

CRÒNICA



EL PROCÉS DE LIBERALITZACIÓ DE LA TELEFONIA ALS ESTATS UNITS: DE LA INVENCIO DEL TELÈFON A LA LLEI DE 1996

Fernando Adolfo de Abel Vilela

Professor ajudant de dret administratiu
de la Universitat de Santiago de Compostel·la

Sumari

1. La prehistòria: de la invenció del telèfon a la Llei de 1934
2. La història: la Llei de 1934 i el procés de ruptura del monopoli d'AT&T
 - 2.1. Els postulats bàsics de la Llei: servei universal i monopoli
 - 2.2. Factors que van incidir en la complexitat del procés de ruptura del monopoli d'AT&T
3. El procés de ruptura del monopoli
 - 3.1. La demanda inicial i el *Final Judgement* de 1956
 - 3.2. *El Modified Final Judgement*
 - 3.3. La concreció de l'interès públic com a paràmetre de validesa de l'acord en el cas AT&T
4. Els efectes del *Modified Final Judgement*
5. L'obsolescència del *Modified Final Judgement*: els factors de canvi
 - 5.1. Les revisions del *Modified Final Judgement*: la modificació de les restriccions a les RBOC
 - 5.2. La degradació de la competència en els serveis de llarga distància
6. Epíleg: sobre els ensenyaments que l'experiència nord-americana pot proporcionar

Amb l'aprovació de la *Telecommunications Act* l'any 1996, el règim jurídic de les telecomunicacions ha experimentat una veritable revolució als Estats Units. Del tractament tradicional del tema, que es caracteritzava per la definició de compartiments estancs segons les diverses modalitats de transmissió i els diversos serveis prestats per mitjà d'aquestes, s'ha passat a un marc regulador que, alhora que s'adapta a les possibilitats de desenvolupament de les telecomunicacions que els avenços tecnològics permeten, trenca amb les anteriors separacions en benefici de la convergència tecnològica i la lliure competència en el mercat.

De moment, aquest és el punt d'arribada. La convergència de les tecnologies i el desenvolupament d'un mercat competitiu. Però potser convé indagar el procés que ha portat fins aquí. La història de la telefonia als Estats Units ha estat una crònica de restriccions fortes a l'activitat dels operadors en el mercat, però també ha estat, pràcticament des de la invenció del telèfon, un procés lent de liberalització en el qual els passos que s'han fet cap a la formació d'un mercat lliure han estat molt meditats. Examinem aquest procés des del principi.

1. La prehistòria: de la invenció del telèfon a la Llei de 1934

Els primers passos de la telefonia als Estats Units es van fer arran del descobriment, per part d'Alexander Graham Bell, d'alguns principis en el camp de l'electromagnètica l'estiu de 1875. Aquests principis li van permetre inventar, al cap de poc temps, els elements bàsics d'un telèfon, que va provar amb èxit per primera vegada el març de 1876.

Ben aviat Bell va començar a explotar comercialment la seva invenció, si bé d'una manera modesta. Els primers telèfons estaven connectats l'un amb l'altre, i ja el 1878 es va fer palesa la necessitat de la interconnexió. Al principi, aquesta era manual i no fou fins al 1921 que es va disposar d'un sistema totalment automatitzat.

El 1877 es va crear la Bell Telephone Company. Més tard, el 1885, va néixer l'AT&T, com a subsidiària de la Bell per a la prestació de serveis de llarga distància. La posició d'AT&T en aquest mercat es va consolidar després de l'adquisició de la patent de l'*audion*, un amplificador electrònic de senyals que Lee DeForest va desenvolupar el 1906, gràcies al qual es va poder aconseguir una qualitat suficient en les comunicacions telefòniques de llarga distància.

L'avantatge tecnològic clar que li va proporcionar el fet de disposar de l'*audion*, juntament amb l'adquisició, l'any 1881, de la Western Electric, que llavors era l'empresa de manufactura d'equips de telecomunicacions més gran del món, van fer que la posició de domini que AT&T va assolir dins el mercat acabés amb la competència que hi havia als primers anys del segle en el mercat local, una competència que fins i tot havia obligat la Bell a reorganitzar-se dintre de la seva subsidiària, AT&T. El *modus operandi* que l'empresa va seguir per tal d'acabar amb aquesta competència i posar els petits operadors locals en la disjuntiva de vendre-li les seves línies o bé sortir del negoci no és cap novetat avui dia: permetre tan sols la interconnexió de les seves xarxes locals amb les línies de llarga distància d'AT&T i barrar el pas als petits competidors, o negar-se a vendre'ls equipament.

L'any 1910, davant del creixement dels monopolis, el Congrés va aprovar la *Mann-Elkins Act*, amb la qual es va crear la Interstate Commerce Commission (ICC), amb potestat per regular els proveïdors de telecomunicacions com a portadors públics (*common carriers*). Tanmateix, la ICC no va aconseguir tirar endavant aquest objectiu de regulació. La solució als problemes derivats de la posició monopolista d'AT&T sembla que va arribar per mitjà de l'anomenat *Kingsbury Commitment*, acord que es va assolir després que el Departament de Justícia dels Estats Units interposés una acció antitrust contra AT&T. En aquest acord, la companyia es comprometia a suspendre les compres d'empreses competidores, a vendre la Western Electric i a permetre que les companyies independents que quedaven es poguessin connectar a les seves línies de llarga distància.

L'esclat de la Primera Guerra Mundial, però, va comportar un canvi radical en el panorama dels serveis de telefonia. L'objectiu va passar de ser la defensa de la competència a l'establiment d'una xarxa de comunicacions ubíqua i eficient. Les telecomunicacions van ser gestionades públicament entre 1918 i l'agost de 1919 i durant aquest període es va patrocinar expressament la fusió, en un de sol, dels diferents sistemes que abans operaven en règim de competència. L'any 1921, acabada la guerra, el Congrés va aprovar la *Willis-Graham Act*, per mitjà de la qual s'autoritza-

va AT&T a comprar altres companyies competidores i se l'eximia de l'aplicació de les lleis antitrust. En paraules de Lynch, «el país aparentment començava a sentir-se còmode amb els monopolis».¹

2. La història: la Llei de 1934 i el procés de ruptura del monopoli d'AT&T

Fins ara hem vist el que es podria qualificar com la prehistòria de la telefonia als Estats Units. La veritable història, aquella que sempre condiciona el present i que, en un sector tan dinàmic com el de les telecomunicacions, sembla que també continuarà condicionant el futur, s'inicia amb l'aparició de la *Communications Act* l'any 1934,² que el Congrés promulga amb la finalitat expressa de regular i assegurar la provisió universal dels serveis de comunicacions, tant els interestatals com els internacionals.

2.1. Els postulats bàsics de la Llei: servei universal i monopoli

La premissa de la qual partia la norma respecte de quina havia de ser la modalitat òptima de prestació del servei telefònic era radicalment diferent de la de la recent *Telecommunications Act* de 1996, ja que col·locava el monopoli com a veritable epicentre del sistema que dissenyava.³ En aquesta línia, la regulació pretenia assegurar, d'una banda, que AT&T continués essent un monopoli i, de l'altra, que com a tal monopoli no abusés del seu poder en el mercat. L'objectiu de la Llei era la provisió universal dels serveis telefònics a preus raonables. El mitjà per assolir-ho era el monopoli de l'activitat per part d'AT&T. Així, doncs, es tractava d'un monopoli benigne, almenys sobre el paper.⁴

Amb la promulgació de la Llei, la ICC va perdre la competència de regular sobre la telefonia. Llavors es va crear la Federal Communications Commission (FCC) amb un ampli poder discrecional d'entre un ventall també extens de funcions —incloses les normatives— que la Llei li atribuïa i que es referien tant a la radiodifusió com a les comunicacions per cable. La sentència del cas *American Broadcasting Co. vs. Federal Communications Commission* es va pronunciar, en termes generals, sobre allò que el Congrés esperava obtenir amb la creació d'aquest òrgan:⁵ «El propòsit del Congrés en establir la Comissió va ser crear una agència d'experts que fos capaç d'afrontar els problemes sempre canviants i creixents d'una indústria en alça», finalitat que reclamava, segons el parer de l'òrgan jurisdiccional, «que el procediment administratiu [fos] prou flexible per ajustar-se a aquests factors de canvi».⁶

1. Vid. Lynch, Thomas M.: «Telephony», a l'obra col·lectiva *Telecommunications Act Handbook. A Complete Reference for Business*. Government Institutes, Inc., 1996, pàg. 9-53.

2. Vid. Ch. 652, 48 Stat. 1064.

3. Es pensava que una empresa única prestaria el servei telefònic en millors condicions i que podria oferir més bons serveis i d'una manera més econòmica en règim de monopoli que els que es donarien en un context de competència.

4. Lynch, Thomas M., *op. cit.*, pàg. 13.

5. Vid. 191 F. 2d 492 (1951).

6. Vid. Bartlett, Henry H.: «The Public Interest and the Introduction of Competition into Local Telephone Networks», *CommonLaw Conspectus*, núm. 5, pàg. 251-267.

En definitiva, la Llei de 1934 va representar el primer pas ferm i durador cap a la regulació jurídica de les telecomunicacions i, pel que ara ens interessa, de la telefonia. Quedem-nos, doncs, amb l'esquema bàsic en què es fonamenta la regulació: servei universal com a objectiu i monopoli en la prestació del servei com a mitjà per assolir aquest fi. La millor forma de respondre la qüestió de si es va aconseguir que aquest binomi funcionés o no al llarg dels anys és, probablement, analitzar el procés de ruptura del monopoli. A part de l'interès que aquest pas del monopoli a la competència suscita avui entre els estudiosos del dret comunitari, pel fet que actualment ens trobem en una evolució semblant dintre de la Unió, les característiques especials d'aquell procés, que es va desenvolupar al llarg de gairebé quatre dècades, fan que pràcticament es confongui amb la mateixa vigència de la Llei. Així, doncs, la història de la Llei de 1934 és, en gran part, la història del procés de ruptura del seu postulat operatiu bàsic: el monopoli dels serveis de telefonia com a garantia de la prestació del servei universal.

El procés de ruptura del monopoli en la telefonia va ser llarg i complex. Ja hem dit que es va estendre al llarg de quatre dècades. És evident que la complexitat del tema va ser el factor clau que va dilatar en el temps el pas del monopoli a la competència. Vegem breument quines van ser les causes que, al nostre entendre, van contribuir a aquesta configuració específica de la desaparició del monopoli d'AT&T.

2.2. *Factors que van incidir en la complexitat del procés de ruptura del monopoli d'AT&T*

En primer lloc, convé tenir en compte que el terme «monopoli», referit a AT&T, adquireix un significat tan típic com ple. Quan es va promulgar la Llei de 1934, AT&T prestava els serveis telefònics de llarga distància pràcticament a totes les ciutats nord-americanes, i també bona part dels serveis locals. Divuit companyies locals —les Bell Operating Companies (BOC)— explotaven el servei local i totes elles estaven afiliades sota el mantell protector de la divisió de llarga distància d'AT&T. Pel que fa als equipaments, la Western Electric els produïa gairebé tots. Òbviament, AT&T es prenia la molèstia de dificultar les possibilitats de connexió a la xarxa de qualsevol equip que no hagués fabricat la seva filial.

