

CRÓNICA

EL PROCESO DE LIBERALIZACIÓN DE LA TELEFONÍA EN LOS ESTADOS UNIDOS: DE LA INVENCIÓN DEL TELÉFONO A LA LEY DE 1996

Fernando Adolfo de Abel Vilela
Profesor ayudante de derecho administrativo.
Área de Derecho Administrativo
de la Universidad de Santiago de Compostela

Sumario

1. La prehistoria: de la invención del teléfono a la Ley de 1934.
2. La historia: la Ley de 1934 y el proceso de ruptura del monopolio de AT&T.
 - 2.1. Los postulados básicos de la Ley: servicio universal y monopolio.
 - 2.2. Factores que incidieron en la complejidad del proceso de ruptura del monopolio de AT&T.
3. El proceso de ruptura del monopolio.
 - 3.1. La demanda inicial y el *Final Judgement* de 1956.
 - 3.2. El *Modified Final Judgement*.
 - 3.3. La concreción del interés público como parámetro de validez del acuerdo en el caso AT&T.
4. Los efectos del *Modified Final Judgement*.
5. La obsolescencia del MFJ: los factores de cambio.
 - 5.1. Las revisiones del MFJ: la modificación de las restricciones a las RBOCs.
 - 5.2. La degradación de la competencia en los servicios de larga distancia.
6. Epílogo: sobre las enseñanzas que puede proporcionar la experiencia norteamericana.

Con la aprobación en 1996 de la *Telecommunications Act*, el régimen jurídico de las telecomunicaciones ha experimentado una auténtica revolución en los Estados Unidos. El tratamiento tradicional del tema, caracterizado por la definición de compartimientos estancos en función de las diferentes modalidades de transmisión y de los diferentes servicios prestados a través de las mismas, ha dado paso a un marco regulatorio en el que, adaptándose a las posibilidades de desarrollo de las telecomunicaciones que permiten los avances tecnológicos, se rompe con las anteriores separaciones en beneficio de la convergencia tecnológica y la libre competencia en el mercado.

Este es, por ahora, el punto de llegada. Convergencia de las tecnologías y desarrollo de un mercado competitivo. Pero quizás conviene indagar el proceso que ha conducido aquí. La historia de la telefonía en los Estados Unidos ha sido una crónica de fuertes restricciones a la actividad de los operadores en el mercado, pero también ha constituido, prácticamente desde la invención del teléfono, un proceso de lenta liberalización en el que los pasos hacia la formación de un mercado libre han sido muy meditados. Examinemos este proceso desde el principio.

1. La prehistoria: de la invención del teléfono a la Ley de 1934

Los primeros pasos de la telefonía en los Estados Unidos comienzan con el descubrimiento por parte de Alexander Graham Bell de ciertos principios en el campo de la electromagnética en el verano de 1875. Esos principios le permitieron inventar al poco tiempo los elementos básicos de un teléfono, el cual probó con éxito por vez primera en marzo de 1876.

Al poco tiempo, Bell empezó a explotar comercialmente su invención, bien que de manera modesta. Los primeros teléfonos estaban conectados uno a otro, y ya en 1878 la necesidad de interconexión se hizo palpable. Al principio la interconexión era manual, y hasta 1921 no se dispuso de un sistema totalmente automatizado.

La Bell Telephone Company se creó en 1877. AT&T nació más tarde, en 1885, como subsidiaria de la Bell para la provisión de los servicios de larga distancia. La posición de AT&T en ese mercado se consolidó tras la compra de la patente del *audion*, un amplificador electrónico de señales desarrollado por Lee DeForest en 1906 que permitió que las comunicaciones telefónicas de larga distancia se desarrollasen con una calidad suficiente.

Su decidida ventaja tecnológica al disponer del audion, unida a la compra en 1881 de Western Electric, en aquel momento la empresa de manufactura de equipos de telecomunicaciones más grande del mundo, hicieron que la posición de dominio en el mercado de AT&T acabase con la competencia en el mercado local existente en los primeros años del siglo, una competencia que, incluso, había forzado a la Bell a reorganizarse dentro de su subsidiaria, AT&T. El *modus operandi* que siguió la empresa para acabar con esa competencia y poner a los pequeños operadores locales en la disyuntiva de venderle sus líneas o salir del negocio no resulta a día de hoy novedoso: permitir sólo la interconexión con las líneas de larga distancia de AT&T de sus redes locales, cerrando el paso a los pequeños competidores, o negarse a venderles equipamiento.

En 1910, y ante el crecimiento de los monopolios, el Congreso aprobó la *Mann-Elkins Act*, la cual creó la Interstate Commerce Commission —ICC—, permitiéndole la regulación de los proveedores de telecomunicaciones como portadores públicos —*common carriers*—. En todo caso, la ICC no consiguió sacar adelante este objetivo de regulación. La solución a los problemas derivados de la posición monopolística de AT&T pareció llegar a través del conocido como *Kingsbury Commitment*, acuerdo al que se llegó tras la interposición de una acción antitrust por parte del Departamento de Justicia de los Estados Unidos contra AT&T, y en el cual la compañía se comprometía a suspender las compras de empresas competidoras, a vender la Western Electric y a permitir la conexión de las compañías independientes que quedaban a sus líneas de larga distancia.

La irrupción de la Primera Guerra Mundial, sin embargo, supuso un cambio radical en el panorama de los servicios de telefonía. El objetivo pasó de ser la defensa de la competencia a ser el establecimiento de una red de telecomunicaciones ubicua y eficiente. Las telecomunicaciones fueron gestionadas públicamente entre 1918 y agosto de 1919, período durante el cual se patrocinó expresamente la fusión de los diferentes sistemas que antes operaban en régimen de competencia en uno solo. En 1921, una vez terminada la guerra, el Congreso aprobó la *Willis-*

Graham Act, mediante la cual se permitió a AT&T la compra de otras compañías competidoras, eximiéndola de la aplicación de las leyes antitrust. En palabras de Lynch, «el país, en apariencia, estaba empezando a sentirse cómodo con los monopolios».¹

2. La historia: la Ley de 1934 y el proceso de ruptura del monopolio de AT&T

Hasta aquí hemos visto lo que se podría caracterizar como la prehistoria de la telefonía en los Estados Unidos. La verdadera historia, esa que siempre condiciona el presente y que, incluso en un sector económico tan dinámico como las telecomunicaciones, seguirá condicionando el futuro, comienza con la aparición en 1934 de la *Communications Act*,² promulgada por el Congreso con la finalidad expresa de regular y asegurar la provisión universal de los servicios de comunicaciones, tanto interestatales cuanto internacionales.

2.1. *Los postulados básicos de la Ley: servicio universal y monopolio*

La premisa de la que partía la norma en cuanto a la modalidad óptima de prestación del servicio telefónico era radicalmente distinta a la de la reciente *Telecommunications Act* de 1996, colocando al monopolio como auténtico epicentro del sistema que diseñaba.³ En esta línea, la regulación pretendía asegurar, por una parte, que AT&T continuase siendo un monopolio y, por otra, que como tal monopolio no abusase de su poder en el mercado. El objetivo de la Ley era la provisión universal de los servicios telefónicos a precios razonables. El medio para alcanzarlo, el monopolio de la actividad por parte de AT&T. Se trataba, pues, al menos sobre el papel, de un monopolio benigno.⁴

Con la promulgación de la Ley, la ICC perdió su competencia de regulación sobre la telefonía. Se creó la Federal Communications Commission —FCC—, dotada de un amplio poder discrecional dentro de su igualmente extenso elenco de funciones —también normativas— atribuidas por la Ley, y referidas tanto a la radiodifusión cuanto a las comunicaciones por cable. Sobre lo que esperaba lograr el Congreso con la creación de este órgano se pronunció en términos generales la Sentencia *American Broadcasting Co. v. Federal Communications Commission*:⁵ «El propósito del Congreso al establecer la Comisión fue el de crear una agencia de expertos capaz de hacer frente a los siempre cambiantes y crecientes problemas de una industria en alza», finalidad que reclamaba, a juicio del órgano jurisdiccional, «que

1. Vid. Lynch, Thomas M.: «Telephony», en la obra colectiva *Telecommunications Act Handbook. A complete reference for business*, Government Institutes, Inc., 1996, pág. 9-53.

2. Ch. 652, 48 Stat. 1064.

3. Se pensaba que el servicio telefónico sería prestado en mejores condiciones por una empresa única, la cual podría proveer mejores servicios y de manera más económica en régimen de monopolio que los que resultarían en un contexto de competencia.

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

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

el procedimiento administrativo [fuese] lo suficientemente flexible para ajustarse a esos factores de cambio».⁶

La Ley de 1934 supuso, en definitiva, el primer paso firme y duradero de cara a la regulación jurídica de las telecomunicaciones y, por lo que ahora nos interesa, de la telefonía. Quedémonos ahora con el esquema básico en torno al que gira la regulación: servicio universal como objetivo y monopolio en la prestación del servicio como medio para lograr ese fin. Si a lo largo de los años se consiguió o no que este binomio funcionase es una cuestión que probablemente encuentra su mejor respuesta en el proceso de ruptura del propio monopolio. Aparte del interés que para los estudiosos del derecho comunitario reviste ahora este paso del monopolio a la competencia, por encontrarnos en estos momentos inmersos en una evolución similar dentro de la Unión Europea, las especiales características del proceso, desarrollado a lo largo de casi cuatro décadas, hacen que casi se confunda con la propia vigencia de la Ley. La historia de la Ley de 1934, en definitiva, es en buena medida la historia del proceso de ruptura de su postulado operativo básico: el monopolio de los servicios de telefonía como garante de la prestación del servicio universal.

La ruptura del monopolio en la telefonía fue larga y compleja. Sobre su duración, acabamos de apuntar que se extendió a lo largo de más de cuatro décadas. Su complejidad, bien se entiende, fue el factor clave que dilató en el tiempo el paso del monopolio a la competencia. Veamos brevemente las causas que, a nuestro entender, contribuyeron a esta específica configuración de la desaparición del monopolio de AT&T.

2.2. Factores que incidieron en la complejidad del proceso de ruptura del monopolio de AT&T

Conviene tener en cuenta, en primer lugar, que el término «monopolio» referido a AT&T alcanza un significado tan típico como pleno. Cuando la Ley de 1934 fue promulgada, AT&T prestaba los servicios telefónicos de larga distancia en la práctica totalidad de las ciudades norteamericanas, así como una buena parte de los servicios locales. Dieciocho compañías locales —BOCs, Bell Operating Companies— exploraban el servicio local y todas ellas estaban afiliadas bajo el manto protector de la división de larga distancia de AT&T. En cuanto a los equipamientos, eran producidos en su práctica totalidad por la Western Electric. AT&T, obviamente, se tomaba la molestia de dificultar las posibilidades de conexión a la red de cualquier equipo no manufacturado por su filial.

