

Almudena Arpón de Mendívil y de Aldama*

COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS Y COMPETENCIA

La introducción de competencia en las comunicaciones electrónicas se ha conseguido con una regulación específica, en la medida en que las normas de competencia por sí solas no son suficientes, en un momento inicial, para la apertura de un mercado en monopolio en el que las infraestructuras —las redes, básicamente— son esenciales para el ejercicio de esa actividad. En este artículo se analiza la regulación del sector, distinta pero complementaria de la de competencia, así como su aplicación por la autoridad específica encargada de su vigilancia.

Palabras clave: telecomunicaciones, regulación, competencia, comunicaciones electrónicas, derecho de la competencia, mercados relevantes.

Clasificación JEL: L12, L51, L96.

1. Introducción

Las comunicaciones electrónicas han recorrido ya más de seis años desde su liberalización. La introducción de competencia se ha conseguido con una regulación específica, en cuanto que las normas de competencia por sí solas no son suficientes en un momento inicial para la apertura de un mercado en monopolio en el que las infraestructuras —las redes básicamente— son esenciales para el ejercicio de esa actividad.

Lógicamente, a medida que la competencia va asentándose, se produce una natural dilución progresiva de las reglas específicas pro-competencia y se mantienen y aumentan en importancia las necesarias para la protección de intereses generales: el acceso por los ciudadanos a un conjunto mínimo de servicios de comunica-

ciones, la garantía de la prestación de aquéllos necesarios para la seguridad así como la protección y defensa de los derechos de consumidores y usuarios.

Este artículo analiza la regulación del sector, distinta pero complementaria de la de competencia, así como su aplicación por la autoridad específica encargada de su vigilancia, en España, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones; simultáneamente atiende a la puesta en práctica de las normas generales de competencia, comunitarias y nacionales, por las autoridades competentes para ello.

2. Los principios de derecho de la competencia y las autoridades encargadas de su salvaguarda en el sector de las comunicaciones electrónicas

El principio elemental del derecho de la competencia es la protección del interés público consistente en que exista un grado de competencia suficiente y evitar aque-

* Gómez Acebo & Pombo.

llas acciones que tengan por objeto o efecto perjudicar ese interés. Esto se concreta en la prohibición de tales acciones anticompetitivas, ya revistan la forma de acuerdos o conductas concertadas, las actuaciones abusivas por las empresas con un poder de mercado muy significativo (las dominantes) o medidas estatales, en particular las ayudas públicas. También se someten al análisis de competencia las tomas de control o concentraciones de empresas (compras, fusiones, *joint-ventures*, etcétera) en cuanto puedan resultar en un cambio en la estructura de mercado que conduzca a una restricción de la competencia.

Las comunicaciones electrónicas son además destinatarias de una regulación especial para asegurar que la competencia alcanza un nivel suficiente en los casos en que esto no ocurra, como luego se explica.

Son varias, tal vez demasiadas, las autoridades encargadas de velar por la competencia en el sector. Precisamente, uno de los elementos que dejan su impronta en la configuración de la competencia en las comunicaciones electrónicas es el número de autoridades, tanto de la Unión Europea como nacionales, con funciones en el mismo.

Tales autoridades son las que normalmente se ocupan de la aplicación de las normas de competencia a todos los sectores de actividad: en la Unión Europea, es la Comisión Europea a través de la Dirección General de Competencia. Y en España son el Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia, el Ministro de Economía y Hacienda y el Gobierno.

El Servicio de Defensa de la Competencia es el órgano encargado de la instrucción e investigación de las conductas contrarias a los artículos 1, 6 y 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia («LDC»), y la instrucción de los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE. El Servicio es un órgano adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda a través de la Dirección General de Competencia.

El Tribunal de Defensa de la Competencia es responsable de la resolución de los expedientes abiertos por el

Servicio en materia de conductas contrarias a los artículos 1, 6 y 7 de la LDC. Es un organismo autónomo con personalidad jurídica propia y adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda a través de la Secretaría de Estado de Economía.

El Tribunal tiene también una función consultiva en materia de control de concentraciones (emitiendo un informe no vinculante antes de la decisión final por el Consejo de Ministros) y en materia de concesión de ayudas públicas (analizando los criterios de la concesión y elevando un informe al Consejo de Ministros).

El Consejo de Ministros es el órgano con competencias resolutorias en materia de control de concentraciones, a propuesta del Ministro de Economía.

A las anteriores instancias deben sumarse las autoridades especiales del sector: de nuevo la Comisión Europea a través de la Dirección General de la Sociedad de la Información con facultades en cuanto a las definiciones de mercados realizadas en cada uno de los Estados por las denominadas autoridades nacionales de regulación, en España la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT).

La CMT es la responsable de establecer esas normas especiales destinadas a asegurar la competencia en el sector, lo que se concreta en la definición de los mercados relevantes, designación en su caso de los denominados operadores con presencia significativa e imposición a esos operadores de las obligaciones específicas para remediar los fallos concurrenciales. Con carácter general, debe velar por el cumplimiento de los objetivos de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones («LGT»), entre ellos, el fomento de la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones.

Finalmente, los órganos jurisdiccionales nacionales pueden dirimir cualquier controversia relativa a la aplicación de las normas de competencia de la Unión Europea sobre acuerdos restrictivos y abusos de posición de dominio recogidas en los artículos 81 y 82 del Tratado [en virtud del artículo 6 del Reglamento (CE) Número 1/2003 del Consejo]. No sucede lo mismo con las nor-

mas nacionales de competencia, cuya aplicación compete en exclusiva al Servicio y al Tribunal de Defensa de la Competencia (artículo 51 bis de la LDC). Las únicas limitaciones a este respecto son las derivadas de la necesidad de asegurar una aplicación coherente de los artículos 81 y 82 del Tratado en toda la Unión Europea. Así, los jueces llamados a resolver cuestiones de competencia deberán abstenerse de adoptar resoluciones que resulten incompatibles con decisiones previas de la Comisión Europea; han de valorar si procede suspender el procedimiento en caso de existir causas paralelas, así como remitir a la Comisión Europea copia de sus sentencias; también deben atender a las observaciones que ésta pudiera formular, verbalmente o por escrito, en relación con un procedimiento en curso.

