienen la obligación de facilitar la interconexión de sus redes, absteniéndose, a fin de no obstaculizar dicha interconexión, de emplear sistemas que no cumplan con los estándares y especificaciones aprobados al efecto (36).

En cuanto al derecho de acceso, éste se menciona en dos secciones distintas de la *Telecommunications Act*. En primer lugar, la Sección 251 incluye el derecho de acceso en el apartado dedicado a la interconexión. En segundo lugar, la Sección 259 se refiere al derecho de acceso de terceros operadores en el mercado bajo el título de «división de las infraestructuras» (*infrastructure sharing*). Ambas menciones del derecho de acceso están referidas a dos modalidades distintas del derecho de acceso. Nos referiremos brevemente a cada una de ellas.

A) *El derecho a compartir infraestructuras* (*infrastructure sharing*).

Las empresas beneficiarias de este derecho de acceso a las infraestructuras son aquellas que: i) carecen de economías de escala, y ii) ofrecen servicios de telefonía u otros incluidos en la definición de servicio universal (37). El derecho de acceso se hace extensivo a las redes de telecomunica-

(34) La *Telecommunications Act* está estructurada en siete títulos: Título I: Servicios de Telecomunicaciones; Título II: Servicios de Radiodifusión; Título III: Servicios de Cable; Título IV: Reforma de la Regulación; Título V: Obscenedad y Violencia; Título VI: Efecto sobre otras Leyes; Título VII: Disposiciones varias.

(35) Esa es la idea del documento que la Comisión Europea hizo público con el nombre de *Green Paper on the Regulatory Implications of the Convergence of the Telecommunications, Audiovisual and Information Technology Sectors*, Bruselas, 29 de septiembre de 1997.

(36) Sección 251.

(37) Sección 259.d). El servicio universal se define en la Sección 254. En el servicio universal se incluye la telefonía y el intercambio de datos, incluyendo los «servicios avanzados de telecomunicaciones», que deberán prestarse en un régimen de tarifas equiparable con independencia de que se preste en zonas rurales o urbanas (*Access in rural and high cost areas —consumers in all regions of the Nation, including low-income consumers and those in rural, insular and high cost areas, should have access to telecommunications and information services, including interexchange services and advanced telecommunications and information services, that are reasonably comparable to those services provided in urban areas and that are available at rates that are reasonably comparable to rates charged for similar services in urban areas*).

ciones, así como a las tecnologías desarrolladas por estos operadores (entre las que se incluye el *software*) necesarias para la utilización de las redes.

Los principios más significativos que debe seguir la regulación infralegal del derecho de acceso prevista —para cuya elaboración se concede a la Administración el plazo de un año— se enumeran a continuación:

a) En general, la normativa que se dicte no debe facultar para que se exijan a los operadores obligados a prestar acceso (38) esfuerzos que no entran dentro de lo razonable o que sean contrarios al interés público: entendemos que la inclusión de esta cláusula persigue evitar que, a través del derecho de acceso, se puedan imponer deberes excesivos a los operadores preestablecidos.

b) La puesta a disposición de las infraestructuras se realizará en condiciones razonables, que permitan al entrante beneficiarse de los efectos de economía de escala del operador. Como garantía de esta obligación se establece el deber de comunicar a la Administración competente las condiciones y tarifas de los contratos de acceso a la red.

c) Se establece como criterio rector para la elaboración de la regulación infralegal posterior la facilitación de la cooperación entre suministrador y entrante. Esta promoción llega hasta aceptar la copropiedad o gestión en común de las redes de telecomunicaciones existentes. De este modo se permitirán en el futuro las alianzas entre operadores y nuevos entrantes.

d) No exigir a ningún operador que preste acceso a su red a nuevos entrantes, si el acceso va a emplearse para prestar servicios ya ofrecidos por el operador en una demarcación territorial determinada. Esta es precisamente la condición que convierte la figura de la *infrastructure sharing* en una forma *sui generis* de derecho de acceso a redes: no es obligado prestar el acceso a entrantes que pretendan el acceso para prestar servicios en competencia con el operador.

