

El estrechamiento de márgenes en los mercados de telecomunicaciones

Comentario a la Decisión de la Comisión Europea de 4 de julio de 2007, asunto COMP/38.784-Wanadoo España contra Telefónica

Fernando Díez Estella

*Profesor de Derecho Mercantil
Universidad Antonio de Nebrija*

y

Margarita Fernández Álvarez-Labrador

Abogada

S u m a r i o

- I. *Introducción*
- II. *El mercado de las telecomunicaciones y el margin squeeze*
 - 1. *¿En qué consiste una práctica de estrechamiento de márgenes o margin squeeze?*
 - 2. *El sector de las telecomunicaciones como paradigma para la existencia de prácticas de estrechamiento de márgenes o margin squeeze*
 - 3. *El test para detectar una práctica de estrechamiento de márgenes o margin squeeze*
- III. *La Decisión Telefónica-Wanadoo*
 - 1. *Los precedentes: Deutsche Telekom y France Télécom*
 - 2. *La Decisión contra Telefónica*
- IV. *Valoración crítica de la Decisión Telefónica-Wanadoo*
 - 1. *La actuación de la CMT*
 - 2. *La actuación de Telefónica*

I. Introducción

Según la Comisión Europea, de septiembre de 2001 a diciembre de 2006, el margen entre los precios minoristas de Telefónica y sus precios para el acceso mayorista de banda ancha, tanto a nivel

nacional como a nivel regional, era insuficiente para cubrir los costes que otros operadores —rivales en ese mercado— tendrían que soportar para ofrecer ellos mismos el servicio de acceso minorista de banda ancha.

Esta conducta que Telefónica supuestamente impuso a sus competidores, calificada como de «estrechamiento de márgenes» (*margin squeeze*), constituye, conforme a la normativa antitrust comunitaria, una infracción del art. 82 del Tratado CE, que prohíbe —como es sabido— los abusos de posición dominante en el mercado. La gravedad de esta conducta vino acrecentada por el hecho de que el impacto de dicho abuso se materializó en forma de obstáculos a la entrada de competidores en un mercado emergente y de gran importancia para la sociedad en su conjunto, la llamada sociedad de los servicios y la información, y por ello se entendió igualmente que los consumidores sufrieron un grave perjuicio.

Por todo ello, la Comisión Europea adoptó, en julio de 2007, una Decisión⁽¹⁾ imponiendo a Telefónica una multa de más de 150 millones de euros, la más alta en la historia a una empresa española, y la segunda en términos absolutos en el ranking comunitario, solamente superada por la multa en 2004 a *Microsoft* de 497 millones de euros.

Como dijera, hace años, sir Leo Brittan, ex Comisario de la Competencia, la política antitrust consiste fundamentalmente en dejar que la economía de mercado funcione. Debe, por tanto, fomentarse la competencia entre empresas y evitarse la protección conferida por los Gobiernos. La política de la competencia de la Comunidad Europea es un medio para lograr un fin, y no un fin en sí misma.

Pese a haber cosechado amplios titulares en la prensa nacional e internacional, y suponer en principio una buena noticia para el mercado y la competencia, esta Decisión de la Comisión Europea puede también ser motivo de cierta inseguridad jurídica.

En efecto, si realmente ha existido estrechamiento de márgenes —es la conducta anticompetitiva imputada al operador español—, podría objetarse que Telefónica no es la responsable, ya que no es ella la que fija los precios mayoristas, sino la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), el organismo oficial que tiene en nuestro país atribuida esa función. Además, aunque la CMT no establece los precios minoristas, sí que tiene que autorizar o prohibir las diferentes ofertas de ADSL que Telefónica lanza al mercado, y de hecho las ha prohibido en muchas ocasiones, cuando ha estimado que el margen que dejaban esos precios a sus rivales era demasiado estrecho.

En este sentido, esta cuantiosa multa bien puede entenderse por el interés de la Comisión Europea en desacreditar al regulador español de las telecomunicaciones, ya que si Telefónica es merecedora de una sanción, entonces puede decirse que la CMT es responsable subsidiaria, pues Telefónica ha actuado en todo momento con la confianza legítima en la licitud de sus precios y tarifas.

⁽¹⁾ Decisión de la Comisión, de 4 de julio de 2007, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 82 del Tratado CE (asunto COMP/38.784-*Wanadoo España c. Telefónica*).

Como es sabido, esta actuación de la Comisión «coincide» en el tiempo con su iniciativa para crear un regulador paneuropeo de las telecomunicaciones, decisión que ha sido finalmente anunciada en el Parlamento Europeo a mitad de noviembre de 2007, lo que no deja de provocar dudas razonables sobre las verdaderas intenciones comunitarias. Como no deja de ser igualmente sorprendente que las multas impuestas por las multas impuestas a *France Télécom* y a *Deutsche Telekom* por idénticos comportamientos al de Telefónica no han rebasado en ambos casos los 10 millones de euros, pese a que la Comisión ha reconocido sin ningún tipo de reservas el carácter «ejemplificador» de la multa impuesta a Telefónica, lo que por otra parte no deja de ser cuestionable ⁽²⁾.

Todo ello necesariamente lleva a cuestionarse el papel de los reguladores del mercado, y el régimen de responsabilidad de sus actuaciones. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en un pronunciamiento histórico, acaba de condenar a la Comisión Europea a pagar cuantiosas indemnizaciones a dos empresas por haberles prohibido —como se ha demostrado, injustificadamente— fusionarse en 2001; en nuestro país, el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional acaban, respectivamente, de revocar sendas multas millonarias impuestas por el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) en los asuntos *Telefónica-Retevisión* (2000) y *Telefónica-Astel* (2004) al operador también por supuestas conductas de abuso de posición dominante.

La pregunta es, pues, ¿quién regula a los reguladores? La CMT necesariamente ha quedado reprobada con la sanción a Telefónica, y de hecho el Gobierno del Reino de España ha ido de la mano de la operadora española en el recurso ante el Tribunal de Primera Instancia contra la decisión de la Comisión Europea, cosa desde luego bastante insólita hasta la fecha.

En este breve comentario nos proponemos pasar revista a algunas de estas cuestiones, al hilo del análisis de la Decisión de la Comisión. Para ello, tras este epígrafe introductorio, se llevará a cabo en el epígrafe II un somero examen del mercado de las telecomunicaciones, y la novedosa figura del estrechamiento de márgenes. El epígrafe III se dedica al análisis de la Decisión, y en el epígrafe IV se ofrece una valoración crítica de la misma, apuntando nuestras opiniones sobre los aspectos positivos y negativos del razonamiento de la Comisión Europea.

II. El mercado de las telecomunicaciones y el *margin squeeze*

1. ¿En qué consiste una práctica de estrechamiento de márgenes o *margin squeeze*?

El Tribunal de Primera Instancia estableció en su Sentencia *Industrie des Poudres Sphériques* que «*existe práctica de precios-tijera cuando una empresa que dispone de una posición dominante en el*

⁽²⁾ De hecho, en el comunicado oficial publicado por la Comisión Europea sobre la Decisión de Telefónica se recoge expresamente: «abusivos (estrechamiento de márgenes y precios predatorios respectivamente) en los mercados de banda ancha en aplicación del artículo 82 del Tratado (véase IP/03/717 y IP/03/1025). Estas decisiones deberían haber aclarado a Telefónica las consecuencias que se derivan de la imposición de precios no equitativos. El comportamiento de Telefónica demuestra que las multas impuestas en estos casos no tuvieron un suficiente efecto disuasorio» (el subrayado es nuestro). Defensa de la Competencia: Decisión de la Comisión contra Telefónica - preguntas planteadas con frecuencia (MEMO/07/274).

mercado de un producto intermedio y utiliza ella misma una parte de su producción para la fabricación de un producto elaborado, vendiendo en el mercado el excedente de dicho producto intermedio, fija el precio de venta a terceros del producto intermedio a un nivel tal que éstos no disponen de un margen de transformación suficiente para seguir siendo competitivos en el mercado del producto transformado»⁽³⁾.