3. El eje de la competencia: El mercado.

Los mercados de comunicaciones electrónicas

Todos los análisis de competencia, ya sean para la aplicación de la normativa general *antitrust* o de la sectorial específica, tienen un punto de partida: la determinación del mercado que merece esa atención, esto es, el mercado relevante. Además, en este sector, el estudio de los mercados es uno de los contenidos principales de su regulación: tras las primeras fases de liberalización, ya en 2003 se asumió que no todos los mercados que lo conforman tenían fallos concurrenciales importantes, y que sólo en los debilitados quedaba justificada la imposición de determinadas obligaciones normativas a empresas que tuvieran una posición de dominio, los operadores con presencia significativa. Por tanto, la correcta definición de mercados y el análisis de las condiciones de competencia en cada caso es un ejercicio fundamental para la correcta atribución de ese estatuto y, en su caso, la imposición de obligaciones específicas.

La Comisión Europea siempre ha atribuido a la definición de mercado una importancia esencial, para lo cual publicó una comunicación específica sobre la definición de mercado relevante (Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos

de la normativa comunitaria en materia de competencia 97/C 372/03). Y ahora, para aplicar los criterios sobre definición de mercado al sector de las comunicaciones electrónicas, ha dictado las Directrices 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 (2002/C 165/03) (las «Directrices»).

Las especialidades que deben tenerse en cuenta para la definición de mercados en el sector de las comunicaciones electrónicas son las siguientes:

En primer lugar, en la normativa sectorial de las comunicaciones electrónicas, el objetivo de realizar definiciones de mercado es que se analicen aquellos en los que no exista una competencia efectiva para remediar la situación. En consecuencia, el enfoque que debe seguirse al realizar dicha definición de mercados es prospectivo y anticipador, de forma similar al que se sigue para el análisis de las concentraciones.

Por el contrario, las normas de competencia de los artículos 1 y 6 de la LDC y 81 y 82 del Tratado CE se aplican sólo cuando la conducta ya se ha producido, con lo que el análisis del mercado relevante es el correspondiente al de la situación que se presentaba en el momento en que se produjeron las conductas objeto de análisis bajo tales artículos.

Como se ha dicho, difieren también las autoridades que realizarán tales definiciones, según se enmarquen éstas en el contexto de la aplicación (autoridades nacionales de regulación), o en el de las generales de competencia (autoridades de competencia).

Por tanto, aunque deberían ser los menos, puede haber casos en que las definiciones de mercado realizadas por la autoridad de regulación y las autoridades de competencia no coincidan, como reconocen las Directrices. La normativa comunitaria —en particular los artículos 3.5 y 16.1 de la Directiva Marco (Directiva 2002/21/CE) y la Sección 5.3 de las Directrices—, y también la española —artículos 10.2 y 48.3.e) y f) de la LGT—, se refieren especialmente a la necesidad de cooperación y consulta entre ambas autoridades.

La definición de los mercados de comunicaciones electrónicas

En la normativa de telecomunicaciones se hace referencia expresa a la aplicación de los criterios generales de competencia al efecto, los cuales se recogen en la Recomendación de Mercados de la Comisión Europea (Recomendación 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 los servicios de comunicaciones electrónicas).

En ese sentido, las Directrices siguen las dos dimensiones de un posible mercado, la de producto o servicios que lo integran y la geográfica.

Al igual que para cualquier otra actividad, el mercado de productos o servicios pertinente es aquel que abarca todos aquellos que son suficientemente intercambiables o sustituibles no sólo por sus características objetivas, en virtud de las cuales resultan especialmente idóneos para satisfacer las necesidades constantes de los consumidores, sus precios o su uso previsto, sino también por las condiciones de competencia o la estructura de la oferta y la demanda en el mercado de que se trate.

Los criterios más importantes para alcanzar las definiciones del mercado de producto y geográfico son los que se refieren a la intercambiabilidad desde el punto de vista de la demanda y de la oferta. El análisis de la sustitución en la demanda tiene en cuenta la presión sufrida por los oferentes de un determinado producto o servicio derivada de su posible reemplazo porque existan fuentes alternativas de suministro de bienes o servicios que el consumidor considere sustitutos del primero. Y del lado de la oferta consiste en estudiar si existen fabricantes de otros productos que puedan ofertar fácilmente el producto cuyo mercado se intenta definir. En los casos en que los costes globales de la adaptación de la producción a otro producto sean relativamente reducidos,

el producto de que se trate podrá entrar en el ámbito de la definición de mercado. En el sector de las comunicaciones electrónicas son especialmente significativos los obstáculos para suscribir acuerdos de interconexión o colocación, o para negociar cualquier otra forma de acceso a la red u obtener derechos de paso para la expansión de la red, los cuales pueden hacer poco probable a corto plazo la prestación de nuevos servicios y el despliegue de nuevas redes por competidores potenciales.

El mercado geográfico relevante es una zona definida en la que se comercializa el producto de que se trate en cada caso y en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas para todos los operadores económicos; este mercado puede distinguirse del de las zonas vecinas por tener unas condiciones de competencia considerablemente distintas.

