Una sentencia comunitaria clarificadora

POR **TERESA FUENTES CAMACHO**

La política de la Comunidad sobre los servicios de telecomunicaciones ha creado dudas y controversias. La sentencia de 1992 del Tribunal de Justicia de la CE orienta más claramente el marco legal del futuro europeo de defensa de la competencia real y efectiva.

En el contexto actual de mundialización de la economía, las telecomunicaciones aparecen como elemento central de la actividad económica europea, atributo intrínseco a nuestra sociedad contemporánea. Sin embargo, este sector ha sufrido una serie de transformaciones relevantes, bajo la influencia del desarrollo tecnológico de la última década. Esta rápida y continua evolución aparece determinada por una progresión sin precedentes del ámbito intemacional que ha condicionado, a su vez, la toma de decisiones en el seno de la Comunidad Europea (1).

LA EVOLUCIÓN HISTORICA DE LA POLÍTICA COMUNITARIA DE TELECOMUNICACIONES

Desde una perspectiva jurídica, podemos afirmar que tales alteraciones han tendido a modificar el régimen tradicional de monopolio natural de las telecomunicaciones.
A tal efecto, la urgencia de la formulación de una política coherente se hizo sentir en la Europa comunitaria ya a principios de los años 70. Pero, hasta la creación en 1983 de la Task Force, tecnologías de la información y de las telecomunicaciones, convertida en 1986 en Dirección General XIII de la Comisión de la Comunidad Europea (DG XIII) (2), no comienza la verdadera construcción jurídica de un espacio transparente de telecomunicaciones. Esta acción, que encuentra su fundamento jurídico en las disposiciones del Tratado CEE, tiende a garantizar el libre acceso a la información en un entorno competitivo.

En esta línea de acción, se sitúa la publicación en 1987 de un Libro Verde sobre el desarrollo del mercado común de los servicios y equipos de telecomunicaciones (3), con el que la Comisión inicia el debate sobre el futuro de la reglamentación de las telecomunicaciones en el horizonte de 1993.

Las proposiciones contenidas en este documento abrieron así la vía a la liberalización y a la

Fundación Telefónica
Telefónica

reestructuración de esta importante industria. Así, esta comunicación constituye indubitadamente el marco básico de la legislación comunitaria y de su integración en los derechos nacionales de los Estados miembros.
La Comisión ha proseguido ulteriormente una dinámica de adopción de medidas de derecho comunitario derivado, presidida por un equilibrio complejo entre los conceptos de liberalización y armonización, con el fin de realizar plenamente un mercado interior de servicios de telecomunicaciones. No hay que olvidar que, de conformidad con las disposiciones del Acta Unica Europea (4), este sector figura como un dossier específico del Gran Mercado Interior de 1993.

En este contexto, tenemos que destacar la adopción de dos instrumentos juridicos fundamentales: la directiva del Consejo, 90/387/CEE, de 28 de junio de 1990, relativa al establecimiento del mercado interior de los servicios de telecomunicaciones mediante la realización de la oferta de una red abierta de telecomunicaciones y la directiva de la Comisión, 90/388/CEE, de 28 de junio de 1990, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones.

Resultado de un compromiso político significativo entre la Comisión y el Consejo de la Comunidad Europea, ambos textos se publicaron finalmente juntos el 24 de julio de 1990, para ser integrados en los diferentes derechos nacionales a partir del 1 de enero de 1991 (5).

Consecuencia del fenómeno intemacional de desregulación, el propósito final que subyace en las directivas mencionadas no es otro que la apertura global a la competencia de los servicios de telecomunicaciones.

Ello conlleva necesariarnente la adopción de una serie de reformas a nivel nacional que han provocado fuertes discrepancias por parte de algunos Estados miembros. No obstante, al ser el comienzo de esta liberalización gradual, en dichos textos persisten ciertas lagunas que han sido justificadas por la Comisión en virtud de razones de interés general comunitario (artículo 90, párrafo 2 del Tratado CEE). Así pues ambas directivas incluyen una cláusula de revisión o mandato dirigido a la Comisión de elaborar, en el transcurso del año 1992, un informe relativo a la evaluación global de la situación de los servicios de telecomunicaciones en la Comunidad europea y, especialmente, al reexamen de todo derecho exclusivo o especial (6) subsistente. Dicho informe (7), que acaba de ser presentado por la Comisión al último Consejo europeo sobre telecomunicaciones de 1992 (17 de noviembre), será objeto de un período de consulta pública y de un estudio posterior del Consejo.

Resaltar la importancia de esta situación y esbozar un comentario de la legislación y la jurisprudencia comunitarias referentes a este ámbito es el objetivo inmediato que nos proponemos en estas breves líneas.

LA CONSAGRACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA APERTURA A LA COMPETENCIA

La complejidad de la política comunitaria de telecomunicaciones es evidente dadas las características de este sector en los diferentes derechos nacionales. En los doce Estados miembros encontramos un origen relativamente similar en la sumisión de las

Fundación Telefónica
Telefónica

telecomunicaciones a un régimen jurídico de monopolio público.