Como se desprende del requisito *d)* anterior, la obligación de compartir la red (*infrastructure sharing*) queda a medio camino entre la figura del derecho de acceso a la infraestructura esencial por parte de un competidor, tal y como ha sido definido al principio de este trabajo, y la figura de la interconexión, como forma de cooperación entre redes preexistentes. Difiere del primero en que el operador beneficiado por la obligación de compartir la red no es, propiamente, un competidor —como hemos visto, no es obligatorio para el operador titular de la red prestar el acceso a una empresa que va a ofertar los mismos servicios en el mismo territorio que el opera-

(38) Los operadores locales afectados por la obligación se definen específicamente en la Sección 251 (h) de la *Telecommunications Act*. En esta disposición se atribuye el carácter de operador local relevante a un número de empresas predeterminadas por su importancia. El carácter de operador relevante se hace extensivo, asimismo, a aquellos operadores que ocupen una posición de mercado comparable a la de los declarados expresamente operadores relevantes. Como se puede ver, la configuración del derecho de acceso en la regulación norteamericana es consistente con la teoría de las *essential facilities* en tanto en cuanto establece un deber que vincula exclusivamente a las empresas con una posición de poder en el mercado.

dor relevante—. Difiere de la figura de la interconexión, esencialmente, en que el derecho de *compartir la infraestructura* se concede sólo a aquellos operadores que carecen de la entidad suficiente como para generar por sí mismos economías de escala.

B) *Obligación de prestar acceso incondicional y no discriminatorio a terceros operadores.*

La obligación aquí identificada no se exige con igual intensidad a todos los operadores locales. Se establecen dos categorías, que delimitan el alcance del deber impuesto. En primer lugar, respecto de los operadores locales en general, se establece un deber de permitir el acceso a los conductos, canales, puertas de acceso, etc. Aquí se está garantizando a los nuevos entrantes la posibilidad de acceso físico a las bases de cableado para nuevas infraestructuras —Sección 251.b).4—. En nuestra opinión, éste no puede ser considerado como un derecho de acceso a redes de telecomunicaciones en sentido propio. Sólo se garantiza la posibilidad de acceder a los nudos, previsiblemente para construir nuevas redes, pero no se establece obligación alguna respecto de la red preexistente (39).

Con carácter especial, para los operadores locales relevantes se establece una obligación más onerosa que la antes descrita de *infrastructure sharing*: es la obligación de prestar acceso incondicional (*unbundled access*) a cualquier operador de telecomunicaciones que lo requiera, a fin de permitirle prestar sus servicios de telecomunicaciones —Sección 251.c).3—. El acceso aquí contemplado es el que más se parece al derecho de acceso a redes contemplado en la regulación europea. Se trata del supuesto del nuevo entrante que requiere el acceso a la infraestructura de red para dar comienzo a sus actividades de prestación de servicios en competencia con el operador propietario de la red. Lo sorprendente de la disposición legal es que se atribuya el derecho de acceso a «cualquier operador que lo solicite». A pesar del texto literal de la Ley, se sobreentiende que los operadores con derecho a acceso serán solamente aquellos que demuestren que la carencia de una red propia representa una barrera de entrada demasiado elevada, y que sin acceder a la red preexistente no resultaría económicamente viable la prestación de sus servicios.

La regulación que el Derecho norteamericano lleva a cabo del derecho de acceso a redes de telecomunicaciones sorprende por la amplia casuística que se intenta prever. Ni el Derecho comunitario ni —en España— la recientemente aprobada Ley 11/1998, hacen referencia directa a los supuestos de acceso para compartir infraestructuras sin competir en el mismo espacio geográfico que el proveedor (*infrastructure sharing*), como figura diferenciada de la interconexión.

(39) En España, RD 279/1999, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones para el acceso a los servicios de telecomunicación en el interior de los edificios y de la actividad de instalación de equipos y sistemas de telecomunicaciones.

