

BREVES ANOTACIONES SOBRE LA INFLUENCIA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA LIBERALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN REDES

por José Sebastián KURLAT AIMAR

Doctor en Derecho – Universidades de Buenos Aires y Paris 1 Panthéon-Sorbonne

- Resumen -

El derecho de la Unión Europea desempeñó un rol fundamental en lo respectivo a la institucionalización de las autoridades de regulación nacionales en el campo de los servicios públicos en red, favoreciendo la liberalización de ciertos sectores económicos a través de la imposición de reglas favorables al desarrollo de la competencia. ¿En qué medida el derecho de la Unión influyó efectivamente la arquitectura institucional de las autoridades de regulación sectoriales en los Estados miembros? Para responder a esta pregunta, conviene precisar cuáles son las reglas del derecho de la organización de integración acogidas en derechos nacionales que configuraron el paisaje actual de las autoridades de regulación. Dicho de otra manera, se trata de analizar lo que el derecho de la Unión impone en este campo forzando a los Estados miembros a brindar una respuesta satisfactoria a tales imperativos.

- Abstract -

The European Union law played a fundamental role in the institutionalization of the national regulatory authorities on the field of networked public services, favoring the liberalization of certain economic sectors through the imposition of competition-oriented rules. To what extent did the Union law effectively influenced the institutional architecture of the sectoral regulatory authorities in the member States? In order to answer this question, it is convenient to specify which are the rules of the law of integration organization, incorporated on the national laws that shaped the current scenery of the regulatory authorities. In other words, it is about analyzing what the Union law establishes on this field, forcing the member States to provide a satisfactory response in front of such impositions.

- SUMARIO -

§ INTRODUCCIÓN. § I.- LOS MECANISMOS FAVORECIENDO LA COMPETENCIA A.- La prohibición del cúmulo de funciones. B.- La obligación de permitir el acceso a las redes. § II.- LA CONDENA DE LOS COMPORTAMIENTOS ANTICOMPETITIVOS. A.- La prohibición de acuerdos anticompetitivos. B.- La prohibición del abuso de posición dominante. § CONCLUSIÓN

Palabras Clave: Regulación sectorial – Unión Europea – Redes - Competencia

Key words: Sectoral Regulation - European Union - Networks - Competition

BREVES ANOTACIONES SOBRE LA INFLUENCIA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA LIBERALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN REDES

§ INTRODUCCIÓN

01. La idea de un « Estado regulador » hace referencia al modelo de Estado que sucedió al « Estado prestador » en materia de servicios públicos en red. Este último se caracterizaba por una intervención sostenida en la economía. El nuevo rol de las potestades públicas sería únicamente el de asegurar el equilibrio económico a través de la imposición de las « reglas del juego ». Según Jacques CHEVALLIER, el Estado regulador puede ser entendido, en efecto, en calidad de árbitro del juego económico ⁽¹⁾. La regulación aparece así como una nueva función del Estado contemporáneo tendiente al correcto funcionamiento de un sistema organizado. Ella da testimonio de un nuevo paradigma del rol de las personas públicas ⁽²⁾.

1 V. CHEVALLIER, J., « L'Etat régulateur » [El Estado regulador] in : LOMBARD, M. (dir.), *Régulation économique et démocratie* [Regulación económica y democracia], París : Dalloz, 2006, p. 30.

2 « Aparecido en el siglo XVIII en las ciencias técnicas (máquina de Watt) y posteriormente en el siglo XIX en fisiología (Claude Bernard), el concepto conoció, luego de la segunda guerra mundial, una difusión espectacular en las ciencias sociales. Primero bajo la influencia del desarrollo de la cibernética y, luego, en el marco de la teoría general de los sistemas. Todo sistema organizado, conformado por una totalidad de elementos interdependientes e interactuantes se encontraría, en efecto, confrontado permanentemente a ciertos factores de desequilibrio e inestabilidad provenientes de su entorno. La regulación comprende la totalidad de procesos mediante los que los sistemas tienden a mantener su « estado estacionario » anulando los efectos de las perturbaciones exteriores ». Cf. CHEVALLIER, J., « De quelques usages du concept de régulation » [Sobre algunos usos del concepto de regulación] in : MIAILLE, M. (dir.), *La régulation entre droit et politique* [La regulación entre el derecho y la política], París : L'Harmattan, col. Logiques juridiques, 1995, pp. 73-74.

02. Esta función de árbitro de la economía no significa un abandono absoluto de toda intervención estatal: la regulación se aplica en campos en los que el equilibrio económico no puede lograrse por las solas fuerzas del mercado. La función regulatoria requiere así cierta presencia pública en la economía destinada a imponer y hacer respetar las normas a los operadores de manera permanente y eficiente. Ello requiere la indispensable exterioridad del regulador: la regulación necesita y es posible gracias a ella. El margen de maniobra del regulador se inscribe, pues, en una lógica de acción intermedia; entre la filosofía del *laisser-faire*, que concibe al mercado como garante único del equilibrio económico deseable, y la doctrina intervencionista que defiende la prestación directa de los servicios públicos por el Estado.

03. Las autoridades de regulación que encuadran las actividades sectoriales en Europa fueron erigidas, en dicho contexto, porque la capacidad y la experticia de las estructuras administrativas clásicas fueron seriamente cuestionadas. Este proceso dinámico y constante de regulación demanda la puesta en práctica de mecanismos jurídicos flexibles, aptos a operar ante cambios de circunstancias ⁽³⁾. Es la búsqueda del equilibrio en el funcionamiento del sistema económico la característica saliente del orden jurídico regulador a nivel europeo ⁽⁴⁾.

04. Efectivamente, el derecho de la Unión Europea desempeñó un rol fundamental en lo respectivo a la institucionalización de las autoridades de regulación nacionales en el campo de los servicios públicos en redes ⁽⁵⁾, favoreciendo la liberalización de ciertos sectores

3 V. TIMSIT, G., « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation » [Los dos cuerpos del derecho. Ensayo sobre la noción de regulación], *RFAP*, n° 78, abril-junio de 1996, p. 382.

4 V. FRISON-ROCHE, M.-A., « Droit économique, concentration capitalistique et marché » [Derecho económico, concentración capitalista y mercado] in : FRISON-ROCHE, M.-A. et al., *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard FARJAT* [Filosofía del derecho y derecho económico. ¿Qué diálogo? Obra colectiva en honor a Gérard FARJAT], París : Éditions Frison-Roche, 1999, p. 401.