Por otra parte, la Segunda Guerra Mundial contribuyó decisivamente a la consolidación de la posición de dominio en el mercado de las telecomunicaciones por parte de AT&T. Es en esas fechas precisamente cuando se fraguó su estrecha colaboración con el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, la cual, como luego veremos, jugó un papel nada desdeñable en el largo proceso de ruptura del monopolio.⁷

6. Vid. Bartlett, Henry H.: «The public interest and the introduction of competition into local telephone networks», *Common Law Spectus*, núm. 5, pág. 251-267.

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

Aparte de estas dos cuestiones que se acaban de apuntar, que hacen referencia a situaciones objetivas de poder en el mercado, es también importante tener presente otros factores de corte jurídico y político. En cuanto a los primeros, hay que destacar las especiales características del *Consent decree* como medio de solución de conflictos relativos al derecho de la competencia.

El *Consent decree* es, en esencia, un contrato entre el demandado o los demandados y el fiscal general, aprobado judicialmente y dotado, por lo tanto, de los efectos propios del fallo de un litigio. Se trata, pues, de un instrumento que se aproxima a un contrato entre partes —el Estado, representado por el fiscal general, y los demandados—, por el cual la parte demandada acepta limitaciones específicas a su futura conducta y el Gobierno acepta la terminación del contencioso interpuesto por él mismo. El Departamento de Justicia de los Estados Unidos se ha servido de esta técnica durante más de noventa años para solucionar situaciones que habían dado lugar a la incoación de acciones civiles en base a las disposiciones de la normativa antitrust. Precisamente, los casos más relevantes que han sido resueltos a través de *Consent decrees* han sido los relativos a la liberalización telefónica.⁸

Sin entrar ahora a valorar la bondad o no del *Consent decree* como expediente técnico de solución de conflictos, quisiéramos no obstante destacar que las negociaciones *inter partes* previas al logro de un acuerdo, que a su vez tiene luego que ser fiscalizado por el juez y aprobado si se adecua al interés público, se traducen usualmente en el transcurso de períodos de tiempo nada desdeñables, máxime si, como en el caso que ahora estudiamos, existen presiones al más alto nivel para paralizar el proceso.

Además, si como en el caso presente, el juez encargado de fiscalizar y aprobar el acuerdo se reserva el derecho de revisarlo periódicamente, se corren ciertos peligros inherentes a la excesiva concentración de poder en manos de una sola persona. El papel del juez Greene, a quien le correspondió fiscalizar, aprobar y revisar el *Consent decree* en el caso AT&T, ha sido a menudo criticado por la doctrina norteamericana. De hecho, después de estudiar el proceso de liberalización de la telefonía, nos hemos quedado con la impresión de que, si bien los planteamientos iniciales del juez, de cautela hacia el poder de mercado acumulado por AT&T gracias a su monopolio cuasi secular, eran adecuados y realistas, a la postre se convirtieron en una rémora para el desarrollo en libertad de una industria como la de las telecomunicaciones en la que la revolución en sus postulados operativos básicos estaba reclamando un marco de operaciones radicalmente distinto.

El proceso de liberalización de la telefonía en los Estados Unidos se dilató en el tiempo por la complejidad del proceso de negociación y las presiones paralelas para que nada cambiase. Y una vez aprobado judicialmente el acuerdo, éste no sólo no se tradujo en la supresión automática del monopolio de AT&T, sino que además sus líneas básicas fueron mantenidas en el tiempo por el juez Greene contra viento y marea. Probablemente la mejor manera de juzgar si esta conclusión que avanzamos es o no correcta sea el estudio de la Sentencia *United States of America v. AT&T*, de 1982,⁹ que aprobó el conocido como *Modified Final Judgement*

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).

—MFJ— y puso fin a un litigio que se había planteado en 1949. Basándonos en ella, y con la ayuda de otras fuentes, intentaremos ahora analizar más de tres decenios de evolución normativa de la telefonía en los Estados Unidos.

3. El proceso de ruptura del monopolio

3.1. *La demanda inicial y el Final Judgement de 1956*

La Sentencia aludida narra de manera detallada los pormenores del proceso que culmina con la liberalización parcial del monopolio telefónico. La demanda inicial que da lugar a esa apertura parcial data de enero de 1949, fecha en la que el Departamento de Justicia de los Estados Unidos interpuso una demanda ante el Tribunal de Distrito del distrito de Nueva Jersey contra la Western Electric Company, Inc., y la American Telephone & Telegraph Company, Inc. (AT&T),¹⁰ alegando que las partes demandadas habían monopolizado y conspirado para restringir el comercio de equipamientos de telecomunicaciones —manufactura, distribución, venta e instalación de teléfonos, aparatos telefónicos, equipamiento, materiales y suministros—, violando de ese modo las secciones 1, 2 y 3 de la *Sherman Act*.

Parece oportuno recordar en este punto que las finalidades de la *Sherman Act* son la prevención de las restricciones indebidas al comercio entre los estados y la protección frente a las influencias subversivas o coactivas de los monopolios.¹¹ Una explicación de la filosofía que inspira la Ley se puede encontrar en la Sentencia *Appalachian Coals v. United States*,¹² que señala que «Como marco de libertad, la Ley tiene una generalidad y adaptabilidad comparable a aquella considerada como deseable por las previsiones constitucionales. [...] Sus expresiones generales, interpretadas para lograr sus principales propósitos, establecen el estándar esencial de razonabilidad. Demandan la vigilancia para la detección y frustración de todos los esfuerzos indebidos para restringir el libre curso del comercio interestatal, pero no persiguen el establecimiento de una libertad meramente ilusoria que haga imposible la justa y normal expansión de ese comercio o la adopción de medidas razonables para protegerlo frente a prácticas dañinas y destructivas y para promover la competencia sobre una base firme».

Esta doctrina se reitera en la Sentencia *Feddersen Motors v. Ward*,¹³ en la que se incide en la necesidad de que en una demanda presentada por un particular y basada en la violación de la Ley Sherman no es suficiente con que éste alegue que se le han causado daños, sino que además «es esencial que la demanda alegue una violación de la Ley en la forma de restricción indebida u obstrucción al comercio interestatal». La demanda, pues, no puede ser ajena a la existencia de daños al interés público.

10. Western Electric era en ese momento, y hasta la ruptura del monopolio telefónico de AT&T en 1984, una empresa subsidiaria de ésta, cuya propiedad ostentaba en su totalidad, y dedicada a la manufactura de equipos de telecomunicaciones para las restantes divisiones de AT&T, así como a la provisión de tales equipos y de servicios a las agencias gubernamentales y a compañías telefónicas independientes. *Vid.* Bartlett, Henry H., *op. cit.*, pág. 253.

11. *Vid.* 15 U.S.C. sec. 1-3.

12. *Vid.* 288 U.S. 344 (1933).

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

Pues bien, en la demanda del caso que ahora centra nuestra atención se solicitaba que el Tribunal se pronunciase en varios sentidos: imposición a AT&T de que se desprendiese de sus intereses accionariales en Western Electric y terminación de las relaciones comerciales exclusivas entre ambas empresas; imposición a Western Electric de que se desprendiese de su participación accionarial —50 %— en Bell Telephone Laboratories; separación entre la fabricación de teléfonos y la provisión de servicios telefónicos; e imposición a AT&T de la licencia de sus patentes sobre bases no discriminatorias.

El proceso permaneció prácticamente paralizado hasta el 24 de enero de 1956, fecha en la que fue aprobado judicialmente, por adecuarse al interés público, un decreto por consentimiento —*consent decree*—. Una comisión del Congreso investigó en profundidad las circunstancias que rodearon la aprobación del Decreto,¹⁴ concluyendo que los demandados habían desplegado una intensa actividad de presión desde 1951 hasta su firma y ratificación judicial en 1956.¹⁵

El acuerdo al que llegaron AT&T y el Gobierno, luego aprobado judicialmente como *consent decree*,¹⁶ fue alcanzado en diciembre de 1955, y no preveía ni la escisión de la Western Electric por parte de AT&T, ni ninguna otra de las modificaciones estructurales solicitadas por el Gobierno. En su lugar, se prohibía a AT&T tomar parte en cualquier negocio que no fuera el de portador de servicios de comunicaciones, así como a Western Electric la fabricación de equipos diferentes a los utilizados por el Bell System. Por último, se requería a los demandados a otorgar licencia de sus patentes, a cambio del pago de los correspondientes *royalties* a todos los que solicitasen ese otorgamiento.¹⁷

Desde la aprobación judicial del Decreto en 1956 y hasta 1981, se plantearon casi únicamente problemas en cuanto a las disposiciones relativas a la licencia de patentes.¹⁸ No obstante, en noviembre de 1974 el Gobierno entabló una acción antitrust independiente contra AT&T, Western Electric y Bell Telephone Laboratories, en cuyo escrito de demanda se alegaba el monopolio por parte de esas empresas

14. *Report of the Antitrust Subcommittee of the House Committee on the Judiciary on the Consent Decree Program of the Department of Justice*, 86th. Cong., 1st. Sess., January 30, 1959.

15. Dicha actividad de presión se centró en el Departamento de Defensa de los Estados Unidos, sirviéndose AT&T del argumento de que la separación entre ella y la Western Electric pondría en peligro ciertos importantes proyectos de defensa e iría en contra del interés nacional, razones esgrimidas, por cierto, en una carta de julio de 1956 enviada por el secretario de Defensa Charles E. Wilson al fiscal general Brownell, y redactada por la propia compañía. Quiere ello decir que no sólo la estrategia para paralizar el proceso judicial se centró en cuestiones relativas a la defensa, sino que la compañía tenía poderosos aliados dentro del propio Departamento de Defensa de los Estados Unidos. La carta se encuentra incluida en el informe del Antitrust Subcommittee.

16. *United States v. Western Electric Co.*, Civil Action núm. 17-49 (Tribunal de Distrito del Distrito de Nueva Jersey).

