

Fernando Herrera González*

LA APLICACIÓN DE PRINCIPIOS DE DERECHO DE COMPETENCIA A LA REGULACIÓN SECTORIAL DE TELECOMUNICACIONES

La imposición de obligaciones asimétricas constituye uno de los aspectos decisivos del modelo seguido en Europa para la liberalización del mercado de telecomunicaciones. Originalmente, dichas obligaciones se imponían de forma prácticamente automática a los operadores incumbentes. Sin embargo, el marco normativo comunitario de 2002 exige el conocimiento previo del mercado para la imposición de dichas obligaciones, de forma que se identifiquen aquellos operadores dominantes a los que tales obligaciones se han de imponer, así como los fallos del mercado que justifican la imposición de las mismas. Esto, según el citado marco, se ha de hacer siguiendo los principios de Derecho de competencia, en el entendido de que de esta forma se aproximará un entorno de regulación sectorial a otro con predominio de la regulación horizontal de competencia, como corresponde a los sectores liberalizados.

Palabras clave: competencia, regulación, telecomunicaciones, mercado relevante.

Clasificación JEL: L12, L51, L96.

1. Introducción

Uno de los pilares básicos sobre los que sustenta la regulación del sector de telecomunicaciones es, sin duda, la imposición de obligaciones especiales a algunos de los agentes presentes en el mercado, en razón de su posición relevante en el mismo.

* Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Departamento de Análisis Económico y Mercados.

Las opiniones vertidas en este artículo no reflejan en absoluto las opiniones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sino aquéllas del autor.

El sector de telecomunicaciones, y en especial el servicio de telefonía básica, se ha venido considerando hasta hace unos años como un monopolio natural, que se traducía normativamente en un monopolio legal, donde un único agente tenía autorización para prestar el servicio. En estas favorables circunstancias se produjo el desarrollo de la red de telecomunicaciones de estos operadores, cuyo despliegue se caracteriza por las elevadas inversiones requeridas para su realización.

Así pues, en el momento en que el legislador decide eliminar la condición de monopolio legal de la prestación de estos servicios, el operador tradicional o incumbente está en una situación tal que le permite, en ausencia de

todo tipo de regulación, impedir de forma efectiva la posible entrada de cualquier operador alternativo. En efecto, piénsese en las posibilidades reales de negocio que podría tener un nuevo operador si, por ejemplo, sus clientes no pueden realizar llamadas a los clientes del operador incumbente, o si únicamente lo pueden hacer en condiciones muy desfavorables. Es evidente que, de forma espontánea, el operador citado carece de incentivo alguno para posibilitar el acceso de los hipotéticos clientes del nuevo operador a los suyos.

En estas condiciones, la solución propuesta consiste en la imposición de determinadas obligaciones al operador incumbente, obligaciones que únicamente le afectan a él y no a sus posibles rivales, y que, por tanto, se conocen como obligaciones asimétricas. Entre éstas, es especialmente destacada la obligación de ofrecer la interconexión de su red con las de los operadores que así lo deseen, normalmente a precios orientados a costes.

De la generalización de la idea anterior surge el concepto de operador con Peso Significativo de Mercado (operador con PSM), traducido, inicialmente y de forma poco afortunada, como operador dominante en la normativa sectorial española¹. Al operador con PSM se le imponen obligaciones asimétricas de forma que se facilite la entrada de otros operadores al mercado.

En el marco normativo anterior, mediante el que se completa la apertura del sector de telecomunicaciones a la competencia, al permitir la entrada al mercado de telefonía fija, la identificación del operador con PSM era bastante directa. Se consideraba operador con PSM a aquel que superara el 25 por 100 de cuota de mercado medida por ingresos. Por supuesto, se dotaba de cierta flexibilidad en esta identificación, para los casos en que el operador en cuestión rondara dicha cuota, pero el criterio por excelencia era el descrito.

¹ Artículo 23 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones; artículos 3 y 9 del Reglamento de Interconexión, aprobado por Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio.

Tanto los mercados en que se había de analizar la existencia de operador con PSM, como las obligaciones asimétricas que habían de soportar los operadores así declarados, estaban recogidos en la propia normativa; su aplicación era en cierta forma automática, una vez se declaraba al operador con PSM.

Así, al operador con PSM en el mercado de telefonía fija, se le imponían obligaciones como ofrecer la interconexión en condiciones objetivas, transparentes, proporcionales y no discriminatorias², ofrecer interconexión en las centrales locales, orientar los precios de sus servicios de interconexión a costes, o se le exigía separación de cuentas. Sin embargo, al operador con PSM en telefonía móvil, otro de los cuatro mercados de referencia recogido en la norma, únicamente le era de aplicación la primera de las obligaciones dichas.

Sin embargo, tanto la identificación de operadores con PSM como la forma de imponer las obligaciones asimétricas a los mismos cambia radicalmente al aprobarse el nuevo marco de regulación sectorial, mediante la adopción de un paquete de Directivas relacionadas con el sector (el paquete Telecom³). En España, dicho

² Artículo 9 del Reglamento de Interconexión.

³ Directiva 2002/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva Marco).

— Directiva 2002/20/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva de Autorización).

— Directiva 2002/22/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva de Servicio Universal).

— Directiva 2002/19/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva de Acceso).

— Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva de Protección de Datos).

— Directiva 2002/77/CE, de la Comisión, de 16 de septiembre de 2002, relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

— Decisión n.º 676/2002/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, sobre un marco regulador de la política del espectro radioeléctrico en la Comunidad Europea.

ordenamiento ha sido incorporado mediante su transposición por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (LGTel) y sus reglamentos de desarrollo.