5 El art. 5 bis de la directiva n° 97/51 CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 6 de octubre de 1997, *JOUE* n° L 295 del 29 de octubre de 1997, p. 23, establece que la autoridad reglamentaria nacional (ARN) debe ser « [...] jurídicamente distinta y funcionalmente independiente de todos los organismos sirviendo las redes, utilizando equipos o brindando servicios de telecomunicaciones [...] los Estados miembros que conservan la propiedad o, más largamente, el control de los organismos sirviendo las redes y/o prestando servicios de telecomunicaciones garantizan una real separación estructural entre las funciones de reglamentación y las actividades ligadas a la propiedad y al control ». Comunicación del 20 de octubre de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el rol central y el estado actual de la transposición de la directiva n° 90/388/CEE en el campo de la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones, COM (95) 113 final del 4 de abril de 1995, pp. 24-25, *JOUE*, n° C 275/2 del 20 de octubre de 1995, p. 10: « [...] la atribución de funciones de reglamentación a una entidad independiente de ministerio concernido (salvo para el control de sus cuentas y de la legalidad de sus decisiones) en el caso en que tal ministerio sea accionario único o dominante del operador o cuando una participación importante del Estado en el operador siga vigente ». « La filosofía general es que los

económicos a través de la imposición de pautas favorables al desarrollo de la competencia ⁽⁶⁾.
¿En qué medida el orden jurídico de la Unión influyó efectivamente la arquitectura institucional de las autoridades de regulación sectoriales en los Estados miembros?

05. Para responder a esta pregunta, conviene precisar cuáles son las reglas propias al ordenamiento de la organización de integración acogidas en los derechos nacionales que configuraron el paisaje actual de las autoridades de regulación. Dicho de otra manera, se trata de analizar lo que el derecho de la Unión impone en este campo forzando a los Estados miembros a brindar una respuesta satisfactoria a tales imperativos.

06. Los mecanismos favoreciendo la competencia (I) y los dispositivos condenando los comportamientos anticompetitivos (II) constituyen los dos principales pilares del derecho supranacional que valorizan una lógica competitiva.

§ I.- LOS MECANISMOS FAVORECIENDO LA COMPETENCIA

07. La prohibición del cúmulo de funciones (A) y la obligación de permitir el acceso a las redes (B) son los mecanismos previstos en el derecho de la Unión para estimular la competencia.

A.- La prohibición del cúmulo de funciones

08. A título preliminar, notemos que aunque la política económica no pertenece en principio a las competencias de la Unión, la misma sancionó ciertas reglas favorables a las libertades económicas. Tal normativa influyó notablemente los derechos nacionales ⁽⁷⁾. El modelo monopolístico de compraventa de los servicios públicos en red a cargo de un

reguladores deberían igualmente estar « a distancia » del gobierno. Sin embargo, el único argumento intelectualmente sólido en este sentido es la propiedad pública, es decir, el hecho de que uno de los operadores (sujeto a la regulación) quede en posesión del Estado ». Cf. VERONE, F., « Libéralisation, privatisation et régulation des services publics : état des lieux au sein de l'Union européenne » [Liberalización, privatización y regulación de los servicios públicos. Estado de situación en el seno de la Unión Europea] in : PAULIAT, H. (dir.), *Services publics, concurrence, régulation : le grand bouleversement en Europe ?* [Servicios públicos, competencia, regulación: ¿El gran cambio de paradigma en Europa?], Limoges : PULIM, 2008, p. 43. La independencia de las autoridades reglamentarias nacionales es así la principal preocupación del derecho europeo en este campo.

6 V. HUBRENTCHT, H., *Droit public économique* [Derecho público económico], París : Dalloz, 1997, pp. 177-182.

7 El art. 120 del TFUE prevé únicamente que los Estados miembros deben tender en su política económica a contribuir a los objetivos de la Unión. « Los tratados fundadores instituyen, sobre todo, las grandes libertades económicas destinadas a asegurar un mercado común y es esencialmente a partir de la interpretación efectuada de tales libertades que la Unión ejercerá su coacción liberal sobre las medidas de política económica tomadas por los Estados ». Cf. NICINSKI, S., *Droit public des affaires* [Derecho público de los negocios], 2da ed., París : Montchrestien, 2010, p. 27.

operador histórico (⁸) fue reorientado hacia una participación creciente de operadores privados que se acompañó de la instauración de mecanismos de regulación independientes al mismo tiempo *vis-à-vis* de los operadores clásicos y de las personas públicas (⁹).

09. La interdicción del cúmulo de funciones resulta de la prohibición del abuso de posición dominante prevista en art. 102 del TFUE (¹⁰). La preservación de una competencia libre y no falseada impone una separación entre la misión de servicio público y la de su reglamentación o especificación técnica. El artículo 7 de la directiva « *Servicios de telecomunicaciones* » del 28 de junio de 1990 (¹¹) exige de los Estados miembros que « [...]

8 « Los monopolios de explotación se justifican más por la voluntad de procurar a todos los actores, en posición de usuarios, condiciones y posibilidades iguales en la competición económica que por una voluntad intervencionista. La definición de misiones de interés general llevadas a cabo por regímenes liberalizados no se construye contra el mercado y la iniciativa privada sino al servicio de los mismos ». Cf. MARGAIRAZ, D., « Service public » [Servicio público] *in* : STANZIANI, A. (dir.), *Dictionnaire historique de l'économie-droit* [Diccionario histórico jurídico-económico], París : L.G.D.J., 2007, p. 245; « [...] debemos visualizar una multiplicidad de factores que demuestran toda cierta « crisis del Estado » manifestándose en « crisis del Estado providente ». Cf. PISIER, E., « Vous avez dit indépendantes ? Réflexions sur les A.A.I. » [¿Usted ha dicho independientes? Reflexiones sobre las A.A.I.], *Pouvoirs*, n° 46, 1988, p. 74.

9 V. GENTOT, M., « Marchés et autorités administratives indépendantes » [Mercados y autoridades administrativas independientes], *LPA*, n° 185 (2001), p. 10. El *Libro blanco* de la Comisión Europea del 12 de mayo de 2004 menciona nueve objetivos comunitarios en la materia: acrecentar la transparencia; asegurar la seguridad jurídica; permitir a los poderes públicos situarse próximamente a los ciudadanos; respetar la diversidad de los servicios y situaciones; alcanzar los objetivos de servicio público en el seno de mercados abiertos y competitivos; asegurar la cohesión y el acceso universal; mantener un nivel elevado de calidad y seguridad; garantizar los derechos de los consumidores y usuarios; seguir y evaluar el funcionamiento de los servicios. V. BAUBY, P., « Où en est l'Union européenne à l'égard des services publics ? » [¿Dónde estamos en la Unión Europea en materia de servicios públicos?] *in* : PAULIAT, H. (dir.), *Services publics, concurrence, régulation : Le grand bouleversement en Europe ?* [Servicios públicos, competencia, regulación: ¿El gran cambio de paradigma en Europa?], *op. cit.*, pp. 56-58.