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

18. Durante los años sesenta y setenta, Microwave Communications, Inc., y otras compañías intentaron abrir la competencia con AT&T en larga distancia y otras parcelas del negocio. Sus esfuerzos se tradujeron en la interposición de una serie de acciones antitrust en los que se acusaba a AT&T y sus subsidiarias de obstruir ilícitamente la competencia: *Bendix Aviation Corp. v. FCC*, 272 F. 2d 533 (DC Cir. 1959), *Carterphone v. American Tel. & Tel. Co.*, 13 FCC, 2d 571 (1968), *Establishment of Policies and Procedures for Consideration of Applications to Provide Specialized Common Carrier Servs.*, 24 FCC 2d 318 (1970), *MCI Telecommunications Corp. v. FCC*, 561 F. 2d

de una amplia gama de servicios de telecomunicaciones y equipamientos de telecomunicaciones, en violación de la sección segunda de la *Sherman Act*. El Gobierno perseguía con este pleito, aparte de la separación y disolución de la Western Electric, la separación entre AT&T y las veintidós Bell Operating Companies, comúnmente conocidas como BOCs, la mayor parte de las cuales eran propiedad de AT&T.¹⁹ Esta nueva acción antitrust sería el germen del *Modified Final Judgement*, que sustituyó al *Final Judgement* de 1956.

3.2. *El Modified Final Judgement*

Los avances en el litigio planteado por el Gobierno en 1974 no fueron significativos hasta 1978. En septiembre de ese año el Tribunal de Distrito del Distrito de Columbia dictó una sentencia en el seno de un proceso estipulatorio,²⁰ cuya finalidad era la coordinación de las pruebas y la definición de los problemas que se habían planteado hasta el momento con la finalidad de dinamizar el ya viejo proceso de ruptura del monopolio.

La vista del pleito interpuesto en 1974 comenzó por fin, después de numerosos procedimientos prejudiciales, pruebas y negociaciones fallidas, en el Tribunal de Distrito del Distrito de Columbia el 15 de enero de 1981, ante el juez Greene.²¹ Tras un intento inicial de acuerdo entre las partes, la vista se reanudó, pero a principios de enero de 1982, el Tribunal fue avisado de la existencia de un acuerdo, una vez más en forma de propuesta de decreto. Examinemos someramente su contenido.

3.2.1. Las líneas básicas de la propuesta de Decreto

La propuesta de Decreto preveía, en síntesis, las siguientes modificaciones de tipo estructural en el negocio telefónico:²²

1. Separación del sistema Bell —Bell System—²³ de la función de provisión de servicios de telefonía local, a través de la imposición a AT&T de la venta de sus participaciones en las veintidós compañías operadoras de tales servicios.

365 (DC Cir.1977), c. den. 434 US 1040 (1978). Aunque de estas acciones resultaron modestas victorias para los diversos demandantes, lo cierto es que nunca supusieron una amenaza seria para el monopolio de AT&T. *Vid.* Hughes, Miles W.: «Telecommunications reform and the death of the local exchange monopoly», *Florida State University Law Review*, núm. 24. 1996, pág. 179-216 (pág. 183-184).

19. La función de las BOCs era en ese momento proporcionar los medios para prestar el servicio de telefonía local —servicio portador—, así como proporcionar a sus clientes el acceso a la red para servicios de telecomunicaciones, tanto locales cuanto de larga distancia. Su ámbito podía comprender varios estados, uno sólo, o incluso un área metropolitana.

20. *United States of America v. American Telephone & Telegraph Company, Western Electric Co., Inc., Bell Telephone Laboratories, Inc., Defendants* (461 F. Supp. 1314, 1978).

21. Para hacerse una idea de la magnitud que entonces había alcanzado el caso, conviene destacar que en esas fechas, es decir, inmediatamente antes de que se aprobase el definitivo *Consent Decree*, los autos ocupaban un volumen de unas 24.000 páginas (*Vid.* 552 F. Supp. 131).

22. Sección I de la propuesta de *Consent Decree*.

23. Se conoce como *Bell System* al conjunto de operaciones combinadas de AT&T. Lo sectores más importantes en los que la corporación desplegaba sus actividades antes del *Consent Decree* de 1982

2. Cambio del ámbito geográfico de operatividad de esas compañías, sobre la base de la adopción de una nueva unidad territorial de prestación de servicios de telefonía local: la *exchange unit*, «que será lo suficientemente grande como para comprender áreas contiguas que tuviesen en común características sociales y económicas pero no lo suficientemente grande como para malograr el intento del Decreto de separar la provisión de servicios interlocales de la provisión de servicios locales». ²⁴

3. Establecimiento de cuatro principios generales en cuanto a la configuración de las compañías operadoras de las que AT&T se veía obligada a desprenderse. Así, AT&T sería obligada a dotar a esas compañías del suficiente personal, medios, sistemas y derechos sobre la información de tipo técnico para prestar los correspondientes servicios de acceso que se preveían en la propuesta de decreto, señaladamente los que excedían el ámbito puramente local. Hasta septiembre de 1987, AT&T, Western Electric y Bell Laboratories tendrían que prestar con criterios de preferencia a las compañías escindidas todos los servicios, y en concreto los de investigación, desarrollo y manufactura, necesarios para permitirles cumplir con el nuevo rol que les otorgaría el *Consent decree*.

Estos cambios de tipo estructural se complementaban en la sección II de la propuesta con una diversidad de restricciones a la actividad de las compañías llamadas a la escisión. Tales restricciones perseguían dos finalidades diferentes. Por una parte, evitar que las compañías que pasarían a ser independientes discriminasen en su actividad a los competidores de su antigua compañía madre, AT&T. Para ello se requería a las compañías escindidas que los servicios de intercambio que tendrían que prestar a todas las empresas operadoras de servicios de larga distancia —tanto AT&T cuanto sus competidoras— fuesen iguales en calidad y precio. Igualmente, se proscribía cualquier discriminación por medio de especificaciones técnicas.

Por otra parte, otro orden de restricciones prohibía la entrada de las compañías en parcelas del negocio de las telecomunicaciones ajenas a la prestación de los propios servicios para evitar que, a través de su control en el intercambio de tales servicios, obtuviesen una posición privilegiada en esos mercados anexos, tales como la manufactura de equipos o los servicios de información.

eran: servicios de larga distancia, a cargo de la Long Lines Division; redes locales de comunicación, a cargo de las Bell Operating Companies (BOCs); y fabricación y arrendamiento de equipos de telecomunicaciones, actividad prácticamente monopolizada por 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, pág. 646-694 (pág. 655).

24. Vid. 552 F. Supp. 131, pág. 141. Por lo tanto, dentro de cada *exchange area* la correspondiente compañía originaría la llamada, prestaría el servicio portador y recibiría la llamada. Entre diferentes *exchange areas*, el establecimiento de la comunicación y su recepción correspondería a las respectivas compañías operadoras del servicio local, mientras que el servicio portador sería prestado por AT&T y las otras compañías de larga distancia —*interexchange carriers*—, como MCI y Southern Pacific.

Por último, el acuerdo preveía la revocación del *Final Judgement* de enero de 1956, eliminando las restricciones impuestas a AT&T en su virtud.²⁵

Pues bien, la propuesta de acuerdo cuyas líneas básicas se acaban de exponer fue objeto de la correspondiente tramitación para su aprobación judicial, de acuerdo con la *Tunney Act*.²⁶ Esta Ley define las líneas maestras para la solución de pleitos civiles antitrust por medio de acuerdos vía *consent decrees*, exigiendo que el correspondiente Tribunal de Distrito determine antes de la aprobación definitiva del Decreto si el acuerdo propuesto es conforme al interés público, concepto que la Ley no define, dejando la determinación de lo que sea en manos de los jueces, que tienen que actualizar su contenido en cada caso y a la luz de las finalidades de la legislación antitrust.²⁷ Con la finalidad, por lo tanto, de que los jueces se conviertan en guardianes de ese interés público al determinar la validez del acuerdo, la Ley los dota de amplios poderes en orden a la obtención de la información necesaria para examinar convenientemente cada caso.²⁸ No obstante, a día de hoy aún no está claro hasta dónde deben llegar los jueces en esa fiscalización casuística, de acuerdo con la *Tunney Act*, para comprobar la adecuación del acuerdo al interés público.²⁹

Tras ser modificada por el juez Greene y negociada durante dos años,³⁰ la propuesta de acuerdo, una vez que el juez concluyó que se adecuaba al interés público, fue aprobada con el nombre de *Modified Final Judgement* —MFJ.³¹

3.2.2. El contenido del acuerdo aprobado judicialmente

Aparte de revocar el *Final Judgement* de 24 de enero de 1956, el acuerdo aprobado mediante el MFJ abarcaba los siguientes aspectos:

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

26. *Antitrust Procedures and Penalties Act*, más conocida como *Tunney Act*, codificada en 15 U.S.C. s16.

27. «Al aprobar la *Tunney Act* —dice la Sentencia que estamos estudiando—, el Congreso buscaba asegurar que el empleo de *consent decrees* por parte del Departamento de Justicia de los Estados Unidos fomentaría completamente las finalidades de las leyes antitrust y promovería la confianza pública en su justa ejecución» (552 F. Supp. 131, pág. 149).

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

29. *Vid.* Pribis, 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, pág. 715-745 (pág. 722). Precisamente en el caso que es objeto de nuestra atención, la aplicación de la Ley *Tunney* fue puesta en tela de juicio, pues tanto demandantes como demandados alegaban que la Ley se aplicaba a los casos de nueva aprobación de *consent decrees*, pero no a los de modificación de otros anteriores, como el presente, que sería una modificación del Decreto de 1956 (*vid.* 552 F. Supp. 131, pág. 144 y ss.). El Tribunal, no obstante, sostuvo la aplicabilidad de la *Tunney Act* tanto si se trataba de modificar el Decreto de 1956 cuanto si se trataba de aprobar uno nuevo, calificando la argumentación de las partes «de la manera más caritativa» como «poco ingeniosa» (*sic*). Nótese que la cuestión es de la máxima importancia práctica, pues la aplicación de la *Tunney Act* implica la determinación prácticamente autónoma por parte del Tribunal de lo que sea el interés público que haya de servir como parámetro de validez del *Consent Decree*.

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

31. El MFJ no tenía, no obstante, vocación de permanencia indefinida, pues el Tribunal retenía expresamente la jurisdicción sobre el mismo para modificarlo, así como para hacer cumplir sus disposiciones o para castigar su incumplimiento. *Vid.* 552 F. Supp. 131, pág. 232.

1. La separación entre AT&T y las veintidós compañías telefónicas locales —BOCs, *Bell Operating Companies*, subespecie de las LECs, *Local Exchange Carriers*— hasta entonces de su propiedad, con la obligación para estas últimas de reagruparse en siete holdings regionales —RBOCs— antes de enero de 1984.