Teniendo en cuenta las experiencias norteamericana y británica, Sir Leon Brittan, Comisario y Director General de la DG IV (Competencia) de la Comisión, ha puesto recientemente en tela de juicio la persistencia de tal sistema, declarándose partidario de la total apertura a la competencia de este sector.

En un principio, el Libro Verde sobre las telecomunicaciones aboga por una liberalización completa de los mercados de terminales y por una liberalización gradual de los mercados de servicios. No obstante, este documento acepta el mantenimiento del principio de exclusividad sobre la infraestructura de la red y sobre la prestación de un número limitado de servicios de base, dejando la posibilidad a los Estados miembros de elegir un sistema más liberal.

A este respecto, el Libro Verde sienta la premisa según la cual el principio de prestación exclusiva es de interpretación estricta y es susceptible de ser revisado a intervalos regulares, teniendo en cuenta el desarrollo tecnológico y, en particular, la evolución hacia una infraestructura numérica. ¿Cómo ha puesto sucesivamente en práctica la Comisión este objetivo prioritario de liberalización? ¿Cuáles serán las consecuencias jurídicas del debate entre los Estados miembros y la Comisión a este respecto?

La respuesta a estas preguntas supone examinar la evolución comunitaria en la difícil tarea de apertura a la competencia de los servicios de telecomunicaciones. Recordemos que la eliminación de las distorsiones del juego normal de la competencia intra-comunitaria se ha traducido, entre otras cosas, en una liberalización progresiva de los mercados de telecomunicaciones sobre la base del artículo 90, párrafo 3 del Tratado CEE. Aunque nuestro propósito se cine estrictamente al estudio de los mercados de servicios, no podemos ignorar que la primera acción de la Comisión concierne directamente a los mercados de terminales (8).

1. El precedente legislativo que sienta la Directiva 88/301/CEE

En efecto, conviene evocar que la entrada en vigor de la directiva de la Comision 88/301/CEE requiere, por vez primera, la supresión inmediata de los derechos exclusivos o especiales de importación, comercialización, conexión, puesta en servicio y/o mantenimiento de aparatos terminales de telecomunicaciones que hayan sido concedidos por los Estados miembros a ciertas empresas.

Esta operación inicial de apertura a la competencia intracomunitaria constituye, por una parte, el precedente de una serie de medidas reglamentarias dirigidas a crear un entorno competitivo en 1993 y, en particular, de la adopción de otra directiva similar que liberalizará parcialmente los servicios de telecomunicaciones. Por otra parte, esta acción suscita un importante litigio entre ciertos Estados miembros y la Comisión que se agudizará tras la adopción de la directiva 90/388/CEE sobre los servicios. Por lo que se refiere a esta última directiva, su artículo segundo obliga igualmente a los Estados miembros a abolir los derechos exclusivos o especiales para el suministro de servicios de telecomunicaciones, distintos de los servicios de telefonía vocal.

Fundación Telefónica
Telefónica

La Comisión confirma así el principio de apertura a la competencia de los mercados de telecomunicaciones, esta vez en materia de servicios. Pero esta voluntad comunitaria de instaurar un entorno competitivo de servicios de telecomunicaciones choca inevitablemente con el mantenimiento del monopolio de la telefonía vocal, servicio que representa, aproximadamente, un 85 por ciento de los ingresos de los organismos de telecomunicaciones en la Comunidad europea.

Aparte de la excepción de la simple reventa de capacidad de circuitos arrendados, limitada en el tiempo al 31 de diciembre de 1992, es la única derogación que permite la directiva con la pretendida justificación de preservar la estabilidad financiera de dichos organismos en nombre del interés general de la Comunidad Europea, a reserva de ser reexaminada durante el ano 1992.

En efecto, la Comisión precisa, en los considerandos de la directiva, que los derechos exclusivos o especiales concedidos en materia de servicios de telecomunicaciones son incompatibles con los artículos 86, que prohíbe el abuso de posición dominante, y 90, párrafo 1, que somete a los Estados miembros a las reglas de competencia del Tratado CEE.

Siguiendo la misma línea que en la directiva 88/301/CEE, la Comisión estima en los considerandos de la directiva 90/388/CEE que el régimen de concesión de derechos exclusivos o especiales conduce, en todo caso, a una situación contraria al objetivo del articulo 3 (f) del Tratado CEE, que prevé el establecimiento de un sistema que garantice que la competencia no será falseada en el mercado común ni a fortiori eliminada.

Así pues, al principio que enuncia el artículo 2 de la directiva 90/388/CEE corresponden una serie de medidas complementarias, relativas a la publicación de las condiciones de acceso a las redes; a la publicación de las características de las interfaces técnicas; a la supresión de las restricciones existentes relativas al tratamiento de las señales antes de su transmisión por la red pública o tras su recepción; a la no-discriminación en las condiciones de utilización de la red abierta y en las tarifas practicadas; a la separación de las funciones de regulación y de explotación; a la rescisión de los contratos de suministro de servicios de larga duración y a la obligación de enviar a la Comisión un informe anual sobre el estado de la aplicación de la directiva. De ello se deduce que la acción de la Comisión de apertura urgente a la competencia de los mercados de servicios de telecomunicaciones se ha revelado bastante más compleja en materia de servicios que de terminales, llegando a desconcertar en cierto modo a las partes interesadas.