10 Art. 106, 3er párrafo TFUE. CJUE, 6 de julio de 1982, *aff. conjuntos n° 188 à 190/80*, « *République française, République italienne, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c/ Commission* », rec. p. 2545, punto n° 14: « [...] que la eventual reglamentación dictada por el Consejo, en aplicación de un poder general que él detenta en virtud de otros artículos del Tratado, e implicando disposiciones que tocarían al dominio específico del artículo 90, no obstaculizó el ejercicio de la competencia que este último artículo confiere a la Comisión »; CJUE, 30 de junio de 1988, *aff. n° C-226/87*, « *Commission c/ République hellénique* », rec. p. 3623, punto n° 11: « [...] las directivas y decisiones alcanzadas por esta disposición del Tratado pertenecen a la categoría general de directivas y decisiones previstas en el artículo 189 del Tratado CE ». « [...] el reconocimiento a la Comisión de tal poder se muestra igualmente indispensable para permitirle cumplir la misión que le otorgan los artículos 95 a 93 del Tratado y tender a la aplicación de reglas de competencia contribuyendo así al establecimiento de un régimen de competencia no falseada en el mercado común en el sentido del artículo 3 f del Tratado. En efecto, la Comisión se encontraría imposibilitada de satisfacer enteramente su misión si la misma pudiese sancionar únicamente los comportamientos anticompetenciales de las empresas en virtud del poder decisional de que ha sido investida por el Consejo bajo fundamento en el artículo 90, párrafo 3, del Tratado contra los Estados miembros que dicten o mantengan, en lo que concierne a las empresas públicas y las que otorgan derechos especiales o exclusivos, medidas que produzcan un efecto anticompetencial similar ». Cf. CJUE, 12 de febrero de 1992, *aff. conjuntos n° C-48/90 y C-66-90*, « *Royaume des Pays Bas et PTT Nederland & PTT Post c/ Commission* », rec. I, p. 627. V. MALAURIE-VIGNAL, M., *Droit de la concurrence interne et communautaire* [Derecho de la competencia interno y comunitario], 4ta ed., París : Dalloz, 2008, p. 248.

11 Directiva n° 90/388 CEE de la Comisión del 28 de junio de 1990, *JOUE* n° L 192 del 24 de julio de 1990, p. 10.

a partir del 1 de julio de 1991, la concesión de las autorizaciones de explotación, el control de conformidad y de las especificaciones obligatorias, la atribución de las frecuencias y la vigilancia de las condiciones de utilización sean realizados por una entidad independiente de los organismos de telecomunicaciones » (12). En el campo del transporte ferroviario, la directiva del Consejo de la Unión del 29 de julio de 1991 (13) impuso que, por lo menos, se prevea una separación contable de las actividades relativas a la gestión de las infraestructuras ferroviarias. En los términos de dos directivas del Consejo de la Unión dictadas el 18 de junio de 1995 relativas a las licencias de las empresas ferroviarias y a la atribución de capacidades de infraestructuras ferroviarias, dos tipos de autoridades pueden distinguirse: una encargada de la atribución de las licencias y otra del examen de de las capacidades ferroviarias (14). La directiva del 5 de junio de 1992 (15) impone, a su vez, que los órganos reguladores sean « [...] jurídicamente distintos y funcionalmente independientes de los organismos de telecomunicaciones ». La directiva del 19 de diciembre de 1996 relativa al mercado interior de la electricidad (16), la directiva del 15 de diciembre de 1997 versando sobre los servicios postales (17) y la directiva « Gas natural » de 1998 (18) se orientan lógicamente en el mismo sentido (19). Las premisas de este régimen pueden rastrearse en textos anteriores (20).

12 La separación de funciones apareció por primera vez en la directiva « *Terminales de telecomunicaciones* » n° 88/301/CEE de la Comisión del 16 de mayo de 1988 relativa a la competencia en los mercados de terminales de telecomunicaciones, *JOUE* n° L 131 del 27/05/1988, p. 73, punto n° 17 de los motivos: « [...] el control de las especificaciones y de las reglas de conformidad no puede ser confiado a uno de los operadores competidores, en el mercado de terminales, visto el conflicto de intereses evidente; se prevé que los Estados miembros aseguren que la especificación y las reglas de conformidad sean confiadas a una entidad independiente del gestor de la red y de todo otro elemento en competencia sobre el mercado de las terminales ».

13 Directiva « *Terminales y telecomunicaciones* » n° 88/301/CEE, precitada, art. 6, 2do párrafo.

14 Directivas n° 95/18/CE del Consejo del 19 de junio de 1995 y n° 95/19 CE del Consejo del 19 de junio de 1995, *JOUE* n° L 143 del 27 de junio de 1995, pp. 71 y 75.

15 Art. 2, 2do párrafo, directiva n° 92/44/CEE del Consejo del 5 de junio de 1992, *JOUE* n° L 165 del 19/06/1992, p. 27.

16 Directiva n° 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 19 de diciembre de 1996, *JOUE* n° L 027 del 30 de enero de 1997, p. 20, art. 20, 2do párrafo.

17 Directiva n° 97/67/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 15 de diciembre de 1997, *JOUE* n° L 015 del 21 de enero de 1998, p. 14, art. 22.

18 Directiva n° 98/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 22 de junio de 1998, *JOUE* n° L 204 del 21 de julio de 1998, p. 1, art. 21, 2do párrafo.

19 « À partir del momento en que la disciplina europea comandaba que el retiro del Estado se acompañaba del establecimiento de autoridades encargadas de encuadrar la apertura al mercado y velar por el respeto de la libre competencia, la suerte de las A.A.I. francesas estaba definida. Era imposible imaginar su desaparición ». Cf. AUTIN, J.-L., « Les autorités de régulation sont-elles des autorités administratives indépendantes ? » [¿Las autoridades de regulación son autoridades administrativas independientes?] in : RIBOT, C. et al., *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Philippe COLSON* [Obra colectiva en honor del profesor Jean-Philippe COLSON], Grenoble : PUG, 2004, p. 443.