En las comunicaciones electrónicas, el alcance geográfico del mercado se ha delimitado tradicionalmente considerando el ámbito en el que un operador de determinados servicios ha quedado autorizado mediante el correspondiente título habilitante. Actualmente, como los operadores de redes y prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas no precisan de autorización o licencia, lo habitual es que el mercado quede definido con una dimensión nacional salvo que existan condiciones de competencia aplicables en un ámbito geográfico inferior suficientemente distintas. Hasta el momento, la CMT está considerando que no supone una alteración suficiente en las condiciones de competencia con respecto al resto del territorio nacional la existencia de operadores localizados en un ámbito geográfico inferior al nacional, como pueden ser los operadores de cable.

Una de las particularidades en la aplicación de la regulación sectorial de las comunicaciones electrónicas por las autoridades nacionales de regulación es que al definir mercados relevantes deben establecer la dimensión geográfica de dicho mercado, pero dentro del territorio de su jurisdicción; la autoridad de regulación no puede definir el alcance geográfico de ningún mercado transnacional, ya que esta función ha quedado reserva-

da a la Comisión Europea, quien adoptará la correspondiente decisión sobre mercados transnacionales, definiendo su dimensión y sus condiciones de competencia. Por el contrario, las autoridades de competencia pueden delimitar la dimensión geográfica de un mercado de ámbito superior al nacional y resolver los asuntos que se planteen en él.

La Comisión Europea recomienda analizar una serie de mercados previamente definidos por ella e incluidos en la Recomendación de Mercados (once mercados mayoristas y siete minoristas) y, si bien las autoridades de regulación también pueden definir mercados distintos de los recomendados, han de seguir un procedimiento de consulta con las autoridades de otros Estados y con la Comisión, quien tiene la posibilidad de suspender la aplicación del proyecto de medida por un plazo de dos meses y adoptar una decisión instando su retirada.

Mercados en los que la competencia no se desarrolla en un entorno de competencia efectiva: mercados con operadores con peso significativo en el mercado (OPSM)

Los mercados en los que la competencia no se desarrolla en un entorno de competencia efectiva son los únicos que pueden ser objeto de una regulación dirigida a remediar esta situación y a esto se llega en primer lugar a través de la identificación de los OPSM.

Un OPSM es aquel operador que, «individual o conjuntamente con otros, 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 que sean personas físicas» (artículo 3.2 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración aprobado por Real Decreto 2296/2004).

La posición de dominio puede ocuparla una empresa sola o en conjunción con otras, entendiéndose que

todas tienen una posición de dominio colectivo. Así, por ejemplo, la CMT, en su resolución de 2 de febrero de 2006 (Expediente AEM 2005/933, Mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil) identificó a los tres operadores de redes móviles como operadores que conjuntamente tienen poder significativo de mercado en el mercado de referencia.

Para considerar si hay posición de dominio, se deben tener presentes los obstáculos a los que se enfrentan los competidores de la empresa en cuestión para desarrollar su actividad; obstáculos que habitualmente se dividen en barreras de entrada de orden económico o legal. La falta de tales barreras es un elemento disuasorio de un comportamiento anticompetitivo independiente. En el sector de las comunicaciones electrónicas, las barreras legales de entrada al mercado pueden ser elevadas cuando se limita el número de títulos habilitantes disponibles para ejercer una actividad, como es el caso de la telefonía móvil.

Las barreras económicas pueden ser las inversiones de capital elevadas, las economías de escala, la diversificación de productos o servicios o la dificultad de acceso a los canales de distribución.

En este sector es especialmente relevante el control de las infraestructuras necesarias para prestar los servicios, en particular, la red pública conmutada de telecomunicaciones. Los operadores que disfruten de tales activos podrán tener una posición dominante. Y siguiendo con las infraestructuras y redes, el análisis de competencia tiene especialmente en cuenta la existencia de otros proveedores de red en el mercado afectado, en el supuesto de que existan, y su importancia, así como la tenencia de derechos preferentes para el acceso a instalaciones que no pueden duplicarse razonablemente, por su coste o por razones legales (por ejemplo, permisos municipales).

Por último, dada la importancia del progreso tecnológico, el estudio de las barreras debe realizarse asumiendo que tal vez su valor sea relativo a la vista de nuevas presiones competitivas.

El estatuto del OPSM

En aquellos mercados en los que se observe la existencia de un OPSM, individual o conjuntamente con otros, la CMT decidirá si debe mantener o modificar las obligaciones existentes o imponer nuevas para asegurar el funcionamiento en competencia del mismo. Las obligaciones se basarán en la naturaleza del problema identificado, serán proporcionadas y estarán justificadas en el cumplimiento de los objetivos perseguidos por la LGT. Dichas obligaciones se mantendrán por el tiempo estrictamente imprescindible.

Las obligaciones que pueden imponerse a los OPSM varían según se trate de mercados al por mayor y al por menor. En principio, las obligaciones relacionadas con los mercados al por mayor son las de transparencia, no discriminación, separación contable, acceso a recursos específicos de las redes y a su utilización, obligaciones de control de precios y contabilidad de costes (artículos 9 a 13 de la Directiva 2002/19/CE de Acceso). Las relacionadas con los mercados al por menor son controles de regulación de los servicios, disponibilidad del conjunto mínimo de líneas arrendadas y selección y preselección del operador (artículos 17 a 19 de la Directiva 2002/22/CE de Servicio Universal).

Las autoridades de regulación pueden imponer obligaciones que no figuren en esta lista, debiendo solicitarlo a la Comisión Europea.

4. Acuerdos y prácticas restrictivas

Los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que sean susceptibles de afectar al comercio entre Estados miembros y que tengan por objeto o consecuencia restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común están prohibidos por el artículo 81.1 del Tratado. Idéntica prohibición pesa sobre los acuerdos y prácticas restrictivas cuyos efectos no trascienden las fronteras españolas, en virtud del artículo 1 LDC.