2. Las BOCs eran autorizadas a prestar sus servicios dentro de las 161 áreas locales y de servicio —LATAs, *local access transport areas*— de nueva creación.³² El servicio entre esas áreas —*inter-LATA service*— sería prestado por portadores de larga distancia —AT&T y cualquier nuevo competidor—. Por lo tanto, a las BOCs les quedaba vedada la participación en el negocio de los servicios de larga distancia, por el peligro que podría suponer el que hicieran uso de las mismas técnicas hasta entonces empleadas por AT&T para restringir la competencia.

3. AT&T permitiría el acceso a su red a otros portadores de servicios y proveedores de información en condiciones de igualdad en cuanto a calidad, tipo y precio.

4. Ni las 22 BOCs ni las respectivas RBOCs podrían fabricar equipamiento, ni discriminar en su compra.

5. AT&T se quedaría con Bell Laboratories y Western Electric.

6. Las RBOCs tendrían el control de las páginas amarillas, esto es, de los directorios telefónicos con publicidad.

7. Las RBOCs también se quedarían con los derechos de marca de «Bell», teniendo sólo AT&T en relación con su propiedad en Bell Labs.

8. Las RBOCs quedaban autorizadas a participar en parcelas del negocio de las telecomunicaciones en régimen de competencia no regulada, siempre que el Tribunal concluyese que en tales parcelas no podrían ejercer su poder de monopolio. En principio, pues, la actividad de las RBOCs quedaba limitada a los servicios de comunicaciones dentro del territorio de su correspondiente LATA, y a otros servicios de menor importancia directamente relacionados con ese servicio principal, como el aludido de las páginas amarillas. Les quedaba prohibida, sin embargo, la provisión de servicios de información.

9. AT&T quedaba autorizada a prestar servicios de información —con la excepción de las publicaciones electrónicas, dado su nivel de desarrollo aún en fase inicial y el consiguiente peligro de que AT&T dominase el mercado—³³ y a participar en parcelas del negocio no reguladas, entre las que destacaba la informática y los mercados con ella relacionados, con la excepción apuntada de los servicios de publicación electrónica. A las BOCs les quedaba vedada, como hemos visto, la participación en los servicios de información.

32. Las LATAs definen el territorio en el que sólo un operador local puede operar. *Vid. United States v. Western Electric Co., Inc.*, 559 F. Supp. 990 (DDC, 1983).

33. Es decir, se distinguía entre la transmisión de la información generada por otros proveedores, a lo cual quedaba autorizada la compañía, y la generación de la misma, en la que se le prohibía participar por los peligros que, dado el desarrollo embrionario del mercado, podría ello acarrear desde el punto de vista de la primera enmienda constitucional. La generación de información le quedaba vedada a AT&T hasta que el juez Greene determinase que en esa parcela del mercado había suficiente competencia como para no ser susceptible de ser monopolizada. *Vid. 552 F. Supp. 131*, pág. 224.

Separación, pues, de las compañías operadoras locales, con restricción a los servicios que podrían prestar por su posición de monopolio en su ámbito físico de actividad, y reagrupación de las mismas en *holdings* regionales. Cambios que se impusieron sobre la base de una situación de dominio del mercado por parte de AT&T que impedía la existencia de competencia. El juez Greene concluyó que la clave para la existencia de tal dominio residía en el control en exclusiva por parte de las BOCs de la telefonía local: la red portadora de los servicios telefónicos locales operaba a la postre como un «cuello de botella» —*bottleneck*—, dada su complejidad técnica, para la interconexión de los usuarios, pues era el único medio por el cual un portador de servicios de telecomunicación podía prestar sus servicios, y estaba férreamente controlada por AT&T, que utilizaba este control para perjudicar a sus competidores.³⁴

Cambios importantísimos en la organización de la telefonía que reclaman ahora una valoración de sus efectos. Nos interesa, sin embargo, incidir antes en el tema de la determinación por parte del Tribunal del interés público. Como ya se ha dicho, la *Tunney Act* situaba al interés público como parámetro de valoración de los *consent decrees*, permitiendo —o, mejor, exigiendo— la concreción de lo que fuese ese interés público por parte del Tribunal y para cada caso concreto. Facultades judiciales de fiscalización, por lo demás, muy discutidas en cuanto a su ámbito y extensión. La determinación del contenido del interés público reviste singular importancia en este caso. Veamos por qué y cómo se llevó a cabo.

3.3. *La concreción del interés público como parámetro de validez del acuerdo en el caso AT&T*

El caso AT&T supone un antes y un después en la fiscalización de los *consent decrees*. Conviene recordar la razón de ser del método de examen diseñado por la Ley Tunney. Lo relata la propia Sentencia: los legisladores se dieron cuenta de que hasta ese momento el control de los *consent decrees* había quedado casi en exclusiva en manos del Departamento de Justicia de los Estados Unidos —una de las partes del acuerdo—, con una mínima intervención del poder judicial, lo cual había provocado un excesivo secretismo en todo el proceso, con la consiguiente falta de confianza popular en los decretos por consentimiento.³⁵ Por otra parte, y junto a los problemas que se acaban de apuntar, también era consciente el legislador de que en muchas ocasiones los *consent decrees* habían fallado en cuanto a su resultado, dado el poder de las partes implicadas en los mismos —«*the "great influence and economic power" wielded by antitrust violators*».

Para resolver ambos problemas, la *Tunney Act* instrumentó un sistema que, por una parte, trataba de superar el secretismo, a través, entre otras cosas, de la apertura al público de los términos de los decretos propuestos a través de una fase de infor-

34. A través del control de la red de telefonía local, AT&T perjudicaba a sus potenciales competidores principalmente mediante dos tipos de prácticas: situándolos en una posición de desventaja frente a los mismos servicios ofrecidos por la propia corporación —servicios de larga distancia y de provisión de equipamiento— y financiando sus actividades en esos dos campos a través de los beneficios obtenidos con el monopolio en el servicio local. *Vid.* 552 F. Supp. 131, pág. 223.

35. *Vid.*, en este sentido, el *Report of the Antitrust Subcommittee (...)*, cit., pág. 25.

mación pública y la subsiguiente admisión de comentarios del público a los mismos; y, por otra parte, trataba de superar la anterior aprobación judicial cuasi automática de los mismos —«*judicial rubber-stamping*», según expresión harto repetida—, a través de la exigencia de una determinación judicial explícita y caso por caso de que cada decreto se adecuaba al interés público.

Determinación judicial, pues, caso por caso, de la adecuación del acuerdo al interés público. Pero también determinación autónoma de lo que fuese ese interés público en cada asunto concreto, limitándose la Ley sólo a proveer algunos criterios que el Tribunal ha de tomar en consideración en su labor de concreción.³⁶

En este marco legal, el Tribunal llegó a varias conclusiones interesantes que la condujeron a la determinación en el caso del interés público. En primer lugar, el decreto por consentimiento, cuya principal función era la de abrir un mercado hasta el momento cerrado a la competencia a través de la violación de la normativa anti-trust, también tendría que velar por el futuro: que la solución que aportase no fuese insuficiente en orden a la prevención pro futuro de comportamientos anticompetitivos.

En segundo lugar, aunque las cuestiones relativas a la competencia estaban obviamente en el epicentro de los *consent decrees* como instrumento de solución de controversias, también se tenían que tener en cuenta otros factores relevantes, tal que la solución que finalmente se adoptase fuese la más respetuosa con otras políticas públicas diferentes a la competencia.

En tercer lugar, el órgano judicial ponderó el grado de fiscalización al que tenía que llegar al juzgar el Decreto, concluyendo que, si bien la fiscalización de un *consent decree* no permitía un examen del mismo tan amplio como el que reclamaría en un juicio de responsabilidad, tampoco podía ser reducida a un mero requisito de forma, so pena de que el decreto por consentimiento «en la práctica [fuese] eliminado como herramienta de control antitrust». ³⁷ Además, a juicio del Tribunal, en el caso presente concurrían dos factores que reclamaban una fiscalización especialmente amplia del acuerdo que se proponía: por una parte, concurría el hecho de que AT&T era en ese momento la corporación más grande del mundo —«*the largest corporation in the world by any reckoning*»—, por lo cual la aprobación definitiva del acuerdo propuesto tendría consecuencias importantes para un ingente número de accionistas, usuarios, trabajadores, acreedores y competidores, hecho indudablemente relevante de cara a la determinación del parámetro de fiscalización de la operación —el interés público.³⁸

36. *Vid.* 15 U.S.C., sec. 16 (e).

37. En general, *vid.* 552 F. Supp. 131, pág. 147-153 (el entrecomillado está en la página 151).

38. Los ingresos totales del sistema Bell en 1979 ascendieron a unos 45 billones de dólares, con unas ganancias de 5,6 billones, mientras que en 1980 los ingresos se elevaron a 50 billones y las ganancias, a cinco. En ambos casos, las sumas representaban un dos por ciento del producto interior bruto de los Estados Unidos. La red de telefonía de AT&T estaba valorada en 1979 en 99,3 billones de dólares y la corporación empleaba a un millón de personas, lo cual la convertía en la primera en cuanto al número de empleados tras la propia Administración. *Vid.* 552 F. Supp. 131, pág. 152. (Téngase en cuenta que cuando se habla en Estados Unidos de un billón de dólares ello equivale a mil millones de dólares; en todo caso, las cifras son ciertamente impresionantes: traducidas en pesetas, sumando los ingresos que tuvo AT&T en los dos ejercicios reseñados, el montante asciende más o menos al de los presupuestos generales del Estado español de cualquier año de la segunda mitad de los noventa.)

En segundo término, y frente al argumento entonces usualmente utilizado por los detractores de una fiscalización judicial exhaustiva de los *consent decrees* de que los tribunales no solían disponer de toda la información necesaria para llevar a cabo tal cometido, en el caso AT&T se había acumulado a lo largo de los años de proceso una ingente cantidad de información que permitía desarrollar esa labor. Por ambas razones, el Tribunal consideró apropiado realizar un estudio a fondo de las circunstancias y los hechos que concurrían en el acuerdo propuesto, necesaria además en su opinión si se tomaba en consideración la poca colaboración que a lo largo de los años había recibido la justicia por parte de la corporación y del propio Departamento de Defensa de los Estados Unidos, lo cual no creaba precisamente un clima favorable a la confianza en cuanto al acuerdo alcanzado.