20 Anteriormente, la directiva de la Comisión del 25 de junio de 1980 relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados y el sector público n° 80/723 CEE del 25 de junio de 1980, « *Transparencia en las relaciones financieras* », *JOUE*, n° 1 195 del 29 de julio de 1980, p. 35;

10. Ahora bien, « [...] esta multiplicación de fuentes del derecho y de autores de las normas aplicables creó situaciones jurídicas cada vez más complejas en las que el juez debe aplicar no solamente la legislación nacional sino también combinarla con reglas de origen comunitario o internacional y con las regulaciones provenientes de autoridades administrativas independientes competentes »⁽²¹⁾.

11. A nivel jurisprudencial, el principio de separación entre el regulador y el operador encuentra fundamento en el fallo « *République italienne c/ Commission* »⁽²²⁾ pronunciado en 1985. Posteriormente, el famoso *leading case* de 1991 « *France c/ Commission européenne* »⁽²³⁾ dio nacimiento a la regulación independiente tal y como se la conoce en la actualidad en el derecho de Unión Europea: el conflicto de intereses constituye el principal argumento justificando una regulación independiente⁽²⁴⁾. La Corte de Justicia afirmó, por otra parte, en ocasión del análisis de la directiva « *Terminales* » del 16 de mayo de 1988⁽²⁵⁾ que: « [...] un sistema de competencia no falseada, tal como se encuentra previsto por el Tratado, no puede garantizarse sino cuando la igualdad de oportunidades entre los diferentes operadores económicos se vea asegurada. Confiar a una empresa que

modificada por la directiva n° 85/413 CEE del 24 de julio de 1985, *JOUE* n° L229 del 29 de agosto de 1985, p. 20 y por la directiva n° 93/84 CEE del 30 de septiembre de 1993, *JOUE* n° L n° 254 del 12 de octubre de 1993, p. 16, imponía el respeto de la transparencia de las relaciones financieras con los poderes públicos. La directiva n° 86/361/CEE del Consejo del 2 de julio de 1986, *JOUE* n° L 217 del 05/08/1986, p. 21, art. 7 prevé: « [...] hacer saber a la Comisión la autoridad o las autoridades habilitadas en sus territorios a otorgar las autorizaciones de los equipamientos de terminales ».

21 V. C.E., « La complexité croissante des normes menace l'État de droit » [La complejidad creciente de las normas amenaza el Estado de derecho] in : Consejo de Estado, *Sécurité juridique et complexité du droit* [Seguridad jurídica y complejidad del derecho], informe público 2006, París : La Documentation française, 2006, p. 249.

22 CJUE, 20 de marzo de 1985, aff. n° 41/83, concl. DARMON, rec. 1985, p. 873, *E.L.Rev.*, 1985, p. 457, nota de ROSS, M. El cúmulo de actividades de prestación y reglamentación fue condenado por la Corte, v. motivo n° 20.

23 CJUE, 19 de marzo de 1991, aff. n° C-202/88, rec. 1991, p. I-1223, motivos n° 50 y 52.

24 V. CALVET, H., « Les incidences du droit européen sur la régulation nationale » [Las incidencias del derecho europeo sobre la regulación nacional] in : FRISON-ROCHE, M.-A. (dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation* [Reglas y poderes en los sistemas de regulación], París : Dalloz, 2004, p. 34. En el aff. n° C-69/91, « *Decoster* » del 27 de octubre de 1993, rec. p. I-5335, la CJUE juzgó que: « En lo que concierne a la exigencia de independencia de la entidad encargada de la formalización de las especificaciones, del control de su aplicación y de la autorización, resulta suficiente constatar que direcciones diferentes de una misma administración no podrían ser consideradas independientes una de la otra en el sentido del art. 6 de la directiva ». Cf. motivo n° 16. V. también aff. n° C-92/91, « *Taillandier* » du 27 oct. 1993, rec. p. I-5403, motivo n° 15. « La separación de funciones impone la que las actividades de reglamentación del sector y de verificación de la compatibilidad de los productos y servicios propuestos por los operadores económicos sean efectuadas por una entidad administrativa distinta investida de potestades públicas. Ella no concierne, por el contrario, al cúmulo de calidades, en el operador del servicio público, de prestador del servicio y propietario de una red pública de infraestructura cuyo acceso debe garantizarse a los terceros ». Cf. LE MESTRE, R., *La soumission des secteurs publics nationaux à la dérèglementation communautaire* [La sumisión de los sectores públicos nacionales a la desreglamentación comunitaria] (tesis), Univ. de Nantes, 1998, p. 391.

25 Directiva n° 88/301/CEE de la Comisión del 16 de mayo de 1988, *JOUE*, n° L 131 del 27 de mayo de 1988, p. 73.

comercializa los aparatos de terminales las tareas de formalizar las especificaciones a las que deberán responder tales aparatos, de controlar su aplicación y de autorizar los equipamientos implica conferirle el poder de determinar a su arbitrio cuáles serán los equipos de terminales susceptibles de ligarse a la red pública, otorgándole así una ventaja evidente sobre sus competidores » ⁽²⁶⁾. De la misma manera, en el campo de las telecomunicaciones, el fallo « *RTT* » del 13 de diciembre de 1991 ⁽²⁷⁾ condenó el hecho de que, en Bélgica, el titular de la red pública de comercialización de las terminales pudiera determinar sus especificaciones técnicas. Según Robert KOVAR, « [...] la significación esencial de esta jurisprudencia es la de haber transformado el artículo 90 párrafo 1 en una norma que no se limita más a regular los comportamientos de los Estados en sus relaciones con las empresas investidas de derechos exclusivos sino que toca a la existencia misma de estos derechos » ⁽²⁸⁾. El fallo « *Port de Gênes* » del 10 de diciembre de 1991 ⁽²⁹⁾ precisó, por su parte, que el monopolio devino una situación excepcional, confirmando así una orientación hacia la desregulación.