En este contexto, podemos definir un «estrechamiento de márgenes» como un margen insuficiente entre el precio de un producto ascendente A y el precio de un producto descendente A+B del que A es un componente esencial. Esta práctica tiene lugar principalmente en mercados en los que una empresa integrada verticalmente y con poder de mercado en la provisión de un servicio esencial, está también presente en el mercado minorista o descendente, y fija un precio para ese insumo tal que impide —en un plazo de tiempo duradero— a un competidor tan eficiente como ella misma operar con un margen de beneficio razonable.

Así, la empresa verticalmente integrada puede estrechar el margen de sus competidores, bien aumentando el precio del insumo y manteniendo su nivel de precios en el mercado minorista («*wholesale margin squeeze*»), o bien, para estrechar aún más el margen de sus competidores, podría reducir además los precios a los que la empresa verticalmente integrada oferta sus bienes a los consumidores finales en el mercado minorista o descendente («*retail margin squeeze*»).

La doctrina ha distinguido tradicionalmente los siguientes elementos esenciales desde una perspectiva económica para que pueda llevarse a cabo una práctica de *margin squeeze*:

- (i) existencia de dos mercados verticalmente relacionados, en los que el input del mercado ascendente es esencial para operar en el mercado descendente;
- (ii) el input esencial debe estar controlado por una empresa verticalmente integrada y, por tanto, presente en los dos mercados (de manera que se da y que, por tanto, sea al mismo tiempo, proveedor y competidor del resto de las empresas activas en el mercado descendente. Además, es necesario que la empresa verticalmente integrada tenga una posición de dominio en el mercado ascendente (que va más allá del control) del input esencial, pues sólo así estará en condiciones de «reducir» el margen de sus competidores que requiere el abuso de *margin squeeze*; y
- (iii) la existencia de un margen insuficiente en la prestación de servicios en el mercado descendente⁽⁴⁾.

⁽³⁾ Sentencia de 30 de noviembre de 2000, *Industrie des Poudres Sphériques SA/Comisión*, T-5/97, Rec. p. II-3755, apartado n. 178.

⁽⁴⁾ *Vid.*, entre otros, GERADIN, D. y O'DONOGHUE, R., «The concurrent application of Competition Law and Regulation. The case of Margin Squeeze abuses in the Telecommunications Sector», *Working Paper 2004*, Global Competition Law Centre College of Europe; BOUKAERT, K. y VERBOVEN, F., «Price squeezes in a regulatory environment» (february 2003), *CEPR Discussion Paper No. 3824*, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=405122>; CROCIONI, P. y VELJANOVSKI, C., «Price Squeezes, foreclosure and competition law. Principles and guidelines». *Industrial Journal of Network Industries*, vol. 4 (2003).

2. El sector de las telecomunicaciones como «paradigma» para la existencia de prácticas de estrechamiento de márgenes o *margin squeeze*

Puede decirse que el sector de las telecomunicaciones constituye el paradigma de industria que ofrece las características idóneas para que puedan llevarse a cabo prácticas de estrechamiento de márgenes⁽⁵⁾. Los mercados de telecomunicaciones se caracterizan porque la prestación todo tipo de servicios a los usuarios finales (telefonía, Internet, televisión, etc.) se lleva a cabo a través de una única red que está en manos de un operador verticalmente integrado, normalmente, el antiguo monopolista. Los niveles de inversión que serían necesarios para que los competidores pudieran replicar la red tradicional son tan elevados que sería económicamente irracional que sus competidores duplicaran la red existente para dejar «depender» del acceso a las infraestructuras del operador dominante⁽⁶⁾.

Por ello, normalmente, en el sector de las telecomunicaciones el proceso competitivo sólo tiene lugar en el mercado de minorista de servicios a los usuarios finales, y el acceso a las redes constituye el denominado «cuello de botella» para la competencia efectiva en dichos mercados, siendo una fuente inagotable de posibles problemas derivados de discriminación en las condiciones de acceso efectivo a las redes o prácticas de *margin squeeze* o *quality squeeze*.

Para paliar los efectos negativos que las características estructurales de los mercados de telecomunicaciones tienen en el desarrollo del proceso competitivo en los mismos, el margo regulador europeo de las telecomunicaciones establece un sistema de intervención *ex ante* tendente a imponer obligaciones regulatorias sobre los operadores tradicionales «dueños» de la red para solucionar los problemas relacionados con el acceso a las redes (por ejemplo, imponiendo obligaciones de no discriminación, transparencia, control de precios, entre otras). Dicha intervención tiene lugar una vez se haya definido el mercado relevante y evaluación del nivel de competencia efectiva, y se hayan identificado a los operadores con poder significativo de mercado, conforme los instrumentos del marco regulatorio europeo de las telecomunicaciones⁽⁷⁾.

⁽⁵⁾ *Vid.*, en este sentido, FERNÁNDEZ ÁLVAREZ-LABRADOR, M., «Margin Squeeze in the Telecommunications Sector: An Economic Overview», *World Competition*, 29 (2), 2006.

⁽⁶⁾ Es preciso señalar que para ofrecer determinados servicios de telecomunicaciones a los usuarios finales los competidores del operador tradicional utilizan sus propias infraestructuras y aquéllas del operador tradicional. En todo caso, cualquier nuevo competidor que entre en el mercado normalmente dependerán totalmente de la red del operador tradicional y, a medida en que vayan consolidando como operadores en el mercado, irán realizando inversiones para desarrollar partes de su propia infraestructura y utilizando sólo las «tramos medios o bajos» de la red (aquellos que están más cerca de los usuarios finales). De hecho, el último tramo de la red (el bucle local o bucle de abonado, par trenzado de cobre que se extiende desde la central telefónica al local o vivienda o locales del usuario, a través del que se prestan servicios de telefonía fija o ADSL) es el más costoso en términos de inversiones a realizar, por lo que, a pesar de que los competidores puedan desarrollar en parte su propia infraestructura, es difícil concluir que se desaparezca la dependencia de los competidores respecto del operador tradicional que explota las infraestructuras.

⁽⁷⁾ El modelo de intervención regulatoria previsto en el marco regulador europeo de las telecomunicaciones se basa en cuatro pasos: en primer lugar, la Comisión, a través de Recomendaciones, identifica los mercados de productos y servicios que han de ser objeto de regulación (básicamente, aquellos que exhiban elevadas barreras de entrada, no compensadas por una estructura dinámica de mercado, salvo que dicha situación pueda resolverse adecuadamente a base de remedios antitrust). En segundo lugar, las ANR definen, consecuentemente, los mercados relevantes de acuerdo con las circunstancias nacionales. En tercer lugar, las ANR —cuando sea oportuno, en colaboración con las autoridades antitrust— analizan los merca-

En este sentido, resulta clave que la intervención regulatoria sea tan efectiva como que se lleve a cabo de forma expeditiva, dado que muchos mercados de telecomunicaciones se caracterizan por su carácter dinámico de forma que cabe la posibilidad de que los denominados fallos de mercado «no detectados y/o combatidos» a tiempo puedan condicionar de forma significativa e, incluso, irreversible, el proceso competitivo y el desarrollo futuro de los mismos ⁽⁸⁾.

No obstante, la experiencia demuestra que, en muchas ocasiones, la intervención regulatoria no resulta suficiente para impedir problemas derivados con el acceso o interconexión a las redes y, en particular, para evitar que los operadores dominantes lleven a cabo prácticas anticompetitivas en perjuicio de competidores y, finalmente, de los consumidores. En ese momento es cuando entra «en juego» la aplicación de la normativa antitrust.

3. El test para detectar una práctica de estrechamiento de márgenes o *margin squeeze*

Dado que, como hemos visto, los mercados de telecomunicaciones presentan las características económicas y estructurales idóneas para que puedan tener lugar prácticas de estrechamiento de márgenes o *margin squeeze*, la clave es cuál sea el test que utilizan las autoridades de competencia para determinar cuándo tiene lugar una práctica de estrechamiento de márgenes anticompetitiva. Dicho test tiene como objetivo determinar si los márgenes en el mercado minorista del resto de los operadores se sitúan a un nivel suficiente como para que puedan «sobrevivir» en el mercado, y si dicha insuficiencia de márgenes trae su causa en los precios y/o condiciones que los competidores deben hacer frente para tener acceso al mercado mayorista.