De hecho, es éste, posiblemente, el cambio de mayor calado en la regulación sectorial de comunicaciones, como consecuencia del marco regulatorio de 2002.

El razonamiento para justificar la evolución del marco regulador en este aspecto es bastante simple. En la medida en que la liberalización de los mercados de telecomunicaciones va cobrando cuerpo, la regulación sectorial de las condiciones de competencia debería ir cediendo paso a la regulación horizontal que afecta a la generalidad de los sectores económicos. En concreto, dicha regulación debería ir progresivamente desapareciendo, con lo que pasaría a ser de aplicación el derecho de la competencia.

De hecho, resulta especialmente esclarecedor el recital 1 de la Directiva Marco, que, textualmente, afirma que «*El actual marco regulador de las telecomunicaciones ha conseguido crear las condiciones necesarias para una competencia efectiva en el sector de las telecomunicaciones durante la transición del régimen de monopolio al de plena competencia*». Así pues, se deduce que, dado que existen las condiciones para la competencia efectiva, la regulación sectorial debe ir dando paso a regulación general.

Así pues, y en el aspecto que nos ocupa, lo que se pretende es una progresiva asimilación de los conceptos análogos que se utilizan en la regulación sectorial de telecomunicaciones y en la de derecho de competencia. Así, como se verá más adelante, se asimila el concepto de operador con PSM al de operador dominante, y también se incorporan los principios de derecho de la competencia a la definición y análisis de los mercados de referencia.

Esta aproximación tiene, a primera vista, dos consecuencias claras:

- Por un lado, se exige de los reguladores que conozcan el mercado antes de tomar decisiones que afecten a los agentes del mismo, en particular, antes de imponer-

les cargas asimétricas. Sólo de esta forma se puede conseguir que dichas obligaciones sean efectivas en su finalidad de solucionar los problemas de competencia.

Según se acaba de decir, en la normativa antigua, tales obligaciones venían recogidas en las propias normas y se aplicaban de forma automática, con independencia de la situación del mercado.

- Por otro lado, establece que tal conocimiento del mercado se ha de obtener aplicando los principios de derecho de la competencia. Sin embargo, el derecho de la competencia actúa normalmente *ex-post*, después de que algo ha sucedido. Por su parte, la regulación sectorial ha de actuar *ex-ante*, tratando de prevenir los posibles problemas de competencia que se puedan producir en el mercado.

Pues bien, la aplicación de principios concebidos para su aplicación *ex-post* a una situación *ex-ante* presenta en la práctica algunos problemas, a los que se están teniendo que enfrentar las autoridades nacionales reguladoras al poner en práctica el nuevo marco sectorial de las comunicaciones electrónicas. En las siguientes páginas se tratarán de identificar dichos problemas y analizar sus consecuencias.

Para ello, y como primer paso, parece oportuno describir de forma somera los pasos del proceso mediante el que se analizan los casos de abuso de posición dominante en derecho de la competencia, por la evidente relación que presenta con el procedimiento para la imposición de obligaciones asimétricas previsto en el nuevo marco.

2. Proceso para el análisis de un caso de abuso de posición dominante

Un caso de abuso de posición dominante se inicia siempre con una denuncia, esto es, con posterioridad a la realización de alguna conducta por parte del operador en presunta posición de dominio. Es por ello que se dice que el derecho de la competencia es *ex-post*.

Dicha denuncia debe identificar, necesariamente, la conducta realizada, el operador denunciado y el produc-

to o servicio que se ve afectado por dicha conducta, en opinión del denunciante.

Con este punto de partida, la autoridad competente está en condiciones de determinar cuál es el mercado relevante para el caso en cuestión, esto es, el conjunto de productos sobre los que tendría efectos dicha conducta.

La determinación del mercado relevante supone la identificación sistemática de aquellos productos o productores que pueden realizar algún tipo de presión competitiva sobre el producto en cuestión. Esto requiere, normalmente, la definición de dos dimensiones: la de producto, y la geográfica. Esto es, el conjunto de productos sustitutivos, y el área territorial en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas.

La técnica más comúnmente empleada para determinar el mercado de referencia es el «test del monopolista hipotético» (o «SSNIP test»-«*Small but significant non transitory increase in price*»). El objetivo de este test es identificar el conjunto más reducido de productos y productores sobre los que un hipotético monopolista podría ejercer su poder de mercado aumentando sus beneficios mediante un incremento pequeño, pero significativo (5-10 por 100), y no transitorio de precios. Todos estos productos se considerarían parte del mismo mercado.

Desde otro punto de vista, se consideran parte de un mismo mercado de referencia, por un lado, aquellos productos que son sustitutivos desde el punto de vista del cliente que los compra. Esto es, aquellos productos que los clientes finales comprarían en sustitución del primero, si el precio de éste se incrementara de la forma antes descrita. Por otro lado, también se incluyen en el mercado aquellos productores que, ante dicho incremento, abandonarían la producción actual y pasarían a fabricar, en su lugar, el producto analizado. Esto se conoce como sustituibilidad desde el punto de vista de la oferta.

En todo caso, es importante señalar que el citado test se aplica sobre un punto de partida, cuál es el producto sobre el que se plantea la denuncia.

Una vez delimitado el mercado relevante, la autoridad está ya en condiciones de determinar si el operador denunciado tiene o no posición dominante en el mercado de referencia. Desgraciadamente, el concepto de posición dominante no es único, y está sujeto a constante discusión y evolución.