26 En un primer momento, en el fallo « *Sacchi* » del 30 de abril de 1974 sobre los monopolios de explotación de las emisiones televisivas en Italia, aff. n° 155/73, la Corte consideró que « [...] tal derecho exclusivo no es, en su carácter de tal, incompatible con el tratado, salvo en cuanto este derecho sea ejercido por el monopolio a favor de ciertas operaciones o ciertos operadores económicos ». « [...] la Corte de Justicia juzgó que existe una presunción de legalidad de la existencia de monopolios cuyo comportamiento autónomo no puede ser contrario a las reglas de tratado sobre la competencia ». Cf. SOURLIGAS, G., *L'emprise du droit communautaire sur l'ouverture à la concurrence des entreprises de service public : le cas de l'électricité* [La toma, por parte del derecho comunitario, de la apertura a la competencia de las empresas de servicios públicos: el caso de la electricidad] (tesis), Univ. de Nice-Sophia Antipolis, 2004, p. 31.

27 Aff. n° 18/88, « *Régie du télégraphe et du téléphone* », rec. 1991, p. I-5973, motivo n° 24: « [...] es la extensión del monopolio del establecimiento y de la explotación de la red telefónica en el mercado de aparatos telefónicos, sin justificación objetiva, la que se encuentra prohibida como tal por el artículo 86 o por el artículo 90 párrafo 1, en relación con el artículo 86, cuando esta extensión es el hecho de una medida estatal. La competencia no puede ser eliminada y tampoco puede verse falseada ». En ocasión del fallo « *Lagauche et Evrard* » del 27 de octubre de 1993, aff. conjuntos n° C-46/90 y C-93/91, rec. p. I-5267, la Corte consideró que el poder de autorización no constituía un abuso de posición dominante si la intervención del operador no implica determinar las especificaciones técnicas sino únicamente certificar y autorizar. V. motivos n° 46 a 49. El fallo « *Tranchant* » del 9 de noviembre de 1995, aff. n° 91/94, rec. p. I-3911, D. 1996, jur., pp. 1-2, nota de FOURGOUX, J.-C., juzgó que la intervención del Laboratorio de Pruebas y de Autorizaciones (LEA), el único reconocido por la administración francesa para evaluar la conformidad de los aparatos de terminales a las especificaciones técnicas dependientes del Centro Nacional de Estudios de Telecomunicaciones (CENT), no era independiente con respecto a France Télécom, de conformidad con los términos del artículo 6 de la directiva n° 88/301. V. motivo n° 22.

28 Cf. KOVAR, R., « La « peau de chagrin », ou comment le droit communautaire opère la réduction des monopoles publics » [La piel de “chagrin” o cómo el derecho comunitario opera la reducción de los monopolios públicos], *Europa*, julio de 1992, p. 2.

29 Aff. n° C-179/90, rec. p. I-5889. Una reglamentación italiana había otorgado a una empresa el derecho exclusivo de organizar las operaciones portuarias. La empresa se encontraba obligada a servirse de una compañía compuesta exclusivamente de trabajadores nacionales. Motivo n° 20: « [...] se constata que un Estado miembro crea una situación contraria al artículo 86 del Tratado cuando adopta una reglamentación del tipo de la que aquí se encuentra en debate ».

12. En el sector eléctrico, la directiva n° 96/92 CE ⁽³⁰⁾ es menos clara en lo tocante al grado de separación necesario entre las actividades de control y de regulación. En la medida en que el régimen de regulación no restringe el principio de transparencia y de autonomía, pareciera que no hay posición definitiva en cuanto al sistema más adecuado. La DG XVII remarcó, sin embargo, en marzo de 1998, que la independencia exigida por el art. 20-3 de la directiva n° 96/92 es una independencia funcional y que la misma es susceptible de aplicarse a un ministro si el mismo puede actuar de manera independiente ⁽³¹⁾. A su turno, la autoridad de regulación nacional tiene el deber de descartar ella misma una ley contraria al derecho de la Unión Europea toda vez que el mismo beneficia del principio del efecto directo ⁽³²⁾. Este cuadro europeo se vio reforzado por la imposición de la obligación de permitir el acceso a las redes.

B.- La obligación de permitir el acceso a las redes

13. Las redes públicas de infraestructura se encuentran constituidas por la totalidad de líneas, vías de comunicación y conductores eléctricos o gasíferos sirviendo una zona geográfica. Tradicionalmente, ellas pertenecían únicamente al ámbito de competencia de los Estados miembros en razón de su finalidad de interés general y de su alcance limitado al cuadro nacional. Sin embargo, la introducción en 1992 del actual art. 170 del TFUE ha cuestionado severamente tal esquema: « 1. A fin de contribuir a la realización de los objetivos contemplados en los artículos 26 y 174 y de permitir que los ciudadanos de la Unión, los operadores económicos y los entes regionales y locales participen plenamente de los beneficios resultantes de la creación de un espacio sin fronteras interiores, la Unión contribuirá al establecimiento y al desarrollo de redes transeuropeas en los sectores de las infraestructuras de transportes, de las telecomunicaciones y de la energía. 2. En el contexto de un sistema de mercados abiertos y competitivos, la acción de la Unión tendrá por objetivo favorecer la interconexión e interoperabilidad de las redes nacionales, así como el acceso a dichas redes ».

14. A través de la imposición de redes abiertas, el derecho de la Unión instaura un marco competencial en sectores tradicionalmente organizados sobre la base del monopolio

30 Directiva precitada.

31 V. LAGET-ANNAMAYER, A., *La régulation des services publics en réseaux* [La regulación de los servicios públicos en redes] (tesis), París-Bruselas : Bruylant-L.G.D.J., 2002, p. 292.

32 CJUE, 22 de junio de 1989, « *Fratelli Costanzo/Commune di Milano* », aff. n° 103/88, rec. p. 1839.

público ⁽³³⁾). Es así, por ejemplo, que la CJUE condenó la prohibición a empresas privadas, por parte de una empresa que detentaba un monopolio en materia de servicio público de transporte y de distribución postal, de brindar servicios no ofrecidos por el operador público ⁽³⁴⁾.

15. Las autoridades de la Unión recordaron al prestador del servicio que detentaba el monopolio, la obligación de permitir un acceso a los competidores privados juzgando que su rechazo de apertura era perjudicial de cara el principio de competencia no falseada. De hecho y en derecho, el monopolio en un mercado sectorial se acompaña del deber para la empresa que lo detenta de brindar acceso a las infraestructuras ⁽³⁵⁾. Asimismo, si una empresa rompe relaciones con un tercero bajo el fundamento de razones anticompetitivas, la misma puede ser responsabilizada de un comportamiento susceptible de ser juzgado como abuso de posición dominante. En efecto, la exigencia de una red abierta fue reconocida por la Corte de Justicia en su fallo « *République italienne c/ Commission* » del 20 de marzo de 1985 ⁽³⁶⁾ en cuya ocasión las restricciones dirigidas a terceros decididas por un operador público en materia de prestación de servicios de telefonía y de télex fueron considerados como abusos de posición dominante. La Corte juzgó, particularmente, que una empresa que beneficia de un monopolio en materia de gestión de redes de telecomunicaciones violaba el art. 86 del Tratado si ella impedía la actividad de las agencias privadas de reexpedición de mensajes a nivel internacional, a partir del momento en que no constaba que tales agencias hacían un uso abusivo de las redes. El hecho de servirse de las nuevas tecnologías constituye así un progreso técnico que debe operarse de conformidad con el interés general y no implicar un uso abusivo.