D'altra banda, la Segona Guerra Mundial va contribuir de manera decisiva que AT&T consolidés la seva posició de domini en el mercat de les telecomunicacions. És llavors quan va néixer la col·laboració estreta amb el Departament de Justícia dels Estats Units, la qual, com veurem, tindria un paper important en el llarg procés de ruptura del monopoli.⁷

A part d'aquestes dues qüestions que acabem d'esmentar, que fan referència a situacions objectives de poder en el mercat, també és important tenir en compte altres factors de caràcter jurídic i polític. Pel que fa als primers, cal destacar les característiques especials del *consent decree* com a mitjà de resolució de conflictes relatius al dret de la competència.

7. Lynch, Thomas M., *op. cit.*, pàg. 13-14.

El *consent decree* és essencialment un contracte entre la part demandada i el fiscal general, aprovat judicialment i, per tant, amb els efectes propis de la decisió judicial d'un litigi. Així, doncs, es tracta d'un instrument que s'aproxima a un contracte entre les parts —l'Estat, representat pel fiscal general, i la part demandada—, en virtut del qual la part demandada accepta limitacions específiques a la seva conducta futura i el Govern accepta la terminació del contenciós que ell mateix ha interposat. El Departament de Justícia dels Estats Units s'ha servit d'aquesta tècnica durant més de noranta anys per tal de solucionar situacions que l'havien portat a incoar accions civils d'acord amb les disposicions de la normativa antitrust. Precisament els casos més rellevants que s'han resolt per mitjà dels *consent decrees* han estat els que es referien a la liberalització telefònica.⁸

No entrarem ara a valorar la bondat o no del *consent decree* com a expedient tècnic de resolució de conflictes; tanmateix, voldríem destacar que les negociacions *inter partes* prèvies a l'assoliment d'un acord, el qual al seu torn ha de ser fiscalitzat posteriorment per un jutge i aprovat si s'ajusta a l'interès públic, comporten habitualment el transcurs de llargs períodes de temps, sobretot si existeixen pressions al més alt nivell per tal de paralitzar el procés, com passava en aquest cas.

A més, si el jutge que ha de fiscalitzar i aprovar l'acord es reserva el dret de revisar-lo periòdicament, com també va passar en aquest cas, es corren alguns perills inherents a la concentració excessiva de poder en mans d'una sola persona. El paper del jutge Greene, que és a qui va correspondre de fiscalitzar, aprovar i revisar el *consent decree* en el cas d'AT&T, ha estat criticat sovint per la doctrina nord-americana. De fet, després d'estudiar el procés de liberalització de la telefonia, hem tingut la impressió que els plantejaments inicials del jutge, adequats i realistes, de cautela davant del poder de mercat que AT&T havia acumulat gràcies al seu monopoli quasi secular, finalment van resultar una rêmora per al desenvolupament en llibertat d'una indústria, com la de les telecomunicacions, en la qual la revolució en els postulats operatius bàsics reclamava un marc d'operacions radicalment distint.

Així, doncs, el procés de liberalització de la telefonia als Estats Units es va dilatar en el temps a causa de la complexitat del procés de negociació i de les pressions paral·leles que es feien perquè res no canviés. I tan bon punt l'acord es va aprovar judicialment, aquest va comportar no tan sols la supressió automàtica del monopoli d'AT&T sinó que, a més, el jutge Greene en va mantenir obstinadament les línies bàsiques al llarg del temps. Probablement el millor judici sobre la correcció o no d'aquesta conclusió que avancem el trobem en l'estudi de la sentència del cas *United States of America vs. AT&T*, de 1982,⁹ que va aprovar el conegut *Modified Final Judgement* (MFJ) i va posar fi a un litigi que s'havia plantejat el 1949. Sobre la base d'aquesta sentència i amb l'ajut d'altres fonts ara intentarem analitzar més de tres decennis d'evolució normativa de la telefonia als Estats Units.

8. Vid. Savin, James Rob: «Tunney Act '96: Two Decades of Judicial Misapplication», *Emory Law Journal*, núm. 46.

9. Vid. 552 F. Supp. 131 (1982).

3. El procés de ruptura del monopoli

3.1. La demanda inicial i el Final Judgement de 1956

La sentència esmentada narra de manera detallada totes les circumstàncies del procés que culmina amb la liberalització parcial del monopoli telefònic. La demanda inicial que dona lloc a aquesta obertura parcial és del gener de 1949, data en què el Departament de Justícia dels Estats Units va interposar una demanda davant el Tribunal de Districte de Nova Jersey contra la Western Electric Company, Inc., i l'American Telephone and Telegraph Company, Inc. (AT&T),¹⁰ amb l'al·legació que les parts demandades havien monopolitzat i conspirat per restringir el comerç d'equipaments de telecomunicacions —fabricació, distribució, venda i instal·lació de telèfons, aparells telefònics, equipament, materials i subministraments— i d'aquesta manera havien infringit les seccions 1a, 2a i 3a de la *Sherman Act*.

Sembla oportú recordar ara que les finalitats de la *Sherman Act* són la prevenció de les restriccions indegudes al comerç entre els estats i la protecció enfront de les influències subversives o coercitives dels monopolis.¹¹ A la sentència del cas *Appalachian Coals vs. United States of America*¹² es pot trobar una explicació de la filosofia que va inspirar la Llei esmentada. Diu aquesta sentència que «com a marc de llibertat, la Llei té una generalitat i una adaptabilitat comparables a les que les previsions constitucionals consideren com a desitjables [...] Les seves expressions generals, interpretades per assolir-ne els objectius principals, estableixen l'estàndard essencial de raonabilitat. Demanen la vigilància per a la detecció i la frustració de tots els esforços indeguts per restringir el curs lliure del comerç interestatal, però no pretenen establir una llibertat merament il·lusòria que faci impossible l'expansió normal i justa d'aquest comerç o l'adopció de mesures raonables per protegir-lo enfront de pràctiques danyoses i destructives i per promoure la competència sobre una base sòlida».

Aquesta doctrina es reitera a la sentència del cas *Feddersen Motors vs. Ward*,¹³ que insisteix en la necessitat que, en una demanda presentada per un particular sobre la base de la infracció de la *Sherman Act*, no n'hi ha prou que la part actora al·legui que se li han causat danys, sinó que també «és essencial que la demanda al·legui una violació de la Llei en la forma de restricció indeguda o obstrucció al comerç interestatal». Així, doncs, la demanda no pot ser aliena a l'existència de danys a l'interès públic.

Doncs bé, a la demanda del cas que comentem se sol·licitava que el Tribunal es pronunciés en diversos sentits: imposició a AT&T de l'obligació de desprendre's dels seus interessos accionarials a la Western Electric i terminació de les relacions

10. En aquell moment, la Western Electric era una empresa subsidiària d'AT&T, i ho va continuar essent fins a la ruptura del monopoli telefònic d'AT&T el 1984. La Western Electric era totalment propietat d'AT&T i es dedicava a la fabricació d'equips de telecomunicacions per a les altres divisions d'AT&T i a la provisió d'aquests equips i de serveis a les agències governamentals i a companyies telefòniques independents. Vid. Bartlett, Henry H., *op. cit.*, pàg. 253.

11. Vid. 15 USC, sec. 1-3.

12. Vid. 288 US 344 (1933).

13. Vid. 180 F. 2d 519 (1950).

comercials exclusives entre les dues empreses; imposició a Western Electric de l'obligació de desprendre's de la seva participació accionarial (del 50 %) a Bell Telephone Laboratories; separació entre la fabricació de telèfons i la prestació de serveis telefònics, i imposició a AT&T de la llicència de les seves patents sobre bases no discriminatòries.

El procés va continuar pràcticament paralitzat fins al 24 de gener de 1956, data en què es va aprovar judicialment un decret de consentiment o *consent decree*, perquè s'ajustava a l'interès públic. Una comissió del Congrés va investigar en profunditat totes les circumstàncies que van envoltar l'aprovació del Decret¹⁴ i va concloure que els demandats havien desplegat una activitat intensa de pressió des de 1951 fins que va ser signat i ratificat judicialment el 1956.¹⁵

L'acord a què van arribar AT&T i el Govern, que després fou aprovat judicialment com a *consent decree*,¹⁶ es va assolir el desembre de 1955 i no establia ni l'escissió de la Western Electric per part d'AT&T ni cap altra de les modificacions estructurals que el Govern havia sol·licitat. En comptes d'això, es prohibia a AT&T que intervingués en cap altre negoci que no fos el de portador de serveis de comunicacions, i a Western Electric que fabriqués equips diferents dels que utilitzava el *Bell System*. Finalment, es requeria als demandats que atorguessin la llicència de les seves patents, a canvi del pagament dels *royalties* corresponents, a tots els qui els sol·licitessin aquest atorgament.¹⁷

Des de l'aprovació judicial del Decret el 1956 i fins al 1981 gairebé només es van plantejar problemes amb relació a les disposicions relatives a la llicència de patents.¹⁸ No obstant això, el novembre de 1974 el Govern va entaular una acció antitrust independent contra AT&T, Western Electric i Bell Telephone Laboratories. A

14. *Report of the Antitrust Subcommittee of the House Committee on the Judiciary on the Consent Decree Program of the Department of Justice*, 86è Congrés, 1a sessió, 30 de gener de 1959.

15. Aquesta activitat de pressió es va centrar en el Departament de Defensa dels Estats Units i AT&T va fer servir l'argument que la separació entre ella i la Western Electric posaria en perill alguns projectes importants de defensa i aniria contra l'interès nacional. Aquestes raons van ser esgrimides, per cert, en una carta de juliol de 1956 redactada per la companyia, que el secretari de Defensa Charles E. Wilson va enviar al fiscal general Brownell. Això vol dir que l'estratègia per paralitzar el procés judicial no tan sols es va centrar en qüestions relatives a la defensa, sinó que a més la companyia tenia aliats poderosos dintre del mateix Departament de Defensa dels Estats Units. Aquesta carta figura a l'informe de l'Antitrust Committee.

16. *United States of America vs. Western Electric Co.*, Acció Civil núm. 17-49 (Tribunal de Districte de Nova Jersey).

17. *Vid.* 552 F. Supp. 131 (1982).