En la actualidad, se viene aceptando la definición siguiente: se considera que una empresa está en posición dominante si es capaz de comportarse con independencia de sus competidores, sus clientes, sus proveedores y, en definitiva, del consumidor final. Una empresa con este poder de mercado tiene la capacidad de poner los precios por encima del nivel competitivo, de vender productos de calidad inferior o de reducir su ritmo de innovación.

De la propia definición canónica ya se intuyen las dificultades de mostrar que un determinado agente está en dicha posición. En la práctica, se utilizan diversos criterios como aproximación a dicho concepto. El más relevante suele ser la cuota de mercado detentada por la empresa, pero hay otros que se han de tener en cuenta, como, y en especial, las barreras de entrada al mercado.

A la vista de lo dicho, cobra especial importancia la correcta definición del mercado de referencia. En efecto, la delimitación de los productos que lo forman va a tener una influencia decisiva a la hora de medir las cuotas de mercado de los agentes presentes en él, cuotas que, a su vez, constituyen el principal indicador para determinar si un agente está o no en posición dominante. Así, un agente considerado dominante en un mercado muy estrecho, podría perder tal condición si el mercado relevante fuera más amplio, y dejar de estar sujeto a las limitaciones de derecho de la competencia.

En el caso de que se encuentre que el operador denunciado está, efectivamente, en posición dominante, el último paso es la valoración de la conducta denunciada. Esto es, establecer si tiene o no efectos sobre la competencia en el mercado. De acuerdo con la normativa europea de competencia, la mera posición de dominio no está prohibida; lo que se prohíbe es su abuso. Por otro

lado, si el operador denunciado carece de posición dominante, no estará sujeto a limitaciones en su conducta comercial (al menos, por derecho de competencia) y no hace falta llevar a cabo este último paso.

Respecto a la valoración de la conducta, se suelen considerar como anticompetitivas prácticas como las siguientes:

— Imposición de precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas: precios predatorios, precios excesivos...

— Limitación de la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores.

— Aplicación a terceros contratantes de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a estos una desventaja competitiva.

— Subordinar la celebración de contratos a la aceptación por otros contratantes de prestaciones suplementarias que no guarden relación con el objeto del contrato («paquetes»)

— Las negativas de venta injustificadas

No obstante, últimamente se viene preconizando abandonar el enfoque tradicional de categorías a la hora de determinar si una conducta es anticompetitiva, a favor de un enfoque de efectos en el primer mercado. Según el primero de los enfoques, determinadas conductas se consideran anticompetitivas *per se*, y, por tanto, han de prohibirse. El segundo enfoque, más economista, aboga por analizar los efectos de una determinada conducta, de cara a determinar si supone alguna distorsión en el mercado, y no limitarse a ver si es conforme a alguna categoría prohibida.

Por último, si se dice que la conducta denunciada es anticompetitiva, el proceso termina con una sanción para el agente infractor, y la obligación de cesación en dicha conducta.

A continuación se recoge de forma esquemática el proceso descrito, a efectos de facilitar su comparación con el proceso de imposición de obligaciones de la regulación sectorial de telecomunicaciones, proceso que se va a desarrollar en las siguientes páginas.

1. Denuncia de una posible conducta anticompetitiva.

2. Definición del mercado relevante.

— Dimensión de producto.

— Dimensión geográfica.

3. Identificación del operador denunciado como dominante.

4. Valoración de la conducta denunciada.

5. Imposición de sanción y obligación de cesación de conducta (en su caso).

3. Proceso para la imposición de obligaciones asimétricas en el derecho de telecomunicaciones

El procedimiento implícito en la regulación sectorial de telecomunicaciones, para la imposición de obligaciones asimétricas, no puede disimular su enorme paralelismo con lo que se acaba de describir, como cabría esperar. Sin embargo, introduce aspectos que le dotan de una mayor complejidad, a causa de dos razones. Por un lado, razones de armonización a nivel de mercado europeo; por otro, las consecuencias propias de aplicar una metodología *ex-post*, a una situación *ex-ante*.

Dicho proceso consta de los siguientes pasos, cuya descripción se realizará en el resto del presente artículo:

a) Identificación de (posibles) mercados de referencia.

b) Definición del mercado relevante: Dimensión de producto.

c) Análisis de «posible ausencia de competencia efectiva».

d) Definición del mercado relevante: Dimensión geográfica.

e) Análisis de competencia efectiva.

f) Identificación de operadores con peso significativo en el mercado (PSM).

g) Imposición de obligaciones asimétricas a los operadores con PSM.

De los pasos enumerados, los tres primeros son realizados por la Comisión Europea, en principio, mientras que los cuatro últimos corresponden a la autoridad nacional de regulación (ANR). No obstante, en determinados casos, también son las ANR quienes han de realizar los tres primeros pasos.

Una primera inspección comparativa de ambos procesos permite validar su paralelismo. En efecto, en ambos casos existen los pasos de definición de mercados (paso 2, pasos *b*, *d*), y la identificación de un operador como dominante, o como PSM (paso 2, paso *f*). No obstante, llama la atención la separación entre los pasos *b* y *d* en el proceso sectorial, en comparación con el paso 2 del de competencia. Entre ellos se introduce un paso completamente nuevo, que no tiene parangón con el proceso de competencia, y cuya introducción obedece a razones de armonización, como se verá más adelante.

Por otro lado, aun con contenidos distintos, se puede apreciar una similitud entre los pasos 1 y *a* de los respectivos procesos. Lo mismo cabe decir de los pasos 4 y 5, y el paso *g*. En este caso, las diferencias obedecen más bien a la problemática de aplicar técnica *ex-post* a situaciones *ex-ante*.

Pero todo esto quedará más claro conforme se avance en la descripción del proceso sectorial.