La principal diferencia existente entre el tratamiento dado por las normativas comunitaria y nacional a este tipo de acuerdos prohibidos radica en que, en el ámbito comunitario, el Reglamento (CE) número 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado CE, en vigor desde el 1 de mayo de 2004, reemplaza el principio de «autorización previa» de los acuerdos por el de «excepción legal», según el cual los acuerdos son legales y ejecutorios desde el momento de su firma, sin necesidad de notificación, en tanto en cuanto no se declaren prohibidos expresamente mediante decisión. Se fomenta, por tanto, la autoevaluación de los acuerdos. En el supuesto de que éstos fueran declarados prohibidos a raíz de un procedimiento incoado de oficio por la Comisión Europea o a instancia de parte tras la interposición de una denuncia por parte de un competidor, la consiguiente declaración de nulidad sólo surtiría efectos a partir de la fecha de constatación de la infracción.

Sin embargo, en la legislación nacional y por lo que se refiere a la aplicación del artículo 1 de la LDC, la obligación de notificación a las autoridades de competencia para la obtención de una autorización singular sigue vigente. Los acuerdos se pueden beneficiar de la exención siempre que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 3 LDC: fundamentalmente, que contribuyan a mejorar la distribución o la producción de bienes, o al progreso técnico o de la economía, siempre y cuando las restricciones a la competencia que conlleven sean proporcionadas al beneficio que se derive de su aplicación, y que no se elimine totalmente la competencia.

Los acuerdos entre competidores para el desarrollo y utilización conjunta de infraestructuras son un ejemplo de este tipo de pactos: en la medida en que no contengan restricciones que vayan más allá de lo estrictamente necesario para lograr el objetivo de desarrollar o asegurar un uso eficaz de la infraestructura de telecomunicaciones, han sido autorizados tradicionalmente por las autoridades de competencia en atención a las ventajas que de ellos se derivan.

Así, en el ámbito de las redes móviles de tercera generación (3G), en febrero de 2002, la alemana T-Mobile y la británica mmO2 solicitaron a la Comisión Europea bien una declaración negativa, con arreglo al apartado 1 del artículo 81 CE, bien una exención, según lo previsto en el apartado 3 del artículo 81 CE, de una serie de acuerdos concluidos para compartir las infraestructuras de emplazamientos de servicios móviles 3G y permitir la itinerancia entre sus redes 3G del Reino Unido y Alemania (2003, Asunto COMP/38.360 T-Mobile, y 2003, Asunto COMP/38.370 O2 UK Limited/T-Mobile UK Limited). La Comisión aceptó el argumento de las partes según el cual el uso compartido de emplazamientos no suponía una restricción de la competencia: la aplicación del acuerdo quedaba limitada al uso compartido de infraestructuras básicas de red tales como postes, alimentación eléctrica, estantes y refrigeración, siendo asimismo favorable desde el punto de vista medioambiental y sanitario. En cuanto a los acuerdos relativos a la itinerancia nacional, la Comisión entendió que si bien limitaban la competencia en las redes en cuanto a cobertura, precios de distribución, calidad y velocidad de transmisión, favorecerían la incorporación a los mercados, lo que contribuiría a una mejor y más rápida cobertura de servicios 3G, aliviando asimismo los costes soportados por los operadores en los procedimientos de adjudicación de las licencias. La Comisión concedió una exención individual a los acuerdos referidos a la itinerancia nacional hasta el 31 de diciembre de 2008 para las zonas rurales y, hasta el 31 de diciembre de 2007, para las zonas urbanas.

5. Abuso de posición de dominio

La explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo está prohibida por el artículo 82 del Tratado CE, en la medida en que pueda afectar al comercio entre Estados miembros. Dicho artículo señala que tales prácticas abusivas pueden

consistir, particularmente, en imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas; en limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores; en aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; o en subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

Si dichas prácticas tuvieran lugar en el mercado español sin afectar el comercio intracomunitario quedarían igualmente prohibidas ex artículo 6 LDC. Esta Ley, sin embargo, contiene una particularidad respecto al derecho de la competencia comunitario, y es que prohíbe la explotación abusiva de la situación de dependencia económica, figura clásica de la legislación de competencia desleal que ha quedado tipificada como una modalidad de conducta abusiva que practica quien tiene una posición de dominio.

El abuso que prohíben las normas de competencia se analiza bajo una concepción objetiva, en el sentido de que una conducta seguida por una empresa en posición de dominio puede considerarse normal para cualquier otra empresa del mercado y, sin embargo, quedar prohibida para ella. Por tanto, no es necesario que la empresa dominante tenga intención de perjudicar ni que la actuación quede comprendida por fuerza en alguno de los tipos que recogen, respectivamente, los artículos 82 del Tratado CE y 6 de la LDC.

Los supuestos de abuso que inicialmente preocupaban más a la Comisión Europea y de los que se produjeron algunos ejemplos en las fases previas a la liberalización han sido los relativos al acceso a los recursos esenciales o *essential facilities*. Esa explotación abusiva se produce cuando una empresa dominante en un mercado dispone en exclusiva de activos que son esenciales para poder actuar en un mercado conexo y niega su suministro a un competidor.

La Comisión, en su Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones, incorporó esta doctrina por la que impone a la empresa dominante la obligación de suministro cuando se den las siguientes condiciones: 1) que el acceso a la instalación sea fundamental para que las empresas compitan en el mercado conexo; 2) que se disponga de suficiente capacidad para facilitar el acceso; 3) que el titular de la instalación no consiga satisfacer la demanda en un mercado de servicio o producto ya existente, bloquee la irrupción de un nuevo servicio o producto potencial, o impida la competencia en un mercado ya existente o potencial; 4) que la empresa que solicita el acceso esté dispuesta a pagar un precio razonable y no discriminatorio; y 5) que no exista justificación objetiva para denegar el acceso.