No obstante, la Comisión afirma haber incorporado a los Estados miembros a la elaboración de ambos instrumentos y, especialmente, a la discusión de la directiva 90/388/CEE. Efectivamente, el controvertido proceso de adopción de este acto se refleja en sucesivas sesiones de los Consejos de Ministros de Telecomunicaciones de los Doce, cuyo objeto radicaba en la conclusión de un mercado interior de servicios de telecomunicaciones. Así, a partir de finales de 1988, comienzan a dibujarse los contornos de uno de los expedientes comunitarios más complejos.

La mayor parte de los Estados miembros manifestarán su oposición formal a la utilización del

Fundación Telefónica
Telefónica

artículo 90, párrafo 3 del Tratado CEE por la Comisión para resolver el problema de la competencia en este sector.

Según su opinión, este mecanismo jurídico pondría en cortocircuito el procedimiento habitual de adopción de directivas. Pero, tras varias reuniones conflictivas, el Consejo y la Comisión van a llegar a un pacto político el 7 de diciembre de 1989. Tal convenio comprende la publicación conjunta de dos directivas complementarias, la 90/388/CEE de la Comisión y la 90/387/CEE del Consejo, conocida como directiva marco-ONP. Este compromiso obedece a ciertas modificaciones del texto de la directiva 90/388/CEE aprobadas por las delegaciones de los Estados miembros.

2. La complejidad de la aplicación del principio de igualdad de tratamiento de los sectores público y privado

A este respecto, nos parece importante recordar que el Tratado CEE, aparte de las reglas de base aplicables a las empresas (9) y de las reglas sobre las ayudas de los Estados (10), prevé la aplicación expresa del derecho comunitario de la competencia a los Estados miembros (11). Si bien los artículos 85, 86 y 90 forman parte de la misma sección relativa a las reglas aplicables a las empresas, los dos primeros párrafos de este último someten a los Estados miembros en sus relaciones con ciertas categorías de empresas de naturaleza pública (12) al Tratado en general.

En este sentido, la gran originalidad del derecho comunitario de la competencia vis-à-vis de los Estados miembros radica en considerar que la situación privilegiada de la empresa pública en los derechos nacionales queda sometida al principio comunitario de igualdad de tratamiento de los sectores público y privado. Este principio implica que las mismas reglas de competencia son aplicables a todos los sectores de la economía y garantiza así la compatibilidad con las disposiciones del Tratado CEE del comportamiento de los Estados miembros en sus relaciones con las empresas de naturaleza pública.

Sobre la base de este principio y de los principios fundamentales de libre mercado y de libre competencia, el derecho comunitario ha definido un estatuto jurídico propio de la empresa pública. Pero, si tales principios se han visto sucesivamente confirmados por el Tratado CEE, el Libro Blanco sobre la realización del mercado interior, el Acta Unica Europea y el Tratado de la Unión Europea en último lugar, la importancia del papel que está llamada a jugar la competencia en la Comunidad Europea se ve mitigada por la intervención estatal en la economía. Se trata del mayor riesgo al término de la integración comunitaria.

Fundación Telefónica
Telefónica



JOSÉ LUÍS GÓMEZ MERINO.

En respuesta a esta amenaza y sobre la base de la jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (13), la Comisión ha publicado unas líneas directrices, pronunciándose a favor de la aplicación complementaria de las disposiciones de los artículos 85,86 y 90 del Tratado CEE a los Estados miembros y a las empresas de telecomunicaciones, según la procedencia del comportamiento competitivo (14).

El artículo 90 (15) entrará en juego únicamente en caso de intervención estatal, sea mediante la imposición de medidas reglamentarias o administrativas de carácter imperativo a una empresa determinada, sea estimulando su comportamiento. En efecto, si el ámbito de aplicación de dichas líneas directrices se limita a las reglas de competencia a las empresas de telecomunicaciones (artículos 85 y 86) y el de las directivas de la Comisión 88/301/CEE y 90/388/CEE a los principios que rigen la aplicación del artículo 90 a este sector, ambos instrumentos se completan englobando los principios que rigen la aplicación del derecho comunitario de la competencia en materia de telecomunicaciones.

Todo ello refleja las dificultades jurídicas que resultan de la aplicación de este derecho a un sector tradicionalmente protegido por el Estado. Como consecuencia y aun a pesar de las sugerencias del Consejo y del Parlamento europeo, la Comisión ha recurrido a la disposición del artículo 90, párrafo 3 del Tratado CEE como base legal para establecer el principio de abolición progresiva de los derechos especiales o exclusivos en materia de servicios de telecomunicaciones.