18. Durant els anys seixanta i setanta, Microwave Communications, Inc., i altres companyies van intentar obrir la competència amb AT&T en llarga distància i en altres parcel·les del negoci. Els seus esforços es van concretar en la interposició d'una sèrie d'accions antitrust en què s'acusava AT&T i les seves empreses subsidiàries d'obstruir il·licitament la competència: *Bendix Aviation Corp. vs. FCC*, 272 F. 2d 533 (DC Cir. 1959), *Carterphone vs. American Telephone & Telegraph Co.*, 13 FCC, 2d 571 (1968), *Establishment of Policies and Procedures for Consideration of Applications to Provide Specialized Common Carrier Services*, 24 FCC 2d 318 (1970), *MCI Telecommunications Corp. vs. FCC*, 561 F. 2d 365 (DC Cir. 1977), c. den. 434 US 1040 (1978). Si bé aquestes accions van comportar victòries modestes per als diversos demandants, el cert és que mai no van ser una amenaça seriosa al monopoli d'AT&T. *Vid.* Hughes, Miles W.: «Telecommunications Reform and the Death of the Local Exchange Monopoly», *Florida State University Law Review*, núm. 24, 1996, pàg. 179-216 (pàg. 183-184).

l'escrit de demanda s'al·legava el monopoli que aquestes empreses exercien sobre una àmplia gamma de serveis de telecomunicacions i equipaments de telecomunicacions, el qual infringia la secció 2a de la *Sherman Act*. La pretensió del Govern en iniciar aquest plet era no tan sols la separació entre AT&T i la Western Electric i la dissolució d'aquesta última, sinó també la separació entre AT&T i les vint-i-dues Bell Operating Companies, més conegudes com a BOC, la majoria de les quals eren propietat d'AT&T.¹⁹ Aquesta nova acció antitrust seria el germen del *Modified Final Judgement*, que va substituir el *Final Judgement* de 1956.

3.2. El Modified Final Judgement

El litigi que el Govern va plantejar el 1974 no va fer avenços significatius fins al 1978. Al setembre d'aquest any el Tribunal de Districte de Columbia va dictar una sentència, en el marc d'un procés d'estipulació,²⁰ amb la finalitat de coordinar les proves i definir els problemes que s'havien plantejat fins llavors, a fi de dinamitzar el procés de ruptura del monopoli, que ja feia tants anys que durava.

La vista del plet interposat el 1974 va començar finalment, després de molts procediments prejudicials, proves i negociacions fallides, el dia 15 de gener de 1981 al Tribunal de Districte de Columbia, davant del jutge Greene.²¹ Després d'un intent inicial d'arribar a un acord entre les parts, la vista es va reprendre, però a començament de gener de 1982 es va comunicar al Tribunal que hi havia un acord, un cop més en forma de proposta de decret. Examinem-ne breument el contingut.

3.2.1. Les línies bàsiques de la proposta de decret

La proposta de decret establia, en síntesi, les modificacions estructurals següents en el negoci telefònic:²²

1. Separació del Sistema Bell (*Bell System*)²³ de la funció de prestació de serveis

19. En aquell moment, la funció de les BOC era proporcionar els mitjans per prestar el servei de telefonia local —servei portador—, com també facilitar als seus clients l'accés a la xarxa per als serveis de telecomunicacions tant locals com de llarga distància. El seu àmbit d'actuació podia ser de diversos estats, de només un estat o fins i tot d'una àrea metropolitana.

20. *United States of America vs. American Telephone and Telegraph Co.; Western Electric Co., Inc.; Bell Telephone Laboratories, Inc.*, demandats (461 F. Supp. 1314, 1978).

21. Per fer-se una idea de la magnitud que el cas havia adquirit llavors, cal destacar que en aquell moment, és a dir, just abans que s'aprovés el *consent decree* definitiu, les actuacions tenien un volum de 24.000 pàgines (*vid.* 552 F. Supp. 131).

22. Secció I de la proposta de *consent decree*.

23. Es coneix amb el nom de *Bell System* el conjunt d'operacions combinades d'AT&T. Els sectors més importants en què la corporació duia a terme les seves activitats abans del *Consent Decree* de 1982 eren els serveis de llarga distància, a càrrec de la Long Lines Division; xarxes locals de comunicació, a càrrec de les Bell Operating Companies (BOC), i la fabricació i l'arrendament d'equips de telecomunicacions, activitat que pràcticament era monopolitzada per la Western Electric. *Vid.* Friedrich, Robert B.: «Regulatory and Antitrust Implications of Emerging Competition in Local Access Telecommunications: How Congress and the FCC Can Encourage Competition and Technological Progress in Telecommunications», *Cornell Law Review*, núm. 80, 1995, pàg. 646-694 (pàg. 655).

de telefonia local, mitjançant la imposició a AT&T de vendre les seves participacions en les vint-i-dues companyies operadores d'aquells serveis.

2. Canvi de l'àmbit geogràfic d'operativitat d'aquestes companyies, sobre la base de l'adopció d'una nova unitat territorial de prestació de serveis de telefonia local: l'*exchange unit*, «que ha de ser suficientment gran per comprendre àrees contigües que tinguin en comú característiques socials i econòmiques però no tan gran que pugui malmetre l'intent del Decret de separar la prestació de serveis interlocals de la prestació de serveis locals».²⁴

3. Establiment de quatre principis generals sobre la configuració de les companyies operadores de les quals AT&T es veia obligada a desprendre's. Així, doncs, AT&T tindria l'obligació de dotar aquestes companyies de suficient personal, mitjans, sistemes i drets sobre la informació tècnica per tal de prestar els corresponents serveis d'accés que la proposta de decret establí, concretament els que excedien l'àmbit merament local. Fins al setembre de 1987, AT&T, Western Electric i Bell Laboratories haurien de prestar a les companyies escindides, amb criteris de preferència, tots els serveis, concretament els de recerca, desenvolupament i fabricació necessaris perquè poguessin acomplir el nou paper que els atorgaria el *consent decree*.

Aquests canvis de tipus estructural es complementaven, a la secció II de la proposta, amb una diversitat de restriccions a l'activitat de les companyies cridades a l'escissió. Aquestes restriccions pretenien dues finalitats diferents.

D'una banda, evitar que les companyies que passarien a ser independents discriminessin en la seva activitat els competidors de la seva antiga companyia mare, AT&T. Així, doncs, es requeria a les companyies escindides que els serveis d'intercanvi que haurien de prestar a totes les empreses operadores de serveis de llarga distància —tant AT&T com les seves competidores— fossin iguals en qualitat i preu. També es proscriu qualsevol mena de discriminació per mitjà d'especificacions tècniques.

D'altra banda, un altre tipus de restriccions prohibia que les companyies s'introduïssin en parcel·les del negoci de les telecomunicacions alienes a la prestació dels propis serveis, a fi d'evitar que per mitjà del control que exercissin en l'intercanvi d'aquests serveis obtinguessin una posició privilegiada en aquells mercats annexos, com ara en la fabricació d'equips o en els serveis d'informació.

Finalment, l'acord disposava la revocació del *Final judgement* de gener de 1956 i, per tant, eliminava les restriccions que AT&T hi havia imposat.²⁵

Doncs bé, aquesta proposta d'acord, amb les línies bàsiques que s'acaben d'exposar, va ser objecte de la tramitació corresponent amb vista a l'aprovació judicial,

24. *Vid.* 552 F. Supp. 131, pàg. 141. Per tant, dintre de cada *exchange area* la companyia corresponent originària la trucada, prestaria el servei portador i rebria la trucada. Entre *exchange areas* diferents, l'establiment de la comunicació i la seva recepció correspondria a les companyies operadores respectives del servei local, mentre que el servei portador el prestarien AT&T i les altres companyies de llarga distància (*interexchange carriers*), com MCI i Southern Pacific.

25. *Vid.* 552 F. Supp. 131.

d'acord amb la *Tunney Act*.²⁶ Aquesta Llei defineix les línies bàsiques per a la resolució de plets civils antitrust per mitjà d'acords per via de *consent decrees* i exigeix que el tribunal de districte corresponent determini, abans de l'aprovació definitiva del decret, si l'acord que es proposa s'ajusta a l'interès públic, concepte que la Llei no defineix i que deixa que siguin els jutges els qui el determinin i que en cada cas n'actualitzin el contingut, d'acord amb les finalitats de la legislació antitrust.²⁷ Així, doncs, amb la finalitat que els jutges es converteixin en guardians d'aquest interès públic en determinar la validesa de l'acord, la Llei els atorga poders amplis per tal d'obtenir la informació necessària per poder examinar convenientment cada cas.²⁸ No obstant això, avui dia encara no queda clar fins a on han d'arribar els jutges en aquesta fiscalització casuística, d'acord amb el que estableix la *Tunney Act*, amb vista a comprovar l'adequació de l'acord a l'interès públic.²⁹

La proposta d'acord va ser modificada pel jutge Greene i després va ser objecte de negociació durant dos anys.³⁰ I quan el jutge va concloure que s'adequava a l'interès públic, va ser aprovada finalment amb el nom de *Modified Final Judgement* (MFJ).³¹

3.2.2. El contingut de l'acord aprovat judicialment

A part de revocar el *Final Judgement* de 24 de gener de 1956, l'acord que es va aprovar per mitjà del MFJ comprenia els aspectes següents:

1. Separació entre AT&T i les vint-i-dues companyies telefòniques locals —les Bell Operating Companies o BOC, subespècie dels *local exchange carriers* o LEC— que fins llavors havien estat propietat seva, i obligació a aquestes últimes de reagrupar-se en set hòldings regionals (RBOC) abans del mes de gener de 1984.

26. *Antitrust Procedures and Penalties Act*, més coneguda com a *Tunney Act*, codificada a 15 USC, sec. 16.

27. «En aprovar la *Tunney Act* —diu la sentència que estem estudiant—, el Congrés buscava assegurar que el recurs als *consent decrees* per part del Departament de Justícia dels Estats Units fomentaria completament les finalitats de les lleis antitrust i promouria la confiança pública en la seva execució justa» (552 F. Supp. 131, pàg. 149).

28. *Vid.* Savin, James Rob, *op. cit.*

29. *Vid.* Pravis, William B.: «Telephone Company Entry into the Cable Television Market: The Clash between the First Amendment and the Laws and Procedures of Antitrust Enforcement», *Suffolk University Law Review*, núm. 28, pàg. 715-745 (pàg. 722). Precisament en el cas que és objecte de la nostra atenció l'aplicació de la *Tunney Act* es va posar en qüestió, ja que tant la part demandant com la demandada al·legaven que la Llei era aplicable als casos de nova aprovació de *consent decrees*, però no als de modificació d'altres anteriors, com en aquest cas, que es tractava de la modificació del Decret de 1956 (*vid.* 552 F. Supp. 131, pàg. 144 i seg.). No obstant això, el Tribunal va sostenir l'aplicabilitat de la *Tunney Act*, tant si es tractava de modificar el Decret de 1956 com si es tractava d'aprovar-ne un de nou, i va qualificar l'argumentació de les parts, «de la manera més caritativa», de «poc enginyosa» (*sic*). Convé observar que la qüestió té una gran importància pràctica, ja que l'aplicació de la *Tunney Act* implica la determinació pràcticament autònoma, per part del Tribunal, d'allò que sigui l'interès públic que hagi de servir com a paràmetre de validesa del *consent decree*.

30. Bartlett, Henry H., *op. cit.*, pàg. 254.

31. No obstant això, el MFJ no tenia vocació de permanència indefinida, ja que el Tribunal en tenia expressament la jurisdicció per poder modificar-lo, com també per fer complir les seves disposicions o per castigar-ne l'incompliment. *Vid.* 552 F. Supp. 131, pàg. 232.