La regulación sectorial contempló especialmente la obligación de acceso a las redes públicas de telecomunicaciones y de interconexión en condiciones transparentes, objetivas y no discriminatorias; además, los operadores dominantes debían ofrecer la interconexión a precios orientados a costes.

Tras la entrada en vigor de la LGT, la mayoría de los conflictos que se han suscitado en estas áreas se han resuelto ante la CMT mediante la aplicación de las normas sobre acceso e interconexión de redes.

Las autoridades de competencia se pronunciaron sobre esta cuestión antes de que existiera regulación especial en el Asunto teléfonos en Aeropuertos (1995, Expediente 350/1994), en el que el TDC declaró la existencia de una práctica de abuso de posición de dominio consistente en la negativa y en retrasos injustificados de suministro de líneas por Telefónica a 3C Communications de España, S.A., en 1995.

La tesis de las *essential facilities* fue la mantenida por la Comisión Europea en el caso ITT/Promedia/Belgacom (1997, Asunto IV/36001, Belgacom v. ITT), en donde se declaró abusiva la negativa de la empresa telefónica dominante de proporcionar información a un nuevo competidor en el mercado conexo de las guías telefónicas. En España en el Asunto Internautas/Telefónica

(2002, Expediente 518/2001) el Tribunal determinó que el bucle local es una instalación esencial, pero no así la prestación por Telefónica del servicio de instalación y mantenimiento de módems en el contexto de la prestación del servicio de acceso a Internet.

Otros supuestos de conductas abusivas distintas de las negativas de suministro estudiados por las autoridades de competencia se han referido a conductas discriminatorias (1999, Expediente 412/1997 BT/Telefónica); al uso de los canales de distribución con cláusulas de exclusiva y altas retribuciones en el mercado de telefonía móvil, que dificultaba la entrada y asentamiento de un competidor (1999, Expediente 413/1997 Airtel/Telefónica); a la imposición de la modificación del contrato con Ibertext frente a operadores que tenían una fuerte relación de dependencia (1999, Expediente 394/1997 Telefónica-Ibertext); a la realización de una campaña publicitaria desleal sobre los servicios de telefonía básica en el momento de reciente entrada de un competidor en el mercado (2000, Expediente 456/1999 Retevisión/Telefónica); y a vincular la prestación de determinados servicios a la inexistencia de preasignaciones con operadores competidores y realizar campañas desleales de publicidad que producen confusión en el usuario y denigran a los competidores (2004, Expediente 557/2003 ASTEL/Telefónica).

La compresión o estrechamiento de márgenes es un abuso con importantes efectos en el sector. Se da cuando el operador dominante mantiene artificialmente estrecho el margen existente entre el precio mayorista de un *input* que suministra a sus competidores y que les es necesario para la prestación de un servicio y el precio minorista de ese servicio, impidiendo a esos competidores participar en el mercado en condiciones de competencia efectiva.

Así, recientemente, la Comisión Europea sancionó al operador dominante alemán Deutsche Telecom con una multa de 12,6 millones de euros por abuso de posición dominante consistente en el estrechamiento de márgenes realizado en el mercado de acceso a la red local desde 1998 (2003, Asunto COMP/C-1/37.451, 37.578,

37.579-Deutsche Telecom AG). En España el 22 de febrero de 2006 la Comisión Europea anunció la remisión a Telefónica de España S.A.U. de un pliego de cargos por un supuesto abuso de posición dominante mediante un estrechamiento de márgenes en los mercados de acceso de banda ancha a Internet, pendiente de análisis y decisión.

6. Medidas estatales

El derecho comunitario de la competencia contiene un mecanismo único, del que no disponen ni el derecho de la competencia español, ni el americano, que permite también sancionar a los Estados cuando éstos adopten disposiciones legales o reglamentarias que conculquen directamente los preceptos mencionados o que animen a las empresas que gocen de derechos exclusivos o especiales a infringirlos a su amparo.

En efecto, en virtud del artículo 10 del Tratado CE, los Estados miembros no pueden adoptar o mantener en vigor medida alguna capaz de restar eficacia a dichas disposiciones. Tal sería el caso, según tiene declarado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, si un Estado miembro exigiera o favoreciera carteles prohibidos o reforzara los efectos de éstos o fomentara los abusos de las empresas en posición dominante (véase entre otras Sentencia de 10.01.1985 en el asunto 229/83, Leclerc/gasolina).

Dos ejemplos claros de este tipo de actuaciones quedaron resueltos por la Comisión en el momento de la apertura del mercado de telefonía móvil. El Gobierno italiano, ante el requerimiento de la Comisión de poner fin al monopolio de Telecom Italia en materia de radiotelefonía GSM, impuso un pago inicial como condición para obtener la segunda concesión para el establecimiento y gestión en territorio italiano de una red de prestación del servicio público de radiotelefonía móvil de comunicación mediante el denominado sistema GSM. Dicha obligación no resultaba de aplicación al operador público histórico italiano, Telecom Italia, por lo que éste veía reforzada por esta vía su posición de dominio, gra-

cias a la actuación del Estado italiano. La Comisión concluyó que el pago del impuesto constituía una infracción del apartado 1 del artículo 86 en combinación con el artículo 82, e impuso al Gobierno italiano la obligación de adoptar las medidas necesarias para evitar el falseamiento de la competencia y garantizar la igualdad de condiciones entre los operadores del mercado italiano (Decisión 95/489/CE).

En la misma línea que la anterior se encuentra la decisión sobre las condiciones impuestas al segundo operador de radiotelefonía GSM en España (Decisión 97/181/CE). También la medida estatal española consistió en imponer un pago inicial como condición para obtener la segunda concesión para el establecimiento y explotación, en el territorio español, de una red de prestación del servicio público de radiotelefonía móvil mediante el sistema GSM y hubo de remediarse esta situación.