En la práctica, las autoridades nacionales de competencia y la Comisión Europea han venido utilizando distintos métodos para verificar la existencia de prácticas anticompetitivas de estrechamiento de márgenes. En lo que respecta al mercado de las telecomunicaciones, la Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones (98/C 265/2002) (La Comunicación sobre Acceso) ⁽⁹⁾ prevé dos test para constatar cuando tiene lugar un estrechamiento de márgenes: por un lado, el denominado «test del competidor suficientemente eficiente» (*reasobably efficient competitor test*), y por otro, el test de la «atribución de costes» (*cost allocation test*).

dos, para ver si son competitivos o no. Por último, si las ANR concluyen que en el mercado hay una competencia efectiva, no puede imponer obligaciones específicas a los operadores activos en él, y en el caso de que existan, deben retirarlas.

⁽⁸⁾ Así lo ha reconocido la Comisión Europea en un reciente informe publicado en julio de 2007 sobre las revisiones de los mercados con arreglo al marco regulador de las telecomunicaciones en la UE. En dicho informe, la Comisión indica que la actuación de los reguladores nacionales debe llevarse a cabo sin demora (en particular, en lo que se refiere a la revisión de los mercados y la imposición de obligaciones) para garantizar una reacción rápida ante los fallos del mercado detectados en el mencionado proceso y urge a los reguladores nacionales «[...] a llevar a cabo y notificar todas las etapas de una revisión de los mercados al mismo tiempo (definición de mercados, análisis de mercados y obligaciones reglamentarias propuestas)». la Comisión Europea en su comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre las revisiones de los mercados con arreglo al marco regulador de la UE, publicado en julio de 2007 [SEC (2007) 962]. No obstante, es preciso tener en cuenta que el proceso de revisión de los mercados previsto en el marco regulador europeo de telecomunicaciones es un ejercicio complejo que puede entrañar bastante tiempo y recursos.

⁽⁹⁾ Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones: marco jurídico, mercados de referencia y principios (98/C 265/02).

El test del competidor tan eficiente se denomina así puesto que utiliza como parámetro para verificar si se ha llevado a cabo una práctica de estrechamiento de márgenes los costes en el mercado minorista de un hipotético competidor eficiente. Así, el objetivo del test es determinar si dicho hipotético competidor eficiente podría lograr un margen adecuado en el mercado minorista haciendo frente a los precios para obtener acceso y utilizar las infraestructuras del operador tradicional ⁽¹⁰⁾.

El test, basado en la atribución de costes, utiliza como parámetro para verificar la existencia de un estrechamiento de márgenes los costes del operador verticalmente integrado, con objeto de verificar si dicho operador podría obtener un podría competir en condiciones adecuadas en el mercado minorista de tener que satisfacer los precios para obtener acceso a las redes que él mismo carga a sus competidores en el mercado minorista. De alguna manera, se intenta verificar si el operador verticalmente integrado está llevado a cabo «subsidios cruzados» entre sus actividades mayoristas y minoristas ⁽¹¹⁾.

Tanto uno como otro test presentan ventajas y limitaciones a la hora de detectar una práctica de estrechamiento de márgenes anticompetitiva ⁽¹²⁾. En la Decisión *Deutsche Telekom AG* utilizó el test de atribución de costes, llevando a cabo un análisis de la diferencia entre los costes de acceso al bucle local (que, por tanto, determinaban el precio que los competidores tendrían que pagar para poder ofrecer servicios a los consumidores) y los costes en los que incurría DT para prestar ella misma dichos servicios a los consumidores, llegando a la conclusión de que los costes de acceso o mayoristas eran mayores que los costes de prestación de servicios minoristas, impedía competidores de DT (incluso a aquellos que fueran tan eficientes como ella misma) ser rentables, puesto que necesariamente tendrían que ofrecer sus servicios a los consumidores finales a precios más altos que DT.

Así, una vez constatada la existencia del estrechamiento de márgenes, la Comisión consideró que dicha la existencia constituye per se ⁽¹³⁾ un supuesto de infracción del art. 82 del Tratado de la UE, sin entrar a valorar los efectos sobre la competencia de la conducta (exclusión de competidores en perjuicio de los consumidores) ⁽¹⁴⁾. Esta interpretación es, como ha señalado la doctrina ⁽¹⁵⁾ que se ha ocupado de analizar estos asuntos, una novedad en la práctica decisoria de las autoridades antitrust comunitarias. Dicha postura fue confirmada, a los pocos meses, por la Decisión *Wanadoo* ⁽¹⁶⁾, en la que la Comisión

⁽¹⁰⁾ Párrafo 118 de la Comunicación sobre Acceso.

⁽¹¹⁾ Párrafo 117 de la Comunicación sobre Acceso.

⁽¹²⁾ Para un análisis sobre esta cuestión, puede consultarse, entre otros, GERADIN, D. y O'DONOGHUE, R., «The concurrent application of Competition Law and Regulation. The case of Margin Squeeze abuses in the Telecommunications Sector», *Working Paper 2004*, Global Competition Law Centre College of Europe.

⁽¹³⁾ En particular, el apartado 181 de la Decisión *Deutsche Telekom*, la Comisión considera que «[...] la demostración por parte de la Comisión de la existencia de una compresión de márgenes constituye una prueba suficiente del abuso de posición dominante». Ello supone una interpretación novedosa de la figura, ya que hasta entonces (*vid.*, por todas, la Decisión 88/518/CE, *Napier Brown–British Sugar*, DOCE L 284, de 19 de octubre de 1988) para apreciar la existencia de un abuso de posición dominante conforme al artículo 82 del TCE se exigía, además de la existencia de un pinzamiento de márgenes, demostrar un nexo con otras conductas anticompetitivas como los precios excesivos o los precios predatorios.

⁽¹⁴⁾ *Vid.* párrafos 180 y 181 de la Decisión de la Comisión.

⁽¹⁵⁾ ESCRIBANO CAÑAS, B., «El price squeeze test en los mercados de telecomunicaciones. El mercado de banda ancha en particular», *Working Paper*, Observatorio de Política de Competencia del Instituto de Empresa, 2005.

⁽¹⁶⁾ Decisión de la Comisión Europea, de 16 de julio de 2003, relativa a un procedimiento conforme al Artículo 82 del Tratado CE (COMP/38.233-*Wanadoo Interactive*).

también multó a la filial de France Télécom por una conducta de *margin squeeze* (esta vez bajo la forma de precios predatorios) contraria al art. 82 del Tratado de la UE.

En este sentido, dado que la práctica decisoria de la Comisión Europea apunta a que, una vez acreditado el test de imputación, automáticamente cabe constatar el abuso del art. 82 TCE, el test de imputación juega un papel determinante.

A estos efectos, la decisión de la Comisión en el caso Telefónica contribuye a clarificar, por una parte, el test y los criterios que deberían seguir las autoridades nacionales y la Comisión Europea en el futuro para sancionar este tipo de abusos, y por otra, cómo ha de aplicarse el test en la práctica. En este sentido, consideramos que introducir en la configuración del *margin squeeze* el criterio del «competidor tan eficiente»⁽¹⁷⁾ es fundamental para distinguir cuándo una situación de falta de competencia efectiva en el mercado descendente (a nivel minorista) se debe a las prácticas eliminatorias del operador dominante en el mercado ascendente (de provisión del servicio) o cuándo los márgenes son insuficientes sencillamente por la ineficiencia empresarial de los competidores en los mercados descendentes. En todo caso, como comentaremos más adelante, el principal debate que se suscita en torno a la Decisión de la Comisión contra Telefónica es si el hecho de que la CMT hubiera autorizado los precios de acceso que Telefónica cargaba a sus competidores, exculpa a Telefónica de haber incurrido en una práctica anticompetitiva de estrechamiento de márgenes.