IV.2. *El tratamiento normativo del derecho de acceso en el Derecho comunitario europeo*

Ya ha habido ocasión de exponer el sustento jurisprudencial de la doctrina de las infraestructuras esenciales (*essential facilities*) en Europa.

Una interesante síntesis de la adaptación de la doctrina de las infraestructuras esenciales al sector de las telecomunicaciones, que recoge los principios desarrollados en los últimos años en relación con los derechos de acceso de terceros a las redes, se puede encontrar en la Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones («DOCE» 265/2, de 22 de agosto de 1998). La Comunicación utiliza tanto la experiencia de la Comisión CE como los precedentes jurisprudenciales del TJCE en asuntos de acceso a infraestructuras esenciales. La Comunicación sitúa la base jurídica del derecho de acceso en el artículo 86 del TCE (hoy art. 82) y en la Directiva sobre Oferta de Red Abierta (Directiva 90/387) (40).

En la Comunicación, la Comisión Europea establece varios requisitos cumulativos que deben cumplirse para que nazca un deber de la parte de un operador de garantizar el acceso a sus redes de telecomunicaciones. Estos requisitos coinciden sustancialmente con los requisitos generales enumerados en el apartado III de este trabajo. Son los siguientes:

a) El titular de la red debe gozar de una posición de dominio derivada del control de las infraestructuras, en coherencia con el tipo del artículo 86 del TCE. Como advierte la Comunicación (41), los derechos legales no determinan necesariamente la posición de dominio. El concepto de dominio tiene un contenido puramente económico. No obstante, es bastante evidente que la existencia de derechos legales de monopolio ha proporcionado a los distintos operadores estatales una sustancial ventaja competitiva, aun si esos derechos han sido ya abolidos.

b) El operador que dispone de la red, dispone de suficiente capacidad para facilitar el acceso.

c) El titular de la instalación básica impide o restringe la competencia en un mercado de producto existente o potencial.

d) La empresa que solicite el acceso está dispuesta a abonar el precio razonable y no discriminatorio fijado, en su caso, con la intermediación del regulador.

e) No debería existir justificación objetiva alguna para denegar el acceso. Aparte de las causas de justificación basadas en argumentos técnicos (incompatibilidad de las instalaciones del entrante, falta de capacidad), la Comisión parece proclive a aceptar justificaciones de tipo económico (riesgo crediticio de la empresa que solicita el acceso) (42).

(40) Ver nota pie página núm. 399.

(41) Punto 64 de la Comunicación.

(42) Punto 85 de la Comunicación.

El fragmento más interesante de la Comunicación es el consagrado a identificar las conductas abusivas que pueden producirse en relación con el acceso a las instalaciones esenciales para la prestación de servicios de telecomunicaciones. En efecto, junto a la negativa pura a prestar acceso, se enumeran otros casos de abuso, extraídos de la práctica general de Defensa de la Competencia. Veamos cuáles son las negativas de acceso y demás abusos identificados:

a) En primer lugar se matiza, dividiéndose en tres tipos, la conducta pura e incondicional de negativa de acceso (43). Se distingue entre negativa de acceso en el caso en que el mismo haya sido prestado ya a otra empresa de aquel en que el acceso no haya sido facilitado previamente a ningún operador. La primera de las situaciones constituye un trato discriminatorio prohibido por el artículo 86 del TCE (44). Ese tipo de discriminación puede reprimirse sin necesidad de recurrir a la figura del derecho de acceso, por el cauce más amplio del abuso, que incluye la discriminación desde una posición dominante (45). En cambio, la doctrina de las instalaciones esenciales sí es de aplicación en el segundo tipo de conducta distinguido por la Comisión, como recurso legal para compeler al propietario de las redes a compartir su disfrute con el nuevo entrante (46). Por último, se establece una tercera categoría consistente en retirar el acceso a un cliente preexistente, categoría perfectamente aceptada por la jurisprudencia comunitaria (47).

