



INFORME

De conformidad con lo acordado en la sesión constitutiva de la Junta Consultiva en materia de Conflictos, de 6 de mayo de 2008, como Presidente de la misma formulo el presente Proyecto de Informe en relación con el conflicto de competencias suscitado entre el Servicio de Defensa de la Competencia Vasco (SDC-PV) y la Administración General del Estado (AGE) respecto de la denuncia presentada el 17 de diciembre de 2008, ante el Servicio vasco, por EUSKALTEL, S.A. contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (Telefónica) y TELEFÓNICA MÓVILES, (TM) respectivamente, por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículos 2 de la Ley 1512007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

1. ANTECEDENTES

1.1 El 18 de diciembre de 2007 tuvieron entrada en el SV dos denuncias formuladas por EUSKALTEL, contra Telefónica y TM, respectivamente, por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 2 de la LDC.

1.2 Según la denuncia, desde enero de 2007, Telefónica y Telefónica Móviles estarían estableciendo unas tarifas sustancialmente superiores a EUSKALTEL respecto de las que aplica al resto de operadores (la propia TM, Vodafone, Orange y resto de operadores móviles virtuales) y similares a las de Yoigo (Xfera), cuando existe una situación sustancialmente diferente entre estas dos operadoras en cuanto al coste que supone para Telefónica la terminación de las llamadas de sus abonados en las redes de dichos operadores, lo que implica, a juicio del denunciante, una situación claramente discriminatoria con efectos anticompetitivos para EUSKALTEL, por lo que Telefónica y TM estarían cometiendo un claro abuso de su posición de dominio en los mercados de acceso a redes de telefonía fija y de terminación de llamada en red

1.3 En aplicación del artículo 2.1 de la Ley 1/2002, el 16 de enero de 2008 tuvo entrada en la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), escrito del SDC-PV en el que se consideraba la autoridad competente para conocer de los casos.

De acuerdo con la nota enviada por el SDC-PV "los efectos restrictivos de la competencia se centran en la Comunidad Autónoma de Euskadi, independientemente del origen de las llamadas, el efecto restrictivo de la competencia sucede en la Comunidad Autónoma de Euskadi, en la medida en que Euskaltel opera de forma significativa en esta Comunidad y sus clientes se encuentran asimismo de forma sustancial en la misma. En



concreto, un 98% de los propietarios de un terminal móvil de Euskaltel tienen su domicilio fiscal en la Comunidad Autónoma de Euskadi, y un 77% de las llamadas procedentes de terminales fijas a terminales móviles de Euskaltel se producen desde terminales fijos de la Comunidad Autónoma de Euskadi, Por ello, debe considerarse que los efectos restrictivos de la competencia supuestamente causados por la conducta practicada por Telefónica se dan en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi, o, lo que es lo mismo, los efectos de un incremento de las tarifas a los usuarios de Telefónica que realicen llamadas a propietarios de un terminal móvil de Euskaltel afectan, en su gran mayoría, a residentes de la Comunidad Autónoma de Euskadi, por lo que, en la práctica, se produce una diferencia de precios por la zona geográfica en la que se encuentran los clientes.”

1.4 Mediante escrito de 31 de enero de 2008, dentro del plazo de quince días establecido en el artículo 2.1 de la Ley 1/2002, la DI se declaraba competente para conocer de los hechos descritos solicitando la remisión del original de la documentación, al entender la DI que las prácticas a que se refieren las denuncias son susceptibles de alterar la libre competencia en el conjunto del mercado nacional.

La DI basaba su competencia en los siguientes argumentos:

.- El criterio seguido por la CMT de que todos los mercados potencialmente afectados por la conducta de TELEFÓNICA son nacionales.

.- Tanto en la citada Comunidad Autónoma como fuera de ella, EUSKALTEL, como operador de telefonía fija, y TELEFÓNICA estarían sometidos a las presiones competitivas de compañías de ámbito nacional, de manera que los precios vienen determinados en el conjunto del mercado nacional.

.- Se dan las condiciones de sustituibilidad de demanda y de oferta, así como un marco regulatorio homogéneo, como para considerar que se trata de un mercado único a escala nacional. Los precios establecidos por TELEFÓNICA y denunciados por EUSKALTEL son aplicables a todos sus clientes, independientemente de su ubicación.

.- Ausencia de barreras regulatorias o de otro tipo que segmenten los mercados.