Como podrá advertirse, este modelo se apoya fuertemente en principios del derecho de la competencia, aunque su carácter y naturaleza prospectiva hace que la evaluación de la dominancia se base más en predicciones y especulaciones que en datos y evidencias fácticas. A la hora de su aplicación práctica, los remedios *ex ante* necesariamente tienen que ser distintos de los remedios *ex post* típicos de un expediente sancionador ante una conducta restrictiva de la competencia, y por ello es necesario pedirles a las ANR una elevada dosis de prudencia y cautela, derivadas del carácter especulativo de su análisis de dominancia. Este diferente enfoque es, como veremos seguidamente, un punto clave en el razonamiento de la CE en la multa a Telefónica.

III. La Decisión *Telefónica-Wanadoo*

Ante la práctica de estrechamiento de márgenes llevada a cabo en España por el operador dominante, los proveedores de acceso minorista de banda ancha competidores de Telefónica se vieron en la disyuntiva de salir del mercado o soportar pérdidas si alineaban sus precios con los de Telefónica. Por

⁽¹⁷⁾ Cláusula que, por otro lado, goza de gran predicamento en el ámbito del artículo 82 del Tratado de la UE, desde que la Comisión Europea publicó el *Discussion Paper* en diciembre de 2005, y su análisis de las prácticas abusivas de exclusión basadas en precios pivota, en gran medida, en este test del «competidor tan eficiente» como la empresa dominante. *Vid.* el párrafo 63 de este documento, que establece dicho principio: «*As regards pricing behaviour a certain conduct may have different exclusionary effects depending on how efficient the rivals are. A very efficient rival may be able to thrive in a market where the dominant company prices in a certain way, while a less efficient rival may be excluded from the market. The more detailed principles described in this paper for assessing alleged price based exclusionary conduct are based on the premise that in general only conduct which would exclude a hypothetical "as efficient" competitor is abusive. The "as efficient" competitor is a hypothetical competitor having the same costs as the dominant company. Foreclosure of an as efficient competitor can in general only result if the dominant company prices below its own costs.*».

lo tanto, sigue argumentando la Comisión, aunque puede que el estrechamiento de márgenes no eliminara del mercado a ningún competidor, sí que limitó su presencia y crecimiento, así como su capacidad de competir en el mercado. Además, al contener la presión competitiva, Telefónica pudo beneficiarse tanto de altos precios mayoristas como de precios minoristas supra-competitivos (llamados en la teoría económica *rentas monopolísticas*) en perjuicio de los consumidores.

1. Los precedentes: *Deutsche Telekom* y *France Télécom*

En mayo de 2003, la Comisión Europea adoptó una Decisión contra *Deutsche Telekom AG*⁽¹⁸⁾ (DT) por un abuso de posición dominante consistente en la imposición de precios excesivos en la provisión de acceso local a su red de telecomunicaciones (bucle local). La Comisión entendió que DT aplicaba a los nuevos entrantes tarifas más elevadas para el acceso mayorista al bucle local que lo que pagaban sus propios clientes por sus líneas fijas, y le impuso una multa de 12,6 millones de euros.

Este comportamiento, naturalmente, suponía un desincentivo a la entrada de nuevas empresas en el mercado y reducía las posibilidades de elección de los clientes de servicios de telecomunicaciones, ya que limitaba la competencia en precios por los consumidores.

En Alemania, la liberalización del mercado también ha sido reciente, y no es hasta 1998 que se establece la obligación legal a DT —como incumbente— de dar acceso a sus competidores al bucle local. Sin embargo, la desagregación fue más bien inefectiva, pues DT seguía siendo el operador dominante en el mercado de banda ancha mayorista y también a nivel retail.

Gracias a su posición de anterior operador monopolista, DT es el único operador en Alemania con una red que cubre todo el territorio nacional, por lo que, para poder ofrecer servicios a los usuarios finales, cualquier nuevo entrante en el mercado tiene que necesariamente acceder a la infraestructura de DT a nivel mayorista. En cuanto al nivel retail, pasados cinco años desde la liberalización (1998-2003), DT seguía detentando una cuota de mercado del 95%, quedando repartido el 5% restante entre los tímidos competidores del operador alemán.

Debido a lo escaso del margen entre los precios que DT cobraba a los mayoristas por el acceso al bucle local y lo que cobraba a sus clientes finales por suscribirse al servicio, los nuevos entrantes que quisieran competir con ella por clientes finales no tenían posibilidad alguna de ofrecer un precio competitivo por el servicio. En este sentido, en su decisión la Comisión comparó las tarifas en el mercado ascendente (de acceso mayorista al bucle local) con una serie de ofertas en el mercado descendente (minorista) de conexión vía analógica y por ADSL. De cara a realizar una comparación equilibrada, la Comisión llevó a cabo un examen ponderado de dichas ofertas teniendo en cuenta las diversas características de los diferentes tipos de clientes a los que se ofrecía acceso a nivel retail.

El resultado de su análisis llevó a la Comisión a concluir que, en el período de 1998 hasta 2001, DT había estado cobrando a sus competidores por el acceso mayorista al bucle local más de lo que cobraba

⁽¹⁸⁾ Decisión 2003/707/CE de la Comisión, *Deutsche Telekom AG* (DOCE L 263, de 14 de octubre de 2003).

a sus clientes para el acceso a nivel minorista. Este comportamiento deja bastantes pocas dudas sobre su calificación como *margin squeeze*, ya que no deja ninguna posibilidad —en términos de rentabilidad económica— de competencia en el mercado descendente de acceso a nivel retail a los servicios.

En 2002, sigue detallando la Comisión, los precios de acceso mayorista sí que eran inferiores a los cobrados a los clientes finales por el acceso a los servicios, pero la diferencia no se consideró que fuera lo suficientemente amplia como para cubrir los costes de servicio específicos en que DT incurría para proveer de acceso a los usuarios finales. Incluso después de una reducción de los precios de acceso mayorista, debida a una intervención del regulador alemán, que tuvo lugar en mayo de 2003, se consideró que seguía existiendo una práctica anticompetitiva de *margin squeeze*.

A los pocos meses del anterior pronunciamiento, en julio de 2003, la Comisión volvió a fallar sobre un asunto de *margin squeeze* en el sector de las telecomunicaciones, en la Decisión *Wanadoo* ⁽¹⁹⁾, por la que se imponía una multa de 10,35 millones de euros a la filial de France Télécom (FT), por un abuso de posición dominante consistente en la adopción de una política de precios predatorios en los servicios de acceso a Internet vía ADSL dirigidos al gran público.

Desde el final de 1999 hasta octubre de 2002, Wanadoo, una empresa que es filial (al 72% de su capital) de FT, comercializó una serie de servicios de ADSL a unos precios que eran inferiores a sus costes medios. De las investigaciones llevadas a cabo por la Comisión se dedujo que dichos precios eran bastante inferiores a los costes variables hasta agosto de 2001, y a partir de entonces equivalentes a los costes variables pero significativamente inferiores a los costes totales ⁽²⁰⁾.

Conforme a esta estructura de precios, Wanadoo incurrió en notables pérdidas hasta el final de 2002, y esta política era parte de un plan estratégico de la compañía de apoderarse del mercado de acceso de alta velocidad a Internet. Así, mientras Wanadoo sufría estas pérdidas, su matriz, que entonces era prácticamente monopolista en el mercado de servicios mayoristas de ADSL para proveedores de acceso minorista, preveía considerables beneficios en un futuro próximo con sus propios servicios mayoristas de ADSL.

De acuerdo con el razonamiento de la Comisión, la política de predación de precios de Wanadoo era absolutamente deliberada, en la medida en que la compañía era perfectamente consciente de las pérdidas económicas en que estaba incurriendo y de los riesgos legales de dicha estrategia. Conforme a documentos internos, Wanadoo contaba con seguir vendiendo a pérdida hasta 2003, incluso 2004.

