



**Autoritat Catalana  
de la Competència**

## **Los efectos no deseados de la regulación de los agentes económicos sobre la competencia**

**Barcelona, 25 y 26 de octubre de 2012.**

*Prof. Fernando Díez Estella*  
*Universidad Antonio de Nebrija*  
[fdieze@nebrija.es](mailto:fdieze@nebrija.es)

**Título:** La regulación sectorial como elemento distorsionador del derecho antitrust: el *margin squeeze* y la Sentencia *Telefónica*.

**Sector:** Telecomunicaciones

**Caso de estudio:** Sentencia del Tribunal General, de 29 de marzo de 2012, Asunto T-336/07, *Telefónica c. Comisión*.

### **1. Introducción.**

Desde hace más de 30 años una serie de mercados regulados en la UE (energía, telecomunicaciones, transporte, etc.) han experimentado un proceso de liberalización que ha alterado sustancialmente su estructura económica y marco legal. Desde el punto de vista institucional se ha pasado de un sistema centralizado de control (sólo existía el Estado y la empresa monopolista) a una multiplicidad de agentes en un entorno desregulado. Desde el punto de vista sustantivo, se acude al derecho de Defensa de la Competencia como a una herramienta más para “controlar” el desarrollo de este proceso.

En este sentido, la figura del estrechamiento de márgenes (*margin squeeze*) se ha configurado como una categoría propia (*stand-alone abuse*) dentro de las prácticas prohibidas por el artículo 102 TFUE. En una serie de recientes pronunciamientos del Tribunal de Justicia y el Tribunal General se ha condenado por abuso de posición dominante a compañías operadoras de telecomunicaciones, habitualmente antiguos monopolistas en mercados en proceso de liberalización. Sin embargo, en muchos de estos casos (*TeliaSonera*, *Deutsche Telekom* y *Telefónica*) las tarifas fijadas por la empresa habían sido autorizadas por las correspondientes autoridades regulatorias sectoriales.

Esto plantea una doble problemática:

1) Por una lado, la falta de coordinación entre ambos instrumentos normativos, que actúan desde diferentes perspectivas (la regulación sectorial *ex ante*, conformando las reglas de juego del mercado; la normativa antitrust *ex post*, activándose sus resortes una vez se ha producido la presunta conducta abusiva), conlleva inseguridad jurídica, falta de previsibilidad económica, y quiebra del principio de confianza legítima.

2) Por otro lado, se está ampliando el concepto de abuso para la consecución de fines regulatorios, y la imposición de los correspondientes remedios cuasi-regulatorios, lo que altera la naturaleza misma y los fines propios del Derecho de Defensa de la Competencia.

En este proceso, los test de imputación diseñados para facilitar al regulador la determinación de los precios de acceso se han convertido en un estándar antitrust que se aplica más allá de los sectores regulados, en los que la misma estructura de la industria –la existencia de un operador dominante dueño de la red y la obligatoriedad de dar acceso conforman un riesgo de “cuello de botella” para los operadores entrantes- propicia este tipo de abusos. Este desarrollo jurisprudencial se sitúa en oposición frontal a lo que ocurre al otro lado del Atlántico, en donde el Tribunal Supremo norteamericano –en el asunto *linkLine*- ha fijado unos estándares de aplicación de la prohibición de *margin squeeze* totalmente distintos, y ha evitado el empleo de la normativa antitrust para la consecución de fines regulatorios.

En esta comunicación se examinan estas cuestiones, desde las siguientes perspectivas:

- Evolución de la figura del estrechamiento de márgenes en la jurisprudencia comunitaria;
- La interacción entre el Derecho de Defensa de la Competencia y la regulación sectorial;
- Diferencias con el enfoque de la prohibición en el derecho antitrust americano;
- Efectos indeseados de este empleo “regulatorio” de la normativa de competencia: riesgos para el operador y los agentes en el mercado;
- Coherencia de este enfoque con el pretendido análisis económico de las conductas proclamado por la Comisión Europea en sus *Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 102 TFUE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes* (2009).