.- Los precios de Telefónica denunciados se aplican a las llamadas realizadas por todos sus usuarios nacionales a terminales móviles de EUSKALTEL, independientemente de si el destinatario de la llamada reside en la Comunidad Autónoma del País Vasco o no, de si se ubica físicamente en la citada Comunidad Autónoma o no en el momento de la llamada, o de si ha contratado el servicio móvil en esa Comunidad Autónoma o fuera de ella



- EUSKALTEL tiene una licencia que le habilita a prestar servicios de tráfico móvil en todo el territorio nacional, por lo que nada le impide competir más activamente en áreas más amplias que la citada Comunidad Autónoma, como hace y así consta en su página web.

- 1.5 El Servicio Vasco mediante escrito de 25 de febrero de 2008 reiteró, tras la revisión de los mencionados expedientes, "que no se aprecia que la conducta en cuestión afecte a un ámbito superior al de la Comunidad Autónoma de Euskadi ..." no remitiendo en el plazo legal a la DI las actuaciones.
- 1.6 A la vista de lo anterior la DI, con fecha 3 de marzo de 2008, decidió solicitar la convocatoria de la Junta consultiva en materia de conflictos, a los efectos de que emita el correspondiente informe, todo ello según lo previsto en el artículo 2.1 de la Ley 112002, de 21 de febrero, solicitando una única convocatoria para el análisis de ambos casos y su publicación en la Red de Cooperación de los órganos Españoles de Defensa de la Competencia (REC), tal y como se le comunicó al Presidente de la Junta el 1 de abril de 2008, una vez nombrado Secretario de la Junta D. Carlos Pascual Pons.
- 1.7 Tras haber solicitado del SDC-PV el nombre y cargo de los representantes de esa Comunidad en la Junta Consultiva, así como su opinión respecto de la convocatoria de una única Junta Consultiva para dirimir los dos conflictos y de la publicación de la convocatoria de la Junta Consultiva en la REC, el Presidente mediante oficio del 22 de abril, convocó la sesión de constitución de la Junta para el 6 de mayo a las 12 horas, solicitando a las dos partes en conflicto la remisión de un primer informe al objeto de poder discutir en la primera reunión de la Junta sobre el fondo de los conflictos planteados.
- 1.8 El 25 de abril de 2008 se procedió a publicar la convocatoria en la REC, una vez dada la conformidad por el SDC-PV.
- 1.9 El 30 de abril fueron remitidos los informes al Presidente que ordenó su traslado a las dos partes en conflicto.

En dichos informes cada parte mantenía su postura en cuanto a su competencia para conocer de los hechos denunciados con los siguientes argumentos:

1.9.1.- El SDC-PV:

Según la denuncia, las conductas de Telefónica y Telefónica Móviles han producido (a) un efecto discriminatorio e inequitativo y (b) un efecto distorsionador de la competencia en el mercado de prestación de servicios de telefonía.

En relación a los efectos discriminatorios, Euskaltel alega que las conductas de Telefónica y Telefónica Móviles situaron a aquélla en una



situación de desventaja competitiva frente a estas empresas y, en menor medida, a otros operadores móviles como Vodafone y Orange.

En relación a los efectos distorsionadores de la competencia, Euskaltel señala que las conductas han producido varios efectos anticompetitivos:

(1) En primer lugar, las conductas han desincentivado a los clientes de Euskaltel a permanecer con su compañía telefónica en un momento crítico en el que la empresa estaba inmersa en una campaña de migración de sus clientes de la red Orange a su propia red. En particular, Euskaltel señala que 120.000 de los poco más de 400.000 clientes optaron por no realizar esta migración y *“una de las causas de la pérdida de estos clientes, significativa sin lugar a ninguna duda, pero difícil de cuantificar, resulta a todas luces la existencia de mayores tarifas para los clientes de otros operadores que deseen finalizar sus llamadas en la red de Euskaltel”*.

(2) En segundo lugar, las conductas han generado una pérdida de ingresos por parte de Euskaltel como consecuencia de la reducción de llamadas a su red y consiguiente disminución de ingresos por terminación de llamadas provenientes de clientes de Telefónica y Telefónica Móviles en su red.