Desde enero de 2001, en que Wanadoo lanzó sus servicios «eXtense» y «Wanadoo ADSL», hasta septiembre de 2002, su cuota de mercado aumentó desde el 46 hasta el 72%, en un mercado emergente y

⁽¹⁹⁾ Decisión 2003/340/CE, de la Comisión, *Wanadoo Interactive* (DOCE C 289)

⁽²⁰⁾ Estas precisiones «contables» tienen su importancia, ya que el test establecido en el acervo comunitario (a partir de 1991, con la Sentencia *Akzo c. Comisión*, Asunto C-62/86 [1991] ECR I-3359) para el abuso de dominio a través de precios predatorios es doble: si los precios están por debajo de los costes variables, hay una presunción de abusividad; si los precios son superiores a los costes variables, pero inferiores a los costes totales, se considera que hay un abuso cuando además se demuestra una intención eliminatória de un competidor.

en crecimiento como era el del acceso de alta velocidad a Internet, que se multiplicó por cinco veces en ese mismo período. Esta presencia conseguida a final de 2002 es más o menos lo que Wanadoo esperaba conseguir para 2004, y naturalmente el nivel exigido de pérdidas necesario para competir con ella tuvo un alto efecto disuasorio sobre potenciales entrantes. Uno de los principales proveedores de acceso a Internet, Mangoosta, sencillamente fue «expulsado» del mercado en agosto de 2001.

La Comisión Europea entiende que el abuso de posición dominante terminó hacia octubre de 2002, fecha en la que entraron en vigor nuevos precios mayoristas establecidos por FT, a un nivel de un 30% inferior a los anteriormente aplicados. Desde entonces el mercado en Francia del acceso de alta velocidad a Internet ha crecido más rápidamente, y de forma más equilibrada.

Antes de entrar en el análisis específico de la Decisión contra Telefónica parece oportuno simplemente citar (ya que no se acreditó la conducta anticompetitiva) los «precedentes» de una calificación de una práctica de estrechamiento de márgenes como abuso de posición dominante en el ámbito doméstico.

Nos referimos a los tres pronunciamientos resueltos por el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) en diciembre de 2004, en expedientes incoados a consecuencia de las denuncias de las empresas WorldCom y Uni2, y en los que no se consideró que las tres principales operadoras españolas de telefonía móvil (Movistar⁽²¹⁾, Amena⁽²²⁾ y Vodafone⁽²³⁾) habían llevado a cabo una conducta supuestamente prohibida por el —entonces— art. 6 de la LDC y el art. 82 del Tratado CE, consistente en políticas de discriminación de precios y pinzamiento de márgenes.

En los tres casos la conducta imputada era un pinzamiento de márgenes (*price squeeze*) llevado a cabo por los incumbentes (Telefónica Móviles, Amena y Vodafone) entre el precio del servicio mayorista de terminación de llamadas telefónicas en su red y el precio del servicio minorista de llamadas telefónicas de fijo a móvil que terminan en su red, y es ofrecido por ellas a otras empresas (en este caso, Uni2 y WorldCom) que también querían ofertar el servicio, pero carecían de infraestructura.

2. La Decisión contra Telefónica

La CE recoge en su Decisión el actual estado de regulación —que hemos descrito en el apartado anterior— al señalar (párrafo 120) que el actual marco comunitario de comunicaciones electrónicas otorga poderes a la CMT para imponer las obligaciones reglamentarias apropiadas a empresas que hayan sido designadas como empresas con poder significativo de mercado tras el correspondiente análisis de mercado.

Conforme a su análisis (párrafos 125 a 127), aunque los productos de banda ancha a nivel minorista de Telefónica nunca han estado sujetos a regulación de precios, la regulación aplicable a los precios minoristas en las fechas de autos era tal que el operador español tenía libertad para proponer en cualquier momento un incremento de los precios minoristas de banda ancha proponiendo para su aprobación nue-

⁽²¹⁾ Resolución del TDC, de 22 de diciembre de 2004, Expte. 571/03, *Uni2-Telefónica Móviles*.

⁽²²⁾ Resolución del TDC, de 20 de diciembre de 2004, Expte. 573/03, *WorldCom-Amena*.

⁽²³⁾ Resolución del TDC, de 22 de diciembre de 2004, Expte. 572/03, *Uni2 y WorldCom-Vodafone*.

vos precios, y sin embargo, no lo hizo. Más adelante (a partir del 1 de noviembre de 2003), los precios minoristas se liberalizaron.

En cuanto a los servicios mayoristas nacionales, se aduce que Telefónica tuvo libertad para reducir en cualquier momento desde septiembre de 2001 los precios de los servicios mayoristas nacionales, que hasta diciembre de 2006 nunca estuvieron sujetos a regulación de precios. La regulación aplicable al servicio mayorista regional de Telefónica sólo ha impuesto un nivel de precios máximos y ha sido tal que podría haber bajado los precios de este servicio en cualquier momento y a iniciativa propia.

En este sentido, y adelantando alguna de las consideraciones que se expondrán con más detalle en el siguiente epígrafe, puede decirse que la Comisión no está sancionando a Telefónica por la aplicación de unos precios máximos —que, al estar autorizados, como acabamos de ver, por la CMT, podría entenderse como una censura de la actuación del regulador español—, sino por un comportamiento unilateral del operador español de no haber reducido los precios mayoristas autorizados. Recordando el viejo adagio, de que en el Derecho contractual todo son obligaciones de dar, hacer o no hacer, posiblemente pocas ocasiones —si es que alguna— encontraremos en la jurisprudencia comunitaria relativa al abuso de posición dominante del art. 82 del Tratado CE en el que se sancione a una empresa no por haber hecho algo, sino por incumplir una «obligación» de no haber hecho otra cosa.

Si, conforme al razonamiento de la Comisión, Telefónica era consciente de la situación de estrechamiento de márgenes, y en cualquier momento podía haberla evitado (a través de una bajada de las tarifas a sus competidores), y no haberlo hecho es el núcleo de su conducta anticompetitiva, se está atribuyendo a la empresa española (en situación dominante) esa «especial responsabilidad» en el mantenimiento de una competencia efectiva, responsabilidad agravada por el hecho de tratarse de un mercado recientemente liberalizado, y ser ella el anterior monopolista legal.

Y frente a las alegaciones de Telefónica que sus precios habían sido autorizados por la CMT, y por tanto —por el principio de confianza legítima y seguridad jurídica basada en un acto de la Administración Pública— no puede acusársele de llevar a cabo una conducta de infracción del Derecho de la Competencia, señala la CE (párrafos 495 y ss.) que el modelo de costes de la CMT no se basa en información histórica sobre los costes efectivamente incurridos por Telefónica, sino en estimaciones *ex ante* realizadas por consultoras externas basadas en información facilitada por la compañía en 2001. Se recoge (párrafo 665) igualmente la alegación de Telefónica el mercado español de banda ancha ha sido supervisado mediante resoluciones *ex ante* y *ex post* por el regulador español y que, por tanto, carecía de autonomía para fijar los precios.

Contrariamente a cierta unidad de principios —aunque sean distintos los objetivos que guían a uno y otro cuerpo legal— como la que hemos defendido en la introducción a este apartado, y al espíritu del modelo SMP antes descrito, señala la CE (párrafo 685) que «*al analizar la conducta de Telefónica en materia de precios, la CMT determinó si se habían infringido las obligaciones reglamentarias existentes, mientras que el objeto de la presente Decisión es determinar si se ha producido una infracción del art. 82 del Tratado*».

Contra el argumento al argumento de Telefónica que de ninguna manera podía haber previsto que sus precios mayoristas y minoristas, que fueron aprobadas por la CMT, podían constituir una infracción del Derecho comunitario, señala la CE (párrafos 725 y 726) que la única cuestión pertinente es saber si la intervención de la autoridad reguladora nacional podía haber llevado a una empresa suficientemente diligente a creer que la relación entre sus precios mayoristas y sus precios minoristas no podría haber dado lugar a un estrechamiento de márgenes, (es decir, que los precios minoristas de Telefónica podían ser replicados por los operadores alternativos usando los productos mayoristas de Telefónica sin incurrir en pérdidas). A este respecto, se recuerda que la CMT nunca ha analizado (*ex ante* o *ex post*) la existencia de un estrechamiento de márgenes en relación con los productos mayoristas nacionales de Telefónica durante el período de investigación en causa.