La Comisión reafirma así su política de apertura global a la competencia de este sector, acudiendo a esta disposición por segunda vez en la historia del derecho comunitario (16). En realidad, hasta los años 80 este artículo no había sido objeto de una utilización particular por la Comisión, debido en gran parte a su difícil aplicación e interpretación. En esta última fase de la integración comunitaria, esta disposición ha adquirido un nuevo impulso como base legal para liberalizar los sectores tradicionalmente reservados al Estado. La utilización de este procedimiento por la Comisión, en lugar del método habitual de adopción de directivas por el

Fundación Telefónica
Telefónica

Consejo (a propuesta de la Comisión), previsto en los artículos 100 y 100 A, provocará la impugnación parcial del acto en cuestión por ciertos Estados miembros ante el TJCE.

Todo ello suscitará una polémica de gran interés jurídico que intentaremos resumir seguidamente.

LA ESPERADA SENTENCIA DEL TJCE (STJCE) DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1992

Tras haber sintetizado el alcance jurídico del debate entre la Comisión y los Estados miembros, nos parece importante apuntar que la solución jurisprudencial del conflicto no llegará hasta el 17 de noviembre de 1992; es decir, más de dos años después de la interposición de los recursos de los Estados miembros (España, Bélgica e Italia) contra la directiva 90/388/CEE.

1. Las cuestiones planteadas ante el TJCE en comparación con la jurisprudencia de 1988

Es evidente que, a pesar de la mayor complejidad que presentaba este caso, el TJCE, al resolver la cuestión de la conformidad del acto impugnado con el Tratado CEE, va a juzgar el litigio a la luz del precedente jurisprudencial que sienta su sentencia anterior de 19 de marzo de 1991, sobre la competencia en los mercados de terminales de telecomunicaciones (17).

El máximo interés de dicha decisión proviene de la interpretación del TJCE relativa a la aplicación del artículo 90 del Tratado CEE a los monopolios públicos de terminales de telecomunicaciones y a la competencia que su párrafo tercero confiere a la Comisión. Es por ello que nuestro comentario tomará esta primera sentencia como referencia básica.

Así pues, la sentencia de 19 de marzo de 1991 aparece claramente como el precedente único e imprescindible de la que aquí se comenta. Pero, si bien esta última interpretación del TJCE toma como punto de partida inexcusable su solución anterior, la ya señalada obscuridad del sector de servicios de telecomunicaciones, así como las diferencias técnicas entre dicho sector y el de terminales provocarán una reflexión más profunda de la que ulteriormente analizaremos las consecuencias.

A pesar de que el comentario de la primera sentencia excede de nuestra finalidad, nos parece importante poner de manifiesto que el asunto C-202/88 ha dado lugar a un interesantísimo debate doctrinal sobre la controvertida disposición del párrafo tercero del artículo 90 del Tratado CEE, protagonizado por el Abogado Tesauro (18). Ello nos lleva a sintetizar el alcance de dicha decisión antes de exponer las cuestiones planteadas ante el TJCE en los asuntos C-271/90, C-281/90 y C-289/90, objeto del presente comentario. Poco tiempo después de la publicación oficial de la directiva 88/301/CEE, Francia presentará un recurso ante el TJCE, en virtud del artículo 173, párrafo 1 del Tratado CEE. invocando la anulación de los artículos 2, 6, 7 y 9 de dicho acto, relativos respectivamente a la abolición de los derechos especiales y exclusivos, a la separación de las funciones de reglamentación y explotación y a la rescisión de contratos de larga duración en materia de terminales de telecomunicaciones así como al deber de informar anualmente de tales obligaciones a la Comisión.

Fundación Telefónica
Telefónica

De los argumentos presentados por Francia en su recurso y que el TJCE va a considerar en su análisis hay que destacar los siguientes: la oportunidad de utilizar el procedimiento que prevé el artículo 90, parrafo 3 del Tratado CEE en lugar del establecido en el artículo 169 del mismo tratado y la apreciación de la competencia que dicho articulo 90, párrafo 3 confiere a la Comisión.

La sentencia del TJCE a este respecto se hizo esperar tres largos años para llegar a una solución sopesada que, siguiendo la línea de su jurisprudencia anterior (19), deja claramente establecidos los límites del equilibrio institucional entre el Consejo y la Comisión, abogando por la solidez del derecho comunitario de la competencia en su aplicación tanto a las empresas de telecomunicaciones como a los Estados miembros.

En efecto, el TJCE afirma literalmente, por una parte, que la Comisión, al adoptar la directiva litigiosa sobre la base de la disposición del párrafo 3 del artículo 90, no ha constatado infracciones concretas al Tratado CEE, sino que ha precisado de forma general y en un solo acto coherente las obligaciones de los Estados miembros derivadas de dicho tratado (20). Por otra parte, el TJCE confirma la competencia de la Comisión para adoptar directivas, fundándose sobre la ya aludida disposición y sin que ello interfiera en modo alguno en el poder normativo que detenta el Consejo en virtud del artículo 100 A del mismo tratado.