33 « [...] tratándose más precisamente del acceso a la red pública, la utilización por las empresas exteriores supone primeramente que la cuestión de frontera se encuentra resuelta. Como lo muestran las experiencias de liberalización a las que se hace alusión, conviene, ante todo, operar la delimitación entre lo que pertenece al aprovisionamiento reservado al gestor de la red y el que se confía al mercado, es decir a la iniciativa privada o incluso a la empresa de la red actuando en competencia con los otros operadores ». Cf. BASEX, M., « Le droit communautaire et l'accès des entreprises du secteur concurrentiel aux réseaux publics » [El derecho comunitario y el acceso de las empresas del sector competencial a las redes públicas], *Revue des affaires européennes*, n° 2 (1994), p. 104.

34 CJUE, 19 de mayo de 1993, « *Corbeau* », aff. n° 320/91, rec. p. I-2533, a propósito de la colecta de correo a domicilio.

35 La CJUE recuerda esta concepción en un fallo « *Corsica Ferries* » del 17 de mayo de 1994, aff. n° 18/93, rec. p. I-1783 que condenó a la corporación de pilotos marítimos en razón de la violación de la libre prestación del servicio y de abuso de posición dominante. Los jueces insistieron sobre el hecho de que el acceso a las instalaciones portuarias constituye una condición indispensable para la prestación del servicio. V. motivo n° 46. En el mismo campo, una decisión de la Comisión n° 94/119 CE, *JOUE* n° L 55 del 26 de febrero de 1994, p. 52, considera que el rechazo, al mismo tiempo, de autorizar el acceso a la terminal portuaria existente y de construir una nueva terminal constituye un abuso de posición dominante.

36 Aff. n° 41/83, rec. p. 873, v. motivos n° 11, 22 y 24.

16. Por otra parte, el principio de acceso de los terceros a una red de infraestructura involucra la obligación de asegurar la puesta a disposición de las redes, bajo ciertas condiciones, a los explotadores privados en contrapartida de una remuneración. La empresa titular de la red se encuentra constreñida a aceptar las solicitudes de acceso formuladas por las terceras empresas que benefician de un derecho de interconexión. Sin perjuicio de ello, el acceso sigue estando reglamentado. El art. 11 de la directiva del 13 de diciembre de 1995, aplicando el principio de la red abierta al sector de la telefonía vocal, impone así a las autoridades nacionales competentes para reglamentar apuntar a que « [...] *sean atendidas las solicitudes razonables de interconexión a la red telefónica pública fija procedentes de las entidades que a continuación se enumeran, en particular para garantizar la prestación a escala comunitaria* »⁽³⁷⁾. De la misma manera, la directiva del 13 de marzo de 1996 reconoce « [...] *el derecho de los nuevos operadores de telefonía vocal de interconectarse [...] en los puntos de interconexión requeridos para permitir las llamadas en la red de telecomunicaciones pública existente* »⁽³⁸⁾.

17. El rechazo de interconexión a una empresa que solicita la ligazón puede justificarse únicamente en el carácter manifiestamente irrazonable de la solicitud mediante pronunciamiento de la autoridad nacional de regulación. Una vez que el requerimiento fuere otorgado, las condiciones financieras, particularmente la tarifa de interconexión, así como las modalidades técnicas y comerciales, deben ser negociadas por las partes. Así, por ejemplo, el art. 34-8 del Código de los Correos y Comunicaciones Electrónicas francés consagra: « *Los explotadores de la redes abiertas al público otorgan favorablemente las solicitudes de interconexión de otros explotadores de las redes abiertas al público, incluso las que se encuentran en otro Estado miembro de la Unión Europea [...]* ». Esta obligación se encuentra también en el párrafo 6 del art. 10 de la directiva del 13 de diciembre de 1995 recordando que los órganos de regulación nacionales deben tender a que se « [...] *observe el principio de no discriminación cuando utilicen la red telefónica pública fija para prestar servicios que también presten o puedan prestar otros proveedores de servicios* »⁽³⁹⁾. En el sector postal, el acceso de los terceros se encuentra de la misma manera encuadrado por la

37 Directiva n° 95/62/CE del 13 de diciembre de 1995, *JOUE* n° L 321 del 30 de diciembre de 1995, p. 16.

38 Directiva n° 96/19 CEE de la Comisión del 13 de marzo de 1996, *JOUE* n° L 74 del 22 de marzo de 1996, p. 13, pto. 13 de los motivos. En los mismos términos, los arts. 3 y 4 de la directiva n° 97/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 13 de junio de 1997 relativa a la interconexión en el sector de telecomunicaciones, *JOUE*, n° L 199 del 26 de julio de 1997, p. 32.

39 Directiva n° 95/62/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 13 de diciembre de 1995 relativa a la aplicación de una red abierta (ONP) a la telefonía vocal, *JOUE*, n° L 321 del 30 de diciembre de 1995, p. 6.

proposición de líneas directrices de la Comisión Europea sobre la aplicación de las reglas de la competencia en el sector postal, de noviembre de 1995. El documento subraya que: « [...] los intermediarios, incluyendo a los operadores de otros Estados miembros, puedan elegir entre los puntos de acceso disponibles de la red pública postal y obtener el acceso a la red en un plazo razonable y en condiciones tarifarias basadas en los costos »⁽⁴⁰⁾.

18. En el sector de la electricidad, las proposiciones modificadas de reglamentación de los mercados nacionales presentadas en diciembre de 1993⁽⁴¹⁾ fueron retenidas por el Parlamento Europeo y el Consejo en la directiva del 19 de diciembre de 1996 relativa al mercado interior de la electricidad⁽⁴²⁾ cuyo artículo 21 dispone que los Estados miembros adoptan las medidas necesarias para que los productores y transportistas de electricidad interiores y exteriores puedan negociar un acceso a las redes para concluir contratos de abastecimiento a clientes finales mayoristas industriales y con distribuidores sobre la base de acuerdos comerciales voluntarios.