2. Autorització a les BOC per prestar els seus serveis dintre de les 161 àrees locals i de servei —*local access transport areas* (LATA)— de nova creació.³² El servei entre aquestes àrees (*inter-LATA service*) el prestarien portadors de llarga distància —AT&T i qualsevol altre nou competidor. Per tant, a les BOC els quedava vedada la participació en el negoci dels serveis de llarga distància, per raó del perill que podria comportar que fessin ús de les mateixes tècniques que fins llavors AT&T havia utilitzat per restringir la competència.

3. AT&T havia de permetre que accedissin a la seva xarxa altres portadors de serveis i proveïdors d'informació en condicions d'igualtat en qualitat, tipus i preu.

4. Ni les vint-i-dues BOC ni les RBOC respectives no podrien fabricar equipament ni discriminar en la seva adquisició.

5. AT&T es quedaria amb Bell Laboratories i Western Electric.

6. Les RBOC tindrien el control de les pàgines grogues, és a dir, dels directoris telefònics amb publicitat.

7. Les RBOC també es quedarien amb els drets de marca de «Bell», que AT&T només tindria en relació amb la seva propietat a Bell Laboratories.

8. Les RBOC quedaven autoritzades a participar en algunes parcel·les del negoci de les telecomunicacions en règim de competència no regulada, sempre que el Tribunal conclogués que en aquelles parcel·les no podrien exercir el seu poder de monopoli. En principi, doncs, l'activitat de les RBOC quedava limitada als serveis de comunicacions dintre del territori de la seva LATA corresponent i a altres serveis menys importants, relacionats clarament amb aquell servei principal, com el servei esmentat de les pàgines grogues. Tanmateix, els quedava prohibida la prescripció de serveis d'informació.

9. AT&T quedava autoritzada a prestar serveis d'informació —amb l'excepció de les publicacions electròniques, atès que encara es trobaven en la fase inicial de desenvolupament i, per tant, hi havia el perill que AT&T en dominés el mercat—³³ i a participar en parcel·les del negoci no regulades, entre les quals destacava la informàtica i els mercats relacionats amb ella, llevat dels serveis de publicació electrònica, ja esmentats. A les BOC, com hem vist, se'ls prohibia participar en els serveis d'informació.

Així, doncs, pel que fa a les companyies operadores locals, se'n disposava la separació i la restricció dels serveis que podrien prestar per la seva posició de monopoli.

32. Les LATA defineixen el territori en què només pot operar un sol operador local. *Vid. United States of America vs. Western Electric Co., Inc.*, 559 F. Supp. 990 (DDC 1983).

33. És a dir, es distingia entre la transmissió de la informació generada per altres proveïdors, activitat que la companyia estava autoritzada a fer, i la generació d'aquella informació, activitat en la qual tenia prohibit de participar, pels perills que això podria comportar des del punt de vista de la Primera Esmena constitucional, atès l'estat embrionari de desenvolupament d'aquell mercat. Així, doncs, la generació de la informació era una activitat vedada a AT&T fins que el jutge Greene determinés que en aquesta parcel·la del mercat hi havia prou competència perquè no fos susceptible de ser monopolitzada. *Vid. 552 F. Supp. 131*, pàg. 224.

li en l'àmbit físic on desenvolupaven la seva activitat, i el reagrupament en hòldings regionals. Aquests canvis es van imposar sobre la base d'una situació de domini del mercat per part d'AT&T que impedia l'existència de competència. El jutge Greene va concloure que la clau de l'existència d'aquest domini era el control que les BOC exercien en exclusiva sobre la telefonia local: la xarxa portadora dels serveis telefònics locals operava, al cap i a la fi, com un «coll d'ampolla» —*bottleneck*—, atesa la seva complexitat tècnica, per a la interconnexió dels usuaris, ja que era l'únic mitjà pel qual un portador de serveis de telecomunicació podia prestar els seus serveis, i estava molt controlada per AT&T, que se servia d'aquest control per perjudicar els seus competidors.³⁴

Aquests eren canvis molt importants en l'organització de la telefonia i, per tant, ara convé fer una valoració dels seus efectes. Abans, però, ens interessa incidir en el tema de la determinació de l'interès públic per part del Tribunal. Com ja s'ha dit, la *Tunney Act* determinava l'interès públic com a paràmetre de valoració dels *consent decrees* i permetia —o, més ben dit, exigia— al tribunal que concretés quin era aquest interès públic per a cada cas concret. Tanmateix, aquestes facultats judicials de fiscalització eren molt discutides pel que fa al seu àmbit i la seva extensió.

La determinació del contingut de l'interès públic té una gran importància en aquest cas. Vegem per què i com es va dur a terme.

3.3. La concreció de l'interès públic com a paràmetre de validesa de l'acord en el cas AT&T

El cas AT&T determina un abans i un després en la fiscalització dels *consent decrees*. Convé recordar la raó de ser del mètode d'examen que la *Tunney Act* establia. Es descriu a la mateixa sentència: els legisladors es van adonar que fins llavors el control dels *consent decrees* havia quedat quasi exclusivament en mans del Departament de Justícia dels Estats Units —una de les parts de l'acord—, amb una intervenció mínima del poder judicial, la qual cosa havia atorgat un secretisme excessiu a tot el procés i havia generat la consegüent manca de confiança popular en els decrets per consentiment.³⁵ D'altra banda, i al costat dels problemes que s'acaben d'esmentar, el legislador també era conscient que en molts casos els *consent decrees* havien fallat pel que fa al resultat, a causa del poder de les parts implicades —*«the great influence and economic power' wielded by antitrust violators»*.

Per resoldre aquests dos problemes, la *Tunney Act* va instrumentar un sistema que, d'una banda, tractava de superar el secretisme obrint al públic els termes dels decrets proposats mitjançant una fase d'informació pública i l'admissió subsegüent de comentaris del públic amb relació a aquells, entre altres mitjans; i que, d'altra banda, tractava de superar l'anterior aprovació judicial quasi automàtica dels de-

34. Mitjançant el control de la xarxa de telefonia local, AT&T perjudicava els seus competidors potencials, principalment per mitjà de dos tipus de pràctiques: situant-los en una posició de desavantatge enfront dels mateixos serveis que oferia la pròpia corporació —serveis de llarga distància i de provisió d'equipament—, i finançant les seves activitats en aquests dos àmbits per mitjà dels beneficis que obtenia amb el monopoli en el servei local. *Vid.* 552 F. Supp. 131, pàg. 223.

35. *Vid.*, en aquest sentit, el *Report of the Antitrust Subcommittee...*, *op. cit.*, pàg. 25.

crets —«*judicial rubber-stamping*», segons una expressió molt repetida— exigint una determinació judicial explícita i cas per cas en el sentit que cada decret s'ajustava a l'interès públic.

Així, doncs, determinació judicial, cas per cas, de l'adequació de l'acord a l'interès públic. Però també determinació autònoma de quin era aquest interès públic en cada cas concret, i en aquest sentit la Llei només es limitava a establir alguns criteris que el tribunal havia de prendre en consideració en la seva labor de concreció.³⁶

En aquest marc legal, el Tribunal va arribar a algunes conclusions interessants que el van dur a determinar l'interès públic del cas.

En primer lloc, el decret per consentiment, que tenia la funció principal d'obrir un mercat que fins llavors havia restat tancat a la competència per mitjà de la violació de la normativa antitrust, també hauria de vetllar pel futur, és a dir que la solució que aportés no fos insuficient amb vista a la prevenció de comportaments anti-competitius *pro futuro*.

En segon lloc, si bé les qüestions relatives a la competència estaven òbviament a l'epicentre dels *consent decrees* com a instrument de resolució de controvèrsies, també s'hi havien de tenir en compte altres factors rellevants, de manera que la solució que s'adoptés finalment fos la més respectuosa amb altres polítiques públiques diferents de la competència.

En tercer lloc, l'òrgan judicial va ponderar el grau de fiscalització a què havia d'arribar en jutjar el Decret i va concloure que, si bé la fiscalització d'un *consent decree* no permetia fer-ne un examen tan ampli com el que es reclamaria en un judici de responsabilitat, tampoc no es podia reduir a un mer requisit de forma, amb el risc que el decret per consentiment «a la pràctica [fos] eliminat com a instrument de control antitrust».³⁷ A més, el Tribunal va considerar que en el cas present concorrien dos factors que reclamaven una fiscalització especialment àmplia de l'acord que es proposava: d'una banda, hi concorria el fet que AT&T era la corporació més gran del món en aquell moment —«*the largest corporation in the world by any reckoning*»— per la qual cosa l'aprovació definitiva de l'acord proposat tindria conseqüències importants per a un nombre ingent d'accionistes, usuaris, treballadors, creditors i competidors, circumstància indubtablement rellevant per a la determinació del paràmetre de fiscalització de l'operació —l'interès públic.³⁸ D'altra banda, enfront de l'argument que llavors esgrimien habitualment els detractors d'una

36. *Vid.* 15 USC, sec. 16 (e).

37. *Vid.*, en general, 552 F. Supp. 131, pàg. 147-153 (el text citat és a la pàgina 151).

38. Els ingressos totals del Sistema Bell l'any 1979 van ser d'uns 45 bilions de dòlars, amb uns guanys de 5,6 bilions, i el 1980 els ingressos van ser de 50 bilions i els guanys de 5 bilions. En tots dos casos, aquestes quantitats representaven un dos per cent del producte interior brut dels Estats Units. La xarxa de telefonia d'AT&T estava valorada en 99,3 bilions de dòlars l'any 1979, i la corporació tenia un milió d'empleats, la qual cosa la convertia en la primera pel que fa al nombre d'empleats, després de la mateixa Administració. *Vid.* 552 F. Supp. 131, pàg. 152. (Cal tenir en compte que quan es parla als Estats Units d'un milió de dòlars, això equival a mil milions de dòlars; sigui com sigui, les xifres són realment impressionants: la suma dels ingressos que AT&T va tenir en els dos exercicis esmentats, traduïda a pessetes, equival més o menys als pressupostos generals de l'Estat espanyol de qualsevol any de la segona meitat dels anys noranta.)

fiscalització judicial exhaustiva dels *consent decrees* en el sentit que els tribunals no solien disposar de tota la informació necessària per dur a terme aquella tasca, en el cas AT&T la quantitat ingent d'informació que s'havia acumulat al llarg dels anys sí que permetia desenvolupar aquella labor. Per aquests dos motius, el Tribunal va considerar apropiat fer una anàlisi a fons de les circumstàncies i els fets que concorrien en l'acord proposat, la qual, a més, creia que era necessària tenint en compte la poca col·laboració que la justícia havia rebut de la corporació i del mateix Departament de Defensa dels Estats Units al llarg dels anys, la qual cosa no creava precisament un clima favorable a la confiança respecte de l'acord a què s'havia arribat.