Identificación de los mercados de referencia

Como ha quedado descrito, la aplicación del derecho de competencia tiene un punto de partida claro: la denuncia presentada. Tomando como partida el producto afectado por la denuncia, se pueden aplicar las técnicas de sustituibilidad para determinar el mercado de referencia.

Sin embargo, en la normativa sectorial, no existe tal punto de partida. Ante el regulador se abre el vasto campo que supone el sector de las telecomunicaciones, como masivo punto de partida para aplicar las técnicas de derecho de la competencia.

Evidentemente, no tiene mucho sentido plantear dicha sustituibilidad sobre un concepto tan genérico como es el del «producto de telecomunicaciones», por lo que, para que la aplicación de la misma tenga sentido, el primer paso ha de ser parcelar dicho sector.

Esto implica, de alguna forma, realizar una lista más o menos exhaustiva de todos los productos que se pueden considerar en este mercado, parcelando así el sec-

tor según los criterios que se consideren de mayor relevancia.

Dicha lista es elaborada por la Comisión Europea y publicada en su Recomendación sobre mercados relevantes⁴. Los criterios utilizados para «parcelar» el mercado de comunicaciones electrónicas son los siguientes:

- *Servicios mayoristas/minoristas*: ésta es la partición principal, puesto que tiene efectos incluso sobre los tipos de obligaciones que se pueden imponer a los operadores dominantes en cada caso. Por servicios mayoristas se entienden aquéllos que son prestados por un operador de telecomunicaciones a otro, para que éste pueda a su vez prestar servicio a un cliente final, como los servicios de terminación o el alquiler del bucle. Los servicios minoristas son aquéllos que se prestan a clientes finales, como la telefonía fija o el acceso a Internet.

- *Servicio de acceso/tráfico*: aunque en la mayor parte de los casos se venden empaquetados ambos tipos de servicios, conceptualmente se pueden distinguir servicios de telecomunicación de ambas clases. Los servicios de acceso son aquéllos que conectan al cliente a la red y, por tanto, le permiten la comunicación. Los servicios de tráfico consisten en la transmisión efectiva de información. Una cosa es tener la posibilidad de comunicarse, lo que ya tiene un valor en sí mismo, y otra es realizar tal comunicación.

- *Tipo de red de acceso*: se distinguen tres tipos de red de acceso: acceso fijo, acceso móvil y acceso para difusión de radio y televisión.

- *Información transportada por el servicio*: se distingue voz, datos y señal audiovisual. Además, atendiendo a esta clasificación, se pueden separar las líneas alquiladas, si se considera transparente al operador, del tipo de información transmitida.

⁴ Recomendación de la Comisión de 11 de febrero de 2003, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación *ex ante*, de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

- *Tipo de cliente final*: en el caso de los servicios minoristas, se ha segmentado el mercado atendiendo al tipo de cliente final, distinguiéndose así entre clientes residenciales y clientes no residenciales.

Como es lógico, los criterios utilizados para fragmentar el sector son discutibles, aunque en términos generales hay un consenso en que los descritos son adecuados para una primera clasificación del sector. Al menos, los tres primeros, más discutibles, resultan el de contenido y el de tipo de cliente final.

Al aplicar estos criterios para «partir» el sector de comunicaciones electrónicas, se identifican los productos presentes en el mismo, sobre los que habría que comenzar a realizar la etapa *b* del análisis. De esta forma, se obtienen los «puntos de apoyo» necesarios para comenzar a aplicar las técnicas de sustituibilidad, y evolucionar de conjuntos de productos más o menos relacionados, a mercados de referencia de producto. En este proceso, por supuesto, podría darse el caso de que varios de los fragmentos identificados se agregaran en un mismo mercado, o, por el contrario, que uno de dichos fragmentos dé lugar a varios mercados de referencia, por no ser sustituibles entre sí los productos en él agrupados.

Definición del mercado relevante: dimensión de producto

Esta etapa es plenamente coincidente con la homóloga en el análisis de derecho de competencia. Las mismas técnicas son de aplicación, en concreto el test del monopolista hipotético, como forma sistemática de identificar productos incluidos en el mercado de referencia.

De hecho, así se recoge en las Directrices de la CE⁵, que dedican una sección completa a describir estas herramientas... únicamente para concluir que «*en la prácti-*

⁵ Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, de fecha 11 de julio de 2002.

ca, la tarea de las ANR consistirá normalmente en definir el alcance geográfico del mercado pertinente», según especifica el párrafo 36 del citado documento. Sólo en el caso en que se definieran mercados relevantes distintos de los que figuran en la Recomendación, sería necesario que la ANR acometiera este proceso.

Así pues, la responsabilidad de esta fase recae, en la mayoría de los casos, sobre la Comisión Europea, que, por tanto, hace una definición de los mercados de referencia genérica, sin tener en cuenta las circunstancias nacionales específicas que se puedan dar en cada Estado miembro. Es evidente que esto obedece a razones de armonización. El objetivo es que todos los miembros de la Unión analicen los mismos mercados, porque se presume un cierto grado de homogeneidad en los problemas de competencia.

Sin embargo, se deja la posibilidad, como se ha dicho, de que las ANR definan mercados diferentes de los incluidos en la Recomendación, si bien lo deberán hacer mediante un procedimiento bastante más complejo que el necesario para mercados ya incluidos en ella.

Dicha complejidad tiene una dimensión administrativa, por supuesto, pero también de contenido, puesto que, en este caso, las ANR deberán realizar la fase de definición de mercados, pero también la fase *c* del procedimiento, cuyas dificultades son también considerables.