(3) En tercer lugar, Euskaltel alega que el sobrecargo aplicado por Telefónica y Telefónica Móviles a las llamadas de sus clientes dirigidas a terminales Euskaltel es superior al precio de terminación favorable (*mark up*) reconocido a Euskaltel por la CMT en la Resolución que puso fin a su conflicto de interconexión con Telefónica y Telefónica Móviles, por lo que las conductas denunciadas no pueden encontrar justificación (al menos plena) en una supuesta compensación de los mayores costes incurridos por Telefónica y Telefónica Móviles para terminar las llamadas de sus clientes en la red Euskaltel.

Teniendo en cuenta lo anterior, el SDC-PV viene a concluir que *“independientemente del origen de las llamadas, el efecto restrictivo de la competencia sucede en la Comunidad Autónoma de Euskadi, en la medida en que Euskaltel opera de forma significativa en esta Comunidad y sus clientes se encuentran asimismo de forma sustancial en la misma”*. Esta conclusión se funda en los datos de clientes de telefonía móvil aportados por Euskaltel: *“un 98% de los propietarios de un terminal móvil de Euskaltel tienen su domicilio fiscal en la Comunidad Autónoma de Euskadi”*. En relación a este dato, debe precisarse que en un escrito complementario a su denuncia, Euskaltel ha precisado que era una estimación conservadora. En particular, los clientes domiciliados en



Navarra en 2007 representación un 0,6% de su cifra de clientes de telefonía móvil y un 0,0026% de su cifra de negocio de telefonía móvil.

1.9.2.- La DI

Para la DI las denuncias presentadas por EUSKALTEL, S.A. se refieren a un supuesto abuso de posición de dominio por parte de Telefónica y TM, contrario al artículo 2 de la LDC que, de acuerdo con la denunciante, tendrían efectos en dos ámbitos diferentes:

- a) En el propio Euskaltel móvil a través de un abuso de carácter exclusionario, que se concretaría en una pérdida de clientes e ingresos por parte de Euskaltel.
- b) En los clientes de TE y TME a través de un abuso de carecer explotativo al aplicarles precios abusivos en sus llamadas con destino a clientes de Euskaltel móvil, generando beneficios injustificados cuyo importe ha sido estimado por el denunciante.

El análisis de aplicación a las denuncias presentadas, de los criterios y puntos de conexión establecidos en el artículo 1 de la Ley 1/2002, en concreto del punto de conexión principal (ámbito geográfico de afectación de la conducta denunciada) del artículo 1.1 y 1.3 de la Ley 1/2002, arroja el resultado siguiente:

- a) En cuanto a los efectos en Euskaltel móvil, este es un operador de ámbito estatal que despliega su actividad de manera prioritaria en la Comunidad de Euskadi, pero también realiza actividad comercial y dispone de clientes fuera de ella, por lo que concurren efectos supraautonómicos.
- b) En cuanto a los efectos en clientes de TE y TME, los efectos denunciados tienen sin duda carácter nacional.

Se concluye, por tanto, que en el presente caso queda fuera de toda duda que la competencia para conocer de las denuncias presentadas por EUSKALTEL, S.A. contra Telefónica de España S.A.U. y Telefónica Móviles de España S.A.U., es de la autoridad estatal de competencia.

1.10 La sesión constitutiva de la Junta Consultiva en materia de Conflictos se celebró el 6 de mayo de 2008, disponiendo los miembros de la Junta Consultiva de la siguiente documentación que constituye el expediente JC 3/08, Telefónica-Telefónica Móviles, concretamente:

- Oficio de 16 de enero de 2007 del SV en aplicación del artículo 2.1 de la Ley 1/2002 y nota sucinta de la denuncia en relación con los dos asuntos en litigio, en los que se consideran competentes para conocer de los mismos.



- Oficio de 31 de enero de 2008 de la DI en aplicación del citado artículo 2.1 de la Ley 1/2002 y nota sucinta elaborada en relación con los hechos reclamando la competencia.
- Solicitud de convocatoria de la Junta Consultiva planteada por la DI y convocatoria.
- Informe conjunto del Tribunal y Servicio vascos dirigido a la Junta Consultiva en materia de conflictos.
- Informe de la DI dirigido a la Junta Consultiva en materia de conflictos.

Dicha Junta quedó constituida por: el Presidente, D. Rafael Illescas Ortiz; D Carlos Pascual Pons, Director de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia, que actúa en representación de la Administración General de Estado y como Secretario de la Junta y por la Comunidad Autónoma de Euskadi: D. Alejandro Javier Berasategi Torices, Presidente del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia y D. Guillermo Aranzabe Pablos, responsable de Instrucción de Defensa de la Competencia.