7. Ayudas públicas

Las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen con falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones, son incompatibles con el mercado común en la medida en que afecten los intercambios entre los Estados (artículo 87 Tratado CE).

Son ejemplos de las actuaciones de la Comisión Europea en esta materia los casos que afectaron recientemente a France Télécom y a Mobikom.

En el primero de ellos, se trataba de enjuiciar la conformidad con el Tratado CE de dos medidas estatales aplicadas a France Télécom: un régimen impositivo especial que derogaba lo previsto por la legislación con respecto al denominado impuesto profesional (similar al Impuesto de Actividades Económicas en España) y una línea de crédito concedida por el Estado francés, accionista de la compañía, por un montante de nueve millardos de euros. El 20 de julio de 2004 la Comisión declaró que la exención fiscal constituía una ayuda contraria al Tratado CE y que France Télécom debía devolver al

Estado francés una cantidad comprendida entre 800 y 1.100 millones de euros. La Comisión también consideró que la línea de crédito concedida como anticipo de capital también podía ser considerada una ayuda contraria al Tratado por la facilidad con que el operador pudo mejorar su posición en los mercados de dinero al obtener el compromiso del Estado para financiar la compañía con una cantidad tan elevada.

En el segundo caso citado, el objeto del análisis de la Comisión es la ampliación del período de validez de ciertas garantías concedidas por el Estado alemán a MobilCom AG para que ésta pueda acceder a líneas de crédito por un importe de hasta 112 millones de euros. El 14 de julio de 2004 la Comisión Europea dio su aprobación a la operación sujeta al cumplimiento de determinados compromisos que MobilCom y sus filiales debían asumir en relación con la paralización, durante un período de siete meses, de la contratación de sus servicios *on-line*.

8. Concentraciones

Las concentraciones económicas son frecuentes en el sector de las comunicaciones electrónicas, lo que no es más que un reflejo adicional de la necesidad de adaptación de las empresas a los cambios continuos en el sector.

Son concentraciones todas aquellas operaciones que conllevan un cambio permanente en la estructura de control de una empresa, con independencia de los medios con los que se realice (por ejemplo, adquisición, acuerdo de accionistas sin cambio en la propiedad de la compañía, *joint ventures*, etcétera). La noción de control se entiende en sentido amplio, es decir, como la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de una empresa.

Las concentraciones quedan sujetas al derecho de la competencia si se considera que, por su importancia, van a impactar en la configuración del mercado, y esta importancia se valora con criterios objetivos.

La normativa aplicable a las concentraciones varía precisamente según su importancia. Corresponde apli-

car exclusivamente las normas comunitarias recogidas en el Reglamento (CE) número 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas (Reglamento de concentraciones), cuando el volumen de negocios mundial de las empresas afectadas (definidas en la Comunicación de la Comisión de 1998 sobre este concepto) supere los 5.000 millones de euros y el comunitario de, al menos, dos de las empresas participantes sea de 250 millones de euros, salvo que cada una de las empresas afectadas logre más de las dos terceras partes de dicho volumen en un mismo Estado miembro. En el Reglamento de concentraciones existe otro test más complejo que se aplica cuando el volumen agregado de ventas es de más de 2.500 millones de euros y la concentración afecta, al menos, a tres Estados miembros.

A las concentraciones que superen los umbrales de uno de los dos tests anteriores se les atribuye la denominada dimensión comunitaria y, entonces, sólo la Comisión Europea es competente para analizarlas. Esta exclusividad queda excepcionada en determinados supuestos, de los cuales es particularmente relevante aquel que permite que un Estado miembro solicite a la Comisión el reenvío de las concentraciones de dimensión comunitaria que afecten a un mercado definido de dicho Estado. Un ejemplo de ello fue la remisión por la Comisión Europea a las autoridades de defensa de la competencia españolas del expediente de concentración Sogecable/Via Digital (2002, Asunto IV/M. 2845, Sogecable/Canal Satélite Digital/Vía Digital).

Las concentraciones que carezcan de dimensión comunitaria pueden ser analizadas según el derecho español de la competencia cuando la concentración cumpla uno de los dos siguientes criterios:

- que dé como resultado la adquisición o incremento de una cuota de mercado igual o superior al 25 por 100 del mercado nacional o de un mercado geográfico definido dentro del mismo; o
- que el conjunto de los participantes en la operación alcance un volumen de ventas global en España de más de 240.404.841 de euros, siempre que dos de las em-

presas afectadas tengan, cada una individualmente, un volumen de ventas en España de más de 60.101.210 de euros.

En este supuesto, son competentes para el control de las concentraciones las autoridades españolas de defensa de la competencia, quienes intervienen en el procedimiento como sigue: el Servicio de Defensa de la Competencia recibe la notificación (obligatoria, previa y suspensiva) de la operación, la estudia durante un mes y emite un informe para el Ministro de Economía, quien decide su remisión al Tribunal o su autorización.

El Tribunal efectúa durante un plazo de 2 meses un segundo estudio que traslada al Ministro de Economía para su elevación al Gobierno, quien debe decidir en un plazo adicional de 2 meses si aprueba, prohíbe o aprueba con condiciones la concentración. Además, en España, para las concentraciones en el sector de las telecomunicaciones, audiovisual y telemático, es preceptivo el informe de la CMT cuando vaya a ser remitido al Gobierno para su decisión. Tanto el Tribunal como el Servicio pueden solicitar el informe y, en la práctica, viene siendo habitual que, en la primera fase de estudio, el Servicio recabe ya dicho informe de la CMT.