Pues bien, sobre la base de todas estas premisas, el Tribunal determinó el parámetro del interés público que sería utilizado para enjuiciar el acuerdo, estableciendo que:

«Después de sopesar debidamente las decisiones de las partes tal y como se encuentran plasmadas en el decreto propuesto, el Tribunal intentará armonizar los valores competitivos con otros intereses públicos legítimos. *Si el decreto satisface las exigencias necesarias para un remedio antitrust —esto es, si abre efectivamente los mercados relevantes a la competencia y previene la reaparición de actividades anticompetitivas, todo ello sin imponer cargas indebidas e innecesarias sobre otros aspectos de interés público— será aprobado. Si el decreto propuesto no encaja en este estándar, el Tribunal seguirá la práctica aplicada en otros casos de la Tunney Act y, como requisito previo a su aprobación, requerirá modificaciones que reconducirían el decreto al estándar del interés público tal y como ha sido definido más arriba.*»³⁹ (La cursiva es nuestra.)

Dos notas destacan en la noción de interés público adoptada por el Tribunal para acometer ese proceso de fiscalización especialmente intenso del Decreto: en primer lugar, la noción de interés público se refiere directamente al ámbito económico: al interés general en la existencia de competencia, aunque dejando a salvo la protección de otros eventuales intereses ajenos al principal e igualmente relevantes desde el punto de vista de lo público. En segundo lugar, el interés público concretado como interés en la existencia de competencia opera no sólo en el momento de aprobación del Decreto —acuerdo para la apertura del mercado—, sino también pro futuro, exigiendo que ese acuerdo garantice la creación de las condiciones necesarias que permitan el mantenimiento de un régimen de libre competencia en el sector.

El estándar de fiscalización diseñado por el Tribunal resulta de especial interés, pues no parece en principio difícil extrapolarlo a casos similares, incluso en otros sistemas jurídicos. En este sentido, piénsese que las conclusiones a que llega el Tribunal son elementales desde el punto de vista de una posible noción abstracta de la competencia en el mercado: sea en Estados Unidos, sea en otro estado, cualquier decisión legal, judicial o extrajudicial, que tenga por finalidad la apertura a la libre competencia de una parcela de la actividad hasta ese momento gestionada en régimen de monopolio, ha de tomar en consideración los tres factores que el Tribunal norteamericano incluye en la noción de interés público: instauración de la libre inicia-

39. Vid. 552 F. Supp. 131, pág. 152.

tiva económica en el mercado de que se trate, con el diseño paralelo de las medidas tendentes a evitar que la competencia no se convierta en algo ilusorio —medidas de defensa de la competencia—, y todo ello tomando en consideración otros intereses públicos concurrentes en cada caso.

4. Los efectos del *Modified Final Judgement*

Pues bien, una vez relatados los cambios que supuso la aprobación del MFJ, así como examinado el parámetro de fiscalización utilizado por el Tribunal para sopesar la admisibilidad del acuerdo inicialmente propuesto por las partes, procede ahora valorar los efectos del MFJ. Si el interés público en la existencia de una mayor competencia en el mercado fue el dato que sirvió al Tribunal para ponderar la aprobación o no del acuerdo, parece oportuno recurrir al mismo criterio ahora: hay que preguntarse acerca de los efectos del Decreto desde el punto de vista de la competencia.

Friedrich considera, a nuestro juicio acertadamente, que el paso de una industria totalmente monopolizada a una industria competitiva en los servicios de larga distancia y de equipamientos y monopolizada en los servicios locales implantó una situación sustancialmente mejor a la existente con anterioridad desde el punto de vista de la competencia, aunque sin conseguir una situación óptima, dada la no liberalización de la telefonía local.⁴⁰ Situación sustancialmente mejor, pues, desde el punto de vista de la competencia, que se materializó muy señaladamente en la actividad relativa a la provisión de servicios de larga distancia, en la cual la introducción de competencia ha resultado a la postre muy positiva.

En efecto, antes del 1 de enero de 1984, el día en el que por fin fue efectivo el contenido del MFJ, AT&T había frustrado los intentos de la competencia de tomar parte con éxito en los mercados de servicios de larga distancia y equipamiento de telecomunicaciones,⁴¹ dificultando los intentos de los competidores de acceder a las

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

41. Por lo que respecta al mercado de fabricación de equipos, AT&T había asentado su monopolio antes del MFJ sobre la base de incentivos para disuadir a sus clientes de la compra de equipos fabricados por la competencia. La compañía mantenía estrictas restricciones a la conexión de equipos no fabricados por sus filiales con la excusa de proteger la red frente a aparatos defectuosos o no estandarizados. Esas restricciones no permitían la conexión a la red si no era a través de los denominados *protective connecting arrangements* —PCAs—, cuya exigencia fue atacada directamente en el MFJ. *Vid.* Friedrich, Robert B., *op. cit.*, pág. 658. Tras la aprobación del MFJ, los avances en capacidad y efectividad del equipamiento de telefonía han sido incuestionables. Si bien la mejora de la tecnología ha jugado aquí el papel más importante, hay que destacar el papel que ha jugado el MFJ en cuanto instrumento que, a través de las disposiciones relativas a la introducción de una competencia efectiva en el mercado de equipamientos, ha permitido una penetración más rápida de esos avances en el mercado de la telefonía. El monopolio del sector de los equipos había sido formalmente eliminado por la FCC en 1976, pero sólo a partir de la aprobación del MFJ se dieron las condiciones de mercado necesarias para la existencia de verdadera competencia. En este sentido, *vid.* Temin, Peter, y Webin, Joseph: «The Modification of Final Judgement: its logic and echoes», *University of Florida Journal of Law and Public Policy*, núm. 8, 1997, pág. 201-217 (pág. 214). Aunque estos autores reconocen que en conjunto se puede hablar de una reducción sustancial del precio de los servicios tras el MFJ, hacen hincapié en que en esa reducción genérica tuvo mucho que

redes locales. Así, y por lo que respecta a los servicios de larga distancia, a los abonados a otras compañías se les exigía marcar muchos más números para acceder a la red que a los abonados a los servicios de larga distancia de AT&T. Otra práctica habitual de la compañía era negar a los abonados de la competencia la prestación de determinados servicios locales especializados. Todo ello aparte de la financiación de la división de servicios de larga distancia de AT&T a través de ingresos provenientes de los servicios locales.⁴²

Pues bien, partiendo de esta situación tan patética desde el punto de vista de la competencia, la aplicación del MFJ ha variado sustancialmente el panorama. En los servicios de larga distancia, la batalla por la cuota de mercado entre AT&T, MCI, Sprint y casi cinco centenares más de compañías ha reportado a lo largo de estos años beneficios incuestionables para los consumidores.⁴³ El más destacable ha sido el descenso sustancial de las tarifas, que ha sido cifrado en un 40 % en la década posterior a la aprobación del Decreto,⁴⁴ así como el aumento sustancial del consumo de servicios telefónicos de larga distancia.

Otro orden de beneficios, de tipo tecnológico, se ha derivado de la introducción de la competencia en el mercado de larga distancia. Así, las compañías operadoras de esos servicios han invertido desde la aprobación del Decreto billones de dólares en la instalación de redes de fibra óptica y tecnología digital, a través de las cuales pueden transportarse imágenes, sonido o datos a gran velocidad y con gran calidad de recepción.⁴⁵

Una apertura limitada a la competencia como la que se instrumentó con el MFJ permitió, por otra parte, mantener las funciones de servicio universal, uno de los propósitos centrales de la regulación de las telecomunicaciones en Estados Unidos, junto a la protección de los consumidores.⁴⁶ Dato, a nuestro juicio, importante, pues la protección de la competencia como interés público, y según la construcción jurisprudencial del Tribunal que aprobó el MFJ, no podría dejar de lado la de

ver la de las cuotas de acceso que las compañías operadoras del servicio de larga distancia tenían que pagar a las operadoras locales.

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

43. La competencia en los servicios de larga distancia se estimuló con posterioridad a la aprobación del Decreto a través de subsidios a los nuevos competidores, de tal forma que la cuota que tendrían que pagar por la parte de sus servicios correspondiente a las operaciones de ámbito local les era sustancialmente rebajada, incluso por debajo de su coste. *Vid.* Temin, P., y Webin, J., *op. cit.*, pág. 215.

44. En este sentido, Hugues, Miles W., *op. cit.*, pág. 191. También Pantoja, Joseph A.: «Desirable economic cooperation among high-technology industries: a look at telephone and cable», *Columbia Business Law Review*, 1994, pág. 651. El senador Baker, no obstante, incrementa ese porcentaje hasta el 70 % en la época inmediatamente posterior a la aprobación del Decreto (cit. por Hugues, nota 94). Temin y Webin, no obstante, señalan que las reducciones sustantivas de precios en el servicio de larga distancia han sido para grandes consumidores, mientras que la competencia por el mercado de los usuarios domésticos se ha instrumentado a través de planes de precios innovadores, más que por medio de reducciones sustanciales de tarifas. *Vid.* Temin, P., y Webin, J., *op. cit.*, pág. 214.

45. Hugues, Miles W., *op. cit.*, pág. 192. Señala el autor que los consumidores se ven beneficiados por estas innovaciones tecnológicas porque «pavimentan el camino hacia una superautopista de la información sin límites de velocidad».

46. Hugues, Miles W., *op. cit.*, pág. 197-198. Las diversas regulaciones —estatales y federales— aplicables a las telecomunicaciones disponían la garantía del servicio universal a través del subsidio de los servicios locales provistos en áreas rurales o económicamente deprimidas.

otros intereses públicos concurrentes, entre los cuales destaca el que los usuarios reciban un nivel de servicios mínimo a un precio razonable con independencia de su localización geográfica.

Pues bien, si los efectos del MFJ fueron positivos en cuanto a la introducción de competencia, sobre todo en el mercado de servicios telefónicos de larga distancia, diversos factores provocaron que, con el paso de los años, el contenido del acuerdo empezase a alejarse cada vez más de las necesidades impuestas por la evolución del sector. A continuación se analizan esos nuevos factores que, a la postre, condujeron a una auténtica revolución legislativa en 1996.

5. La obsolescencia del MFJ: los factores de cambio

Parece difícilmente discutible que la evolución tecnológica ha tenido mucho que ver en la sustitución de un marco normativo que, aunque profundamente reformado, databa de hace sesenta años. Pero no se pueden despreciar otros factores, inherentes al propio contenido del MFJ, que han jugado un papel de primera magnitud en pos del cambio.