En el transcurso de la reunión se debatió sobre el fondo de los asuntos en conflicto.

2.- FUNDAMENTOS PARA LA ATRIBUCION DE COMPETENCIAS

2.1. Fundamentos argumentados por la DI

Para la DI son dos las conductas denunciadas por Euskaltel: una exclusionaria y otra explotativa, y ello con base a que la denuncia reconoce claramente los efectos de las dos.

Para la DI los efectos o el ámbito geográfico de los dos abusos son:

En el caso de abuso explotativo, está claro que las prácticas se producen en todo el territorio porque afectarían a los clientes de Telefónica en todo el territorio nacional. Los cálculos que hay a este respecto indican que más de un 30%, que es un tercio de las llamadas que reciben los móviles de Euskaltel vienen de fijos que no están en Euskadi, es decir que hay una importante interconexión.

En cuanto al abuso exclusionario, Euskaltel no sólo está presente como operador móvil en el País Vasco sino que además la práctica se produce en un contexto en el que abandona su franquicia a mediados-finales del año 2006 con Orange, que legalmente le restringía al País Vasco y empieza a negociar un acuerdo que le permite obtener una licencia de ámbito nacional, que empieza a ser efectivo a comienzos del año 2007. Es cierto que hay un período de migración hasta abril de 2007 en el que la CMT impide tanto a Euskaltel como a Orange realizar actividades de captación de clientes, pero a partir de



ese momento Euskaltel ya comienza como operador móvil virtual con una licencia de ámbito nacional.

Ya en el año 2007, en el periodo de vigencia de la conducta denunciada, se produce el efecto supra autonómico, ya que Euskaltel está presente en la Comunidad Autónoma de Navarra. Según escrito de Euskaltel se captaron 1.700 terminales en Navarra una vez finalizado el proceso de migración. 1700 clientes que suponen un 6% sobre los 30000 clientes que obtiene en esa nueva etapa como OMV con entidad nacional. A la vista de lo anterior hay que concluir que existe un desbordamiento, desbordamiento que no es inapreciable.

En conclusión para la DI, la Ley 1/2002 no admite el desbordamiento, es estricta, tal y como ha venido manteniendo la Junta y por eso la competencia debe ser de la autoridad estatal.

2.2. Fundamentos argumentados por la Autonomía de Euskadi

Para el representante del PV, que discrepa radicalmente con las conclusiones de la DI en relación a que es una denuncia en base a dos abusos, las denuncias de Euskaltel exponen los efectos de esta conducta abusiva como: efecto discriminatorio e inequitativo, abuso que entra de lleno en la consideración de abuso excluyente. Así, la denuncia habla de los siguientes efectos: desincentivación de clientes de Euskaltel para mantener su compañía de teléfonos, pérdida de clientes de Euskaltel durante el período en que las tarifas se han encontrado en vigor, pérdida de ingresos por parte de Euskaltel como consecuencia de la reducción de llamadas a su red y pérdida de terminación de llamada y solo en el último punto, dentro de la consideración de efectos de la discriminación, habla de beneficio económico injustificado de Telefónica Móviles en condiciones de discriminación y vulneración de obligaciones como operador con poder significativo de mercado. Por tanto estamos ante un posible abuso excluyente.

Los hechos denunciados se desarrollan en el momento en el que Euskaltel firma con Vodafone un acuerdo de acceso de red para convertirse en un operador móvil virtual completo, entonces se produce un litigio largo, sustanciado ante diferentes instancias tanto la CMT como la jurisdicción civil y mercantil, entre Euskaltel y Orange. A su vez, Euskaltel tiene que empezar a negociar tarifas de acuerdos de interconexión con los restantes operadores móviles de red, produciéndose una discrepancia entre Euskaltel y Telefónica fija y Telefónica Móviles que para contrarrestar el mark up que Euskaltel quería cobrarlas en los acuerdos de interconexión, anuncian ya en octubre de 2006 que van a incrementar sus tarifas minoristas para llamadas a Euskaltel.