b) En segundo lugar, se hace referencia a los abusos derivados de la configuración de red. Entre éstos se incluyen los casos en que se altera la tecnología o el *software* de red, de modo que ésta acaba siendo inútil para el entrante, que no puede servirse de ella aunque esté físicamente conectado. En la Ley norteamericana se establece expresamente que el titular de la red, al prestar el acceso a la red, deberá facilitar al operador que accede toda la información acerca de la infraestructura, tecnología, información y funciones disponibles para el entrante (48).

c) Vinculación: esta conducta consiste en obligar a la parte que contrata a adquirir uno o más servicios como condición para acceder a la red. La jurisprudencia comunitaria ha condenado esta práctica como

(43) Punto 84 de la Comunicación.

(44) En España es probable que esa situación pudiera ser condenada también en vía jurisdiccional civil a través del artículo 16 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal, que sanciona el aprovechamiento desleal de una situación de dependencia económica, aunque el titular de la red no disfrutara de una posición de dominio —en cuyo caso no serían aplicables ni el artículo 86 del TCE ni el artículo 6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia—.

(45) El concepto de discriminación engloba conductas distintas de las relativas a discriminación en materia tarifaria. La propia Comunicación advierte (punto 120) que la discriminación se extiende a la imposición de «condiciones diferentes» o «cualquier otra diferenciación entre acuerdos de acceso».

(46) Punto 89.

(47) Ver apartado II de este trabajo.

(48) Sección 259.b) (4) de la *Telecommunications Act*.

abuso de posición de dominio (49). En este tipo de conducta la discusión se centra en saber si los bienes o servicios que pretenden venderse junto con el acceso a la red pueden desvincularse o no del acceso. Si para acceder a una red se requiere el conocimiento de cierta tecnología propiedad de la compañía titular, la empresa entrante deberá adquirir esa tecnología. En esos supuestos será difícil distinguir la existencia de *tying* (vinculación ilegal de prestaciones impuesta arbitrariamente por el titular de la red) de una transferencia legítima de tecnología, necesaria para efectuar el acceso. En cambio, si la tecnología de acceso no es patrimonio exclusivo del titular de la red, éste no puede imponer que le sea adquirida a él como condición para prestar el acceso: el operador entrante queda en libertad para adquirirla de un tercero que disponga de ella legítimamente.

d) Fijación de tarifas: la Comunicación hace referencia a la práctica prohibida consistente en imponer precios anormalmente bajos o anormalmente elevados.

De conformidad con la jurisprudencia comunitaria, existen precios excesivos cuando la empresa —o empresas— en posición de dominio establecen precios que no guardan relación con el valor económico de la prestación (50).

Existen precios predatorios —por debajo del coste variable medio de la empresa o por debajo de los costes totales si existe un plan preconcebido para atentar contra la competencia (51)—.

La Comisión también condenará la imposición de tarifas discriminatorias (52) (punto 120 de la Comunicación).

En la Comunicación se hace referencia, asimismo, a la imposición de precios predatorios. Los criterios para determinar cuándo existen precios predatorios fueron enunciados por el TJCE en su sentencia de 3 de julio de

(49) STJCE de 25 de febrero de 1986, *Windsurfing*, asunto 193/83, Rec. (1986), pág. 611.

(50) SSTJCE en el asunto *United Brands*, precitado, 13 de noviembre de 1975, y *General Motors*, asunto 26/75, Rec. (1976), pág. 1367. Para averiguar si los precios impuestos han sido excesivos, el criterio más preciso es el del análisis de los costes derivados de la gestión de la actividad gravada por los precios, con la finalidad de dilucidar si existe o no proporción entre costes empresariales y precios. Este es el criterio seguido por las instancias comunitarias (STJCE en el asunto *United Brands*, precitado). En el Derecho de la competencia español, véase la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 27 de julio de 1995, exp. r. 124/95. En aquellas ocasiones en que resulta extraordinariamente difícil la obtención de un análisis preciso de los costes de la empresa dominante, relacionados con el producto concreto, procede llevar a cabo un estudio comparativo de los costes existentes en empresas y para actividades análogas (SSTJCE de 4 de mayo de 1988, *Bodson*, asunto 30/87, Rec., pág. 2479, y de 13 de julio de 1989, *SACEM*, asunto 395/87, Rec., pág. 2521). Este análisis puede ser particularmente útil en las telecomunicaciones, donde es de esperar que los costes operacionales sean parecidos en los distintos países de la Comunidad, debido a la homogeneidad de la tecnología en organizaciones económicamente eficientes.