Finalmente, es obvio que la razón de separar la definición de las dos dimensiones del mercado de referencia, producto y área geográfica, respecto al procedimiento de derecho de la competencia, es precisamente que la primera la ha de hacer la CE, y la segunda, la ANR.

Análisis de «posible ausencia de competencia efectiva»

Llegados a este punto, se supone que se tienen identificados y definidos todos los posibles mercados de referencia incluidos en el sector de las comunicaciones electrónicas, aunque sea de forma genérica.

El siguiente paso consiste en filtrar, de todos esos mercados, cuáles son susceptibles de regulación, esto

es, en cuáles de ellos podría darse el caso de que no se estuvieran desarrollando en un entorno de competencia efectiva. Obsérvese que aún no se está analizando realmente si se desarrollan o no en competencia efectiva (eso corresponde al paso e), sino únicamente si tal posibilidad existe de forma genérica.

Para ello, la Comisión Europea establece en la Recomendación ya citada, los criterios que este tipo de mercados han de cumplir. Éstos son, de forma acumulativa:

- Existencia de barreras de entrada
- Dinámica del mercado
- Insuficiencia del derecho de competencia

Así pues, para que un mercado pueda ser susceptible de regulación *ex-ante*, en primer lugar, han de existir barreras para la entrada en el mismo. Éste es un criterio de (relativa) fácil comprobación y en el que las autoridades suelen tener experiencia, por lo que no es compleja su aplicación.

Para entrar en más detalles sobre la aplicación de este criterio se puede acudir a la propia Recomendación. Baste aquí decir que las barreras de entrada se clasifican en legales, derivadas de la normativa vigente, y estructurales, debidas a la propia naturaleza del servicio prestado. Como ejemplo de estas últimas cabe señalar los costes hundidos o las economías de escala, muy relevantes en el sector de telecomunicaciones.

Si se detecta la existencia de barreras de entrada en el mercado, es preciso preguntarse si, pese a ello, la propia dinámica del mercado no hace que tienda libremente, esto es, sin intervención, a desarrollarse en competencia efectiva. Este criterio, como se ve, es bastante más difuso que el anterior y, en consecuencia, de más difícil aplicación.

En la práctica, la correcta aplicación del mismo exige realmente un análisis completo del mercado y un conocimiento profundo del mismo, para determinar si esa tendencia es factible o no. Algunos de los aspectos que se pueden tener en cuenta, según la propia Recomendación, son el grado de innovación tecnológica, número

de operadores, simetrías en la estructura de costes, la elasticidad del precio... Sin embargo, no se dan más pistas para su implementación.

Por si esto no fuera suficiente, aún resta el más difícil todavía, el tercer criterio. Aun existiendo barreras de entrada, y previéndose que el mercado por sí solo no tiende a la competencia efectiva, es necesario probar que el derecho de la competencia no resulta suficiente para solucionar los hipotéticos problemas de competencia en el mercado.

El problema es, claro, de qué forma se puede, no ya probar, simplemente mostrar que eso no ocurre. Se puede pensar en aspectos relacionados, como los incentivos de los operadores dominantes a cometer acciones anticompetitivas, o la facilidad de implementación de las prácticas, pero no hay precedentes ni, por tanto, experiencia, en este tipo de análisis, por lo que la aplicación de este tercer criterio es bastante incierta.

Afortunadamente, cabría pensar que la Comisión Europea en su Recomendación, y tras definir los mercados, tiene que haber aplicado estos criterios, que ella misma introduce, a la hora de filtrar los mercados de referencia resultantes de las etapas anteriores, y llegar así al listado de la Recomendación.

Pero la realidad es que, en dicho documento, la CE no realiza ninguno de estos análisis de forma explícita. Se limita a describir las barreras de entrada a los diferentes mercados, aplica en un caso puntual el análisis dinámico, y no llega a explicitar la aplicación del tercer criterio, por lo que no hay pistas de cómo aplicarlo tampoco en la Recomendación.

En estas condiciones, se produce una gran asimetría en las exigencias para regular un mercado de referencia, según quien considere que se ha de regular sea la Comisión Europea, que lo puede hacer con mínimas justificaciones, o la ANR, a la que la primera exige un complejo entramado de pruebas y razonamientos antes de permitirle la imposición de obligaciones asimétricas. Así pues, se está primando el criterio de armonización (impuesto desde la CE) sobre el de

conocimiento del mercado nacional (aportado por las ANR).

Como resultado de los pasos anteriores, se emitió la Recomendación reiteradas veces aludida, de la que resultan un total de 18 mercados de referencia, como susceptibles de regulación dentro del sector de comunicaciones electrónicas. De dichos mercados 7 son minoristas, 6 de ellos relacionados con la telefonía fija, y los restantes once se consideran mayoristas.

A partir de este momento, es el turno de las ANR en el procedimiento de análisis que estamos siguiendo.

Definición del mercado relevante: dimensión geográfica

La dimensión geográfica de mercado es el principal aspecto que ha de ser definido por las ANR dentro de la definición del mercado relevante. Esto se recoge de forma expresa en el párrafo 35 de las Directrices, cuya cita textual se puede leer más arriba.

La definición geográfica del mercado consiste en identificar los territorios en que existe suficiente homogeneidad en las condiciones competitivas. En el caso particular de los servicios de comunicaciones electrónicas, son dos los criterios más habitualmente utilizados para determinar esta dimensión:

- Área cubierta por una red.
- Aspectos legales, como pueda ser el ámbito territorial de los títulos necesarios para la prestación del servicio.