Així, doncs, sobre la base d'aquestes premisses, el Tribunal va determinar el paràmetre d'interès públic que s'utilitzaria per jutjar l'acord, en establir que:

«Després de ponderar degudament les decisions de les parts tal com estan plas­mades en el decret proposat, el Tribunal intentarà harmonitzar els valors competi­tius amb altres interessos públics legítims. *Si el decret satisfà les exigències necessàries per a una solució antitrust —és a dir, si obre efectivament els mercats rellevants a la competència i preveu la reaparició d'activitats anticompetitives, i ho fa sense imposar càr­regues indegudes i innecessàries sobre altres aspectes d'interès públic— serà aprovat. Si el decret proposat no encaixa dins aquest estàndard, el Tribunal seguirà la pràctica que s'ha aplicat en altres casos de la Tunney Act i, com a requisit previ a l'aprovació, en re­querirà modificacions a fi de reconduir el decret a l'estàndard de l'interès públic, tal com ha estat definit més amunt.*»³⁹ (La cursiva és nostra.)

En la noció d'interès públic que el Tribunal adopta per dur a terme aquest pro­cés de fiscalització especialment intens del Decret destaquen dues notes. En primer lloc, la noció d'interès públic es refereix directament a l'àmbit econòmic: a l'interès general en l'existència de competència, si bé n'exceptua la protecció d'altres even­tuals interessos aliens al principal i també rellevants des del punt de vista de la cosa pública. En segon lloc, l'interès públic concretat com a interès en l'existència de competència opera no tan sols en el moment d'aprovar-se el Decret —acord per a l'obertura del mercat—, sinó també *pro futuro*, en exigir que aquest acord garanteixi la creació de les condicions necessàries que permetin mantenir un règim de lliure competència en el sector.

L'estàndard de fiscalització que el Tribunal defineix és especialment interessant, ja que en principi no sembla difícil poder-lo extrapolar a casos similars, i fins i tot en altres sistemes jurídics. En aquest sentit, cal tenir en compte que les conclusions a què arriba el Tribunal són elementals des del punt de vista d'una possible noció abstracta de la competència en el mercat: tant als Estats Units com en un altre estat, qualsevol decisió legal, judicial o extrajudicial, que tingui com a finalitat l'obertura a la lliure competència d'una activitat que fins al moment és gestionada en règim de monopoli ha de prendre en consideració els tres factors que el Tribunal nord-ame­ricà inclou dins la noció d'interès públic: la instauració de la lliure iniciativa econò­mica en el mercat en qüestió; paral·lelament, el disseny de les mesures que tendeixin a evitar que la competència no es converteixi en un fet il·lusori —mesures de defensa de la competència—, i la consideració d'altres interessos públics que concor­rin en cada cas.

39. *Vid.* 552 F. Supp. 131, pàg. 152.

4. Els efectes del *Modified Final Judgement*

Després de relatar els canvis que l'aprovació del MFJ va comportar i d'examinar el paràmetre de fiscalització que el Tribunal va utilitzar per ponderar l'admissibilitat de l'acord que les parts havien proposat inicialment, ara cal valorar els efectes del MFJ. Si l'interès públic en l'existència d'una competència més gran al mercat va ser la dada que va servir al Tribunal per estimar l'aprovació o no de l'acord, sembla oportú recórrer ara al mateix criteri: cal preguntar-se sobre els efectes del Decret des del punt de vista de la competència.

Friedrich considera —encertadament, segons el nostre parer— que el pas d'una indústria totalment monopolitzada a una indústria competitiva en els serveis de llarga distància i d'equipaments i monopolitzada en els serveis locals va implantar una situació substancialment millor que la que existia abans, des del punt de vista de la competència, per bé que no va aconseguir una situació òptima, atès que la telefonia local no es va liberalitzar.⁴⁰ Aquesta situació substancialment millor, des del punt de vista de la competència, es va materialitzar sobretot en l'activitat relativa a la prestació de serveis de llarga distància, en què la introducció de competència ha resultat finalment molt positiva.

En efecte, abans de l'1 de gener de 1984, dia en què per fi es va fer efectiu el contingut del MFJ, AT&T havia frustrat els intents de la competència de prendre part amb èxit en els mercats de serveis de llarga distància i equipament de telecomunicacions⁴¹ i havia dificultat els intents dels competidors de tenir accés a les xarxes locals. Així, doncs, pel que fa als serveis de llarga distància, els abonats d'altres companyies havien de marcar molts més números per accedir a la xarxa que els abonats als serveis de llarga distància d'AT&T. Una altra pràctica habitual de la companyia era negar als abonats de la competència la prestació de determinats serveis locals especialitzats. Tot això sense tenir en compte el finançament de la divisió de serveis de llarga distància d'AT&T a partir d'ingressos obtinguts dels serveis locals.⁴²

40. Friedrich, Robert B., *op. cit.*, pàg. 660-661.

41. Pel que fa al mercat de fabricació d'equips, AT&T havia assentat el seu monopoli abans del MFJ sobre la base d'incentius per dissuadir els seus clients de comprar equips fabricats per la competència. La companyia mantenia restriccions estrictes a la connexió d'equips que no haguessin estat fabricats per les seves filials, amb l'excusa de protegir la xarxa enfront d'aparells defectuosos o no estandarditzats. Aquestes restriccions no permetien la connexió a la xarxa si no era a través dels anomenats *protective connecting arrangements* (PCA), l'exigència dels quals va ser atacada directament al MFJ. *Vid.* Friedrich, Robert B., *op. cit.*, pàg. 658. Després de l'aprovació del MFJ, els avenços en capacitat i efectivitat de l'equipament de telefonia han estat evidents. Si bé la millora de la tecnologia hi ha fet el paper més important, cal destacar també el que hi ha fet el MFJ, com a instrument que ha permès, mitjançant les disposicions relatives a la introducció d'una competència efectiva en el mercat d'equipaments, que aquests avenços s'introduïssin més ràpidament en el mercat de la telefonia. La FCC havia eliminat formalment el monopoli del sector dels equips l'any 1976, però no va ser fins a l'aprovació del MFJ que es van donar les condicions de mercat necessàries per a l'existència d'una veritable competència. *Vid.*, en aquest sentit, Temin, Peter; Webin, Joseph: «The Modification of Final Judgement: Its Logic and Echoes», *University of Florida Journal of Law and Public Policy*, núm. 8, 1997, pàg. 201-217 (pàg. 214). Aquests autors, si bé reconeixen que en conjunt es pot parlar d'una reducció substancial del preu dels serveis després del MFJ, insisteixen que, en aquesta reducció genèrica, hi va tenir molt a veure la de les quotes d'accés que les companyies operadores del servei de llarga distància havien de pagar a les operadores locals.

42. Friedrich, Robert B., *op. cit.*, pàg. 657-658.

Doncs bé, partint d'aquesta situació tan patètica des del punt de vista de la competència, l'aplicació del MFJ ha variat substancialment el panorama. En els serveis de llarga distància, la batalla per la quota de mercat entre AT&T, MCI, Sprint i gairebé cinc-centes companyies més ha reportat al llarg d'aquests anys beneficis inqüestionables als consumidors.⁴³ El més destacable ha estat la baixada substancial de les tarifes, que s'ha estimat en un 40 % en la dècada següent a l'aprovació del Decret,⁴⁴ com també l'augment notable del consum de serveis telefònics de llarga distància.

La introducció de la competència en el mercat de llarga distància també ha comportat una altra classe de beneficis, de tipus tecnològic. Així, des de l'aprovació del Decret, les companyies operadores d'aquests serveis han invertit bilions de dòlars en la instal·lació de xarxes de fibra òptica i tecnologia digital, a través de les quals es poden transportar imatges, so o dades a gran velocitat i amb una gran qualitat de recepció.⁴⁵

D'altra banda, una obertura limitada a la competència com la que es va instrumentar amb el MFJ va permetre mantenir les funcions de servei universal, que era un dels propòsits bàsics de la regulació de les telecomunicacions als Estats Units, juntament amb la protecció dels consumidors.⁴⁶ Creiem que aquesta dada és important perquè la protecció de la competència com a interès públic, d'acord amb la construcció jurisprudencial del Tribunal que va aprovar el MFJ, no podria deixar de banda la d'altres interessos públics concurrents, entre els quals destaca que els usuaris rebin un nivell de serveis mínim a un preu raonable, independentment de la seva localització geogràfica.

Ara bé, si bé els efectes del MFJ van ser positius pel que fa a la introducció de la competència, sobretot en el mercat de serveis telefònics de llarga distància, diversos factors van provocar que, amb el pas dels anys, el contingut de l'acord s'anés allunyant cada vegada més de les necessitats que l'evolució del sector imposava. A continuació s'analitzen aquests nous factors, els quals van conduir finalment a una veritable revolució legislativa l'any 1996.

43. La competència en els serveis de llarga distància es va estimular després de l'aprovació del Decret mitjançant subsidis als nous competidors, de manera que la quota que haurien de pagar per la part dels seus serveis que corresponia a les operacions d'àmbit local els era rebaixada substancialment, fins i tot per sota del seu cost. Vid. Termin, P.; Webin, J., *op. cit.*, pàg. 215.

44. *Vid.*, en aquest sentit, Hughes, Miles W., *op. cit.*, pàg. 191; també Pantoja, Joseph A.: «Desirable Economic Cooperation among High-Technology Industries: A Look at Telephone and Cable», *Columbia Business Law Review*, 1994, pàg. 651. No obstant això, el senador Baker incrementa aquest percentatge fins al 70 % a l'època immediatament després de l'aprovació del Decret (cit. per Hughes, nota 94). Termin i Webin, en canvi, sostenen que les reduccions substantives de preus en el servei de llarga distància han estat per als grans consumidors, mentre que la competència pel mercat dels usuaris domèstics s'ha instrumentat per mitjà de plans de preus innovadors, més que no pas per mitjà de reduccions substancials de tarifes. Vid. Termin, P.; Webin, J., *op. cit.*, pàg. 214.

45. Hughes, Miles W., *op. cit.*, pàg. 192. L'autor assenyala que els consumidors es veuen beneficiats per aquestes innovacions tecnològiques perquè «pavimenten el camí cap a una superautopista de la informació sense limitació de velocitat».

46. Hughes, Miles W., *op. cit.*, pàg. 197-198. Les diverses regulacions —estatals i federals— aplicables a les telecomunicacions disposaven la garantia del servei universal per mitjà del subsidi dels serveis locals que es prestaven en àrees rurals o deprimides econòmicament.

5. L'obsolescència del *Modified Final Judgement*: els factors de canvi

Sembla gairebé indiscutible que l'evolució tecnològica ha tingut molt a veure en la substitució d'un marc normatiu que, si bé havia estat reformat profundament, tenia setanta anys d'història. Però tampoc no es poden menystenir altres factors, inherents al contingut mateix del MFJ, que han tingut un paper de primera magnitud en favor d'aquest canvi.