(51) STJCE de 3 de julio de 1991, *AKZO*, asunto C-62/86, Rec. (1991), pág. 3359. Ver punto 111 de la Comunicación.

(52) STJCE de 14 de febrero de 1978, *United Brands c. Comisión*, asunto 27/76, Rec. 1978, pág. 207.

1993, *AKZO*, asunto 62/86, Rec. (1991), I-3359. Son predatorios los precios fijados por debajo de los costes variables. También son predatorios los precios establecidos por debajo de los costes medios totales, si existe evidencia de un plan para eliminar la competencia. En este último caso, el TJCE deja la puerta abierta a que los precios predatorios puedan ser establecidos por una empresa no dominante: al no requerirse el dominio, el TJCE parece estar contemplando los casos de competencia desleal (53).

En fin, uno de los campos en que las agencias reguladoras pueden desarrollar una labor más eficaz para hacer efectivo el derecho de acceso y garantizar la competencia es el de la mediación para la fijación de tarifas. Así, la Comisión Europea ha llegado a incoar un procedimiento a raíz de una denuncia presentada en 1996 contra el operador alemán de telecomunicaciones *Deutsche Telekom*. En este asunto se debatió la posibilidad de que las condiciones de tarifas de acceso a la red de comunicaciones impuestas por esa empresa a un competidor fuesen constitutivas de un abuso de posición dominante por resultar excesivas o inequitativas. La Comisión archivó el procedimiento cuando el operador dominante en Alemania accedió a reducir las tarifas hasta niveles próximos a los de los costes [XXVII Informe sobre la Política de la Competencia (1997), punto 77].

El problema de las tarifas está expresamente previsto en el Reglamento de Acceso, cuyo artículo 7 establece que los precios por el suministro de accesos especiales a las redes de operadores dominantes deberán estar debidamente desglosados y respetar los principios de transparencia y orientación a costes.

La autoridad competente para resolver las desavenencias entre los operadores, tanto en la cuestión del acceso propiamente dicho como en lo relativo a las condiciones de dicho acceso, es la autoridad nacional (en nuestro caso, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones) y, en última instancia, para las cuestiones con relevancia comunitaria, la Comisión Europea (Dirección General IV) —sin perjuicio, en ambas instancias, del recurso ulterior a los órganos jurisdiccionales competentes nacionales o comunitarios— (54).

La Comunicación constituye un documento oficial de gran valor por la cantidad de indicaciones que contiene, y sin duda, será una de las referencias clave al enfrentarse con problemas de acceso a redes de telecomunicaciones.

(53) Considerando 72 de la sentencia *AKZO*, mencionada. El legislador comunitario no ha articulado un precepto equivalente al artículo 7 de la Ley española de Defensa de la Competencia, precitada. Por eso existen precedentes, como el indicado, de competencia desleal en el Derecho comunitario, perseguidos por el cauce del artículo 86 del TCE. Ver V. KORAH, *EC Competition, Law and Practice*, Sweet & Maxwell, London, 1994, pág. 95.

(54) Punto 13 de la Comunicación.