Asimismo, en algunos países como España, donde determinados operadores (como los operadores de cable) únicamente operan en áreas geográficas restringidas, cobra especial importancia el análisis de sustituibilidad basado en cadenas de sustitución. Así, si, por ejemplo, el operador A presta servicios en un área disjunta del operador B, pero existe un operador C que los presta en ambos territorios en condiciones homogéneas, la cadena de sustitución entre A-C y C-B permitiría mostrar que ambas áreas geográficas constituyen un único mercado geográfico.

El razonamiento es como sigue: si A baja los precios en su área, C habrá de responder de la misma forma. Dado que C tiene condiciones homogéneas en ambos territorios, esta bajada se producirá también en el área cubierta por el operador B, por lo que éste se verá a su vez obligado a bajar sus precios si no quiere perder clientes, en respuesta a la bajada de C.

Aparte de este aspecto, meramente técnico, este paso es el que más similitudes presenta con su análogo en derecho de la competencia.

Análisis de competencia efectiva

Una vez definido el mercado en su doble vertiente de producto y área, es el momento de comenzar el análisis del mercado propiamente dicho. En derecho de competencia, este análisis se limita a constatar si el operador denunciado tiene o no posición dominante. Recuérdese que estamos en un planteamiento a *posteriori*, en que alguien ha hecho algo, y eso es lo que se trata de juzgar.

Sin embargo, en un planteamiento *ex-ante* no hay ningún operador denunciado, por lo que se ha de analizar el mercado con el objetivo de determinar si alguno, cualquiera, de los operadores presentes en el mismo puede tener esta consideración. De nuevo, la aplicación de principios de derecho de la competencia tiene una complejidad adicional al hacerse en situación *ex-ante*.

Adicionalmente, no se debe olvidar el objetivo global del proceso, que no es otro que minimizar los problemas de competencia en el mercado mediante la imposición de obligaciones a determinados operadores. Para ello es necesario conocer dichos problemas de competencia.

Así pues, el objetivo del análisis a realizar es doble: identificar a los operadores dominantes en el mercado, posibles candidatos a operador con PSM, e identificar problemas de competencia en los mismos. En caso de que no existan problemas de competencia, al operador

encontrado como dominante de acuerdo a derecho de la competencia no será necesario imponerle obligaciones regulatorias, por lo que no «promocionará» a operador con PSM.

El derecho de la competencia ofrece herramientas consolidadas para determinar si un operador está o no en posición dominante; sin embargo, no nos dice nada en relación a la identificación de los posibles problemas de competencia. Encontramos aquí, pues, otro posible punto crítico a este planteamiento.

Por último, y habida cuenta de que se pretende que las obligaciones impuestas surtan efecto en el futuro, no basta con realizar un análisis retrospectivo de las cosas que han pasado, sino que se exige un análisis prospectivo de la situación del mercado, según se especifica en el párrafo 20 de las Directrices. En el fondo, lo que se exige a la ANR es que anticipe los problemas que pueden darse en el mercado, y actúe antes de que sucedan, ni más ni menos que imponiendo obligaciones especiales a unos determinados sujetos. Estas obligaciones serán padecidas por unos pocos, y en base a su posible comportamiento futuro.

En cualquier caso, es en esta fase donde la ANR se fuerza a conocer el funcionamiento real del mercado, porque sólo desde la comprensión efectiva de la dinámica del mismo, de los resortes que mueven a sus participantes, se puede estar en unas mínimas condiciones para acertar en su regulación.

Esto exige que se consideren numerosos aspectos del mercado, de una forma lo más precisa posible. Así, un análisis completo deberá incorporar información sobre los operadores presentes en el mercado, las posibilidades de diferenciación de los servicios, los factores que influyen sobre los precios, las barreras de entrada, el poder de negociación de la demanda o el grado de transparencia del mercado.

Como se ve, este alcance va bastante más allá de lo que sería necesario para determinar si un operador está o no en posición dominante, para un caso de derecho de la competencia.

Identificación de operadores con peso significativo en el mercado (PSM)

El análisis de competencia efectiva coincide con la identificación de operadores con PSM. Según el párrafo 19 de las Directrices «encontrar que existe competencia efectiva en un mercado relevante es equivalente a encontrar que ningún operador tiene posición dominante individual o colectiva». Sin embargo, según se acaba de ver, este análisis es más complejo que la mera determinación de operadores con posición dominante, puesto que es necesario también identificar los problemas de competencia en el mercado.

Por tanto, se puede decir que la identificación de operadores con PSM supone, por un lado, la identificación de operadores dominantes de acuerdo a derecho de competencia, y, por otro, la existencia de problemas de competencia en dicho mercado, que hagan necesario imponer obligaciones a dichos operadores dominantes.

Formalmente, el marco regulatorio equipara la figura de operador con PSM con la de operador dominante a efectos de derecho de la competencia. Así, «se considerará que una empresa tiene peso significativo en el mercado si, individual o conjuntamente con otras, disfruta de una posición equivalente a una posición dominante, esto es, una posición de fuerza económica que permite que su comportamiento sea, en medida apreciable, independiente de los competidores, los clientes y, en última instancia, los consumidores».

Así pues, la declaración de un operador con PSM equivale a la identificación de operador dominante en el mercado de referencia, y son de aplicación los mismos criterios sancionados por el derecho de la competencia. De éstos, como es sabido, el principal lo constituye la cuota de mercado del operador; el párrafo 78 de las Directrices recoge, no obstante, otros posibles criterios para tal consideración, extraídos de la práctica y la jurisprudencia comunitaria. En la medida en que tal experiencia evolucione, también lo debería

hacer el concepto de operador con PSM. Entre otros, las Directrices recogen criterios como control de infraestructura difíciles de duplicar, economías de alcance y escala, integración vertical o ausencia de poder de la demanda.