En este contexto, no debe sorprender que el TJCE establezca la incompatibilidad a juste titre de los derechos exclusivos arriba mencionados sobre los terminales de telecomunicaciones con la importante disposición del artículo 3C del Tratado CEE, anulando parcialmente la directiva en cuanto que su artículo segundo exige la abolición de los derechos especiales por falta de motivación de dicho acto de la Comisión. El TJCE estimará seguidamente la validez de la competencia que atribuye a la Comisión el artículo sexto de la directiva para solicitar que las funciones de reglamentación de los terminales sean ejercidas por una entidad independiente y distinta de los organismos de telecomunicaciones (21) encargados de las funciones de explotación.

Sin embargo, el TJCE invalidará la responsabilidad impuesta por el artículo séptimo de la directiva a los Estados miembros de rescindir los contratos de larga duración de alquiler o mantenimiento de los terminales que en el momento de su firma estuvieran sujetos a derechos especiales o exclusivos.

Finalrnente, la interpretación del TJCE en este primer asunto concluirá con la abolición de la obligación que el artículo noveno del mismo acto impone a los Estados miembros de presentar un informe anual a la Comisión con referencia a los artículos segundo, únicamente en relación con los derechos especiales, y séptimo de la referida directiva.

No obstante la analogía de supuestos, reiteramos que el litigio objeto de nuestro comentario se ha revelado bastante mas complicado que el planteado contra la directiva 88/301/CEE, lo que nos lleva a recapitular brevemente las cuestiones planteadas ante el TJCE en el asunto que ahora nos ocupa, comparándolo con la solución jurisprudencial amba expuesta.

En efecto, al no haber retirado los Estados sus recursos contra la directiva 90/388/CEE con

Fundación Telefónica
Telefónica

posterioridad a la publicación de la sentencia de 19 de marzo de 1991, la confirmación jurídica del principio establecido por la Comisión de apertura a la ccmpetencia del sector de telecomunicaciones dependía muy especialmente de la solución jurisprudencial de este último expediente.

Con anterioridad a la publicación oficial de la directiva 90/388/CEE, Italia y Bélgica interpusieron dos recursos de anulación parcial de este acto sobre la base del artículo 173 del Tratado CEE (22). Después de la modificación de la directiva litigiosa y del pacto político alcanzado en el Consejo del 7 de diciembre de 1989 sobre la publicación conjunta de las directivas 90/387/CEE y 90/388/CEE, dichos recursos fueron reiterados con la participación de España, invocando una serie de argumentos similares a los presentados por Francia en el litigio anterior contra la directiva 88/301/CEE (23).
Habiendo sido desestimados algunos fundamentos por el TJCE, en este comentario nos hemos de referir únicamente a los siguientes, planteados en el recurso y objeto de la sentencia: la incompetencia de la Comisión para adoptar la directiva litigiosa, de la falta de motivación de dicha directiva y de la violación del principio de proporcionalidad. Francia intervendrá en este litigio en apoyo de las conclusiones de España. Así como en el asunto C-202/88 y al no tener los recursos efectos suspensivos, el proceso de transposición de la directiva recurrida no se verá afectado.

A continuación, intentaremos comentar la interpretación de los jueces de Luxemburgo sobre uno de los asuntos más fascinantes en materia de competencia, destacando la importancia del controvertido artículo 90 del Tratado CEE en relación, esta vez, con los monopolios de servicios de telecomunicaciones.

2. La interpretación del TJCE y su aplicación a los monopolios de servicios de telecomunicaciones

En primer lugar, el TJCE examinará la cuestión más polémica de las planteadas por los recursos mencionados, relativa a la competencia que el artículo 90, párrafo 3 otorga a la Comisión. Sobre este tema y teniendo en cuenta las conclusiones de su sentencia previa de 19 de marzo de 1991, el TJCE va a descartar el argumento mantenido por el gobierno belga, según el cual dicha disposición concede a la Comisión un deber únicamente de custodia del Tratado CEE y no un poder normativo. En la sentencia que nos ocupa, el TJCE reitera su interpretación anterior en el asunto C-202/88, juzgando rectamente que la disposición del artículo 90, párrafo 3 concede a la Comisión el poder de dictar pautas generales con el fin de concretar las obligaciones resultantes del Tratado, que se imponen a los Estados miembros en lo que concierne a las empresas a que aluden sus párrafos 1 y 2.

Por lo tanto, es evidente que el poder de la Comisión no se limita a la simple vigilancia de la aplicación de las normas comunitarias ya existentes. De ahora en adelante la competencia de la Comisión para adoptar directivas sobre la base legal de esta disposición debe ser considerada como un acquis del derecho comunitario. Estimando que la cuestión relativa a la posible desviación en el procedimiento, causada por la utilización indebida de este artículo en lugar del procedimiento general del artículo 169 del mismo Tratado, queda suficientemente dilucidada en su sentencia anterior de 19 de marzo de 1991, el TJCE no estimará esta causa.

Fundación Telefónica
Telefónica

A este respecto, debemos insistir sobre el alcance de ambas disposiciones, delimitado explícitamente por el mismo TJCE, en virtud del cual el párrafo 3 del artículo 90 atribuye a la Comisión el poder de precisar de forma general las obligaciones que resultan de su párrafo 1 mediante directivas y que el artículo 169 no entra en juego salvo contra una medida concreta que sea manifiesta e integralmente contraria al Tratado y que debe cesar de inmediato.