## **2. La prohibición del abuso de posición dominante.**

La prohibición del abuso de posición dominante está contemplada tanto por el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) como por la Sección 2ª de la Sherman Act, en términos más o menos parecidos, aunque con resultados bastante divergentes a ambos lados del Atlántico.

Sin embargo, este diferente enfoque en EEUU y la UE en cuanto a la conducta unilateral de empresas en posición dominio no se deduce fácilmente de las “declaraciones” de los principales responsables del *enforcement* de esta normativa, Ms. Varney (del Departamento de Justicia norteamericano) y los Comisarios europeos de Competencia, la anterior Ms. Kroes y el actual Sr. Almunia.

Igualmente, los documentos más recientes emitidos por ambas instancias parecen apuntar a una cierta convergencia; tanto el DOJ’s Report como las *Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en*

*su aplicación del artículo 102 TFUE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes* (2009) coinciden en apuntar hacia la necesidad de un enfoque más económico en la aplicación de la prohibición del abuso de posición dominante, y una política antitrust basada en el análisis de efectos restrictivos de la competencia y no en categorías legales formalistas.

En concreto, se podrían resumir los aspectos más debatidos en los siguientes puntos (que por razón de espacio no podemos aquí desarrollar):

1. El “nuevo” enfoque (*effects-based*)
2. Test de costes más efectivos
3. Test del competidor “tan eficiente”
4. Reconocimiento de las eficiencias
5. Proteger la competencia o proteger a los competidores
6. El papel de los consumidores

Sin embargo, como veremos a lo largo de esta Comunicación, esto es así en EE.UU., y sin embargo no lo es tanto en la UE, por lo menos a la luz de recientes pronunciamientos en esta materia, como los asuntos *TeliaSonera* y *Telefónica*.

### **3. La interacción entre el Derecho de Defensa de la Competencia y la regulación sectorial.**

La interacción entre ambas ramas del ordenamiento produce, en el caso que estamos examinando, efectos indeseados para el operador, y en consecuencia para el sistema en su conjunto, ya que privan a esta importantísima área del ordenamiento de la seguridad jurídica y la predictibilidad económica que serían deseables.

Y es aquí precisamente donde mejor puede apreciarse el “gap” existente entre el enfoque que se le da en EE.UU. y en la UE, con resultados –en nuestra opinión– enteramente coherentes y satisfactorios en el ámbito antitrust norteamericano, y desastrosos y contradictorios en la política de competencia comunitaria.

En efecto, en EE.UU. según *Town of Concord* (1990), en presencia de una regulación completa (tanto en el mercado ascendente como descendente) el *price squeeze* “no constituirá, habitualmente, una conducta eliminatoria prohibida por la Sección 2ª de la Sherman Act”.

Así, Tanto en *linkLine*<sup>1</sup> como en *Trinko*<sup>2</sup> el denunciado estaba sometido a regulación sectorial; la conclusión inequívoca de los tribunales norteamericanos es que, en ausencia de obligación “antitrust” de contratar, la negativa no infringe la Sección 2ª:

*“Trinko . . . makes clear that if a firm has no antitrust duty to deal with its competitors at wholesale, it certainly has no duty to deal under terms and conditions that the rivals find commercially advantageous”* (par. 9)

*“[I]f there is no duty to deal at the wholesale level and no predatory pricing at the retail level, then a firm is certainly not required to price both of these services in a manner that preserves its rivals' profit margins”* (par. 12)

Sin embargo, en la UE, el enfoque en la UE es mucho más complejo, y pese a que el marco regulatorio de las telecomunicaciones (“Electronic telecom”) desde la revisión de 1999 intenta clarificar el modelo, como por ejemplo en cuanto al Régimen del *Poder Significativo de Mercado* (análisis en cuatro fases, que se apoya fuertemente en criterios antitrust) y establece mecanismos de supuesta coordinación entre la Comisión Europea y las autoridades nacionales (NRAs), sin embargo el cumplimiento por parte del operador de la obligación “regulatoria” de contratar (ex ante) no le exime de la sanción “antitrust” por negativa suministro (ex post).