El primero de ellos es el hecho de que el MFJ no tenía vocación de permanencia, sino que preveía una revisión cada tres años en la que las RBOCs podrían pedir al Tribunal modificaciones en las restricciones negociales a las que en principio quedaban sometidas.⁴⁷ Las modificaciones resultantes de esas revisiones, una degradación de la competencia en los servicios de larga distancia, y la propia evolución tecnológica son, en nuestra opinión, los tres factores que más activamente influyeron en la obsolescencia del marco legal diseñado a principios de los ochenta. Dejando ahora de lado el tema de la evolución de la tecnología aplicable a la telefonía, veamos por separado los otros dos factores que se han reseñado, directamente relacionados con el contenido del acuerdo de 1984.

5.1. *Las revisiones del MFJ: la modificación de las restricciones a las RBOCs*

Como hemos visto con anterioridad, el MFJ vedó la entrada de las RBOCs en tres parcelas del negocio de las telecomunicaciones: la provisión de servicios de larga distancia, la fabricación de equipamientos telefónicos y el suministro de servicios de información. Estas restricciones se fundamentaban en el temor de que las compañías, que a partir de la aprobación del Decreto ostentarían un monopolio en el mercado de servicios de telefonía local, podrían alcanzar una posición privilegiada en esas tres parcelas valiéndose de su hegemonía en el ámbito local. Por primera vez en un caso en el que se trataba la cuestión de la regulación de las compañías telefónicas, el juez Greene utilizó en su argumentación la primera enmienda constitucional.⁴⁸

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

48. El juez fundamentó las restricciones a las compañías telefónicas en la protección de los derechos de los ciudadanos derivados de la primera enmienda: «Para determinar si el Decreto que se propone se adecua al interés público, el Tribunal debe tener en cuenta los efectos del Decreto en otras políticas

En todo caso, el contenido del MFJ, como también hemos apuntado, no tenía vocación de permanencia ilimitada. Así, con respecto a estas restricciones, el juez Greene ya vislumbró que, con el paso del tiempo, las operadoras locales dejarían de ser potencialmente peligrosas para la competencia en esos mercados.⁴⁹ En consecuencia con esta previsión, dispuso que tales prohibiciones podrían ser levantadas si las compañías demostraban que su participación en un determinado mercado no supondría un peligro sustancial para la competencia por mor de su monopolio en los servicios locales.⁵⁰ Para revisar el contenido del acuerdo con esta finalidad, se establecía una revisión del mismo cada tres años.

El empeño de las RBOCs en la supresión de esas restricciones inicialmente impuestas por el MFJ —«casi desde antes de que se secase la tinta del Decreto», en palabras del juez Greene—,⁵¹ se tradujo en una sucesión de litigios acerca de la interpretación del acuerdo durante la década de los ochenta, en la que se vieron involucrados las RBOCs, AT&T y el Departamento de Justicia de los Estados Unidos.⁵² En la primera revisión del acuerdo, en 1987, el juez Greene modificó la restricción a la prestación de servicios de información por parte de las RBOCs, permitiéndoles a partir de entonces la transmisión de información no generada por ellas mismas.⁵³ Las compañías regionales tuvieron, sin embargo, que esperar hasta 1991

públicas, como el principio de diversidad en la difusión de información al público americano derivado de la primera enmienda», 552 F. Supp. 131, pág. 184. En la valoración de si el acuerdo era conforme al interés público se tenía que tomar en consideración, pues, su impacto en la primera enmienda constitucional, conclusión que se reitera en la primera revisión del Decreto en 1987 —673 F. Supp. 525—. Algún autor ha criticado esta utilización de la primera enmienda, por considerar inadecuado que solamente se tuvieran en cuenta los derechos de los receptores de la información, dejando de lado los derechos de los emitenes derivados de la primera enmienda. En este sentido, Cate considera que el juez Greene erró al concluir que el mercado de la telefonía compartía las mismas características que el espectro radioeléctrico utilizado por los medios de comunicación audiovisuales, con la consecuencia de la aplicación a las operadoras de telefonía de restricciones similares a las motivadas por la escasez de frecuencias en el espectro. No obstante, la lectura que Cate hace de la cuestión parece mordaz, pues evidentemente existe una relación clara entre la situación *de facto* que se provoca por la escasez del espectro radioeléctrico y la de la entrada en un mercado competitivo de una compañía que ostenta una posición monopolística en un mercado regulado y tecnológicamente afin a aquél en el que pretende participar. En el primer caso, la escasez de frecuencias reclama especiales cautelas en la atribución de las mismas para que no acaben todas en las mismas manos; en el segundo, la empresa operadora del monopolio en el mercado afin puede utilizar diversas vías para eliminar la competencia; con lo cual, en uno y otro caso, el resultado sería que desaparecería cualquier atisbo de competencia en el mercado, y si se trata de medios de comunicación, cualquier indicio de pluralidad de emitenes, con el consiguiente peligro para el pluralismo y, por lo tanto, para los derechos de los receptores de la información derivados de la primera enmienda constitucional. *Vid.* Cate, Fred H.: «Telephone companies, the First Amendment, and technological convergence», *DePaul Law Review*, núm. 45, 1996, pág. 1035-1065 (pág. 1042-1045).

49. *Vid.* 552 F. Supp. 131, pág. 194.

50. *Vid.* 552 F. Supp. 131, pág. 231.

51. *United States of America v. Western Electric Company, Inc.*, 673 F. Supp. 525, pág. 601.

52. Spulber, Daniel F.: «Deregulating communications», *Yale Journal on Regulation*, núm. 12, 1995, pág. 25-67 (pág. 27).

53. El juez Greene mantuvo la prohibición en cuanto a la prestación de servicios de información generados por las propias RBOCs partiendo de la premisa de que si éstas podían vender información en régimen de competencia con otros proveedores, «su control sobre las redes, esencial para la distribución de esa información, les daría la misma capacidad para discriminar a los competidores que tenían en re-

para que esa restricción fuese totalmente abolida, permitiéndose a las RBOCs la prestación de servicios de información en régimen de libre competencia.⁵⁴

Mención aparte merece el papel de las compañías locales y los *holdings* regionales en el mercado de la televisión por cable. En principio, la eliminación de las restricciones a la prestación de servicios de información les permitía entrar en ese mercado, vetado para ellas por el MFJ, salvo en lo referido al transporte a través de sus líneas de la señal de otros operadores de cable. Pero la *Cable Act* de 1984 les seguía impidiendo la programación de televisión por cable dentro de sus respectivas áreas de prestación de servicios de telefonía.⁵⁵ No obstante, estas previsiones de la *Cable Act* fueron atacadas con éxito ante los tribunales, que declararon finalmente su incompatibilidad con la primera enmienda constitucional, permitiéndose desde entonces a las compañías locales la entrada en el mercado de la programación de televisión por cable dentro de su respectiva área de servicio telefónico.⁵⁶

lación con el intercambio de servicios y la manufactura de equipamientos de telecomunicaciones». Ello no podía significar, no obstante, que los consumidores se viesen privados de las ventajas derivadas de los avances de la tecnología, que permitían en ese momento la transmisión instantánea de información por medio de la red telefónica. El Tribunal concluyó, consecuentemente, la necesidad de conciliar dos intereses aparentemente opuestos, cuales eran la prevención de la monopolización de los servicios de información y la mayor disponibilidad posible de esos servicios por parte del público, para lo cual optó por la opción de permitir a las compañías locales la transmisión de servicios de información no generados por ellas mismas. Decisión que, en opinión del juez Greene, se adecuaba a los objetivos del MFJ, tal y como en su momento habían sido formulados: establecimiento de competencia, mantenimiento del servicio universal y fomento de la innovación tecnológica en el sector de las telecomunicaciones. *Vid.* 673 F. Supp. 525, pág. 600-603. En 1988 —caso *United States of America v. Western Electric Company, Inc.*, 714 F. Supp. 1—, el Tribunal especificó los servicios que se entendían incluidos en el ámbito del permiso para la transmisión de información otorgado en el año anterior, y entre los que se incluían los de almacenamiento de voz, transmisión de datos, conversión de protocolos o servicios de correo electrónico (*vid.* pág. 23 de la Sentencia).

54. *United States of America v. Western Electric Co.*, 767 F. Supp. 308 (DDC 1991). Como ha señalado Pribis, el veto inicial a la participación de las compañías en tal actividad se basaba sobre todo en la incertidumbre que en 1984 existía sobre el futuro desarrollo de un mercado totalmente nuevo como ése. La prohibición era, pues, más preventiva que remedial. *Vid.* Pribis, *William B.*, *op. cit.*, pág. 724.

55. La Ley de 1984 no hizo más que codificar una norma de la FCC que databa de 1970, la cual prohibía a las compañías telefónicas locales la provisión de programación de vídeo al público en su área de servicio telefónico, bien directa o indirectamente —47 CFR sec. 68.54 (a) (1990)—. También se prohibía a las compañías locales la provisión de «canales de comunicaciones o tendidos de líneas, u otros acuerdos de arrendamiento» a cualquier filial propia para proveer programación de vídeo al público —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, pág. 97-150 (pág. 104).

56. El Tribunal Supremo determinó que la programación de vídeo constituía una forma de expresión protegible por la primera enmienda: «La televisión por cable provee a sus abonados de noticias, información y entretenimiento. Está comprometida con el "discurso" bajo la primera enmienda, y es, desde el punto de vista de su funcionamiento, parte de la "prensa" —*Leathers v. Medlock*, 499 US 439 (1991), pág. 440, caso en el que se analizaba un problema relativo a la imposición aplicable a los servicios de televisión por cable—. La inconstitucionalidad de la Sección 533 (b) de la *Cable Act* fue declarada por la Sentencia *Chesapeake & Potomac Tel. Co. v. United States*, 830 F. Supp. 909 (1993), en la que el Tribunal concluyó que la mencionada sección de la Ley menoscababa los derechos de las compañías telefónicas derivados de la primera enmienda, al excluirlas de la actividad de radiodifusión por cable. El caso se había planteado por el intento de una compañía telefónica —*Chesapeake &*

Si la restricción a la prestación de servicios de información, incluidos los servicios de programación de televisión por cable, fue finalmente abolida, permanecieron vigentes, sin embargo, las prohibiciones a las RBOCs relativas a la fabricación de equipamientos y a la prestación de servicios de larga distancia entre una y otra área de servicio —LATA—.⁵⁷ El MFJ preveía, como hemos dicho, que las restricciones pudiesen ser levantadas si las compañías demostraban que no podrían utilizar su posición monopolística en el mercado de servicios locales para falsear la competencia en la parcela de negocio en que pretendieran entrar, pero lo cierto es que en la práctica el Tribunal exigió más requisitos para permitirles expandir sus líneas de actividad, tomando en consideración, por ejemplo, «los principios y propósitos fundamentales del Decreto», expresión que, como es evidente, permitió al Tribunal una fiscalización en términos amplios de los efectos potenciales del levantamiento de las prohibiciones.⁵⁸