V. EL TRATAMIENTO LEGAL DEL DERECHO DE ACCESO A LAS REDES DE TELECOMUNICACIONES EN LA LEY 11/1998, GENERAL DE TELECOMUNICACIONES

Si bien es cierto que el derecho de acceso está implícito en la referencia que el preámbulo de la Ley 11/1998 hace a la normativa comunitaria —principios sobre Oferta de Red Abierta—, no por ello deja de resultar sorprendente la carencia, en dicho preámbulo, de una mención expresa al problema del acceso a las redes de telecomunicaciones preestablecidas por parte de nuevos entrantes en un mercado.

Entre los objetivos de la Ley 11/1998, se incluye el término «acceso» en el apartado *d*) del artículo 3, refiriéndose a la utilización de las redes disponibles por ciudadanos y entidades. No se hace referencia directa, sin embargo, a la garantía de acceso a las redes de terceros operadores entrantes en un mercado de telecomunicaciones. Por ello se debe sobreentender que el derecho de acceso como instrumento jurídico para la liberalización queda englobado en los apartados *a*) y *b*) del artículo 3, relativos a la promoción y garantía de las condiciones de competencia entre los operadores de servicios, con respeto al principio de igualdad.

La regulación específica del derecho de acceso de terceros operadores a las redes de telecomunicaciones se contiene en el Capítulo IV del Título II de la Ley, que ha sido desarrollado por el Reglamento de Acceso. En la citada regulación se recogen las directrices del Derecho comunitario, imponiéndose deberes específicos a los titulares de redes públicas que tengan la consideración de dominantes, consistentes en la obligación de facilitar el acceso a sus redes en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias.

Merece la pena detenerse en la consideración realizada por el artículo 23 de la Ley 11/1998 acerca del «operador dominante». La Ley 11/1998 consagra como requisito necesario para que nazca el deber de prestar acceso, de manera coherente con la doctrina de las *essential facilities*, que el operador obligado tenga la consideración de dominante en el mercado. Ahora bien, el concepto de «posición dominante» en el Derecho de la competencia tiene un carácter netamente económico, donde el organismo rector de la competencia en el mercado debe ponderar factores tan variados como las cuotas del operador en un mercado geográfico y de producto previamente definido con arreglo a criterios de sustituibilidad, la existencia de barreras a la entrada de nuevos operadores, el poder de mercado del operador en relación con los competidores y la concurrencia de factores generadores de posiciones monopolísticas (derechos especiales o exclusivos procedentes del Estado, derechos de propiedad intelectual o de patente, etcétera). En el caso que nos ocupa —acceso a redes—, el criterio esencial debe ser la existencia de alternativas realistas a la prestación de acceso a la red por el operador que deniega el acceso: si existen otros operadores con capacidad de red y disposición a prestar el acceso, será porque el operador que deniega el acceso no tiene una posición suficientemente potente como

para actuar en el mercado con independencia de sus competidores y, en consecuencia, no tendrá la consideración de dominante.

La Ley 11/1998, en cambio, se aparta del criterio general mantenido por el Derecho de la competencia, operando una objetivación del concepto de posición dominante. De conformidad con el artículo 23 de la Ley 11/1998, tienen la consideración de dominantes en un ámbito geográfico dado los operadores que hayan obtenido en el año anterior una cuota de al menos el 25 por 100 de los ingresos brutos globales generados por la utilización de las redes (55) o prestación de los servicios. Acerca de la definición legal pueden hacerse los siguientes comentarios críticos:

a) A primera vista, es criticable que se emplee como mercado de referencia optativo el de prestación de servicios de telecomunicaciones. Lo lógico a la hora de valorar la importancia de una negativa de acceso a la infraestructura de red es tomar en cuenta la posición en el mercado de acceso a la red (56). El recurso a la definición del mercado de servicios a los usuarios finales puede estar justificado como criterio subsidiario, no optativo.

b) La elección del 25 por 100 como cuota representativa de una posición de dominio no deja de ser sorprendente por cuanto constituye una cuota notablemente baja en defensa de la competencia: en los análisis habituales sobre posición de mercado no se considera que exista una posición de dominio con cuotas inferiores al 40 por 100 (57).