19. Las negociaciones relativas al acceso de terceros a las redes versan sobre las condiciones de transporte y sobre las tarifas⁽⁴³⁾. El operador puede rechazar el acceso a la red cuando el cumplimiento de misiones de servicio público se encuentre en juego⁽⁴⁴⁾. De esta forma, el acceso del tercero puede verse limitado. La misma situación es verificable en el sector ferroviario. En los términos del art. 10 de la directiva del Consejo de Ministros del 29 de julio de 1991 relativa al desarrollo de los ferrocarriles comunitarios⁽⁴⁵⁾, los grupos internacionales benefician « [...] *del derecho de acceso y de tránsito en los Estados miembros en los que se sitúan las empresas ferroviarias que los constituyen* ». Además, se prevé « [...] *un derecho de acceso, en condiciones equitativas, a la infraestructura de los otros Estados miembros, con fines de la explotación del servicio de transporte combinado internacional de mercaderías* ».

40 V. Comunicación de la Comisión sobre las reglas de competencia en el sector postal y sobre la evaluación de ciertas medidas del Estado relativas a los servicios postales, *JOUE* n° C 39 del 6 de febrero de 1998, p. 2, pto. 8.6.b) vii.

41 *JOUE* n° C 123 del 4 de mayo de 1994, p. 1.

42 Directiva n° 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 19 de diciembre de 1996, *JOUE* n° L 27 del 30 de enero de 1997, p. 20.

43 Art. 17.4, directiva precitada.

44 Art. 17.5, directiva precitada.

45 Directiva n° 91/440 CEE del Consejo del 19 de julio de 1991, *JOUE* n° L 237 del 24 de agosto de 1991, p. 25.

20. Como se observa, el acceso a las redes constituye uno de los ejes permitiendo la competencia. Este marco jurídico se completa con los dispositivos que condenan los comportamientos anticompetitivos.

§ II.- LA CONDENA DE LOS COMPORTAMIENTOS ANTICOMPETITIVOS

21. Tanto la prohibición de acuerdos anticompetitivos (A) como la del abuso de la posición dominante (B) participan a la efectividad del principio de libre competencia estimulado por el derecho de la Unión Europea.

A.- La prohibición de acuerdos anticompetitivos

22. Los acuerdos anticompetitivos prohibidos se encuentran enmarcados por el art. 101 del TFUE que menciona una serie de prácticas susceptibles de afectar el principio de libre competencia en el seno del mercado único. La disposición prohíbe en efecto los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas de las empresas « [...] *que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior* ». La noción de acuerdo se entiende aquí como una manifestación común de voluntad de parte de las empresas para comportarse de cierta manera ⁽⁴⁶⁾. La práctica concertada se caracteriza por la voluntad común de reducir la incertidumbre asociada a la competencia mediante una cooperación concreta de las empresas que tienda a restringir la competencia ⁽⁴⁷⁾. En fin, la decisión de asociación de las empresas designa el mecanismo de asociación *stricto sensu* o de formación de grupos calificados como tales por la legislación de los Estados miembros ⁽⁴⁸⁾.

23. La decisión « *UIC* » de la Comisión Europea del 25 de noviembre de 1992 ⁽⁴⁹⁾ condenó las restricciones al principio competencial por medio de compañías públicas de ferrocarriles en el marco de una unión nacional de ferrocarriles considerando la existencia de un acuerdo sobre los precios y las condiciones de venta del servicios público ferroviario. La

46 V. CJUE, « *Nungesser* » del 8 de junio de 1982, aff. n° 258/78, rec. 1982, p. 2015 que consideró que el contrato por el que un establecimiento público francés había confiado a un socio privado la exclusividad de sus ventas en la República Federal de Alemania era uno de esos acuerdos.

47 V. CJUE, « *Züchner* » del 14 de julio de 1981, aff. n° 172/80, rec. 1981, p. 2021 que aplicó la noción de práctica concertada al sector público sancionando a los bancos de algunos Estados que habían cobrado una comisión uniforme sobre las transferencias de fondos de su clientela de un Estado a otro.

48 La Comisión Europea condenó el acuerdo entre los productores de lavarropas belgas y la Asociación Nacional de Servicios de Agua de Bélgica puesto que obligaba a su aplicación en las máquinas destinadas al mercado belga. V. decisión de la Comisión « *Navewa-Anseau* » del 17 de diciembre de 1981, n° 82/371/ CEE, *JOUE* n° L 167, del 15 de junio de 1982, p. 39.

49 Decisión n° 92/568/CEE de la Comisión del 25 de noviembre de 1992, *JOUE* n° L 366 del 15 de diciembre de 1992, p. 47.

Comisión juzgó especialmente contraria al art. 85 de TCE la obligación impuesta a las agencias de vender los tickets a precios fijados por las empresas ferroviarias, la prohibición de favorecer los medios de transporte que competían con el ferrocarril, la uniformidad del otorgamiento de comisiones y las condiciones de aceptación de las agencias de viaje en la red ferroviaria del país en que se situaban.

24. La cuestión de la restricción del comercio interestatal tratada especialmente por el art. 90 TCE (actual art. 110 del TFUE) fue precisada en el fallo « *Commune d'Almelo* » del 27 de abril de 1994 ⁽⁵⁰⁾ a propósito de un acuerdo entre productores de los Países Bajos prohibiendo la importación de electricidad. Según la Corte « [...] para establecer si tal acuerdo afecta sensiblemente el comercio entre los Estados miembros corresponde examinar este acuerdo en su contexto económico y jurídico y tomar en cuenta un efecto acumulativo resultante eventualmente de la existencia de otros acuerdos de exclusividad ». Ciertamente, « [...] el efecto acumulado de las relaciones contractuales es de naturaleza tal que opera una partición del mercado nacional en la medida en que tiene por efecto la prohibición a los distribuidores locales establecidos en los Países Bajos de proveerse de electricidad con los distribuidores o productores de otros Estados miembros » ⁽⁵¹⁾. La Corte de Justicia precisó el alcance del deber de abstención de las autoridades públicas en lo que concierne el hecho de imponer o favorecer los acuerdos que afecten el comercio entre los Estados miembros en los términos el art. 110 del TFUE. Indicó puntualmente que « [...] si bien es verdad que las reglas de competencia previstas por los artículos 85 y 86 conciernen el comportamiento de las empresas, y no las medidas tomadas por las autoridades de los Estados miembros, el art. 5 del Tratado obliga, sin embargo, a las mismas a no adoptar o mantener en vigor las medidas susceptibles de eliminar el efecto útil a estas reglas de competencia » ⁽⁵²⁾.