La no eliminación de ese doble orden de prohibiciones a las RBOCs abrió un debate en la doctrina estadounidense que se prolongó hasta la promulgación de la Ley de 1996. El MFJ, sus conclusiones, eran ya puestas en entredicho sin tapujos por aplazar sin razón la introducción de competencia. Cuatro eran los argumentos, según Spulber, usualmente utilizados por los defensores del mantenimiento de las

Potomac Tel. Co.— de obtener una licencia de televisión por cable que le permitiese competir con el operador de cable entonces existente en Alexandria (Virginia). El Tribunal aplicó un nivel intermedio de fiscalización de la sección de la Ley con respecto a la primera enmienda, según el cual la disposición, para ser considerada como adecuada a la Constitución, tiene que ceñirse estrictamente a los intereses del Gobierno y dejar libres un amplio número de canales alternativos para la comunicación. El Tribunal dictaminó, en esencia, que si bien la Sección 533 (b) de la *Cable Act* dejaba abiertos esos canales, no se adecuaba, sin embargo, a los intereses perseguidos por el Gobierno con su promulgación, que eran la promoción de la competencia en la industria de la programación y la pluralidad en la propiedad de los medios de comunicación. En concreto, concluyó que la normativa, lejos de promover la competencia en la industria de programación de video, la reducía. Sobre esta decisión, *vid. Pribis, William B., op. cit.*, pág. 731-732.

57. La separación entre servicios de telefonía local y de larga distancia permaneció inalterada hasta la entrada en vigor de la nueva Ley. No obstante, hay que dejar constancia de que el propio juez Greene aprobó con ligeras modificaciones la fusión entre GTE —operadora local— y Sprint —operadora de larga distancia— plasmada en un *consent decree*. Concluyó el juez que tanto el MFJ cuanto el acuerdo de fusión entre las dos compañías servían a un interés común: el de evitar que las compañías locales, prevaliéndose de su posición monopolística, impidiesen la competencia en mercados en los que ésta era factible desde el punto de vista tecnológico. Sobre cómo la fusión redundaría en beneficio de la competencia, el juez concluyó que el apoyo financiero de GTE consolidaría a Sprint como un competidor real en el mercado de larga distancia frente a AT&T, compañía que aún ostentaba una posición de claro dominio en tal mercado. *Vid. United States of America v. GTE Corporation*, 603 F. Supp. 730 (1984), pág. 752-753.

58. *United States v. Western Electric Co.*, 592 F. Supp. 846 (1984). Para facilitar el proceso de decisión acerca del levantamiento de las restricciones, el Tribunal estableció unas líneas generales de fiscalización. Cuatro cautelas eran consideradas necesarias para que se considerase que la entrada de la compañía en un nuevo mercado respetaba los objetivos del Decreto: 1. El establecimiento de filiales separadas para operar en la nueva línea de negocio. 2. Financiación independiente de la actividad por parte de la filial sin posibilidad de recurrir a los recursos de la BOC en caso de dificultades. 3. El acuerdo de que las previsiones de fiscalización del MFJ se aplicarían a las actividades competitivas en las que se pretendiese entrar. 4. Y, por fin, que los beneficios estimados de las actividades propuestas no superasen el 10 % de los beneficios estimados totales de la BOC. *Vid. 592 F. Supp. 846*, pág. 870-872. *Vid. también Friedrich, Robert B., op. cit.*, pág. 661.

restricciones en la prestación de servicios de larga distancia y fabricación de equipos: que las restricciones estaban justificadas en la medida en que las empresas agrupadas en las RBOCs ostentaban un monopolio en el ámbito local por utilizar una tecnología que tenía las características de un monopolio natural; que esas empresas eran beneficiarias de barreras de entrada al mercado en el que operaban; que podrían influir en los mercados en los que entrasen a través de su monopolio en el ámbito local; y, finalmente, que podrían subsidiar sus actividades en esos otros mercados con ingresos derivados del servicio local que prestaban.⁵⁹

Esos cuatro argumentos han sido rebatidos, como se ha dicho, hasta la promulgación de la nueva Ley. Sin pretensión de exhaustividad, podemos tomar como referencia el trabajo en el que Spulber pone en entredicho la justificación del mantenimiento de las restricciones, basándose en varias razones:

- En cuanto al argumento de que el mercado de servicios locales constituye desde el punto de vista tecnológico un monopolio natural, considera Spulber que los avances tecnológicos acaecidos desde la aprobación del MFJ —aparición de nuevas modalidades de transmisión que ya no permiten aislar a una determinada como la mejor de las posibles, posibilidad de interconectar las redes— no permiten que se pueda seguir considerando la actividad como monopolio natural, entendido éste como situación en la que un solo proveedor puede suplir el mercado a un costo menor que una pluralidad de proveedores.
- Por lo que respecta al argumento de la existencia de barreras de entrada al mercado local que permitían el mantenimiento de la posición monopolística de las RBOCs en tal mercado, entendidas como costes de entrada en el mismo, dice Spulber que el argumento deja de ser válido por una doble razón: por los menores costes de explotación que permiten las nuevas tecnologías con respecto a las utilizadas por los operadores existentes, y porque la necesidad de efectuar una gran inversión para entrar en el mercado no supondrá una barrera si la tecnología por la que se opte presenta ventajas sustanciales en cuanto a rendimiento sobre la tecnología empleada por las empresas operadoras del monopolio. Además, el hecho de que la mayoría de las autoridades estatales hubiesen permitido la entrada de operadores del servicio y proveedores de accesos competitivos —CAPs, *competitive access providers*⁶⁰— en régimen de competencia en los mercados definidos por las respectivas áreas de intercambio, estaba generando un efecto opuesto al de las barreras de entrada a los nuevos competidores: la imposición de costes y restricciones a las RBOCs que no operaban respetando a esos nuevos competidores.

59. Spulber, Daniel F., *op. cit.*, pág. 28. Dice el autor que los dos primeros argumentos hacen referencia a las características del mercado de servicios locales, mientras que los dos últimos están relacionados con la predicción de una determinada línea de comportamiento de las empresas en esos mercados competitivos si se les permitiese entrar. Los argumentos expuestos, en todo caso, ya habían sido utilizados por el juez Greene.

60. Señala Spulber que en la mayor parte de las ciudades existía en 1995 una serie de vías alternativas a las de las compañías locales para acceder a la red, tales como dos portadores de servicios celulares y conexiones de fibra óptica provistas por las CAPs. *Vid.* Spulber, *op. cit.*, pág. 40.

- En cuanto a la posibilidad de que las RBOCs utilizaran su posición monopolística en los servicios locales en otros mercados a los que se les permitiese acceder, Spulber concluye la invalidez del argumento por la propia erosión de la posición monopolística de las RBOCs en los mercados locales. Los cambios producidos en el mercado local, con el acceso ya aludido de nuevos operadores al mismo en régimen de competencia y las nuevas vías para acceder a la red, serían en opinión del autor razones suficientes para desterrar este argumento: si ya no hay un monopolio en el ámbito local, las operadoras del servicio no podrán utilizar un poder monopolístico al entrar en otros mercados.
- Por último, Spulber también considera inválido el argumento de la posibilidad de financiación por parte de las RBOCs de su actividad en los nuevos mercados en los que se le permitiese entrar a través de sus ingresos en el mercado de servicios locales, ya que, por una parte, en esos nuevos mercados —servicios de larga distancia inter-LATA y fabricación de equipos— se encontrarían con competidores de suficiente entidad como para no verse afectados por esas prácticas —como el caso de AT&T—, con lo cual su utilización sería fútil; y, por otra, la mencionada introducción de competencia en el ámbito de cada LATA había reducido los beneficios que las RBOCs podrían utilizar para financiar esas actividades.

La posición en el mercado de las telecomunicaciones de las compañías locales y regionales no era, evidentemente, la misma en 1995 que en 1984, tras la aprobación del MFJ. Del análisis de Spulber y, en general, de la literatura sobre la materia, se puede concluir que detrás del cambio, y en último término, estaban los avances tecnológicos.

Baste ahora decir al respecto que los avances de la técnica abrieron nuevas posibilidades de negocio a las compañías locales y regionales, a la vez que dejaron al descubierto las insuficiencias de un sistema —el del MFJ— que se quedaba obsoleto a pasos agigantados. Así, las restricciones a las compañías, en efecto, se relajaron parcialmente, permitiéndoles incluso participar en el negocio de la telefonía celular —una de las dos licencias otorgadas por región fue para la compañía local—⁶¹ o, como ya dijimos, en el de la televisión por cable. Pero la permanencia de la pro-

61. En la telefonía celular no se plantea el problema de que la tecnología utilizada presente los rasgos propios de un monopolio natural, en el sentido de que su implantación exija inversiones tales que no resulte rentable, sino que la posibilidad de desarrollar un mercado competitivo se encuentra limitada por la escasez de frecuencias disponibles dentro de cada área de servicio. En todo caso, es necesario que las redes dispongan de capacidad suficiente como para rentabilizar las inversiones necesarias para su implantación. Por ello, la FCC, responsable del reparto de frecuencias y del establecimiento de las áreas de transmisión, dispuso el otorgamiento de sólo dos licencias dentro de cada área de servicio —SMSA, *standard metropolitan statistical area*—, una de las cuales era para la respectiva BOC y otra se otorgaba por sorteo entre portadores de servicios inalámbricos —RCC, *radio common carriers*— que presentasen una propuesta viable de construcción de una red celular en el área de que se tratase. Por razones técnicas —necesidad de garantizar la continuidad geográfica del servicio—, el territorio de las SMSAs establecidas por la FCC no coincide en todos los casos con el respectivo territorio LATA, diseñado en función de la provisión del servicio básico de telefonía local. *Vid.* Friedrich, Robert B., *op. cit.*, pág. 662-666.

hibición relativa a la entrada en el mercado de larga distancia o a la conclusión de alianzas estratégicas con operadores de ese servicio se hizo demasiado pesada en un contexto de globalización de las telecomunicaciones, al igual que la imposibilidad de combinar en régimen de plena libertad de acción empresarial servicios telefónicos y servicios de televisión por cable bajo el manto de una misma estructura.⁶²

El mercado de servicios locales se estaba reestructurando, con el progresivo debilitamiento del monopolio por la entrada, como ya vimos, de nuevos operadores en la mayor parte de los estados. Sin embargo, la permanencia de las restricciones a las RBOCs y BOCs no permitía la paralela reestructuración de las mismas. El acuerdo de 1984 ya no respondía a un equilibrio de intereses, y su cambio empezaba a hacerse imprescindible.