El primer d'aquests és el fet que el MFJ no tenia vocació de permanència, sinó que establia una revisió cada tres anys en la qual les RBOC podien sol·licitar al Tribunal que introduís modificacions en les restriccions negocials a què estaven sotmeses en principi.⁴⁷ Les modificacions que van resultar d'aquestes revisions, una degradació de la competència en els serveis de llarga distància i la mateixa evolució tecnològica són, segons el nostre parer, els tres factors que van influir d'una manera més activa en l'obsolescència del marc legal que s'havia dissenyat al principi dels anys vuitanta. Deixant ara de banda el tema de l'evolució de la tecnologia aplicable a la telefonia, analitzarem per separat els altres dos factors esmentats, els quals estan relacionats directament amb el contingut de l'acord de 1984.

5.1. *Les revisions del Modified Final Judgement: la modificació de les restriccions a les RBOC*

Com hem vist abans, el MFJ va vedar l'entrada de les RBOC en tres parcel·les del negoci de les telecomunicacions: la prestació de serveis de llarga distància, la fabricació d'equips telefònics i el subministrament de serveis d'informació. Aquestes restriccions es fonamentaven en el temor que les companyies, que a partir de l'aprovació del Decret tindrien un monopoli en el mercat de serveis de telefonia local, poguessin assolir una posició privilegiada en aquestes tres parcel·les valent-se de la seva hegemonia en l'àmbit local. Per primera vegada en un cas en què s'abordava la qüestió de la regulació de les companyies telefòniques, el jutge Greene va utilitzar la Primera Esmena constitucional en la seva argumentació.⁴⁸

47. *Vid.* 552 F. Supp. 131, pàg. 231.

48. El jutge va fonamentar les restriccions a les companyies telefòniques en la protecció dels drets dels ciutadans que es derivaven de la Primera Esmena: «Per determinar si el Decret que es proposa s'adequa a l'interès públic, el Tribunal ha de tenir en compte els efectes del Decret en altres polítiques públiques, com el principi de diversitat en la difusió d'informació al públic americà, que es deriva de la Primera Esmena» (552 F. Supp. 131, pàg. 184). Així, doncs, en la valoració de si l'acord s'ajustava a l'interès públic, s'havia de prendre en consideració el seu impacte sobre la Primera Esmena constitucional, conclusió que es reitera a la primera revisió del Decret l'any 1987 (673 F. Supp. 525). Algun autor ha criticat l'ús que es fa d'aquesta Primera Esmena perquè considera inadequat que només es tinguin en compte els drets dels receptors de la informació i es deixin de banda els drets dels qui l'emeten, que també es deriven de la Primera Esmena. En aquest sentit, Cate considera que el jutge Greene es va equivocar quan va concloure que el mercat de la telefonia compartia les mateixes característiques que l'espectre radioelèctric que utilitzaven els mitjans de comunicació audiovisuals i, consegüentment, va aplicar a les operadores de telefonia restriccions similars a les que havia motivat l'escassetat de freqüències en l'espectre. No obstant això, la lectura que Cate fa de la qüestió sembla mordaça, ja que és evident que hi ha una relació clara entre la situació *de facto* que provoca l'escassetat de l'espectre radioelèctric i la de l'entrada en un mercat competitiu d'una empresa que té una posició monopolista en un

En tot cas, el contingut del MFJ no tenia una vocació de permanència il·limitada, com ja hem dit. Així, respecte d'aquestes restriccions, el jutge Greene ja va entreveure que, amb el pas del temps, les operadores locals deixarien de ser potencialment perilloses per a la competència en aquests mercats.⁴⁹ En conseqüència amb aquesta previsió, va disposar que es podrien aixecar aquelles prohibicions si les companyies demostraven que la seva participació en un mercat determinat no comportava un perill substancial per a la competència per raó del seu monopoli en els serveis locals.⁵⁰ Per això es va establir que cada tres anys es revisaria el contingut de l'acord amb aquesta finalitat.

La insistència de les RBOC per suprimir aquestes restriccions que el MFJ els havia imposat inicialment —«quasi des d'abans que s'assegués la tinta del Decret», en paraules del jutge Greene—,⁵¹ va motivar una sèrie de litigis sobre la interpretació de l'acord durant la dècada dels anys vuitanta, en els quals es van veure involucrats les RBOC, AT&T i el Departament de Justícia dels Estats Units.⁵² En la primera revisió de l'acord, l'any 1987, el jutge Greene va modificar la restricció a la prestació de serveis d'informació per part de les RBOC i, a partir de llavors, els va autoritzar la transmissió d'informació que no haguessin generat elles mateixes.⁵³ No

mercat regulat i tecnològicament afí a aquell al qual pretén participar. En el primer cas, l'escassetat de freqüències reclama cauteles especials en l'atribució d'aquestes per tal que no vagin a parar totes a les mateixes mans; en el segon, l'empresa operadora del monopoli en el mercat afí es pot valer de diverses vies per eliminar la competència; de manera que tant en un cas com en l'altre el resultat seria que desapareixeria qualsevol rastre de competència en el mercat, i si es tracta de mitjans de comunicació, qualsevol índex de pluralitat d'emissors, amb el perill que això comportaria per al pluralisme i, per tant, per als drets dels receptors de la informació que es deriven de la Primera Esmena constitucional. *Vid. Cate, Fred H.: «Telephone Companies, the First Amendment and the Technological Convergence», DePaul Law Review*, núm. 45, 1996, pàg. 1035-1065 (pàg. 1042-1045).

49. 552 F. Supp. 131, pàg. 194.

50. 552 F. Supp. 131, pàg. 231.

51. *United States of America vs. Western Electric Co., Inc.*, 673 F. Supp. 525, pàg. 601.

52. Spulber, Daniel F.: «Desregulating Communications», *Yale Journal on Regulation*, núm. 12, 1995, pàg. 25-67 (pàg. 27).

53. El jutge Greene va mantenir la prohibició sobre la prestació de serveis d'informació generats per les mateixes RBOC, sobre la base de la premissa que si aquestes podien vendre informació en règim de competència amb altres proveïdors, «el seu control sobre les xarxes, essencial per a la distribució d'aquesta informació, els donaria la mateixa capacitat per discriminar els competidors que tenien en relació amb l'intercanvi de serveis i la fabricació d'equipaments de telecomunicacions». Tanmateix, això no podia significar que els consumidors es veiessin privats dels avantatges derivats dels avenços de la tecnologia, que en aquell moment permetien la transmissió instantània d'informació per mitjà de la xarxa telefònica. Per tant, el Tribunal va concloure que era necessari conciliar dos interessos aparentment oposats com eren la prevenció de la monopolització dels serveis d'informació i la major disponibilitat possible d'aquests serveis al públic, i per això va optar per l'opció de permetre que les companyies locals transmetessin serveis d'informació que no haguessin generat elles mateixes. Aquesta decisió, segons el jutge Greene, s'ajustava als objectius del MFJ, tal com havien estat formulats al seu moment: establiment de competència, manteniment del servei universal i foment de la innovació tecnològica en el sector de les telecomunicacions. *Vid.* 673 F. Supp. 525, pàg. 600-603. L'any 1988 —en el cas *United States of America vs. Western Electric Co., Inc.*, 714 F. Supp. 1—, el Tribunal va especificar els serveis que entenia que estaven inclosos en l'àmbit del permís per a la transmissió d'informació que s'havia atorgat l'any anterior, entre els quals s'inclouen els d'emmagatzemament de veu, transmissió de dades, conversió de protocols o serveis de correu electrònic (*vid.* pàg. 23 de la sentència).

obstant això, les companyies regionals van haver d'esperar fins al 1991 per tal que aquesta restricció fos totalment abolida i es permetés a les RBOC la prestació de serveis d'informació en règim de lliure competència.⁵⁴

A part d'això, cal parlar també del paper de les companyies locals i els hòldings regionals en el mercat de la televisió per cable. En principi, l'eliminació de les restriccions a la prestació de serveis d'informació els permetia entrar en aquest mercat, al qual el MFJ els havia prohibit d'entrar, amb l'excepció del transport del senyal d'altres operadors de cable, a través de les seves línies. Però la *Cable Act* de 1984 els continuava impedit la programació de televisió per cable en les seves àrees respectives de prestació de serveis de telefonia.⁵⁵ No obstant això, aquestes disposicions de la *Cable Act* van ser atacades amb èxit davant dels tribunals, els quals finalment van declarar que eren incompatibles amb la Primera Esmena constitucional, i des de llavors es va permetre que les companyies locals entressin en el mercat de la programació de televisió per cable en les àrees respectives en què prestaven servei telefònic.⁵⁶

Si bé la restricció a la prestació de serveis d'informació, inclosos els serveis de programació de televisió per cable, va ser abolida finalment, les prohibicions a les

54. *United States of America vs. Western Electric Co.*, 767 F. Supp. 308 (DDC 1991). Com ha assenyalat Pribis, el vet inicial a la participació de les companyies en aquesta activitat es basava sobretot en la incertesa que hi havia el 1984 sobre el desenvolupament futur d'un mercat totalment nou com era aquest. Així, doncs, la prohibició era més preventiva que resolutiva. *Vid.* Pribis, William B., *op. cit.*, pàg. 724.

55. La Llei de 1981 es va limitar a codificar una norma de la FCC que datava de 1970, que prohibia a les companyies telefòniques locals que oferissin programació de vídeo al públic en la seva àrea de servei telefònic tant directament com indirectament —47 CFR sec. 68.54 (a) (1990). També es prohibia a les companyies locals que proporcionessin «canals de comunicacions o esteses de línies, o altres acords d'arrendament» a qualsevol filial pròpia per tal d'oferir programació de vídeo al públic —47 CFR sec. 68.54 (b). *Vid.* Brenner, Daniel L.: «Telephone Company Entry into Video Services: A First Amendment Analysis», *Notre Dame Law Review*, núm. 67, 1991, pàg. 97-150 (pàg. 104).

56. El Tribunal Suprem va determinar que la programació de vídeo constituïa una forma d'expressió protegible, d'acord amb la Primera Esmena: «La televisió per cable ofereix als seus abonats notícies, informació i entreteniment. Està compromesa amb el "discurs" de la Primera Esmena i, des del punt de vista del seu funcionament, és part de la "premsa" —*Leathers vs. Medlock*, 499 US 439 (1991), pàg. 440, cas en què s'analitzava un conflicte relatiu a la imposició aplicable als serveis de televisió per cable. La sentència del cas *Chesapeake & Potomac Tel. Co. vs. United States of America* —830 F. Supp. 909 (1993)— va declarar la inconstitucionalitat de la secció 533 (b) de la *Cable Act*, perquè el Tribunal va concloure que aquesta secció de la Llei anava en detriment dels drets de les companyies telefòniques que es derivaven de la Primera Esmena, en excloure-les de l'activitat de radiodifusió per cable. El cas s'havia plantejat arran de l'intent d'una companyia telefònica —la *Chesapeake & Potomac Tel. Co.*— d'obtenir una llicència de televisió per cable que li permetés competir amb l'operador de cable que existia llavors a Alexandria (Virginia). El Tribunal va aplicar el nivell intermedí de fiscalització de la secció de la Llei respecte a la Primera Esmena, segons el qual la disposició, perquè es pugui considerar que s'ajusta a la Constitució, s'ha de cenyir estrictament als interessos del Govern i deixar lliures un gran nombre de canals alternatius per a la comunicació. En definitiva, el Tribunal va dictaminar que si bé la secció 533 (b) de la *Cable Act* deixava oberts aquests canals, tanmateix no s'ajustava als interessos que pretenia el Govern amb la promulgació de la Llei, que eren la promoció de la competència en la indústria de la programació i la pluralitat en la propietat dels mitjans de comunicació. Concretament, va concloure que la normativa, en comptes de promoure la competència en la indústria de la programació de vídeo, la reduïa. Sobre aquesta decisió, *vid.* Pribis, William B., *op. cit.*, pàg. 731-732.