25. Otro mecanismo jurídico adicional tendiente a la efectividad del principio de libre competencia es el relativo a la prohibición del abuso de posición dominante.

B.- La prohibición del abuso de posición dominante

50 Aff. n° C-393/92, rec. CJUE 1994, p. I-1477, concl. de DARMON.

51 Cf. motivos n° 37 et 39.

52 Cf. CJUE, « *Ahmed Saeed* » del 11 de abril de 1989, aff. n° 66/86, rec. p. 803, motivo n° 48. Por el contrario, la CJUE concluyó en su fallo « *Bodson* » del 4 de mayo de 1988, aff. n° 30/87, rec. p. 2479 que la elección de un cocontratante en materia de delegación de servicio público no constituye un acuerdo prohibido en los términos de los arts. 85 y 90 en razón de que la autoridad pública no actúa en calidad de empresa sino a título de potestad pública.

26. El art. 86 del *Tratado de Roma* (actual art. 102 del TFUE) sanciona como « [...] incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo »⁽⁵³⁾. Dicho de otra manera, este texto prohíbe situaciones es las que uno o varios actores económicos actúen de manera tal que obtengan una situación ventajosa sobre el mercado con respecto a las empresas competidoras. La conjunción de estos tres elementos, a saber, la existencia de una posición dominante, la afectación del comercio interestatal y la existencia de una práctica abusiva, fueron precisadas en varias oportunidades por la CJUE. Observamos en primer lugar que « [...] esta posición, diferente de una situación de monopolio o de cuasimonopolio, no excluye la existencia de cierta competencia pero ubica la firma que se beneficia de ella si no en posición de decidir, al menos en situación de influenciar notablemente las condiciones en las que la competencia se desenvolverá »⁽⁵⁴⁾. Por el contrario, una empresa que se encuentre en una situación de monopolio legal puede ser considerada como beneficiaria de una posición dominante de conformidad con el art. 86 del *Tratado de Roma* (actual art. 102 del TFUE)⁽⁵⁵⁾. Una lectura combinada de esta disposición con el artículo 90 del *Tratado de Roma* (actual art. 106 del TFUE) muestra que hay « [...] detentación de posición dominante por el operador, a iniciativa de la autoridad pública, en razón, por ejemplo, de la atribución de una misión de servicio público implicando ventajas con respecto al competidor, del otorgamiento de derechos exclusivos o especiales o de todo otro medio permitiendo una concentración de capacidad económica »⁽⁵⁶⁾.

27. La Corte de Justicia europea indicó, a su turno, que los comportamientos comprendidos por este artículo son las medidas permitiendo a la empresa aumentar su capacidad económica y toda medida que tenga tal efecto sobre el mercado⁽⁵⁷⁾.

53 Sin ser exhaustivo, el artículo brinda una enumeración de las prácticas abusivas, particularmente: a) Imponer, de manera directa o indirecta, precios de compra y de venta a condiciones de transacción no equitativas; b) limitar la producción, la continuidad o el desarrollo de técnico en perjuicio de los consumidores; c) aplicar, de cara a los socios comerciales, condiciones desiguales a prestaciones equivalentes infligiéndoles, por este mecanismo, una desventaja en la competencia; d) subordinar la conclusión de contratos a la aceptación por parte de los socios de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos comerciales, no tienen relación con el objeto de tales contratos.

54 CJUE, « *Hoffmann-La Roche* » del 13 de febrero de 1979, aff. n° 85/76, rec. 1979, p. 461, motivo n° 39.

55 CJUE, « *CLT* » del 3 de octubre de 1985, aff. n° 311/84, rec. 1985, p. 3261; CJUE, « *RTT* », precitado.

56 SIRINELLI, J., « Règles de concurrence applicables au secteur public » [Reglas de competencia aplicables al sector público], *Jurisclasseur Europe Traité*, fasc. n° 1500, p. 13.

57 CJUE, « *Hoffmann-Laroche* », precitado.

28. El carácter objetivo de la noción de explotación abusiva fue precisado por el Abogado General JACOBS: « [...] la noción de explotación abusiva es una noción objetiva que apunta a los comportamientos de una empresa en posición dominante y el art. 86 se aplicará cuando, por ejemplo, el comportamiento en cuestión tiene por efecto obstaculizar el mantenimiento del grado de competencia existente en el mercado o el desarrollo de la competencia [...] En tanto noción objetiva, una explotación abusiva puede existir independientemente de todo elemento de culpa imputable a la empresa en posición dominante. [...] Esta interpretación se corrobora por las finalidades mismas del art. 86 que comprenden la protección del consumidor contra las desventajas que podrían emanar de un poder excesivo sobre el mercado »⁽⁵⁸⁾. Es así que la Corte condenó la extensión de la actividad de una empresa en posición dominante sobre el mercado hacia una actividad auxiliar que podría ser ejercida por una tercera persona⁽⁵⁹⁾.

29. Hemos visto cómo la irrupción del Estado regulador se vio favorecida por un marco europeo tendiente al desarrollo de la competencia. Dicha apertura al mercado fue posible, a nivel de la Unión, gracias a la separación entre el operador y el regulador, a la obligación de permitir el acceso a las redes y la prohibición de falsear la competencia. Efectuadas todas estas consideraciones juzgamos necesario exponer nuestra conclusión.

§ CONCLUSIÓN

30. Las instituciones de la Unión restringen así las ventajas de que disponen los operadores históricos nacionales neutralizando las tentativas de dominación del mercado en nombre de una competencia libre y no falseada.

31. Concluimos, entonces, en la constatación de que las exigencias europeas condujeron a un cuestionamiento del modelo clásico de intervención de las personas públicas gracias a la instauración de un marco regulatorio supranacional.

*

* *

58 Concl. JACOBS en ocasión del fallo CJUE « *Höfner* », 23 de abril de 1991, aff. n° C-41/90, rec. p. I-1979, motivo n° 47; en el mismo sentido, CJUE, « *ERT* », 18 de junio de 1991, aff. n° 260/89, rec. p. I-2925, motivo n° 37.

59 CJUE, « *CLT* » del 3 de octubre de 1985, aff. n° 311/84, rec. p. 3261, motivo n° 27.