5.2. *La degradación de la competencia en los servicios de larga distancia*

La aprobación del MFJ supuso la efectiva introducción de la competencia en el mercado de larga distancia. No obstante, la doctrina ha comenzado a poner en tela de juicio la persistencia de esa situación de competencia, llegando incluso algún autor a afirmar que el mercado de servicios de larga distancia se encuentra en estos momentos bajo el dominio de hecho de un oligopolio.⁶³

El papel que ha venido desempeñando AT&T en este mercado, en el que aproximadamente ostenta en la actualidad una cuota del 60 %, ⁶⁴ no está ni mucho menos claro. Recientes estudios económicos llegan a conclusiones opuestas en cuanto a si la compañía dispone o no de un poder suficiente en el mercado como para influir en el precio de los servicios.⁶⁵ No parece descabellada la interpretación que Montanye hace del papel que ha venido desempeñando AT&T desde la aprobación del MFJ, y que explicaría un fenómeno tan extraño como el del descenso de la cuota de mercado de la compañía desde un inicial 90 % hasta el 60 % y su posterior estabilización en esa cifra.

Según este autor, y dicho con pocas palabras, AT&T ha venido manejando el mercado a su antojo desde 1984. Tras la aprobación del MFJ, pocos eran los que apostaban por una competencia viable en el servicio de telecomunicaciones de larga

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

63. Hugues, Miles W., *op. cit.*, pág. 191.

64. MCI tiene una cuota de mercado del 20 %, Sprint del 10 y el resto de las compañías otro 10 en conjunto. *Vid.* Montanye, James: «Market power to do what? The case of AT&T», *Fortnightly*, vol. 135, núm. 14. 1997, pág. 22-25.

65. Resulta particularmente interesante el trabajo de Kahai, Kaserman y Mayo, en el que se analiza si AT&T ostenta una posición de dominio en el mercado a través del empleo de técnicas de econometría, en vez de la valoración tradicional hecha desde la perspectiva de la normativa antitrust. Los autores describen precisamente las disfunciones que se producen a través de esta aproximación tradicional al problema, y que se pueden resumir en la consecución de resultados diferentes según el peso específico que se otorgue a cada elemento que haya de ser valorado —por ejemplo, cuota de mercado, condiciones de entrada, etc.—. Concluyen, en cualquier caso, que AT&T ostenta un significativo poder en el mercado de servicios de larga distancia. *Vid.* Kahai, Simran, Kaserman, David L., y 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, pág. 499-515.

distancia, dada la cuota inicial de mercado de la que partía AT&T —el 90 %—. La estrategia de la compañía habría consistido, según Montanye, en reducir artificialmente a partir de 1984 su cuota de mercado hasta el 60 %, nivel en el cual los peligros inherentes a la consideración del negocio como un monopolio —alto índice de litigiosidad, regulaciones restrictivas de la actividad— habrían desaparecido. Ello explicaría que, al contrario de lo que ocurrió en Estados Unidos tras la liberalización del sector aéreo, no se hubiese producido una guerra fratricida de tarifas en el mercado de servicios de larga distancia.⁶⁶

Lo cierto es que, más allá de los métodos que se utilicen para analizar la posición en el mercado de AT&T, parece que la sombra de la compañía sigue siendo alargada. No se puede afirmar con rotundidad que la competencia haya reordenado por sí sola el mercado tras su apertura. De hecho, el ciudadano norteamericano de a pie sigue aún hoy extrañado de la actitud de AT&T tras la liberalización: simplemente, sus precios eran más altos que los de la competencia. Eso, hasta que alcanzó ese umbral de mercado del 60 %, momento en el que volvió a competir para estabilizar su cuota de mercado.

Una de las quejas de los consumidores tras la liberalización fue precisamente el precio de los servicios. Paradójicamente, la desregulación no se tradujo al principio en una mejora de los precios, y por otra parte empeoró la calidad de los servicios.⁶⁷ Ello motivó la promulgación por el Congreso de la *Telephone Operator Consumer Services Act* de 1990. Se ha dicho que el incremento de la competencia en el mercado de larga distancia, con el importante aumento del número de operadores del servicio, había entorpecido la labor gubernamental de protección de los consumidores frente a las compañías que actuaban de manera confusa o corrupta. A día de hoy aún se discute cuál es la mejor vía para proteger a los consumidores frente a los abusos de la compañías.⁶⁸

Parece difícil poder afirmar que el nivel de competencia sea óptimo en un mercado que ofrece amplias posibilidades de abuso a los consumidores por parte de las firmas que operan en él, o que permite a una compañía manejar a su antojo los precios de los servicios para variar o para estabilizar su cuota de mercado.

La situación competitiva en el mercado de larga distancia, en definitiva, podía mejorar. Lo discutible es si se había degradado o si, simplemente, nunca había llegado a constituir el principio rector de ese mercado.

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

67. Téngase en cuenta que, aparte del poder de mercado que pudo ejercer AT&T para manipular el precio de los servicios de larga distancia, los servicios locales han sido históricamente financiados a través de las tarifas de larga distancia, las cuales, a pesar de la posibilidad de bajar gracias al menor coste de los servicios por los avances de la tecnología, se han mantenido artificialmente altas.

68. En efecto, frente a la FCC, que sostiene que la mejor solución para los problemas de protección de los consumidores frente a los abusos de las compañías la ha de aportar el mercado —la competencia—, el Congreso se inclina por la vuelta a la regulación de algunos aspectos, como las tarifas. *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, pág. 383-388.

6. Epílogo: sobre las enseñanzas que puede proporcionar la experiencia norteamericana

Hasta aquí, lo referido a más de un siglo de telefonía en los Estados Unidos. Abundan hoy en la literatura jurídica norteamericana, e incluso en la europea o en la española, excelentes trabajos sobre la *Telecommunications Act* de 1996.⁶⁹ Nos ha parecido, sin embargo, que también puede resultar ilustrativo mirar hacia atrás e indagar en el proceso que ha conducido en esas fechas tan recientes a la implantación de un mercado de las telecomunicaciones plenamente competitivo.

Después de hacerlo, y una vez más, nos hemos dado cuenta de que las preconcepciones teóricas no son buenas compañeras de viaje. No se puede por menos que reconocer que, con sus altibajos, con sus luces y sombras, el proceso de liberalización de las telecomunicaciones, y en concreto de la telefonía, en los Estados Unidos, ha sido lento y complicado, pero sobre todo cauteloso y meditado. En la mentalidad del juez Greene, padre del MFJ, no dejaron de estar presentes los peligros que para la existencia real de competencia se derivarían de permitir a un monstruo empresarial como AT&T entrar en cualquier parcela del mercado de las telecomunicaciones después de ostentar una posición monopolística durante tantos años en el mercado de servicios telefónicos. Amenazas para la competencia y, en definitiva, para la libertad, que a día de hoy vuelven a estar sobre el tapete tras la recentísima decisión del juez Jackson en el caso Microsoft.

Por otra parte, el MFJ es una buena muestra de los compromisos a los que desde el inicio de la liberalización de las telecomunicaciones en Europa, muchos años después que en Estados Unidos, tienen que intentar llegar legisladores y jueces: introducción de competencia, pero también preocupación por otros factores tales como la no discriminación en el acceso a los servicios o el mantenimiento de un mercado libre de ideas —de hecho, en el MFJ se invoca la primera enmienda constitucional en relación con la actividad telefónica por vez primera—. En el MFJ se utiliza un concepto de competencia que no se limita a los aspectos económicos, sino que toma en consideración la dimensión político-social de la propia competencia. La cuestión de si la competencia debe o no limitarse a su dimensión económica es una discusión casi permanente en la doctrina norteamericana. Así, parece oportuno destacar que nos hemos encontrado con valoraciones doctrinales muy duras del MFJ desde el punto de vista de la competencia.⁷⁰

69. Entre nosotros, *vid.*, por todos, Muñoz Machado, Santiago: *Servicio público y mercado*, Civitas, 1998, vol. II, pág. 148 a 157. Destaca también el excelente trabajo de Peña, Pedro J.: «Desregulación y competencia en la Ley de Telecomunicaciones norteamericana de 1996», *Revista de Administración Pública*, núm. 141, 1996, pág. 337-375. *Vid.* también Medina Ors, Guillermo: «Régimen jurídico de las telecomunicaciones en los Estados Unidos», en la obra colectiva *Derecho de las Telecomunicaciones*, La Ley, Madrid, 1997, pág. 1163-1201. En la misma obra colectiva, *vid.* T. Barton Carter: «La regulación de las nuevas tecnologías de la información en los Estados Unidos», pág. 1203-1216.

70. Entre las cuales destaca la de Chen, que considera que desde el mismo momento de su aprobación, «el MFJ estaba plagado de contradicciones internas. Representaba una extraña e incoherente mezcla de la Escuela de Chicago y una visión populista del antitrust como una panacea política», conclusión a la que llega el aludido autor analizando las partes de la decisión judicial en las que el juez Greene impone restricciones a la actividad de las BOCs en función del mantenimiento del pluralismo o de la independencia del poder político. *Vid.* Chen, Jim: «The legal process and political economy of telecommunications reform», *Columbia Law Review*, mayo de 1997, pág. 835-873 (pág. 852-885).

Prescindiendo ahora del tema del contenido del derecho de la competencia, y por lo tanto de valorar buena parte de las cautelas adoptadas por el juez Greene, lo que es indudable es que un proceso de liberalización tan dilatado, en el que se han gastado tantas energías por parte de políticos, empresarios y juristas, ha permitido adoptar posiciones más reflexivas.

En el seno de la Unión Europea se plantean ahora estos mismos retos. De momento, el punto de partida ya no es el mismo. Quizás convendría, y nos quedamos con esta reflexión, plantearse si ciertas voces liberalizadoras, que patrocinan con entusiasmo el paso de los monopolios estatales sobre los servicios de telefonía a la libre competencia sin solución de continuidad, no pueden derivar a la postre en la adopción de decisiones equivocadas por poco meditadas. Que los que abogan por este paso del monopolio estatal a la plena competencia no pongan como ejemplo, en cualquier caso, el modelo norteamericano, fraguado a lo largo de muchos años de reflexión y negociación, y durante los cuales nunca se perdió de vista el horizonte definido por el interés público en la provisión universal de servicios de telefonía a precios razonables.