RBOC relatives a la fabricació d'equipaments i a la prestació de serveis de llarga distància entre una àrea de servei i una altra —LATA— van continuar vigents.⁵⁷ Com hem vist, el MFJ establia que les restriccions es podien aixecar si les companyies demostraven que no podrien utilitzar la seva posició monopolista en el mercat de serveis locals per falsejar la competència en la parcel·la de negoci en què prenguessin entrar; però, a la pràctica, el cert és que el Tribunal va exigir més requisits abans de permetre'ls expandir les seves línies d'activitat, i va prendre en consideració, per exemple, «els principis i propòsits bàsics del Decret», expressió que, com és evident, va permetre al Tribunal de dur a terme una fiscalització molt més àmplia sobre els efectes potencials que podria tenir l'aixecament de les prohibicions.⁵⁸

La no-eliminació d'aquesta doble prohibició a les RBOC va suscitar en la doctrina nord-americana un debat, que es va estendre fins a la promulgació de la Llei de 1996. Les conclusions del MFJ ja es posaven en qüestió sense miraments, perquè ajornaven sense cap motiu la introducció de la competència. Els arguments que utilitzaven els defensors del manteniment de les restriccions en la prestació de serveis de llarga distància i la fabricació d'equips eren quatre, segons Spulber: que les restriccions estaven justificades en la mesura que les empreses agrupades en les RBOC tenien un monopoli en l'àmbit local pel fet que feien servir una tecnologia que tenia les característiques d'un monopoli natural; que aquestes empreses es beneficiaven de barreres d'entrada al mercat en què actuaven; que podrien influir els mercats en què entressin a través del seu monopoli en l'àmbit local, i, finalment, que podrien finançar les seves activitats en aquests altres mercats amb ingressos derivats del servei local que prestaven.⁵⁹

57. La separació entre serveis de telefonia local i de llarga distància va continuar inalterada fins a l'entrada en vigor de la nova Llei. No obstant això, convé fer constar que el mateix jutge Greene va aprovar, amb algunes modificacions, la fusió entre GTE —operadora local— i Sprint —operadora de llarga distància—, que es va plasmar en un *consent decree*. El jutge va concloure que tant el MFJ com l'acord de fusió entre les dues companyies servien un interès comú: evitar que les companyies locals, valent-se de la seva posició monopolista, impedissin la competència en mercats en què aquesta era factible des del punt de vista tecnològic. Sobre la manera com la fusió redundaria en benefici de la competència, el jutge va concloure que el suport financer de GTE consolidaria Sprint com un competidor real en el mercat de llarga distància enfront d'AT&T, companyia que encara hi tenia una posició de domini clar. *Vid. United States of America vs. GTE Corporation*, 603 F. Supp. 730 (1984), pàg. 752-753.

58. *United States of America vs. Western Electric Co.*, 592 F. Supp. 846 (1984). Per facilitar el procés de decisió sobre l'aixecament de les restriccions, el Tribunal va establir unes línies generals de fiscalització. S'havien de complir quatre cauteles per tal de considerar que l'entrada de la companyia en un nou mercat respectava els objectius del Decret: 1) L'establiment de filials separades per operar en la nova línia de negoci. 2) Finançament independent de l'activitat a càrrec de la filial, sense possibilitar de recórrer als recursos de la BOC en cas de dificultats. 3) L'acord que les previsions de fiscalització del MFJ s'aplicarien a les activitats competitives en què es volgués intervenir. 4) Finalment, que els beneficis estimats de les activitats proposades no superessin el 10 % dels beneficis estimats totals de la BOC. *Vid.* 592 F. Supp. 846, pàg. 870-872. *Vid.*, també, Friedrich, Robert B., *op. cit.*, pàg. 661.

59. Spulber, Daniel F., *op. cit.*, pàg. 28. L'autor afirma que els dos primers arguments fan referència a les característiques del mercat de serveis locals, mentre que els dos darrers estan relacionats amb la predicció d'una determinada línia de comportament de les empreses en aquests mercats competitiu si se'ls hi permetés entrar. De tota manera, els arguments exposats ja els havia utilitzat el jutge Greene.

Aquests quatre arguments van ser rebutats, com ja hem dit, fins a la promulgació de la nova Llei. Sense cap pretensió d'exhaustivitat, podem prendre com a referència el treball en què Spulber posa en qüestió la justificació del manteniment de les restriccions, basant-se en diverses raons:

- Pel que fa a l'argument que el mercat de serveis locals constitueix un monopoli natural, des del punt de vista tecnològic, Spulber considera que els avenços tecnològics que hi ha hagut des de l'aprovació del MFJ —aparició de noves modalitats de transmissió que ja no permeten aïllar-ne una com la millor de les possibles, possibilitat d'interconnectar les xarxes— no permeten que es pugui continuar caracteritzant l'activitat com a monopoli natural, si s'entén aquest com la situació en què un sol proveïdor pot suplir el mercat a un cost menor que una pluralitat de proveïdors.
- Pel que fa a l'argument de l'existència de barreres d'entrada al mercat local, enteses com a costos d'entrada al mercat, que permetien el manteniment de la posició monopolista de les RBOC en aquell mercat, Spulber diu que deixa de ser vàlid per dos motius: perquè les noves tecnologies permeten costos d'explotació menors respecte de les que utilitzen els operadors existents i perquè la necessitat de fer una gran inversió per entrar al mercat no és cap barrera si la tecnologia que s'utilitza presenta avantatges substancials quant a rendiment respecte de la tecnologia que emprin les empreses operadores del monopoli. A més, el fet que la majoria de les autoritats estatals haguessin permès l'entrada d'operadors del servei i de proveïdors d'accessos competitiu —*competitive access providers* (CAP)—,⁶⁰ en règim de competència als mercats definits per les respectives àrees d'intercanvi, estava generant un efecte contrari al de les barreres d'entrada als nous competidors: la imposició de costos i restriccions a les RBOC que no operaven respectant aquests nous competidors.
- Quant a la possibilitat que les RBOC se servissin de la seva posició monopolista en els serveis locals en altres mercats als quals se'ls permetés accedir, Spulber conclou que aquest argument no és vàlid per raó de la pròpia erosió de la posició monopolista de les RBOC en els mercats locals. Els canvis produïts en el mercat local, amb l'accés —ja esmentat— de nous operadors en règim de competència i les noves vies per accedir a la xarxa, són motius suficients per bandejar aquest argument, segons l'autor: si ja no hi ha un monopoli en l'àmbit local, les operadores del servei no podran utilitzar un poder monopolista al moment d'entrar en altres mercats.
- Finalment, Spulber també considera que no és vàlid l'argument de la possibilitat que les RBOC financin la seva activitat en els nous mercats en què se'ls permeti entrar a través dels ingressos obtinguts en el mercat de serveis locals, ja que, d'una banda, en aquests nous mercats —serveis de llarga distància inter-LATA i fabricació d'equips— es trobarien amb competidors amb prou entitat per no sentir-se afectats per aquestes pràctiques —com és

60. Spulber assenyala que l'any 1995 la majoria de ciutats tenien una sèrie de vies alternatives a les de les companyies locals per accedir a la xarxa, com ara dos portadors de serveis cel·lulars i connexions de fibra òptica que proporcionaven les CAP. *Vid.* Spulber, *op. cit.*, pàg. 40.

el cas d'AT&T— i, per tant, els resultaria fútil utilitzar-les; d'altra banda, l'esmentada introducció de competència en l'àmbit de cada LATA havia reduït els beneficis que les RBOC podrien utilitzar per finançar aquelles activitats.

És evident que la posició de les companyies locals i regionals en el mercat de les telecomunicacions no era la mateixa el 1995 que el 1984, just després de l'aprovació del MFJ. De l'anàlisi de Spulber i, en general, de la bibliografia existent sobre la matèria, es pot concloure que darrere del canvi, i en darrera instància, hi havia els avenços tecnològics.

Sobre això només cal dir que els avenços de la tècnica van obrir noves possibilitats de negoci a les companyies locals i regionals i, al mateix temps, van deixar al descobert les insuficiències d'un sistema —el del MFJ—, que s'estava quedant obsolet molt ràpidament. Així, les restriccions a les companyies es van relaxar efectivament en part, i fins i tots se'ls va permetre de participar en el negoci de la telefonia cel·lular —una de les dues llicències atorgades per regió va ser per a la companyia local—⁶¹ o, com ja hem dit, en el de la televisió per cable. Però el manteniment de la prohibició relativa a l'entrada en el mercat de llarga distància o a la conclusió d'aliances estratègiques amb operadors d'aquest servei va resultar massa pesada en un context de globalització de les telecomunicacions, com també la impossibilitat de combinar, en règim de plena llibertat d'acció empresarial, serveis telefònics i serveis de televisió per cable sota una mateixa estructura.⁶²

El mercat de serveis locals s'estava reestructurant, amb el debilitament progressiu del monopoli a causa de l'entrada de nous operadors, la majoria dels quals eren dels estats, com ja hem vist. No obstant això, el manteniment de les restriccions a les RBOC i BOC no permetia que es reestructuressin a mesura que s'anaven produint aquests canvis. L'acord de 1984 ja no responia a un equilibri d'interessos i començava a ser imprescindible canviar-lo.

5.2. La degradació de la competència en els serveis de llarga distància

L'aprovació del MFJ va representar la introducció efectiva de la competència en el mercat de llarga distància. No obstant això, la doctrina ha començat a posar en

61. En la telefonia cel·lular no es planteja el problema que la tecnologia utilitzada tingui les característiques pròpies d'un monopoli natural, en el sentit que la seva implantació requereixi inversions tals que no resulti rendible, sinó que la possibilitat de desenvolupar un mercat competitiu es veu limitada per l'escassetat de freqüències disponibles dins de cada àrea de servei. En tot cas, és necessari que les xarxes tinguin la capacitat suficient per rendibilitzar les inversions que requereix implantar-les. Per això, la FCC, que és responsable de repartir freqüències i establir-ne les àrees de transmissió, va decidir atorgar només dues llicències dintre de cada àrea de servei —*standard metropolitan statistical area* (SMSA)—, una de les quals era per a la BOC respectiva i l'altra es concedia per sorteig entre els portadors de serveis sense fil —*radio common carriers* (RCC)— que presentessin una proposta viable de construcció d'una xarxa cel·lular a l'àrea en qüestió. Per motius tècnics —necessitat de garantir la continuïtat geogràfica del servei—, el territori de les SMSA que la FCC va establir no coincideix en tots els casos amb el territori LATA respectiu, dissenyat segons la prestació del servei bàsic de telefonia local. *Id.* Friedrich, Robert B., *op. cit.*, pàg. 662-666.