Estos incrementos de tarifas se producen en pleno proceso o campaña de transmisión de portabilidad de los clientes de Euskaltel y de Orange a su propia red, que llega hasta abril, si bien los últimos coletazos van hasta junio de 2007. En ese momento Euskaltel, jurídicamente tenía cero clientes, tenía que convencer a sus clientes hasta la fecha existentes pero que jurídicamente ya no lo eran de que tenían que optar por ella, siendo la posible pérdida de esos clientes que existían y que no optaron por ser transferidos a la red de Euskaltel la mayor causa de perjuicio de la conducta supuestamente abusiva de Telefónica.

En julio de 2007, la CMT impone un mark up muy reducido, en realidad simplemente satisface la demanda de Telefónica que le aplica un mark up del 15% y de alguna manera indirectamente da la razón a Telefónica porque poniéndolo, por ejemplo, en comparación con otra empresa que tenía un conflicto de interconexión con Euskaltel que es France Telecom, a ésta le cobra un cero de mark up. Es en esa resolución y posteriormente en la resolución contra el recurso de reposición de ese mismo conflicto, en noviembre, donde la CMT deja claro que los operadores de móviles virtuales completos como Euskaltel no tienen derecho a un mark up en sus techos de interconexión y ello en sintonía con un proceso paralelo como es el declarar a todos los operadores de móviles virtuales completos como dominantes en su red de terminación de llamadas a los efectos de interconexión, imponiéndoles unos precios de interconexión iguales a los de su operador de red, es decir del que recibe el acceso.

Todo este conflicto se soluciona a partir de julio, en octubre ya Euskaltel sabe que va a ser declarado dominante y por tanto para las dos empresas Telefónica y Telefónica Móviles no tiene ningún sentido, salvo que persiguiesen otra finalidad, continuar con su mark up minorista y de echo en diciembre Telefónica, suprime su mark up minorista a Euskaltel, y aunque no consta en ningún sitio, Telefónica móviles ya había suprimido el mark up minorista.

A partir de julio de 2007, Euskaltel anuncia que va a entrar o que va a iniciar una tímida entrada en el mercado navarro. Los datos que tenemos son que durante esta época de gradual entrada es decir de un cero por ciento de cuota de mercado en relación a sus propias cifras de negocio, de un cero % en julio se pasa en el mes de diciembre, es decir, durante una época en la que quizás ni siquiera ya existía la conducta por parte de Telefónica Móviles y en la que Telefónica fija ya había anunciado que no iba a continuar esa conducta es decir en los límites de esa conducta que ya ni existía, a un 0,6 de clientes en relación a su cifra total de clientes que representan como dice el escrito de Euskaltel una mayoría de tarifa prepago y ello sin olvidar que la CCAA vasca representa el 5% del mercado de las telecomunicaciones estatales.



Tanto Telefonica como Telefónica Móviles, consideraban durante el periodo de esa conducta que Euskaltel sólo operaba en la CCAA vasca, "por otra parte Tesau sostiene que dado el ámbito geográfico en el que opera Euskaltel en las llamadas con origen fuera del País Vasco Tesau se vera obligada a realizar un transporte adicional que entiende debería reflejarse en los precios de terminación para los servicios móviles de Euskaltel", "Euskaltel no puede ser considerado como un nuevo entrante en el mercado ya que es considerado como un operador global de telecomunicaciones en el País vasco".

La propia CMT manifiesta "ésta Comisión no cuestiona la condición de entrantes de los OMV, Operadores Móviles Virtuales completos, pero sí considera preciso una matización con respecto a Euskaltel. A diferencia de los restantes OMV completos, Euskaltel viene comercializando servicios de telefonía móvil en el País Vasco, haciendo uso de la red móvil de Orange desde enero de mil..,".

Entrando a la aplicación de la Ley 1/2002, el representante de la autonomía de Euskadi pone de manifiesto su desacuerdo con la aplicación estricta de la teoría de los efectos. En su opinión ha quedado demostrado que no es que sea residual, sino que no hay efectos, pero incluso una conducta marginal no puede ser considerada como desbordamiento ya que en caso contrario se estaría perjudicando a las relaciones entre las autoridades de competencia y a la creación de un sistema español de defensa de la competencia.

La Junta consultiva tiene naturaleza arbitral, cuyo informe no tiene carácter vinculante, que no está para adoptar posturas extremas, en cuyo caso dejaría una única vía, la judicial, con lo que no sólo se perjudica al sistema español de defensa de la competencia, sino también a las empresas.