La “doctrina” a este respecto es la establecida por el entonces TPI en su Sentencia *Deutsche Telekom*, 2008:

- 1) En un caso concreto, la existencia de regulación *ex ante* puede dejar espacio para una conducta autónoma de la empresa, que puede constituir una práctica restrictiva de la competencia.

---

<sup>1</sup>*Pacific Bell Telephone Co., d/b/a AT&T California v. LinkLine Communications, Inc.*, 555 U.S. 145 (2009).

<sup>2</sup>*Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398 (2004).

- 2) El control “administrativo” de las tarifas de la empresa dominante no necesariamente excluye su libertad de comportamiento, por tanto, no le exime de responsabilidad.
- 3) La intervención de una NRA *ex ante* no impide que la Comisión Europea lleve a cabo una intervención antitrust *ex post*, de cara a la aplicación del artículo 102 del TFUE.
- 4) La práctica de la compresión de márgenes, en sí misma, lleva a la restricción de las condiciones de competencia en el mercado, o al menos puede tener dicho efecto.

#### **4. El “precedente” necesario: *TeliaSonera*.**

Esta importante Sentencia<sup>3</sup> del Tribunal de Justicia de la UE, resuelve la cuestión prejudicial planteada por la Konkurrensverket (la Autoridad de Competencia en Suecia), en relación con la empresa TeliaSonera, antiguo monopolista en dicho país, y dueño de la red fija de telefonía sueca. Esta operadora prestaba oferta de acceso a ADSL a nivel mayorista y también a nivel minorista, y fue denunciada por no dejar margen insuficiente para sus competidores (en el período comprendido desde abril 2000 a enero 2001).

Tras señalar que no existía una obligación impuesta por la regulación sectorial de dar acceso, manifiesta en su Opinión el Abogado General Mázak (emitida el 2 de septiembre de 2009) en el número 29:

*“Therefore it follows from all the foregoing considerations that if there is no regulatory obligation compatible with EU law on a dominant undertaking to supply the products in question or if those products are not indispensable then that undertaking should in principle not be charged with an abusive margin squeeze simply on the basis of the insufficient spread between wholesale and retail prices”.*

---

<sup>3</sup>Sentencia del TJUE, 17 Febrero 2011, Asunto C-52/09.

La opinión del A.G. puede resumirse en los siguientes puntos:

- 1) La figura del *margin squeeze* ha de ser evaluada, en términos de aplicación de la normativa comunitaria de competencia, bajo los parámetros de la figura –clásica y totalmente consolidada en el acerbo y la jurisprudencia comunitaria- de la negativa de suministro;
- 2) En consecuencia, de cara a analizar el input que el competidor reclama y la empresa dominante deniega, se aplicará el Test de indispensabilidad fijado también hace años y perfectamente consolidado de la Sentencia *Oscar Bronner*;
- 3) Finalmente, el *margin squeeze* no es, en el derecho comunitario, un *stand-alone-abuse*, un abuso en sí mismo considerado, sino que únicamente se considerará contrario al artículo 102 TFUE si el precio al que operador dominante ofrece el input es demasiado alto en el mercado mayorista (como precio excesivo) o demasiado bajo en el minorista (como precio predatorio).

Sin embargo, el Tribunal General, en su Sentencia *TeliaSonera* afirma sin más que este enfoque que propone el Abogado General, “reduciría indebidamente la efectividad del artículo 102 TFUE” (Considerando nº 58), y lo rechaza frontalmente.

## **5. La Sentencia *Telefónica*.**

Con semejante precedente, llega la Sentencia *Telefónica*<sup>4</sup>, y en ella el Tribunal General ratifica la multa de 151,8 millones de euros que la Comisión Europea impuso en Julio de 2007 a Telefónica al responsabilizarla de abuso de posición dominante –consistente precisamente en una práctica de compresión de márgenes- en el mercado de banda ancha. Para salir al paso de la alegación de la compañía española, a la que hemos hecho ya referencia, de que actuaba amparada por la autorización del regulador de las telecomunicaciones en España, afirma el TG que “*el operador disponía de margen para fijar los precios pese a la regulación de la CMT*”.