Del mismo modo, el TJCE mantiene su decisión previa sobre el argumento que replantea en este litigio el gobierno belga, según el cual, la Comisión, al prescribir la abolición de los derechos especiales y exclusivos sobre la base del artículo 90, párrafo 3, invadiría el terreno de las competencias del Consejo en virtud de los artículos 87 y 100 A del Tratado. El TJCE ratifica así su jurisprudencia constante, según la cual el objeto de la competencia que el artículo 90, párrafo 3 confiere a la Comisión es «diferente y más específico» que el de las atribuciones del Consejo.
Según la interpretación literal del TJCE, una normativa adoptada eventualmente por el Consejo, en aplicación de su poder general y cuyas disposiciones afectarían al ámbito específico del artículo 90, no obstaculizaría en absoluto el ejercicio de la competencia que este artículo atribuye a la Comisión.

Por otra parte y durante el examen de la cuestión de la competencia de la Comisión, el TJCE va a pronunciarse por vez primera sobre la legalidad de los artículos 59 y 86 del Tratado CEE, sobre los cuales la Comisión fundamenta la directiva 90/388/CEE.
Recordemos que, de las disposiciones del Tratado en las que la directiva 88/301/CEE se basa, el examen jurisprudencial del asunto C-202/88 retuvo únicamente la del artículo 30, en relación con los principios contenidos en los artículos 2 y 3 (f) del Tratado CEE, sin pronunciarse sobre la legalidad de los artículos 37, 59 y 86 (en conexión con el artículo 90) del mismo tratado (24), tal como esperaban el Abogado general Tesauro y una parte de la doctrina.

A este respecto, si bien el gobierno belga reconoce que dicho artículo había sido previa y suficientemente precisado por la Comisión, también sostiene que éste no es el caso de la compleja aplicación de los artículos 59 y 86 al sector de servicios de telecomunicaciones. Sin embargo, la interpretación del TJCE evoca su jurisprudencia constante (25), según la cual el ámbito del poder de custodia de la Comisión depende del alcance de las reglas cuyo respeto debe asegurarse, rechazando una vez mas el argumento del gobierno belga. Así pues el TJCE afirma que el artículo 59 es una disposición del Tratado CEE «directamente aplicable e incondicional después de la expiración del período de transición» (26). En consecuencia, el TJCE juzga que la Comisión está legalmente habilitada para delimitar las disposiciones de dicho artículo, sin necesidad de una acción previa del Consejo, a fin de favorecer el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios en materia de telecomunicaciones.

Igualmente y en cuanto al artículo 86, el TJCE estima que las disposiciones de la directiva 90/388/CEE, especialmente su artículo 7, no fijan exhaustivamente la forma en que los Estados miembros deberán cumplir con las obligaciones que resultan de dicho artículo, sino que formulan una regla jurídica, dejando la elección de los medios para ponerla en práctica a las instancias nacionales competentes. Como era de esperar y siguiendo su jurisprudencia constante, el TJCE confirma la aplicación de los artículos 59 y 86 a la extensión injustificada de los monopolios de servicios, en este caso de telecomunicaciones.

Fundación Telefónica
Telefónica

Siguiendo muy de cerca el asunto anterior sobre los terminales de telecomunicaciones, el TJCE va a pronunciarse sobre la cuestión de la legalidad del artículo 8 de la directiva litigiosa, relativo a los contratos de larga duración en materia de servicios, planteada por los gobiernos español e italiano.
El TJCE confirmará que la disposición del párrafo tercero del artículo 90 no puede conceder en modo alguno a la Comisión la facultad de obligar a los Estados miembros a rescindir esta clase de contratos, concluidos libremente entre empresas de telecomunicaciones y sin obedecer a ninguna medida estatal apremiante, anulando por tanto dicho artículo 8.

En segundo lugar, el TJCE trata sobre el fundamento de la insuficiencia de motivación de la directiva sólo por lo que se refiere a los derechos especiales, planteada por el gobierno español, puesto que después de la sentencia de 19.3.1991, esta cuestión planteada en principio también contra los derechos exclusivos quedó zanjada. En efecto, la interpretación del TJCE ya en esta primera sentencia va a plantear el difícil problema de la imprecisión y falta de definición en derecho comunitario de la noción de derechos especiales, examinándola separadamente de la noción de derechos exclusivos que sí considera el TJCE suficientemente motivada ya en la directiva 88/301/CEE.

Anteriormente, la confusión entre ambos términos no había sido resuelta ni en la directiva misma ni tampoco por la doctrina. Así pues, siguiendo la solución de esta sentencia, el TJCE recuerda que una directiva se considera insuficientemente motivada cuando no concreta explícitamente los derechos especiales de que se trata ni de qué forma su existencia sería incompatible con el Tratado CEE.