Finalmente, y con un «argumento» que mina bastante la operatividad del modelo PSM, llega a afirmar la CE (párrafo 730) que Telefónica no podía haber ignorado la naturaleza limitada y aproximativa de la información sobre costes utilizada por la CMT en su modelo *ex ante*, y por tanto, cualquier confianza depositada por la misma en la exactitud de las estimaciones y cálculos del regulador, a pesar de la acumulación de información que indica lo contrario, constituye —por lo menos— un «*comportamiento gravemente negligente*».

IV. Valoración crítica de la Decisión *Telefónica-Wanadoo*

Con independencia de la apreciación por parte de la autoridad comunitaria de si la conducta llevada a cabo por Telefónica es o no anticompetitiva, una de las cuestiones más debatidas en torno a esta polémica Decisión de la Comisión Europea es sin duda en qué medida es la compañía española Telefónica responsable de un abuso de posición dominante cuando el regulador español de telecomunicaciones, la CMT, no ha hallado en su análisis del mercado y de las tarifas aplicadas por Telefónica nada que mereciera sanción, y mucho menos una práctica de estrechamiento de márgenes.

Por ello vamos a dedicar este último apartado de este comentario a una valoración crítica de la Decisión *Telefónica*, agrupando nuestras opiniones en torno a dos cuestiones: la actuación de la CMT y la actuación de la propia Telefónica.

1. La actuación de la CMT

Naturalmente, en opinión de la Comisión, Telefónica es plenamente responsable del abuso, ya que la CMT sólo reguló parte de los precios de acceso mayorista de banda ancha (los precios de acceso mayorista regional), que representaban aproximadamente en el 2006 un 30% de los precios afectados por la Decisión. En cambio, afirma la CE que la CMT nunca analizó el estrechamiento de márgenes entre los precios de acceso mayorista nacional (que representaban en el 2006 un 70% de los precios afectados por la Decisión) y los precios minoristas de Telefónica. Además, cuando el regulador español analizó la existencia de un estrechamiento de márgenes entre los precios de acceso mayorista regionales y los precios minoristas, utilizó datos diferentes a los utilizados por la Comisión.

Como hemos señalado en la introducción, al hablar de la diferente naturaleza de la intervención regulatoria y la intervención antitrust, al estar la CMT trabajando en un contexto prospectivo, utilizó estimaciones hechas sobre la base de previsiones de mercado y de costes facilitadas por Telefónica en 2001, mientras que la Comisión utilizó datos *ex post*. Por lo tanto, aunque la CMT utilizó la misma metodología que la Comisión, trabajó con datos diferentes, que explica por qué llegó a una conclusión también diferente.

Sin embargo, Telefónica tenía que haber sabido que las estimaciones de la CMT no se correspondían con sus propios planes de negocio ni con sus costes reales. Conforme a la Comisión, los documentos internos de Telefónica muestran que la compañía estaba al corriente de que estaba aplicando estrechamiento de márgenes. Asimismo, Telefónica pudo en todo momento, de poner fin a este estrechamiento de márgenes ya que sus precios de acceso mayorista nacional no estaban regulados y sus precios de acceso mayorista regional sólo estaban sujetos a precios máximos, por lo que pudo fijar sus precios por debajo del techo máximo⁽²⁴⁾. Sin embargo, nunca tomó esta iniciativa hasta que fue obligada a hacerlo por el regulador español en diciembre de 2006. Por ello, el Ejecutivo comunitario consideró que Telefónica es completamente responsable del abuso, y como tal merecedora de sanción.

Como ya apuntábamos anteriormente, otra de las críticas que esta polémica Decisión ha suscitado es si se trata de un intento de la Comisión de desacreditar al regulador español. Lo cierto es que el pronunciamiento del ejecutivo comunitario bien puede entenderse como una violación del deber de cooperación que existe entre los órganos de la Unión Europea y los Gobiernos —en este caso, el regulador sectorial, la CMT— de los Estados miembros, previsto por el art. 10 de la Constitución Española y el art. 7.2⁽²⁵⁾ de la Directiva Marco. De apreciarse así, sería particularmente incomprensible esta actuación de la Comisión, ya que el objeto, funciones y principales características de las ANR vienen conformadas por la propia normativa comunitaria y a ellas compete —en estrecha cooperación con la Comisión— asegurar el adecuado desarrollo del nuevo marco regulador a nivel nacional.

La propia Comisión, en una nota de prensa⁽²⁶⁾, se ha aprestado a decir que, por supuesto, esta Decisión es contra Telefónica, no contra el regulador español. Añade, además, que no hay nada de extraordinario o de excepcional en que la Comisión y la CMT hayan hallado resultados diferentes: en el sector de las telecomunicaciones los reguladores establecen los mecanismos regulatorios que

⁽²⁴⁾ El hecho de que el precio de acceso esté regulado no implica la ausencia de práctica abusiva contraria al artículo 82 TCE, como ya dijera en 2003 la Comisión en la Decisión *Deutsche Telekom*, antes citada, al afirmar (párrafo 57): «*el presente caso se refiere a un uso abusivo por parte de DT consistente en la comprensión de los márgenes entre los precios mayoristas y minoristas al establecer una relación inadecuada entre las tarifas mayoristas y minoristas de acceso a la red local. A pesar de que ambos tipos de tarifas están sometidos a regulación sectorial, DT dispone de un margen de maniobra empresarial propio que, en última instancia, le permite minimizar o aun neutralizar la comprensión de márgenes mediante reestructuraciones tarifarias de mayor alcance*».

⁽²⁵⁾ Al establecer que «*las autoridades nacionales de reglamentación contribuirán al desarrollo del mercado interior cooperando entre ellas y con la Comisión, de manera transparente, con objeto de velar por la aplicación coherente, en todos los Estados miembros, de las disposiciones de la presente Directiva y las Directivas específicas. Con tal fin intentarán, en particular, alcanzar un acuerdo sobre los tipos de instrumentos y las soluciones más apropiadas para tratar situaciones particulares de mercado*».

⁽²⁶⁾ Decisión de la Comisión contra Telefónica - preguntas planteadas con frecuencia, MEMO/07/274, Bruselas, 4 de julio de 2007.

permiten el desarrollo de la competencia, pero sólo pueden hacerlo sobre la base de previsiones de mercado y de costes. Así los reguladores reducen, pero no pueden eliminar completamente el riesgo de comportamiento anticompetitivo. Las autoridades de competencia actúan *ex post*, utilizando datos históricos sobre costes realmente incurridos. Y concluye: «*Por consiguiente, las autoridades de competencia han investigado y sancionado ex post comportamientos anticompetitivos en mercados de telecomunicaciones regulados, incluso de acceso de banda ancha, en muchos Estados miembros*».

En nuestra opinión, este tipo de «resultado divergente» no arroja ningún tipo de seguridad jurídica en el mercado, y va en contra de la predictibilidad que deben tener las normas antitrust, con mayor motivo en un entorno fuertemente regulado *ex ante* como es el caso del sector de las telecomunicaciones. Si de la intervención regulatoria y antitrust se derivan veredictos contradictorios, es evidente que algo falla en el sistema, y que es necesario implementar mecanismos que corrijan la aplicación de unas normas en principio iguales, a un mismo comportamiento, pero que sin embargo se resuelven con un saldo de inocencia o culpabilidad en función de que se actúe *ex ante* o *ex post*.

Como se ha señalado acertadamente, al hilo de esta Decisión, «*los límites de la intervención ex ante y ex post en estos mercados no están claros y pueden resultar en indeseables situaciones de inseguridad jurídica para las empresas, como la que se identifica en el caso de Telefónica. Sin duda este es uno de los aspectos en que todos los sistemas de defensa de la competencia (no solo el comunitario) deben mejorar (...)*»⁽²⁷⁾.