---

<sup>4</sup> Sentencia del Tribunal General, de 29 de marzo de 2012, Asunto T-336/07, *Telefónica c. Comisión*.

El Tribunal rechaza el recurso y señala que la Comisión Europea "*consideró acertadamente que Telefónica había abusado de su posición dominante*" en el mercado de Internet español. El fallo también señala que considera acertada la opinión de la Comisión Europea de que el estrechamiento de márgenes, es una forma en sí mismo –*stand alone*- de abuso de posición dominante.

Como es sabido, en 2007, la Dirección General de Competencia de Comisión Europea, entonces bajo el control de la Comisaria Neelie Kroes, actuó a instancia de una denuncia de Wanadoo, un proveedor de Internet y de ADSL propiedad de France Télécom (integrada en la actualidad en Orange). La Comisión Europea consideró que Telefónica había aplicado, entre septiembre de 2001 y diciembre de 2006, precios que estrechaban los márgenes de sus rivales, por los precios mayoristas que cobraba a los competidores y las tarifas minoristas para los clientes, lo que debilitaba a los operadores alternativos.

Como señala la Nota de Prensa<sup>5</sup> que dio a conocer la publicación de la Sentencia, durante dicho período, Telefónica comercializaba productos minoristas de banda ancha para particulares. Basándose en su red de telefonía fija, la empresa suministraba también productos mayoristas de banda ancha a los otros operadores de telecomunicaciones para que, de este modo, ellos mismos pudiesen prestar servicios minoristas de banda ancha a los particulares. En cuanto a estos productos mayoristas, había tres ofertas disponibles para los otros operadores de telecomunicaciones: 1) el acceso desagregado al bucle local, comercializado únicamente por Telefónica; 2) el acceso mayorista regional (GigADSL), comercializado también sólo por Telefónica; y 3) varias ofertas de acceso mayorista a escala nacional, comercializadas tanto por Telefónica (ADSL-IP y ADSL-IP Total) como por otros operadores sobre la base del acceso desagregado al bucle local y/o del producto mayorista de acceso regional.

A raíz de una denuncia, la Comisión decidió, el 4 de julio de 2007, que Telefónica había abusado de su posición dominante en el mercado español de acceso mayorista a escala regional y nacional durante el período

---

<sup>5</sup> Disponible en la web: <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-03/cp120040es.pdf>



comprendido entre septiembre de 2001 y diciembre de 2006. A este respecto, la Comisión consideró que Telefónica había impuesto precios no equitativos a sus competidores en forma de un estrechamiento de márgenes entre los precios del acceso minorista de banda ancha y los precios del acceso mayorista regional y nacional de banda ancha. Así pues, se impuso a Telefónica una multa de 151.875.000 euros.

Tanto Telefónica como la CMT, el regulador español, que también se opuso a la sanción e intervino activamente en la vista del recurso, destacaron que esa conclusión era *“diametralmente opuesta”* a la del propio regulador español, tras cinco años de intervención en el mercado de la banda ancha. Para Telefónica, la operadora no podía ser culpable de estrechamiento de márgenes porque era la CMT la que había aprobado el catálogo de ofertas y precios con el objetivo de fomentar la competencia.

La cuantía de la sanción, totalmente desproporcionada con respecto a otras que se habían impuesto anteriormente a otros operadores históricos por causas similares relacionadas con el abuso de posición dominante en el mercado de banda ancha fija, no ha dejado de sorprender a los analistas y estudiosos.

De hecho, *France Télécom* había sido objeto anteriormente de una multa de 10,3 millones de euros, mientras que la que se impuso a *Deutsche Telekom* fue de 12,6 millones. Ambas multas fueron también ratificadas por el Tribunal Europeo de Justicia.

El Tribunal de Luxemburgo también respalda en la sentencia que se publicó el 29 de Marzo de 2012 el análisis de Bruselas según el cual:

*"era probable que la conducta de Telefónica hubiese reforzado las barreras a la entrada y a la expansión en dicho mercado y que, de no haber existido las distorsiones resultantes del estrechamiento de márgenes, la competencia habría sido más intensa en el mercado minorista, de lo que se hubieran beneficiado los consumidores en términos de precio, de elección y de innovación".*

Además, la sentencia rechaza el principal argumento que Telefónica esgrimió en su defensa: que se ajustó en todo momento y de forma escrupulosa a las exigencias de su regulador, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) y a la normativa española. Por ello alegó que la sanción de Bruselas creaba inseguridad jurídica.