La cifra del 25 por 100 puede explicarse porque en el sistema de la Directiva de Oferta de Red Abierta (58) se establece ese porcentaje como indicativo de una posición de mercado significativa. A nuestro juicio, sin em-

(55) De conformidad con el artículo 3 del Reglamento de Acceso, los mercados de redes relevantes a los efectos del cálculo de cuotas respecto de los que es relevante la detección de una posición de mercado son: a) redes públicas telefónicas fijas y servicios telefónicos disponibles al público; b) líneas susceptibles de arrendamiento; c) redes públicas telefónicas móviles y servicios de telefonía móvil automática y de comunicaciones móviles personales disponibles al público. Los mercados geográficos a efectos de establecer la posición de mercado serán definidos por el Ministerio de Fomento previo informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

(56) La distinción entre el mercado de acceso a las instalaciones necesarias para prestar el servicio de telecomunicaciones a usuarios finales, y el mercado de servicio a los usuarios finales, se recoge en la Comunicación (punto 45).

(57) Este porcentaje (del 25 por 100) ya había sido recogido con anterioridad por otras disposiciones. Entre ellas, la Orden del Ministerio de Fomento de 18 de marzo de 1997, que determina las tarifas y condiciones de interconexión a la red adscrita al servicio público de telefonía básica que explota el operador dominante para la prestación del servicio final y el servicio portador soporte del mismo (art. 1), y el Real Decreto 1912/1997, de 19 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Técnico y de prestación del servicio final telefónico básico y de los servicios portadores (art. 4). Tradicionalmente, sin embargo, la jurisprudencia comunitaria sólo acepta por regla general la existencia de una posición de dominio con cuotas superiores al 40 por 100, y cuando no exceden ampliamente de ese límite, se exige la concurrencia de cuotas relativas muy inferiores por parte de los competidores [STJCE de 9 de noviembre de 1983, *Michelin c. Comisión*, asunto 322/81, Rec. (1985), pág. 3461; STJCE de 14 de febrero de 1978, *United Brands c. Comisión*, asunto 27/76, Rec. 1978, pág. 207; STJCE de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-la Roche & Co. AG c. Comisión*, asunto 85/76, Rec. (1979), pág. 461]. La Comisión Europea establece como cuota orientativa de dominio la del 50 por 100 en la Comunicación (punto 73).

(58) Directiva 90/387, precitada.

bargo, no debería obligarse a los operadores a prestar el acceso por el mero hecho de poseer una posición significativa. La exigencia de prestación de acceso debe imponerse tan sólo a los operadores estrictamente dominantes. El derecho de acceso es una importante restricción a la libre disposición de las redes por sus titulares, y como tal restricción sólo está justificada en función de su efectividad para lograr la protección de un valor de interés público, como lo es la libre competencia. Si la libre competencia no se ve amenazada, no cabe forzar a un operador a prestar acceso. Otra cosa será si todos los operadores con cuotas del 25 por 100 o menores se pusieran de acuerdo, expresamente o mediante una actuación paralela, para denegar el acceso a la infraestructura de red. En ese caso podría forzarse a las compañías implicadas a prestar acceso a su red, condenándolas por la vía de la prohibición de acuerdos colusorios (art. 85 del TCE, hoy art. 81 del Tratado de la Unión, o art. 1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, si el acuerdo no tiene efectos más allá del ámbito nacional) o, en su caso, por la vía del abuso de una posición dominante colectiva (art. 86 del TCE o art. 6 de la Ley 16/1989, precitada).

c) La solución consistente en identificar la posición de dominio con una cuota fija se ve compensada por un mecanismo flexibilizador consistente en facultar a la Comisión Nacional del Mercado de Telecomunicaciones a declarar la existencia de una posición de dominio de empresas cuya cuota sea inferior al porcentaje del 25 por 100, o a declararla inexistente en casos en que el porcentaje sea superior a la cifra del 25 por 100 (59), en atención a las siguientes circunstancias:

- i) capacidad de las redes de un mismo titular o del servicio que éste preste para influir en las condiciones del mercado;
- ii) su volumen de negocios;
- iii) su control sobre los medios de acceso a los usuarios finales;
- iv) su acceso a los recursos financieros;
- v) su experiencia en suministrar productos y servicios;

o cualquier otra circunstancia que pueda afectar a las condiciones de la competencia.