El Tribunal Constitucional en su Sentencia da la razón al Gobierno Vasco, cuando éste no pedía una competencia exclusiva; sino sólo sobre las conductas que principalmente se desarrollaban en la Comunidad Autónoma Vasca. Al contrario, habría ciertas conductas que podrían desbordar en algún sentido sus efectos territoriales, pero si principalmente se desarrollaban allí, era lógico, y además coherente con el modelo comunitario, que fuese la autoridad vasca la encargada de aplicar la Ley, estamos hablando de aplicar la misma ley, y por órganos administrativos e independientes sujetos al control judicial.

Pretender extraer de esta sentencia una teoría estricta de los efectos, creemos que no tiene ninguna justificación, sobre todo, cuando el propio Tribunal Constitucional ha hecho referencia a la doctrina comunitaria, al modelo comunitario, que por aquél entonces todavía no había alcanzado su máxima potencialidad de descentralización.



Por último se propone el reconocimiento de la competencia del Servicio Vasco de Defensa de la Competencia en relación al hipotético efecto excluyente respecto a Euskaltel, de las conductas de Telefónica y Telefónica Móviles y, en su caso, la competencia de la CNC para investigar, si así lo cree conveniente y de oficio, porque no creemos que la denuncia de pie a eso, el abuso explotativo.

Finalmente se citan como antecedentes el asunto 631/07 Conglomerado Asfáltico en el que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia ha reconocido la competencia de los órganos vascos en un tema de asfaltos donde el efecto desbordamiento es bastante superior al efecto que aquí estamos hablando y el asunto IFEMA.

El 14 de mayo el Presidente del Tribunal Vasco de competencia remite un "informe suplementario" aprobado por ambas autoridades de competencia vascas, el Servicio y el Tribunal, en el que expusieron su opinión en contra de lo afirmado en el Dictamen Spanair.

3.- VALORACIÓN DE LA JUNTA CONSULTIVA EN MATERIA DE CONFLICTOS

3.1 Expuestas las posturas de ambas autoridades, procede analizar aquellos preceptos que deben servir de guía de interpretación en la determinación de la jurisdicción competente para analizar una conducta denunciada al amparo de la LDC.

Para informar sobre la solución de este conflicto, por tanto, habrá que estar a las disposiciones recogidas en la Ley 1/2002 y, en particular, lo dispuesto en el artículo 1, que recoge en sus apartados 1 a 5 los "puntos de conexión" que deben aplicarse para la asignación de expedientes entre el Estado y las Comunidades Autónomas. El apartado 1 del artículo 1 de la Ley 1/2002 atribuye al Estado la competencia sobre las conductas que alteren o puedan alterar la competencia en un ámbito supraautonómico y el apartado 3 del citado artículo reitera este criterio desde el punto de vista de las Comunidades Autónomas, correspondiéndoles la competencia sobre las conductas que, sin afectar a un ámbito superior al de una comunidad autónoma, alteren o puedan alterar la competencia en el ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma.

3.2 Por tanto, la Ley 1/2002 fundamenta el reparto de competencias en el ámbito geográfico del efecto de la conducta, no del mercado relevante disponiendo expresamente lo siguiente:

"1. Corresponderá al Estado el ejercicio de las competencias reconocidas en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, respecto de los procedimientos que tengan por objeto las



conductas previstas en los artículos 1, 6 y 7 de la mencionada Ley, cuando las citadas conductas alteren o puedan alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, aun cuando el ejercicio de tales competencias haya de realizarse en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas

....

3. Corresponderá a las Comunidades Autónomas con competencias en la materia el ejercicio en su territorio de las competencias reconocidas en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, respecto de los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los artículos 1, 6 y 7 de la mencionada Ley cuando las citadas conductas, sin afectar a un ámbito superior al de una Comunidad Autónoma o al conjunto del mercado nacional, alteren o puedan alterar la libre competencia en el ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma”.

De lo anterior se deduce que, los órganos autonómicos serán competentes sólo si la conducta produce o puede producir efectos que se agotan exclusivamente en el territorio de la Comunidad correspondiente.