El TG responde a esta alegación señalando que:

*"Telefónica disponía de margen de maniobra suficiente para determinar su política de precios".*

*"Telefónica no podía ignorar que el cumplimiento de la normativa española en materia de telecomunicaciones -y, en particular, el cumplimiento de las resoluciones adoptadas por la CMT en virtud del marco regulador- no la protegía frente a una intervención de la Comisión con arreglo al derecho de la competencia".*

En este sentido, y en relación al debate que hemos reseñado anteriormente, el TG recuerda que las normas de la Unión en materia de Derecho de la competencia completan, mediante el ejercicio de un control *a posteriori*, el marco regulador adoptado por el legislador de la Unión para regular con carácter *previo* los mercados de las telecomunicaciones.

¿Cuál es el contenido –resumido<sup>6</sup>- de esta importante Sentencia, objeto de Caso de Estudio en esta Comunicación?

En primer lugar, el Tribunal General confirma que el acceso desagregado al bucle local, el producto mayorista regional y el producto mayorista nacional no pertenecían al mismo mercado de productos durante el período investigado, de modo que debía evaluarse por separado la posible existencia de una posición dominante de Telefónica en cada uno de dichos mercados. Por consiguiente, el Tribunal General desestima las alegaciones de Telefónica, según las cuales la Comisión no debería haber examinado la existencia de un estrechamiento de márgenes en el caso de cada producto mayorista por separado, dado que los operadores alternativos utilizaban una combinación óptima de productos mayoristas

---

<sup>6</sup> Seguimos aquí el texto ofrecido por el propio Tribunal General.

de banda ancha, incluido el acceso desagregado al bucle local, que les permitía reducir costes. Según el Tribunal General, tal enfoque equivaldría a considerar que un operador alternativo podría compensar las pérdidas sufridas como consecuencia del estrechamiento de márgenes mediante los ingresos procedentes de la utilización, en determinadas zonas geográficas más rentables, del acceso desagregado al bucle local, que no fue objeto de un estrechamiento de márgenes.

A este respecto, el Tribunal General recuerda que el concepto de mercado implica la existencia de una competencia efectiva entre los productos que forman parte de él, lo que supone un grado suficiente de intercambiabilidad, a efectos del mismo uso, entre todos los productos que forman parte de un mismo mercado, y ello a corto plazo. Pues bien, por una parte, el Tribunal General señala que existen diferencias funcionales entre el producto mayorista nacional, el producto mayorista regional y el acceso desagregado al bucle local. Por otra parte, el Tribunal General hace constar que la utilización efectiva del bucle local sólo comenzó, de manera limitada, a finales de 2004 y principios de 2005.

En segundo lugar, el Tribunal General estima que la Comisión consideró acertadamente que Telefónica ocupaba una posición dominante en el mercado mayorista regional y en el mercado mayorista nacional durante el período de la infracción. A este respecto, no se ha negado que Telefónica era el único operador que suministraba el producto mayorista regional en España desde 1999, disponiendo, por tanto, en ese mercado, de un monopolio de hecho. Asimismo, no se ha rebatido que, en el mercado mayorista nacional, Telefónica conservó una cuota de mercado superior al 84 % durante todo el período de la infracción.

En tercer lugar, por lo que respecta a la conducta abusiva de Telefónica, el Tribunal General recuerda que una compresión de los márgenes en un mercado pertinente puede constituir, en sí misma, un abuso de posición dominante. En este sentido, la compresión de los márgenes resulta de la diferencia entre los precios de las prestaciones mayoristas y los de las prestaciones minoristas. Por tanto, la Comisión no estaba obligada a demostrar que Telefónica practicaba una política de precios excesivos en el caso de sus productos mayoristas de acceso

indirecto o de precios de carácter predatorio en el de sus productos minoristas.