Contrariamente a la directiva objeto de esta sentencia, la directiva que nos ocupa contiene en su artículo 1 una definición de derechos especiales o exclusivos, según la cual se trata de «los derechos concedidos por un Estado miembro o una autoridad pública a uno o varios organismos públicos o privados mediante cualquier instrumento legal, reglamentario o administrativo que les reserve la prestación de un servicio o la explotación de una actividad determinada». Sin embargo y según la referida interpretación, el TJCE considera que esta definición, en relación con los derechos especiales, es confusa y no incluye las precisiones mencionadas, anulando por ello las disposiciones de la directiva relativas a los derechos especiales.

A este respecto, conviene recordar que, durante la audiencia pública del 31 de marzo de 1991 sobre este asunto y a petición del TJCE, la Comisión intentó clarificar la definición de este tipo de derechos especiales como aquellos derechos discrecionales, otorgados por un Estado miembro a varios organismos de telecomunicaciones y que, sin ser contrarios al artículo 86,entrarían en el ámbito del artículo 90 del Tratado CEE.

Como conclusión de este gran debate sobre la fijación de la noción de derechos exclusivos y especiales en derecho comunitario era de esperar una solución favorable a la postura de la Comisión para subsanar especialmente la imprecisión de la noción de derechos especiales, tanto en materia de terminales como de servicios de telecomunicaciones.

Pero, al no incorporar dicha aclaración en su sentencia ni dar ninguna explicación al respecto,

Fundación Telefónica
Telefónica

entendemos que el TJCE no queda satisfecho, dejando en manos de la Comisión una actuación posterior. En último lugar y tras haber invalidado la directiva en cuestión respecto a los derechos especiales, el TJCE examinará la posible justificación de la prohibición general de los derechos exclusivos en materia de servicios de telecomunicaciones, que propone el gobierno italiano.

En su opinión, se trata de un acto arbitrario de la Comisión, que, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, hubiera debido tomar medidas para reprimir cada caso concreto de abuso de posición dominante en lugar de anular con carácter general este tipo de derechos.
En este sentido, la jurisprudencia del TJCE establece que la creación de una posición dominante mediante la concesión de derechos exclusivos no es en sí misma incompatible con los artículos 86 y 90, párrafo 1 del Tratado CEE. Pero, según esta misma línea de jurisprudencia, dichas disposiciones prohíben la extensión de todo monopolio sin justificación objetiva como consecuencia de una medida estatal cuando dicha extensión se dirige a eliminar la competencia. Por lo tanto, el TJCE ratifica la posición de la Comisión que exige la supresión de los derechos exclusivos para el suministro de ciertos servicios de telecomunicaciones. Puesto que dichos servicios pueden ser ofertados por diferentes prestadores de la Comunidad, la concesión de dichos derechos llevaría inevitablemente a los organismos de telecomunicaciones a excluir toda competencia potencial de este mercado.

EVALUACIÓN JURÍDICA

A pesar de la complejidad de la controversia y de la insuficiencia de precedentes jurisprudenciales en el contexto de la jurisprudencia comunitaria, el TJCE va a resolver los problemas de la aplicación del artículo 90 del Tratado CEE a los monopolios públicos de telecomunicaciones y de las competencias que dicho artículo concede a la Comisión en relación con las pertenecientes al Consejo en virtud del mismo tratado con un extremado rigor jurídico. El TJCE estimará así parcialmente los recursos de España, Bélgica e Italia, aprobando la política global de la Comisión de liberalización de las telecomunicaciones. Se trata, en efecto, de una evolución considerable en el conflicto del derecho comunitario de la competencia con los monopolios nacionales subsistentes en este campo. No obstante, la sentencia comentada no responde a todas las hipótesis planteadas, dejando abierto en particular el debate sobre la noción de derechos especiales. Sin duda alguna, el alcance de dicha solución jurisprudencial, fundada sobre el respeto de la competencia leal y efectiva, sobrepasará el ámbito de las telecomunicaciones y tendrá consecuencias de importancia notable para otros sectores próximos de la economía comunitaria, mantenidos durante largo tiempo en régimen de monopolio público, y a los que afectará inevitablemente esta ola de liberalización. La decisión comentada no solamente tendrá consecuencias en términos de competencia. sino también para el correcto funcionamiento institucional comunitario instaurado por el Tratado CEE y en el que después del Tratado de la Unión europea reina la incertidumbre.

A modo de conclusión, podemos afirmar que la sentencia comentada, leída conjuntamente con su precedente inmediato así como con la jurisprudencia constante del TJCE en materia de competencia, constituye un arrêt de principe y aparece como un avance sin precedentes que influirá enérgicamente en las relaciones económicas intracomunitarias del fin del siglo XX. Efectivamente, las ventajas del progreso técnico y económico deben prevalecer sobre todo tipo

Fundación Telefónica
Telefónica

de restricción de competencia.