3.3 La Ley 1/2002 define criterios adicionales sobre lo que se considera que altera o puede alterar la libre competencia en el punto 2 a) y b) del citado artículo 1:

1.2. En todo caso, se considera que se altera o se puede alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, en los siguientes casos:

a) Cuando una conducta altere o pueda alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional o pueda afectar a la unidad de mercado nacional, entre otras causas, por la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa correspondiente, la modalidad y alcance de la restricción de la competencia, o sus efectos sobre los competidores efectivos o potenciales y sobre los consumidores y usuarios, aun cuando tales conductas se realicen en el territorio de una Comunidad Autónoma.

b) Cuando una conducta pueda atentar contra el establecimiento de un equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, implicar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libre circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio nacional, suponer la compartimentación de los mercados o menoscabar las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes



constitucionales, aun cuando tales conductas se realicen en el territorio de una Comunidad Autónoma.

3.3 En conclusión, para determinar la autoridad competente es preciso:

- (i) Analizar el punto de conexión principal, es decir el ámbito geográfico de afectación de la conducta denunciada. Si es de aplicación el punto de conexión principal y la competencia resulta del Estado, no habrá necesidad de seguir indagando sobre la posible concurrencia del bloque de puntos de conexión accesorios.
- (ii) En el caso de que de acuerdo con el punto de conexión principal quepa considerar que la competencia corresponde al órgano autonómico, es preciso determinar si no obstante debe ser enjuiciada por el Estado en atención a los puntos de conexión específicos. Esto es, si la práctica es susceptible de afectar a la unidad del mercado nacional, haciendo este análisis siguiendo los factores recogidos en las letras a) y b) del punto 2 del artículo 1 mencionado. De ser así, la jurisdicción corresponderá a los órganos estatales, aun cuando "prima facie" los efectos de la conducta pareciera restringido al territorio de una CCAA.

3.4 Aplicando a nuestro caso el anterior esquema habría que analizar en primer lugar el ámbito geográfico de afectación de la conducta denunciada, ajustándonos a la información recogida en la denuncia.

Con carácter previo y teniendo en cuenta las divergencias entre las dos autoridades en conflicto, lo primero a determinar sería el número y naturaleza de los abusos de posición de dominio. Si estamos ante dos abusos, como señala la AGE (uno de carecer explotativo y otro exclusionario) o, si por el contrario, estamos ante un sólo abuso, de carácter exclusionario, como vienen manteniendo las Autoridades del PV. Como criterio general, la delimitación del alcance de las conductas a valorar se debe realizar teniendo en cuenta las conductas denunciadas y, en su caso, las conductas que de oficio pretenda la autoridad perseguir. No parece razonable a la hora de determinar el alcance de las conductas a valorar, extenderse más allá de la denuncia o del ámbito sobre el que la Autoridad activa haya manifestado una voluntad de investigar, por cuanto considere que existan elementos que justifiquen dicha investigación, aunque no lleguen a la categoría de indicios de conductas restrictivas.

Pues bien, de la lectura detenida de la denuncia se colige que lo que Euskaltel denuncia es un abuso consistente en una discriminación de precios realizada por Telefónica, que aunque se ejercite sobre los usuarios o consumidores minoristas, tendría como efecto el debilitamiento de un competidor. Es decir, se trataría de un abuso exclusionario. Por otro lado, no cabe apreciar en la comunicación de inicio de actuaciones por el SVC-



PV, ni tampoco en los escritos de la DI, la existencia de una voluntad expresa de analizar o investigar un hipotético abuso explotativo. Es más, aun cuando el representante de la AGE alude a la eventual existencia de un abuso explotativo, no cabe inferir de dichas manifestaciones una voluntad de investigación.

Por lo tanto, la conducta sobre la que debe resolverse el presente conflicto consiste en un eventual abuso exclusionario consistente en el establecimiento de unos precios discriminatorios que perjudican a un competidor, en este caso el denunciante.

- 3.5 Sentada ya esta primera cuestión, procede a continuación delimitar el efecto anticompetitivo asociado a dicha conducta, pues de su afectación geográfica se colegirá la competencia de la AGE o de las Autoridades de Competencia del PV. Ya se ha comentado, como viene siendo doctrina reiterada de esta Junta Consultiva, que la competencia corresponderá a las Autoridades de Competencia del PV si las supuestas conductas anticompetitivas agotan sus efectos en el territorio de Euskadi.