Ambos procedimientos, ante las autoridades españolas o comunitarias, son de aplicación obligatoria y previa a la implementación de la concentración, que queda suspendida hasta que no se dicte resolución expresa o tácita aprobándola.

Las concentraciones tienen que valorarse para cumplir con el objetivo de las normas de su control, que es evitar aquellas que produzcan unos cambios estructurales del mercado que conduzcan a una restricción real o potencial de la competencia, en particular, con la creación o refuerzo de una posición de dominio individual, conjunta o colectiva, que el mercado, por sí solo, no podría reparar.

La valoración es eminentemente técnica, de aplicación de criterios económicos y también jurídicos, y ha de completarse en un período relativamente breve. Por otro lado, las reglas que fijan los elementos de análisis son bastante abiertas, de modo que puede considerarse

que las autoridades de competencia gozan de cierta discrecionalidad, especialmente en lo que respecta a las apreciaciones económicas.

Hasta su modificación en enero de 2004, el texto del Reglamento de concentraciones centraba el estudio en la creación o el refuerzo de una posición de dominio individual o colectiva, pero, tras la reforma, el núcleo se ha centrado en torno a la obstaculización de una competencia efectiva en el mercado, basándose en un análisis de sus efectos restrictivos, previsibles o constatados. Este enfoque es el que se conoce generalmente en la teoría *antitrust* como el *test del substantial lessening of competition*, que es el recogido en la LDC y también el seguido por las autoridades norteamericanas.

En todo caso, la creación o refuerzo de una posición dominante (individual o colectiva, explicadas más arriba) es uno de los efectos restrictivos que se tienen en cuenta en el análisis de una concentración.

Las concentraciones entre empresas que están presentes en el mismo sector de actividad (denominadas horizontales) plantearán problemas de restricción de la competencia cuando una de las compañías partícipes que ya sea dominante en el mercado o los mercados afectados, extienda o refuerce su posición de dominio como consecuencia de la fusión.

Es el caso de las concentraciones entre operadores con redes fijas en las que hay que tener en cuenta que actualmente, en la Unión Europea, hay un operador dominante al menos en el negocio de la telefonía fija con redes propias, en cada Estado miembro. Como consecuencia de esa posición, el dominio se puede considerar extendido a otros mercados definidos dentro del mismo, por ejemplo, el de acceso al último tramo de red que llega al usuario, al bucle de abonado. Si en la concentración participan los operadores dominantes de dos Estados miembros, su posición de dominio y el riesgo para la competencia aumentará si tienen actividades similares en los mercados nacionales respectivos.

Así, en el caso Telia/Telenor de 1999 (1999, Asunto IV/M1439, Telia/Telenor) se planteó la concentración de los antiguos operadores nacionales de telefonía en Sue-

cia y Noruega respectivamente. Las dos empresas tienen actividades en toda la gama de telefonía y servicios afines, así como en la distribución minorista de servicios de televisión y mercados afines. Todas las actividades comerciales de ambas partes habrían pasado a estar bajo control de una nueva empresa en la que los gobiernos sueco y noruego habrían sido accionistas del 60 por 100 y 40 por 100 respectivamente.

La Comisión consideró que la concentración notificada originalmente habría reforzado las posiciones dominantes en los mercados sueco y noruego de servicios de telefonía fija conmutada, telefonía móvil, transmisión de datos a empresas, acceso a Internet, distribución PABX y guías telefónicas locales; en el mercado irlandés de telefonía móvil, en el que las entidades fusionadas habrían tenido control sobre los dos únicos operadores activos en el mercado irlandés; y, por último, en una serie de mercados de servicios de televisión nórdicos, especialmente los de distribución minorista de televisión, compra de contenidos, adquisición y venta al por mayor de derechos sobre contenidos, capacidad de transpondedores vía satélite y tecnología de codificación y descodificación de señales de televisión.

A pesar de los compromisos ofrecidos, la operación fracasó, pero refleja claramente la posición de la Comisión ante las operaciones entre operadores tradicionales en la Unión Europea.

En España, los casos más relevantes de concentraciones en el plano horizontal en los que se ha tenido en cuenta la participación de una empresa en posición dominante han sido los de Abertis Telecom/Retevisión (2003, Expediente C 81/03) y Telefónica/Iberbanda (2006, Expediente C 93/05).

El primero afectó al mercado de transmisión de las señales de radiodifusión televisiva y sonora. El operador dominante en ese mercado, Retevisión, fue adquirido por Abertis Telecom, una compañía que ya operaba en el mercado a través de su filial Tradia. La operación fue autorizada por el Gobierno (Acuerdo de 14-11-2003) sujeta al cumplimiento de condiciones para evitar el cierre del mercado en Cataluña, una zona en la que los opera-

dores que se concentraban poseían las dos únicas redes de transporte existentes.

En el segundo asunto, el Gobierno español ha prohibido la adquisición por Telefónica de España de Iberbanda, un operador con una concesión administrativa para operar una red fija inalámbrica con tecnología LMDS. Esta tecnología presenta una serie de ventajas, fundamentalmente para el acceso a banda ancha en las zonas rurales y para el desarrollo futuro de la tecnología WIMAX. El Tribunal dictaminó que el control por parte de Telefónica tanto de la red terrestre, como de la inalámbrica en los mercados de referencia (servicios minorista y mayorista de acceso a Internet de banda ancha) haría muy difícil la competencia para el resto de los operadores, poniendo en riesgo la expansión y desarrollo de la tecnología WIMAX y los beneficios de la competencia entre tecnologías alternativas.