Para salir de dudas y no cuestionar la autoridad de nuestro regulador, sigue diciendo la Comisión que «*no cabe duda de que la CMT, y otros reguladores europeos hayan realizado su trabajo. Es precisamente la CMT quien puso fin al estrechamiento de márgenes a través de su intervención eficaz en diciembre de 2006 fijando nuevos precios mayoristas*».

Sin embargo, somos de la opinión de que las consecuencias de esta Decisión exceden del ámbito de aplicación de la normativa de competencia, convirtiéndose de facto en una medida de política regulatoria que es ajena al equilibrio establecido por las Directivas comunitarias entre la actividad regulatoria encomendada a las ANR, en estrecha cooperación con la Comisión, y la aplicación caso por caso del Derecho de competencia.

En efecto, y como ha quedado repetidamente señalado en estas líneas, la normativa *ex ante* que es establecida por las ANR en cooperación con la Comisión Europea —y que incluye la imposición de obligaciones a los operadores con lo que se ha venido a denominar en «poder significativo de mercado»— debe ser, conforme al art. 8 de la Directiva de acceso, adecuada y proporcionada con respecto a la índole del problema detectado. Junto a esta regla de proporcionalidad, estas obligaciones así impuestas deben tener en cuenta los objetivos de política regulatoria establecidos en el art. 8 de la Directiva marco, lo que significa velar «*por que no exista falseamiento ni restricción de la competencia en el sector de*

⁽²⁷⁾ A. SÁNCHEZ GRAELLS, «Un regulador atrapado por sus propios actos», *Diario Expansión*, 7 de septiembre de 2007, pág. 53.

las comunicaciones electrónicas» y «promover una inversión eficiente en materia de infraestructura y fomentando la innovación». Podemos decir, en conclusión, que lo que se busca con esta ordenación es el desarrollo de una competencia sostenible, a largo plazo, tanto a nivel de servicios como de infraestructuras alternativas a las del operador ya existente.

Como es conocido, la CMT había llevado a cabo una serie de actuaciones para cumplir con estos objetivos a lo largo del período cubierto por la Decisión de la Comisión Europea, a través de las siguientes medidas:

- garantizar el acceso a lo que objetivamente puede considerarse una amplia variedad de servicios mayoristas a fin de permitir la competencia en servicios a la vez que se fomentaba la inversión en infraestructuras;
- establecer los precios del producto mayorista a fin de asegurar el acceso efectivo a la red del operador incumbente, lo que técnicamente evitaría conductas anticompetitivas como el estrechamiento de márgenes⁽²⁸⁾;
- llevar a cabo estudios de costes coherentes con los estándares adoptados por otros reguladores, y también sostenibles desde la perspectiva del propio mercado español.

Por tanto, y para concluir este apartado, en este contexto regulatorio y de actuación de la CMT así descrito, en el que una ANR de un Estado miembro ha implementado todas las previsiones del marco comunitario conjuntamente con la Comisión, la Decisión de la Comisión Europea implica extraer la conclusión de que la actividad reguladora no ha sido coherente con el art. 82 del Tratado CE, en la medida en que las obligaciones de acceso y la regulación de precios que se diseñaron con el objetivo último de prevenir, entre otras, la práctica que finalmente ha sido sancionada, no han evitado la imposición de una sanción muy elevada al operador que en todo momento se ha ajustado a dichas normas.

2. La actuación de Telefónica

Del concepto jurisprudencial que se ha aportado de la práctica de «estrechamiento de márgenes», y de la práctica decisoria de la Comisión en el sector de las comunicaciones electrónicas, podemos extraer las condiciones necesarias para que pueda imputarse a una empresa en posición de dominio la realización de esta práctica anticompetitiva. Como señala igualmente el análisis económico aplicado al Derecho de la competencia, para llegar a esta conclusión es necesario haber determinado que el operador dominante está integrado verticalmente, y definir los mercados ascendentes y descendentes en los que opera.

Así, los tres elementos que han de valorarse en esta Decisión, en lo que al análisis de la Comisión respecta, son los siguientes:

⁽²⁸⁾ *Vid.*, entre otras, la Resolución de la CMT por la que se establece el sistema de *retail-minus*, Resolución CMT AJ 2001/5050, de 26 de julio de 2001.

1) Análisis de la indispensabilidad de los insumos: se impone acreditar que el insumo que los competidores reclaman de la empresa dominante en el mercado ascendente —en este caso, el servicio mayorista— es absolutamente necesario para el operador que lo contrata. Si, por el contrario, se demuestra que existen servicios alternativos es cuando menos cuestionable que la conducta del operador dominante tenga como consecuencia efectos anticompetitivos⁽²⁹⁾.

Hablar de «indispensabilidad» de una estructura o servicio obliga, necesariamente, a referirse a la teoría de los recursos esenciales (*essential facilities*). En efecto, cuando una empresa controla un recurso esencial que otras precisan para poder desarrollar su actividad en otros mercados es especialmente tentadora la posibilidad de emplear su poder sobre aquél para incidir en el funcionamiento de éstos.

El catálogo de condiciones o restricciones a la aplicación de la doctrina sobre las infraestructuras esenciales que se emplea en el derecho estadounidense —donde esta figura tiene su origen— es el que se emplea habitualmente en el contexto del derecho comunitario de la competencia; es decir, «si la desventaja resultante de la denegación de acceso es tal que se puede razonablemente suponer que la actividad de los competidores en el mercado en cuestión será o bien imposible, o bien permanente, seria y económicamente inviable»⁽³⁰⁾. El test aplicado es, por tanto, de carácter objetivo, y hace referencia a los competidores en general, no a la vulnerabilidad subjetiva de un competidor en particular.

El origen comunitario de esta figura lo encontramos en la Sentencia de 1974 *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. and Commercial Solvents Corporation c. Comisión*⁽³¹⁾, en la que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea declaró abusiva la negativa de suministro de un fabricante de aminobutanol —mercado en el que ostentaba posición de dominio— a una empresa con la que competía en un mercado distinto, pero conexo: el de un medicamento antituberculoso del cual el aminobutanol era materia prima necesaria para su fabricación. Se ha criticado⁽³²⁾ la falta de razonamiento económico de este pronunciamiento, y de hecho tanto la Comisión como el TJCE han evolucionado bastante en sus análisis en estos años.

En concreto, el estándar actual para evaluar la negativa de acceso o suministro como posible abuso de posición dominante es el establecido por la Sentencia *Oscar Bronner GmbH & Co. c. Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG*⁽³³⁾. El litigio se planteó cuando la empresa Mediaprint se negó a incluir dicho periódico en su sistema de reparto a domicilio de prensa diaria. El editor, Oscar Bronner, interpuso una denuncia ante el *Kartellgericht* de Austria por entender que, en aplicación de la doctrina de las «infraestructuras esenciales», eso constituía un abuso de posición dominante, ya que la

⁽²⁹⁾ A este respecto es oportuno recordar que en la Decisión *Deutsche Telekom AG* señala (apartado 105) la Comisión que: «en mercados conexos, en los que los competidores adquieren servicios mayoristas del operador tradicional y dependen de tales servicios para poder competir en un mercado descendente de productos o servicios, es perfectamente posible que se produzca una compresión de márgenes entre las tarifas mayoristas reguladas y las tarifas minoristas».

⁽³⁰⁾ LANG, T., «Defining Legitimate Competition: Companies Duties to Supply Competitors, and Access to Essential Facilities», 1994 *Fordham Corporate Law Institute* 245, B. Hawk ed. (1995), pág. 245.

⁽³¹⁾ Sentencia del TJCE, de 6 de marzo de 1974, asuntos 6 y 7/73, *ECR* (1974) pág. 223, n.º 22.

⁽³²⁾ PATHA, A., «Vertical Restraints in EEC Competition Law», 2 *LIEI* (1988), pág. 15.