Resulta incontestado por ambas partes que Euskaltel es el operador de telecomunicaciones del País Vasco y que solo a partir del segundo semestre del 2007 empezaría su expansión fuera del territorio del PV, concretamente en Navarra. Siguiendo con los puntos sobre los que existe avenencia, cabe afirmar que el inicio de la práctica denunciada se produce en enero de 2007 cuando Telefónica comienza a aplicar sus nuevas tarifas, pudiendo retrotraerse el comienzo de la conducta al momento de anuncio de dichas tarifas, en concreto a finales de noviembre de 2006, como recoge el Anexo 6 de la denuncia.

A partir de estas dos cuestiones pacíficas, surge el análisis divergente de ambas autoridades, que da lugar al diferente posicionamiento. Así, para la AGE el hecho de que a mediados del 2007, es decir, transcurridos ya unos meses del inicio de la conducta supuestamente abusiva, Euskaltel hubiera iniciado su andadura fuera del PV, conlleva la existencia de un desbordamiento de los efectos anticompetitivos y, por tanto, es causa inmediata de que la competencia recaiga en las Autoridades Estatales. Por el contrario, para las Autoridades de Competencia del PV, la conducta nace en un momento en el que Euskaltel actúa solo en el PV y tendría su principal incidencia en el proceso de migración de sus clientes desde Orange a Euskaltel, es decir, en el primer semestre de 2007, cuando los clientes deben decidir si portan su número a Euskaltel, o no; decisión sobre la que incidiría negativamente la supuesta discriminación de Telefónica, al convertir a Euskaltel en un operador menos atractivo.

Nos encontramos, por tanto en este asunto, ante la necesidad de delimitar no ya el alcance geográfico de los efectos de la conducta a examen, sino su delimitación temporal. Así, la AGE reconoce que la conducta se inicia sin que exista una proyección de Euskaltel fuera del territorio del PV,



mientras que las Autoridades del PV reconocen que Euskaltel comienza esa expansión en Navarra en los últimos meses de 2007, mientras todavía dura la conducta denunciada.

Resulta claro que la Ley 1/2002 es tajante en cuanto a las consecuencias del alcance geográfico de los efectos de las conductas, pero no señala nada del aspecto temporal. Es decir, si dicha valoración de los efectos de la conducta debe realizarse al inicio de la práctica enjuiciada, durante su comisión, o solo a su finalización. Parece razonable que si el alcance geográfico de la conducta diverge a lo largo del tiempo, habría que encontrar en cada caso concreto cuál es el ámbito geográfico en el que cabe inferir con mayor probabilidad y lógica que la conducta a examen despliegue sus efectos. Por ello, debemos atender a los aspectos concretos de este caso para determinar si el eventual abuso, cuyos efectos potenciales nos atañen, tendría más sentido a la luz del contexto en el que se produce, para excluir a un Euskaltel funcionando solo en el PV, o como operador de vocación nacional.

Pues bien, atendiendo a las particularidades de este caso:

- el carácter de operador con proyección exclusivamente vasca hasta, por lo menos, julio de 2007;
- el momento delicado que estaría atravesando Euskaltel en dichos meses, en los que la percepción negativa podría desincentivar su crecimiento como operador en el PV;
- el hecho de que la elevación de precios produce un mayor impacto en los momentos iniciales de la misma;
- y el hecho de que no existe ninguna evidencia que apunte a que la expansión posterior que inició Euskaltel fuera conocida en el momento del comienzo de la supuesta infracción ni que la conducta de Telefónica y Telefónica Móviles fuere una reacción ante la subsiguiente expansión de Euskaltel,

lleva a la conclusión de que el hipotético abuso denunciado estaría desplegando sus eventuales efectos anticompetitivos exclusivamente en el territorio del PV. Por el contrario, si los elementos particulares del caso apuntasen a que el hipotético abuso estuviese centrado en desplegar sus eventuales efectos anticompetitivos en la segunda mitad del 2007 para frenar la expansión de Euskaltel como operador nacional, o si el abuso apareciera como una respuesta plausible al conocimiento generalizado al inicio de 2007 de dicho despliegue fuera del PV; cabría en dichos supuestos admitir que existen desbordamientos y que, por tanto, la competencia recaería en la AGE.



4. CONCLUSIÓN

En conclusión, tal como queda reflejado en el informe, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1 de la Ley 1/2002, esta Junta Consultiva entiende que en el presente caso no existen efectos de la conducta de carácter supraautonómico.

Madrid, 19 de mayo de 2008

EL PRESIDENTE,

Rafael Illescas Ortiz