En cualquier caso, mediante esta definición de operador con PSM, la regulación sectorial «hereda» toda la complejidad inherente a la identificación de operadores dominantes propia del derecho de la competencia, bastante mayor que el simple umbral de cuota de mercado vigente en el marco anterior.

Sin embargo, no es ésta la única fuente de dificultades, puesto que también se prevé la existencia de posiciones dominantes conjuntas, así como la posible extensión de la posición dominante a un mercado conexo. Estas situaciones son de difícil prueba en un entorno *ex-post*, por lo que es fácil hacerse una idea de la enorme complejidad que pueden presentar si el análisis se hace *a priori*, esto es, sin que haya una conducta concreta que juzgar.

En cuanto al concepto de dominancia conjunta, está relativamente poco desarrollado (al contrario que el de dominancia individual, para el que existen criterios con cierta consolidación). De hecho, es muy escasa la jurisprudencia existente al respecto, limitándose casi en exclusiva a la sentencia sobre el caso *Airtours/First Choice*, de 2002⁶. Por lo tanto, resulta un concepto de poca estabilidad. En la actualidad, se dice que dos empresas lo son «cuando, de cara a sus clientes y competidores, se presenten en la misma posición que tendría una sola empresa con poder significativo en dicho mercado, siempre y cuando no exista competencia efectiva entre ellas».

Así, se puede interpretar que dos o más operadores están en posición de dominancia conjunta si existe una gran posibilidad de que coludan, sea de forma tácita o expresa; el abuso de dicha posición de domi-

nio sería, por tanto, un acuerdo entre dos agentes, perseguido pues en razón del artículo 81 (prohibición de acuerdos colusorios) y no del artículo 82 del Tratado. Así pues, el análisis de posible existencia de dominancia conjunta en el mercado viene a coincidir con analizar la posibilidad de que dichos agentes coludan.

Esto supone pasar de un análisis estructural del mercado, cual es el exigido para la declaración de dominancia individual, como lo prueban los criterios que hay que analizar, a un análisis de posibles conductas de los agentes, mucho más discutible, y aún más si se tiene en cuenta que el análisis a realizar ha de ser prospectivo.

En todo caso, el Anexo II de la Directiva Marco viene a establecer una serie de parámetros estructurales del mercado, cuya conjunción podría hacer pensar en la existencia de dominancia colectiva. Son aspectos como la madurez del mercado, el grado de crecimiento y la elasticidad de la demanda, homogeneidad del producto, similitud en las estructuras de coste y en las cuotas de mercado, existencia de mecanismos de retorsión... En todo caso, sigue siendo muy dudoso que a partir de la mera estructura del mercado se pueda concluir la probabilidad de una conducta en un entorno *a priori*, y, además, con los efectos de imponer obligaciones asimétricas a los operadores involucrados.

Por último, hay que decir que, salvo una excepción (discutible), los casos conocidos se han aplicado en el entorno de análisis de concentraciones. Esto presenta la ventaja de que también es una situación *ex-ante*; sin embargo, falta la concreción de partida que permite juzgar dichas operaciones. En efecto, se tiene un caso concreto en que dos empresas se integran, y se trata de ver si la empresa resultante tendría incentivos para coordinarse con alguna de las restantes. Sin embargo, en el caso de regulación sectorial, no existe tal sujeto de partida, sino que hay que enfrentarse a todos los agentes de mercado para analizar si tendrían incentivos (¿por parejas, por tríos, todos?) a coordinarse.

⁶ Sentencia de 6 de junio de 2002 del Tribunal de Primera Instancia, Caso T-342/99, *Airtours plc v. Comisión Europea*.

Queda por referirse ahora a la posible extensión de la posición dominante a un mercado estrechamente relacionado, tal y como prevé el artículo 14.3 de la Directiva Marco. Allí se establece que se podrá considerar que un operador con PSM en un mercado, la puede tener también «en otro mercado estrechamente relacionado cuando los vínculos entre ambos sean tales que resulte posible hacer que el poder que se tiene en un mercado produzca repercusiones en el otro, reforzando de esta manera el poder en el mercado del operador».

Una vez más, la aplicación de un principio aceptado en derecho de la competencia choca con graves problemas al tratar de aplicarse en un entorno *ex-ante*. En este caso, se trata del concepto de mercados conexos. En derecho de la competencia, se viene aceptando que una conducta abusiva por un operador dominante en un determinado mercado, podría tener efectos anticompetitivos, no en el mercado en que existe dicha posición, sino en otros relacionados con éste. Por ejemplo, un agente dominante en el mercado de patatas podría realizar conductas anticompetitivas sobre el mercado de tomates, si decide vender obligatoriamente empaquetados las patatas y los tomates. Podría, pues, apalancarse en su posición dominante en el primer mercado para conseguir una posición similar en el segundo (extender su posición de dominio).

De nuevo, tal situación resulta de practicar una conducta, y no se puede prever su ocurrencia a partir de la estructura de mercado. Evidentemente, en un caso de derecho de competencia, dicha conducta está identificada, ha ocurrido, y se trata sólo de valorar sus efectos. Pero no ocurre lo mismo en una situación *ex-ante*.

Como primer aspecto de controversia, habría que definir qué se entiende por mercado «estrechamente relacionado», ya que esto debería tener un carácter estructural para poder incluirlo en el análisis (o sea, independiente de la conducta de los operadores).