Además, por lo que respecta a la apreciación de la licitud de la política de precios aplicada por Telefónica, el Tribunal General confirma el enfoque adoptado por la Comisión, consistente en referirse a criterios de precios basados en los costes contraídos por la propia Telefónica y en la estrategia de ésta. En efecto, por lo que respecta a una práctica tarifaria que tiene como efecto una compresión de los márgenes, la utilización de tales criterios de análisis permite verificar si una empresa en posición dominante habría podido ser suficientemente eficiente para ofrecer sus prestaciones minoristas a los clientes finales sin recurrir a una venta a pérdida en el supuesto de que se le hubiera obligado previamente a pagar las prestaciones intermedias a sus propios precios mayoristas.

En cuarto lugar, en cuanto a los efectos de la conducta de Telefónica, el Tribunal General considera que la Comisión no incurrió en ningún error manifiesto de apreciación al concluir que era probable que la conducta de Telefónica hubiese reforzado las barreras a la entrada y a la expansión en dicho mercado y que, de no haber existido las distorsiones resultantes del estrechamiento de márgenes, la competencia habría sido más intensa en el mercado minorista, de lo que se hubieran beneficiado los consumidores en términos de precio, de elección y de innovación.

En quinto lugar, por lo que respecta a la fijación de la multa, el Tribunal General desestima las alegaciones de Telefónica que tienen por objeto demostrar que no se encontraba en condiciones de prever razonablemente que su conducta era contraria a la competencia.

En primer término, el Tribunal General confirma que Telefónica disponía de margen de maniobra suficiente para determinar su política de precios. En efecto, por una parte, Telefónica era libre de reducir el precio del producto mayorista nacional ya que éste no estaba sujeto a regulación. Por otra parte, en cuanto al precio del producto mayorista regional de Telefónica, el Tribunal General estima que los precios fijados por la Comisión española del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) eran precios máximos y que, por consiguiente, Telefónica era libre de solicitar

una reducción de sus precios. Finalmente, en relación con los precios minoristas, Telefónica no ha rebatido que era libre para aumentar sus precios en todo momento.

En segundo término, el Tribunal General considera que Telefónica no podía ignorar que el cumplimiento de la normativa española en materia de telecomunicaciones -y, en particular, el cumplimiento de las resoluciones adoptadas por la CMT en virtud del marco regulador- no la protegía frente a una intervención de la Comisión con arreglo al Derecho de la competencia. A este respecto, el Tribunal General recuerda que las normas de la Unión en materia de Derecho de la competencia completan, mediante el ejercicio de un control *a posteriori*, el marco regulador adoptado por el legislador de la Unión para regular con carácter previo los mercados de las telecomunicaciones.

Por último, en cuanto al producto mayorista regional de Telefónica, la CMT había establecido un sistema de fijación de precios para dicho producto y había analizado la existencia de un efecto de estrechamiento de márgenes en varias resoluciones adoptadas a lo largo del período de la infracción sobre la base de estimaciones previas. No obstante, el Tribunal General considera que estos elementos no inciden en la responsabilidad que incumbe a Telefónica en virtud del Derecho de la competencia. En efecto, Telefónica no podía ignorar que la CMT nunca había fijado el sistema de precios en cuestión ni había analizado la existencia de un efecto de estrechamiento de márgenes con arreglo a los costes reales de la empresa, sino sobre la base de estimaciones que no habían sido confirmadas en la práctica por la evolución del mercado.

Así, y en relación a lo manifestado por el A. G. Mazak en la Opinión en *TeliaSonera*, rechaza los criterios del test Bronner (“no son de aplicación en el presente asunto”, Párrafo nº 178), y, en relación con los efectos indeseados de la normativa sectorial sobre la competencia, señala el TG (Párrafo nº 299):

*“Telefónica no podía ignorar que el respeto de la normativa española en materia de telecomunicaciones no la protegía frente a una intervención de la Comisión con arreglo*

*al artículo 82 CE, dado que diversos instrumentos jurídicos del marco regulador de 2002 contemplan la posibilidad de procedimientos paralelos ante las ANR y las autoridades de competencia”*