La introducción de un elemento de valoración permite eludir soluciones rígidas basadas exclusivamente en el cumplimiento del criterio numérico. El margen de discrecionalidad derivado de la facultad de valoración referida, puede ser fácilmente compensado si las decisiones que en el futu-

(59) Este sistema objetivador de la posición de dominio se encuentra en términos casi idénticos en el Real Decreto 1912/1997, de 19 de diciembre, de aprobación del Reglamento Técnico de prestación del servicio final telefónico básico y de los servicios portadores (art. 4). De igual modo, la normativa sobre telecomunicaciones por cable presupone la existencia de una posición de dominio por parte de Telefónica, S.A., obligando específicamente a esta compañía a prestar el acceso y atribuyéndole *ex lege* una posición dominante (art. 52 del Real Decreto 2066/1996, de 13 de septiembre, de aprobación del Reglamento Técnico y de prestación de telecomunicaciones por cable).

ro corresponda adoptar a la Comisión Nacional del Mercado de las Telecomunicaciones van precedidas de una motivación sólida basada en un análisis económico riguroso. Sólo de este modo será posible llegar a soluciones fundamentadas en criterios de verdadera justicia.

De las observaciones realizadas se deduce que se ha producido una objetivación en cuanto a la determinación de la posición de dominante en la prestación de acceso a la red. Pero la Ley 11/1998 va más lejos en el deseo por establecer criterios claros y objetivos a la hora de garantizar el acceso.

En fin, de conformidad con el artículo 7 del Reglamento de Acceso, los acuerdos de acceso se negociarán libremente entre las partes, siendo la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la entidad con competencia arbitral para dirimir los conflictos que se produzcan (art. 7 del Reglamento de Acceso).

VI. CONCLUSIÓN

El derecho de acceso a las redes de telecomunicaciones es un instrumento legal que permite garantizar el disfrute de las redes por empresas con insuficiente capacidad económica para construir las suyas propias, al tiempo que se mantiene en su situación jurídico-patrimonial originaria al titular de la red.

La configuración y la existencia misma del derecho de acceso responden a un juicio de oportunidad del legislador. Hasta hace poco tiempo, el legislador había querido que los servicios de telecomunicaciones fuesen prestados por un solo titular en régimen de monopolio, bastando la existencia de una sola red explotada por un mismo operador. Con la apertura del mercado, el legislador quiere que el servicio sea prestado por una pluralidad de operadores, para lo cual es requisito indispensable que la red disponible pueda ser empleada por las empresas recién incorporadas al mercado. Sin el derecho de acceso, la libre competencia sería papel mojado. La mejor receta para evitar la discrecionalidad en la aplicación del derecho de acceso será la independencia de las agencias reguladoras, que fundamenten sus decisiones en un riguroso análisis económico.

Las agencias reguladoras van a encontrarse en los próximos años con una doble alternativa. De una parte, facilitar el acceso de manera generosa. Si se dan facilidades en este sentido, se permitirá, desde luego, la entrada en el mercado a los nuevos operadores, pero se desincentivará también a los propietarios de las redes para que hagan mejoras o para que presten un acceso transparente. La otra alternativa consistiría en restringir el acceso a las redes preexistentes, impulsando la construcción de nuevas redes por los operadores entrantes. Esta posición, llevada al extremo, puede terminar por provocar ineficiencias, al duplicarse las inversiones de manera innecesaria. Del sentido y alcance de las decisiones particulares en la materia dependerá que, en el futuro, el derecho de acceso llegue a ser un instrumento eficaz para el florecimiento de la competencia efectiva en el sector.