En todo caso, y aceptada una definición razonable, en el sector de comunicaciones electrónicas, por su natura-

leza, se podría considerar que prácticamente todas sus actividades están estrechamente relacionadas. Un simple vistazo a la Recomendación revela, sin dificultad, que al menos 17 de los 18 mercados allí incluidos se pueden considerar, por diversos motivos, estrechamente relacionados.

Esto supondría que un operador con PSM en cualquiera de ellos podría ser declarado, siguiendo el artículo citado, en los 16 restantes! (Llevado al absurdo, claro). Así, imagínese por un momento que alguna ANR decide utilizar este artículo para declarar con PSM a algún operador en un mercado relacionado. La incertidumbre jurídica que esto podría crear entre los agentes del sector hace que, en la práctica, la aplicación del mismo sea completamente impensable.

Imposición de obligaciones asimétricas a los operadores con PSM

El paso que cierra el proceso en la regulación sectorial carece de parangón en el proceso de derecho de competencia, por lo que de poco valen los principios de éste en su realización.

La finalidad del análisis de mercados de referencia en derecho sectorial es, como se ha dicho, la imposición de obligaciones asimétricas a los operadores considerados con PSM, obligaciones que, de alguna forma, solucionen los problemas de competencia identificados. Por su parte, el derecho de la competencia, busca impedir la realización de acciones anticompetitivas mediante la penalización de aquéllas que lo sean. Por tanto, una vez concluido que la acción concreta denunciada tenía carácter abusivo, se sanciona al operador infractor y se le ordena que cese en la conducta. En derecho sectorial, la cosa es más complicada.

El marco normativo prevé un conjunto de posibles obligaciones que las ANR pueden imponer a los operadores con PSM. A dicho conjunto se le ha dado en llamar «caja de herramientas (*toolbox*)» y a las obligaciones, *remedies*. Dichas obligaciones se recogen en las

directivas de Acceso y Servicio Universal, y se citan a continuación. No es objeto de este artículo entrar en una descripción, siquiera breve de las mismas; el lector interesado podrá encontrar la información que desee en el documento *ERG Common Position on the Approach to Appropriate Remedies in the New Regulatory Framework*⁷.

- Transparencia (artículo 9 Directiva Acceso).
- No discriminación (artículo 10 DA).
- Separación de cuentas (artículo 11 DA).
- Acceso a redes (artículo 12 DA).
- Control de precios y contabilidad de costes (artículo 13 DA).
- Controles regulatorios de servicios minoristas (artículo 17 Directiva Servicio Universal).
- Controles regulatorios del conjunto mínimo de líneas arrendadas (artículo 18 DSU).
- Selección y preselección de operador (artículo 19 DSU).

Junto con las obligaciones, el marco prevé una serie de criterios o principios que guíen a los reguladores en la elección de las correctas obligaciones a imponer. Así, las mismas habrán de estar relacionadas con la naturaleza del problema, habrán de ser proporcionales, y habrán de perseguir el cumplimiento de determinados objetivos sectoriales (de fomento de inversión, y similares).

Como se puede observar y ya queda dicho, el paso de *ex-post* a *ex-ante* constituye, en esta última etapa, un verdadero salto en el vacío, ya que se carecía completamente de experiencia para abordarlo. En la actualidad, ya existen numerosas decisiones de las distintas ANR que facilitan el proceso, así como el documento anteriormente citado, que resulta un verdadero manual para la imposición de obligaciones, a falta de otros referentes.

9. Conclusiones

La principal virtud del nuevo marco regulador de las comunicaciones electrónicas, en lo referente a la imposición de obligaciones asimétricas, es sin duda el planteamiento implícito de exigir la regulación del mercado desde el propio conocimiento del mercado.

Es por eso que se exige de las ANR un análisis del mismo, de forma que se obtenga el conocimiento necesario para justificar decisiones tan graves como la imposición de obligaciones especiales a determinados sujetos, respecto a otros, siendo todos ellos en principio iguales ante la ley.

Para la obtención de dicho conocimiento, se han de utilizar los principios de derecho de la competencia, en el entendido de que dicha regulación horizontal será la que deba actuar en este sector, una vez la liberalización haya culminado. Así pues, nada parece más razonable que introducir sectorialmente este modo de trabajar, de cara al previsible futuro.

Sin embargo, tal como se ha descrito en las líneas precedentes, la utilización de técnicas *ex-post* (aplicables tras haber ocurrido algo) a un entorno *ex-ante*, presenta complejos problemas en la práctica. Entre otros, cabe referirse a los siguientes:

- Ausencia de punto de partida sobre el que realizar la definición del mercado de referencia; este aspecto es suplido por la Recomendación sobre mercados relevantes.
- Alcance del análisis de mercado, que no se limita a constatar si un determinado agente tiene posición dominante, sino que ha de mirar si cualquiera de los operadores la tiene, y además identificar los posibles problemas de competencia en el mercado.
- Identificación de operadores dominantes colectivos o mediante extensión a mercados conexos, lo que normalmente es una circunstancia de conducta que sólo se puede verificar posteriormente, y no de estructura del mercado.
- Finalidad del proceso, que exige de la imposición de obligaciones asimétricas, lo que no se puede realizar con los principios de derecho de competencia.

⁷ ERG (03) 30 rev1: ERG Common Position on the Approach to Appropriate Remedies in the New Regulatory Framework, aprobado en la Sesión Plenaria ERG 8, de 1 de abril de 2003.

ÚLTIMOS MONOGRÁFICOS PUBLICADOS



Información:
Ministerio de Industria, Turismo y Comercio
Paseo de la Castellana, 162-Vestíbulo
28071 Madrid
Teléf. 91 349 36 47