62. Friedrich, Robert B., *op. cit.*, pàg. 662.

dubte que aquesta situació de competència persisteixi i algun autor fins i tot ha arribat a afirmar que el mercat de serveis de llarga distància es troba, en aquests moments, sota el domini de fet d'un oligopoli.⁶³

El paper que ha exercit AT&T en aquest mercat, en el qual actualment té una quota del 60 %, aproximadament,⁶⁴ no és gens clar. Estudis econòmics recents arriben a conclusions oposades sobre la qüestió de si la companyia disposa o no d'un poder suficient en el mercat per influir en el preu dels serveis.⁶⁵ No sembla desassenyada la interpretació de Montanye sobre el paper que ha exercit AT&T des de l'aprovació del MFJ, que explicaria un fenomen tan estrany com el descens de la quota de mercat de la companyia des del 90 % inicial fins al 60 % i l'estabilització posterior en aquesta xifra.

La interpretació d'aquest autor és, en poques paraules, que AT&T ha estat manejant el mercat com ha volgut des del 1984. Després de l'aprovació del MFJ, poc eren els qui apostaven per una competència viable en el servei de telecomunicacions de llarga distància, tenint en compte la quota inicial de mercat amb què partia AT&T —del 90 %. L'estratègia de la companyia hauria consistit, segons Montanye, a reduir artificialment la seva quota de mercat a partir del 1984 fins arribar al 60 %, nivell en què s'haurien esvaït els perills inherents a la consideració del negoci com un monopoli —alt índex de litigiositat, regulacions restrictives de l'activitat. Això explicaria que, contràriament a allò que va succeir als Estats Units després de la liberalització del transport aeri, en aquest cas no s'hagués produït una guerra fratricida de tarifes en el mercat de serveis de llarga distància.⁶⁶

El que és evident és que, independentment dels mètodes que s'utilitzin per analitzar la posició d'AT&T en el mercat, la presència de la companyia continua fent-s'hi notar. No es pot afirmar amb rotunditat que la competència hagi reordenat per si sola el mercat després que aquest s'hagi obert. De fet, el ciutadà nord-americà del carrer encara avui s'estranya de l'actitud d'AT&T després de la liberalització: simplement, els seus preus eren més alts que els de la competència. I això va ser així fins que la seva quota de mercat es va situar entorn del 60 %, moment en què va tornar a competir per estabilitzar-la.

Una de les reclamacions dels consumidors després de la liberalització es referia precisament al preu dels serveis. Paradoxalment, la desregulació no va comportar al

63. Hughes, Miles W., *op. cit.*, pàg. 191.

64. MCI té una quota de mercat del 20 %, Sprint del 10 % i la resta de les companyies tenen un altre 10 % en conjunt. *Vid.* Montanye, James: «Market Power to Do What? The Case of AT&T», *Forthnightly*, vol. 135, núm. 14, 1997, pàg. 22-25.

65. És particularment interessant el treball de Kahai, Kaserman i Mayo, en què s'analitza si AT&T té una posició de domini en el mercat mitjançant la utilització de tècniques d'econometria, en comptes de recórrer a la valoració tradicional feta des de la perspectiva de la normativa antitrust. Els autors descriuen precisament les disfuncions que es produeixen amb l'aproximació tradicional al problema, les quals es poden resumir en la consecució de resultats diferents segons el pes específic que s'atorgui a cada element que hagi de ser valorat —per exemple, quota de mercat, condicions d'entrada, etc. De tota manera, els autors conclouen que AT&T té un poder significatiu en el mercat de serveis de llarga distància. *Vid.* Kahai, Simran; Kaserman, David L.; Mayo, John W.: «Is the 'Dominant Firm' Dominant? An Empirical Analysis of AT&T's Market Power», *Journal of Law and Economics*, núm. 39, 1996, pàg. 499-515.

66. Montanye, James, *op. cit.*, pàg. 22-25.

principi una millora dels preus i, d'altra banda, va empitjorar la qualitat dels serveis.⁶⁷ Això va motivar que el Congrés promulgés la *Telephone Operator Consumer Services Act* l'any 1990. S'ha afirmat que l'increment de la competència en el mercat de la llarga distància, amb l'augment important del nombre d'operadors del servei, havia entorpit la labor governamental de protecció dels consumidors enfront de les companyies que actuaven de manera confusa o corrupta. Avui dia encara es discuteix quina és la via millor de protegir els consumidors davant dels abusos de les companyies.⁶⁸

Sembla difícil poder afirmar que el nivell de competència sigui òptim en un mercat que ofereix, a les empreses que hi operen, moltes possibilitats d'abusos dels consumidors, o que permet que una companyia manegi com vulgui els preus dels serveis per tal de variar o estabilitzar la seva quota de mercat.

En definitiva, la situació competitiva en el mercat de la llarga distància podria ser millor. El que és més discutible és si s'havia degradat o bé és que simplement mai no havia arribat a constituir el principi rector d'aquest mercat.

6. Epíleg: sobre els ensenyaments que l'experiència nord-americana pot proporcionar

Fins aquí s'ha referit la història de més d'un segle de telefonia als Estats Units. Actualment existeixen treballs excel·lents sobre la *Telecommunications Act* de 1996 a la bibliografia jurídica nord-americana i també, fins i tot, a l'europea o a l'espanyola.⁶⁹ Tanmateix, ens ha semblat que també pot ser il·lustratiu mirar enrere i estudiar el procés que ha portat, fa ben poc, a la implantació d'un mercat de les telecomunicacions plenament competitiu.

Després de fer-ho, ens hem adonat, un cop més, que les preconcepcions teòriques no són bones companyes de viatge. El menys que es pot fer és reconèixer que, amb totes les seves vicissituds i moments clars i foscos, el procés de liberalització de les telecomunicacions i, en concret, de la telefonia als Estats Units ha estat lent i complicat, però sobretot ha estat cautelós i meditat. El jutge Greene, *pare* del MFJ,

67. Cal tenir en compte que, a part del poder de mercat que AT&T va poder exercir per manipular el preu dels serveis de llarga distància, històricament els serveis locals han estat finançats mitjançant les tarifes de llarga distància, que s'han mantingut artificialment altes, tot i la possibilitat de baixar-les gràcies al cost menor dels serveis motivat pels avenços tecnològics.

68. En efecte, enfront de la FCC, que sosté que la solució millor per als problemes de protecció dels consumidors davant dels abusos de les companyies l'ha d'aportar el mercat —la competència—, el Congrés s'inclina per tornar a regular alguns aspectes, com ara les tarifes. *Vid.* Graves, Debra K. T.: «The Consumer Protection Myth in Long-Distance Telephone Regulation: Remedies for the 'Caveat Dialer' Attitude», *Texas Tech Law Review*, núm. 27, 1996, pàg. 383-388.

69. Entre nosaltres, *vid.*, per tots, Muñoz Machado, Santiago: *Servicio público y mercado*. Civitas, 1998. Vol. II, pàg. 148-157. També destaca el treball excel·lent de Peña, Pedro J.: «Desregulación y competencia en la Ley de Telecomunicaciones norteamericana de 1996», *Revista de Administración Pública*, núm. 141, 1996, pàg. 337-375. *Vid.*, també, Medina Ors, Guillermo: «Régimen jurídico de las telecomunicaciones en los Estados Unidos», a l'obra col·lectiva *Derecho de las telecomunicaciones*, Madrid, La Ley, 1997, pàg. 1163-1201. I a la mateixa obra col·lectiva, *vid.* Barton Carter, T.: «La regulación de las nuevas tecnologías de la información en los Estados Unidos», pàg. 1203-1216.

sempre va tenir ben presents els perills, per a l'existència real de competència, que es derivarien del fet de permetre que un monstre comercial com AT&T s'introduís en qualsevol parcel·la del mercat de les telecomunicacions després d'haver tingut una posició monopolista en el mercat de serveis telefònics durant tants anys. Amenaces per a la competència i, en definitiva, per a la llibertat, que avui dia torneu a ser damunt la taula després de la recentíssima decisió del jutge Jackson en el cas Microsoft.

D'altra banda, el MFJ és una bona mostra dels compromisos a què han d'arribar els legisladors i els jutges des de l'inici de la liberalització de les telecomunicacions a Europa, molts anys després que als Estats Units: introducció de competència, però també preocupació per altres factors, com ara la no-discriminació en l'accés als serveis o el manteniment d'un mercat lliure d'idees —de fet, el MFJ invoca per primera vegada la Primera Esmena constitucional amb relació a l'activitat telefònica. Al MFJ s'empra un concepte de competència que no es limita als aspectes econòmics, sinó que pren en consideració la dimensió politicosocial de la competència. La qüestió de si la competència s'ha de limitar a la dimensió econòmica o no és una discussió quasi permanent en la doctrina nord-americana. En aquest sentit, sembla oportú destacar que ens hem trobat amb valoracions doctrinals molt dures del MFJ des del punt de vista de la competència.⁷⁰

Prescindint ara de la qüestió del contingut del dret de la competència i, per tant, de valorar bona part de les cauteles que el jutge Greene va adoptar, és indubtable que un procés de liberalització tan dilatat en el temps, en el qual s'han esmerçat tantes energies per part de polítics, empresaris i juristes, ha possibilitat l'adopció de posicions més reflexives.

En el si de la Unió Europea, ara es plantegen aquests mateixos reptes. De moment, el punt de partida ja no és el mateix. Potser convindria —i aquesta és la nostra reflexió— plantejar-se si determinades veus a favor de la liberalització, que patrocinen amb entusiasme el pas dels monopolis estatals sobre els serveis de telefonia a la lliure competència sense solució de continuïtat, no poden portar finalment a adoptar decisions equivocades perquè han estat poc meditades. Els qui es mostren a favor d'aquest pas del monopoli estatal a la competència plena, que no posin com a exemple, però, el model nord-americà, el qual s'ha forjat al llarg de molts anys de reflexió i negociació, durant els quals mai no s'ha perdut de vista l'horitzó definit per l'interès públic en la provisió universal de serveis de telefonia a preus raonables.

70. Entre aquestes destaca la de Chen, que considera que des del mateix moment de la seva aprovació, «el MFJ estava ple de contradiccions internes. Representava una mescla estranya i incoherent entre l'Escola de Chicago i una visió populista de l'antitrust com a panacea política». L'autor arriba a aquesta conclusió després d'analitzar les parts de la decisió judicial en què el jutge Greene imposa restriccions a l'activitat de les BOC d'acord amb el manteniment del pluralisme o de la independència del poder polític. Vid. Chen, Jim: «*The Legal Process and political economy of telecommunications reform*», *Columbia Law Review*, maig de 1997, pàg. 835-873 (pàg. 852-853).