El cierre de mercados emergentes o cuyo desarrollo se intenta promover para alcanzar los objetivos de la sociedad de la información es una de las cuestiones a las que se ha venido prestando mayor atención. En este contexto, el análisis de las operaciones en las que la conectividad a Internet juega un papel importante ha sido especialmente interesante. Uno de los casos en los que esta cuestión se puso de manifiesto fue en la concentración MCI WorldCom/Sprint (2000, Asunto IV/M. 1741). La Comisión prohibió la operación porque habría creado una posición dominante en el mercado de prestación de servicios de conectividad de máximo nivel o universal a Internet.

Cuando las concentraciones se refieren a compañías de servicios de comunicaciones móviles, lo normal será que los mercados nacionales de las operadoras de servicios móviles se consideren mercados geográficos afectados: piénsese que las licencias son nacionales y que también varían los regímenes regulatorios entre unos países y otros.

Así se ha resuelto por la Comisión en la concentración Vodafone/Airtouch (1999, Asunto IV/M. 1430) en 1999: basándose en que los mercados eran nacionales,

la fusión se consideró fundamentalmente complementaria, y en los Estados miembros en los que había una coincidencia de actividades (Alemania y Suecia) se analizaron en profundidad sus efectos.

Un año después, en Vodafone-Airtouch/Mannesmann (2000, Asunto IV/M.1795) se empezó a considerar la presencia de un mercado emergente de los servicios paneuropeos diferenciados de telefonía móvil, visto que existen clientes móviles internacionales y que luego ha proseguido con las Decisiones de la Comisión Europea de 10 de junio y 24 de octubre de 2005 por las que se autorizaron, respectivamente, las concentraciones producidas por la adquisición de la checa Cesky Telecom por Telefónica de España (2005, Asunto M. 3806) y por la adquisición del operador móvil español Amena por France Télécom (2005, Asunto M.3920).

Las concentraciones entre empresas que integran niveles distintos pero complementarios en la cadena de producción, por ejemplo, entre un operador prestador de servicios de telecomunicaciones y un fabricante de equipos (denominados verticales) también pueden plantear problemas de competencia.

Dos de los asuntos más claros de integración vertical en los que se apreciaron efectos de cierre de mercado fueron las concentraciones encadenadas Bertelsmann/Kirch/Premiere (1998, Asunto IV/M. 993) y Deutsche Telekom/Betaresearch (1998, Asunto IV/M. 1027), ambas prohibidas por la Comisión al considerar que darían lugar a la creación o el refuerzo de posiciones dominantes en los mercados de las televisiones de pago (ya que se adquiriría el control de la empresa alemana de televisión de pago Premiere), los servicios técnicos para la televisión de pago (por la posterior adquisición de Betadigital y Betaresearch dedicadas a servicios técnicos para televisión de pago) y las redes por cable (controladas por Deutsche Telekom).

Cuestiones similares se plantearon en la concentración Sogecable/Vía Digital (2002, Asunto IV/M.2845, Sogecable/Canal Satélite Digital/Vía Digital), inicialmente notificada a la Comisión Europea, quien acordó su

reenvío a las autoridades españolas. Dicha operación consistió en la integración de las dos plataformas de TV de pago vía satélite (Canal Satélite Digital y Vía Digital) existentes en España y planteó el necesario análisis de sus efectos no sólo en el mercado de la televisión de pago, en el que la entidad fusionada alcanzaría una cuota en torno al 80 por 100, sino también en el de la adquisición de contenidos y su difusión a través de medios distintos de la televisión, en particular, de películas de estreno y acontecimientos de fútbol, que suscitan mayor interés y cuyos derechos disfrutaría en exclusiva la entidad fusionada.

Asimismo, la operación impactaría sobre el mercado de acceso a Internet, el de la telefonía fija y otros mercados de telecomunicaciones, en tanto en cuanto los operadores de cable en España, que representan la principal competencia no sólo de la plataforma satelital resultante de la operación sino también de Telefónica en los mercados de telecomunicaciones mencionados, podrían resultar perjudicados.

Finalmente, la concentración quedó aprobada por el Gobierno, pero supeditada al cumplimiento de 34 condiciones, algunas en proceso de revisión.

El riesgo de exclusión es particularmente grave cuando una de las partes que se fusiona goza de un poder de mercado significativo en un mercado ascendente o descendente respecto de la actividad en la que coinciden las empresas concentradas. Esto se manifestó claramente en el asunto AOL/TimeWarner (2000, Asunto IV/M. 1845, AOL/TimeWarner). AOL, el proveedor de Internet más importante de EE UU en ese momento y único con presencia paneuropea, se integraba con Time Warner, una de las mayores empresas de medios de comunicación y entretenimiento. Por otra parte, inicialmente estaba previsto llevar a cabo en paralelo la fusión de Time Warner y EMI, una de las empresas líderes del panorama discográfico mundial. La fusión sólo consiguió ser aprobada tras el abandono de la operación paralela Time Warner/EMI y la asunción de importantes compromisos, en particular, los relativos a terminar los vínculos entre Bertelsmann y AOL.

9. Conclusión

La competencia ha avanzado significativamente en las comunicaciones electrónicas a través de la normativa específica y también de la general, tanto por su aplicación por las autoridades nacionales como por las de la Unión europea.

Quedan aún pasos por dar en determinados mercados donde pueden detectarse algunas debilidades competitivas, en particular en lo que se refiere al acceso a recursos esenciales, que serán objeto de medidas especiales.

La dificultad, el reto, reside en adoptar sólo aquellas medidas que sean imprescindibles para asegurar la competencia efectiva pero que no ahoguen el crecimiento de un sector en plena expansión ni a los operadores destinatarios de tales normas. Superada esta etapa de regulación pro competencia, debiera ser suficiente la aplicación de la normativa general. Y siempre habrá concentraciones que estudiar desde el ángulo concurrencial, en su mayoría positivas, siempre que no supongan el cierre a actividades en proceso de implantación o que ya se habían conseguido abrir a la plena competencia.