⁽³³⁾ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 26 de noviembre de 1998, asunto C-7/97, *ECR* I-7791 (1999) 4 CMLR 112.

denegación de acceso a la red de distribución (en la que Mediaprint era empresa dominante) infringía el art. 82 del Tratado CE, al impedir el desarrollo de la competencia en el mercado de la prensa diaria. La cuestión llegó a la Comisión Europea, y más tarde al Tribunal de Justicia, quien —sin referirse explícitamente a la doctrina de las *essential facilities*— se planteó si la actuación de la denunciada podía constituir un abuso de posición de dominio consistente en una negativa de venta.

En el párrafo 41 de su pronunciamiento, el TJCE establece que para ser considerada abusiva, la negativa de suministro:

- a) Tiene que eliminar toda la competencia en el mercado descendente en el que opera quien solicitaba el acceso.
- b) No estar justificada objetivamente.
- c) Hacer referencia a un recurso esencial para poder operar en ese mercado descendente, en el que no hay formas alternativas de operar.

En los párrafos 45 a 46 señala el TJCE que estas condiciones no se dan en este caso, ya que los periódicos pueden repartirse por otros medios distintos de la entrega a domicilio (por correo, en tiendas, quioscos, etc.), y por tanto pretender que no es económicamente viable establecer otro sistema de distribución es una pretensión no justificada.

De la Decisión *Telefónica* se desprende claramente que la Comisión analiza el estrechamiento de márgenes imputado al operador español como una negativa de suministro, un abuso con efectos de exclusión equivalentes a una negativa a contratar *de facto* ⁽³⁴⁾. Si bien es cierto que el acceso que Telefónica podía ofrecer a otros operadores que quisieran ofrecer ellos mismos banda ancha en Internet era el más sencillo de obtener, también puede objetarse que no era el único, ya que un operador alternativo en España tenía a su disposición otras alternativas para ofrecer acceso a los clientes finales y poder competir así con Telefónica en la prestación del mismo servicio final. En efecto, a la ausencia de barreras de entrada ⁽³⁵⁾ —cuestión esencial para evaluar la contestabilidad de un mercado— hay que añadir que existían entonces —y siguen existiendo ahora— otros servicios mayoristas, que pueden ser utilizados por los operadores rivales, tales como el acceso desagregado al bucle (disponible en España desde el año 2001) o la construcción de una red propia de acceso directo (tal como han venido haciendo los

⁽³⁴⁾ *Vid.* los apartados 281 a 285 de la Decisión de la Comisión. Como ha quedado dicho en la introducción a este comentario, ése es el enfoque propuesto para el análisis de este tipo de prácticas propuesto por el reciente *Discussion Paper* publicado por la propia Comisión en diciembre de 2005 (*vid.*, en concreto, los apartados 62, 66, 73 y 226).

⁽³⁵⁾ *Vid.*, en este sentido, la Resolución de 10 de julio de 2003 de la CMT, en el asunto *ADSL Mayorista*, Expediente OM 2001/7330, en la que expresamente se constata que «la ausencia de barreras significativas de entrada a este mercado de servicios de tipo reventa o al mercado de servicios ADSL minoristas aleja la posibilidad de que tales conductas llegaran a producirse, en la medida en que resulta previsible que, una vez eliminada la competencia, la elevación de precios por parte del único operador superviviente sería contestada en el corto plazo por la entrada de nuevos agentes atraídos por los altos márgenes que resultarían de ello».

operadores de cable, quienes han logrado mantener una cuota significativa del mercado minorista, en torno al 20%).

Cabe, por tanto, cuestionarse si los servicios de acceso que constituyen los productos mayoristas «intermedios» en cuestión —el del servicio mayorista ofrecido por Telefónica bajo la denominación *GigADSL* (y que en la Decisión se denomina servicio mayorista regional) y el servicio mayorista ofrecido por Telefónica bajo la denominación *ADSL IP/Megavía* (y que en la Decisión se denomina servicio mayorista nacional)— constituyen «infraestructuras esenciales» en el sentido de la jurisprudencia comunitaria, y si, por lo tanto, Telefónica estaba obligada en virtud del art. 82 del TCE a dar acceso a dichos productos a sus competidores en el mercado minorista.

2) Análisis de costes: es, naturalmente, el núcleo de la evaluación de la conducta de Telefónica, y para acreditar la conducta anticompetitiva debe probarse que para un operador alternativo no es económicamente viable competir en el mercado minorista en base a los precios mayoristas a que se ofrecen por parte de la empresa dominante los servicios necesarios.

En este sentido, en una jornada recientemente celebrada en Bruselas, Reinald Krueger, Jefe de Unidad de la división antitrust en el sector de las telecomunicaciones, ha manifestado que la Decisión Telefónica va a suponer el paradigma de aplicación del art. 82 a empresas de telecomunicaciones que abusan de su dominio en el mercado ascendente para adquirir una ventaja competitiva —pero injusta— en el mercado retail: «cualquier asunto en el futuro se analizará conforme a los principios sentados en la Decisión Telefónica»⁽³⁶⁾.

En este sentido, el test de cinco puntos que la Comisión plantea en su pronunciamiento exige la evaluación de los siguientes elementos:

- i) el nivel de eficiencia del competidor: la rentabilidad debe evaluarse sobre la base de los costes de la empresa dominante en el mercado descendente;
- ii) el estándar adecuado de costes es llamado «LRAIC» (*Long Run Average Incremental Costs*);
- iii) la rentabilidad se evalúa conforme a dos metodologías: la de «período a período» y la basada en los descuentos de flujos de caja;
- iv) para llevar a cabo un juicio equilibrado sobre los precios retail de la empresa dominante, el test de *margin squeeze* debe tener en cuenta una agregación ponderada de los productos o servicios minoristas ofrecidos;
- v) la replicabilidad de los precios minoristas: a la hora de considerar el insumo necesario del mercado ascendente, los precios retail a que da lugar su coste deben ser replicables por un

⁽³⁶⁾ <http://www.mlex.com/printable.aspx?jobid=4988>.

operador tan eficiente como la empresa dominante en cada uno de los mercados de referencia mayoristas.

Sobre esto no se puede, en el breve espacio de estas líneas, dar una opinión sobre la validez del razonamiento llevado a cabo por la Comisión, que entraña una abundancia de datos y una complejidad metodológica que es imposible recoger aquí de forma coherente.

3) Análisis de los efectos en el mercado y los consumidores: la Comisión, conforme al nuevo planteamiento de análisis del art. 82 del Tratado CE (el conocido como *effects-based approach*, consagrado en el *Discussion Paper*), debe, para acreditar la práctica restrictiva de Telefónica, llevar a cabo un análisis detallado de los efectos que sobre el mercado tuvo su conducta supuestamente anticompetitiva, así como de los efectos que sobre los consumidores ha tenido su actuación.

En este aspecto, necesariamente hemos de estar de acuerdo con el *assessment* llevado a cabo por la Comisión Europea, en la medida en que, según se recoge expresamente en el texto de la Decisión, la política de precios de Telefónica ha afectado seriamente a los competidores, obligando a éstos a optar entre rentabilidad y cuota de mercado, y llevándolos en última instancia a una inviabilidad financiera, de forma que únicamente los operadores filiales de incumbentes en otros Estados miembros habrían podido mantenerse en el mercado. En ausencia de la presión competitiva ejercida por los posibles entrantes independientes, Telefónica habría mantenido una cuota de mercado elevada y a gran distancia de sus competidores.

En cuanto a los consumidores, el efecto de la política de Telefónica es aún más patente, pues, como indica el propio texto de la Decisión, «*el estrechamiento de márgenes impuesto por Telefónica se ha dejado sentir a nivel de precios en el consumidor final*» (apartado 592). Así, la Comisión estima que «*todos los estudios que comparan precios minoristas de acceso de banda ancha concluyen que los precios españoles están entre los más altos de la UE*» (apartado 593). Por otra parte, en tanto que existe una relación entre los precios minoristas y el desarrollo del mercado de banda ancha, según la Decisión impugnada, la penetración en España ha pasado de ser de las más altas de la UE a estar por debajo de la media comunitaria (apartado 603).