(1) Después de la ratificación española del Tratado de la Unión Europea (firmado en Maastricht el 7/11/1992), preferimos utilizar el término Comunidad Europea, que incorpora este tratado sustituyendo al de Comunidad Económica Europea del Tratado CEE. (2) Conviene evocar que si bien la DG XIII juega el papel principal en la elaboración de la política de telecomunicaciones su actividad se encuentra vinculada a otras dos direcciones generales. la DG III y la DG IV, encargadas respectivamente del mercado interior y de la competencia. (3) Cf. Comunicación de la Comisión. Hacia una economía europea dinámica, documento COM(87) 290 final. 16.12.1987. (4) El Acta Unica Europea se firmó en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986 y en la Haya el 28 de febrero del mismo año y entró en vigor el 1 de julio de 1987. (5) C.f Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE) núm. L 192 del 24.7.1990. (6) Los conceptos de derechos exclusivos o especiales, al no haber sido inicialmente precisados por la Comisión, se han prestado a confusión y como veremos posteriormente, si bien el Tribunal de Justicia va a pedir precisiones sobre ambos, los derechos especiales quedan aún faltos de una definición satisfactoria.

(7) Vid. Rapport de 1992 sur la situation du secteur des services de telécommunications. Communication de la Commission. Doc. SEC(92) 1048 final, 21.10.1992. (8) Cf. directiva de la Comisión, 88/301/CEE, de 16 de mayo de 1988, relativa a la competencia en los mercados de terminales de telecomunicaciones, DOCE, núm. L 31/73 del 27.5.1988 (9) Cf. articulos 85 y 86 del Tratado CEE. (10) Cf. artículos 92 a 94 del Tratado CEE. (11) Cf. articulo 90, párrafo 1 del Tratado CEE. (12) Según el mismo Tratado CEE, se trata de las empresas públicas, aquellas a las que los Estados miembros conceden derechos especiales o exclusivos, las encargadas de la gestión de servicios de interés general y las que presentan las características de un monopolio fiscal. (13) En adelante TJCE. (14) Cf.

«Líneas directrices sobre la aplicación de las reglas de competencia de la Comunidad al sector de las telecomunicaciones», DOCE, num. C 233/2 del 6.9.1991. (15) Este artículo se compone de tres párrafos sucesivos, de los cuales los dos primeros mantienen un equilibrio jurídico complejo que, desde la entrada en vigor del Tratado CEE, ha dado lugar a una serie de desarrollos doctrinales contradictorios. (16) La Comisión había adoptado previamente, en virtud del artículo 90 (3), las directivas 80/723/CEE y 85/723/CEE, relativas a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas. Vid. DOCE, núm. L 195/35 del 29.7.1980 y L 229/20 del 28.8.1985. (17) Cf. recurso de Francia contra la Comisión, asunto C-202/88, DOCE, núm. C 216 de 18.8.1988 y STJCE de 19.3.1991, Francia contra Comisión. (18) Con anterioridad a la STJCE de 19.3.1991, se retomó un debate sobre la indicada disposición que comenzó después de la entrada en vigor del Tratado CEE y prosiguió tras la adopción de las dos directivas precitadas sobre la transparencia financiera, adoptadas en 1980 y 1985. Cf. especialmente, Informe para la vista y Conclusiones del Abogado general Tesauro en el asunto C-202/88; J.E. de Cockborne, «Liberalisation communautaire des télécommunications: faut-il remettre en cause la politique de la Commission?», RDAI, núm. 7-1990, pág. 851 así como nuestra tesis doctoral L'application du droit communautaire au secteur des télécommunications, leída y defendida públicamente en la Universidad de Paris II-Panteón el 27 de junio de 1992. (19) Cf. especialmente, las STJCE del 3.2.1976, Manghera, asunto 59/75, Recueil 1976, página 91; del 6.7.1982, ass. 188 a 190/80, Rec. 1982. pág. 2545 del 10.1.1985 Leclerc, as. 229/83, Rec. 1985, pág. 1; del 30.6.1988, as. 226/87, Rec. 1988,

Fundación Telefónica
Telefónica

pág. 3611 y del 18.6.1991, ERT, as. C-260/89. (20) Cf. puntos 7, 17 y 18 de la sentencia precitadade 19.3.1991. (21) Recordemos que la expresión Organismos de telecomunicaciones (OT) sustituye en derecho comunitario al antiguo término Administraciones de telecomunicaciones. (22) Vid. respectivamente la referencia a los asuntos 319/89 y 331/89 en el DOCE núm. C 309/5 y 6 del 8.12.1989 (23) Vid. asuntos C-271/90 (España), C-281/90 (Bélgica) y C-289/90 (Italia), DOCE, núm. C 274/19 del 31.10.90. (24) Recordemos que dichos artículos fueron invocados tanto por las partes recurrentes como por el Aboqado general Tesauro. (25) Cf. especialmente, STJCE del 13.12.1991, RTT/GB, as. C-18/88. (26) Cf. las STJCE precitadas de 3.2.1976, de 19.3.1991 y de 18.6.1991, así como las STJCE de 3.12.1974, Binsbergen, as. 33/74, Rec. 1974, pág. 1299 y de 25.7.1991, as. C-288/89.

Fundación Telefónica
Telefónica