



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON ALFONSO RAMOS MOLINS SAINZ DE BARANDA, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA

Que en la Sesión nº 10/05 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 17 de marzo de 2005, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCION DE LOS RECURSOS POTESTATIVOS DE REPOSICIÓN INTERPUESTOS POR LA ASOCIACIÓN DE EMPRESAS OPERADORAS Y DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES (ASTEL), WANADOO ESPAÑA, S.L. Y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. CONTRA EL ACUERDO DEL CONSEJO DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES DE 15 DE JULIO DE 2004, POR EL QUE SE DESESTIMA LA CONSIDERACIÓN DE LAS PROMOCIONES DEL GRUPO TELEFÓNICA EN EL CÁLCULO DE LOS PRECIOS DE LA OBA FIJADOS MEDIANTE “RETAIL MINUS”.

En relación con los recursos potestativos de reposición interpuestos por la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL) y las entidades Wanadoo España, S.L. y Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución de 15 de julio de 2004 por la que se desestima la consideración de las promociones del Grupo Telefónica en el cálculo de los precios de la OBA fijados mediante *retail minus*, el Consejo de esta Comisión ha adoptado en su sesión núm. /05, la siguiente Resolución:

Resolución de 17 de marzo de 2005, recaída en el expediente AJ 2004/1 407.

HECHOS

PRIMERO.- En fecha 15 de julio de 2004, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó un Acuerdo por el que se desestimaba la consideración de las promociones del Grupo Telefónica en el cálculo de los precios



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de la OBA fijados mediante *retail minus*. La citada Resolución, acordaba lo siguiente:

“Primero.- Desestimar la aprobación de un mecanismo para considerar las promociones del Grupo Telefónica en el cálculo de los precios de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado de TELEFÓNICA fijados mediante *retail minus*.

Segundo.- Dar publicidad al mecanismo descrito en el apartado III.6 de la presente Resolución, como mecanismo para la detección de situaciones de estrechamiento de márgenes en los servicios ADSL comercializados por empresas del Grupo Telefónica.”

En relación con este mecanismo, la Resolución de 22 de julio de 2004, sobre solicitud de modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA) de Telefónica de España, S.A.U. para adecuarla a la modificación de las velocidades ADSL en el nivel minorista, dispone en el apartado séptimo de su parte decisoria que:

“Séptimo. Se actualiza el mecanismo para detectar situaciones de estrechamiento de márgenes en los servicios ADSL comercializados por empresas del Grupo Telefónica, publicado mediante Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 15 de julio de 2004, dentro del expediente MTZ 2004/609, de manera que las ofertas a considerar en la aplicación de este mecanismo pasan a ser las que presenten las características técnicas definidas por la modalidad O de la OBA (512 Kbit/s – 128 Kbit/s sin garantía). El resto de los valores que definen dicho mecanismo permanecen invariables”.

SEGUNDO.- Mediante escrito de fecha 6 de agosto de 2004, con entrada el mismo día en el Registro de esta Comisión, la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL), interpuso recurso potestativo de reposición contra la Resolución de 15 de julio de 2004 a la que se refiere el antecedente anterior, así como, contra el apartado séptimo de la parte decisoria de la citada Resolución de 22 de julio de 2004, por el que se actualiza el mecanismo para detectar situaciones de estrechamiento de márgenes en los servicios de ADSL, al no considerar ajustadas a derecho las citadas Resoluciones.

En el escrito de interposición se expone básicamente lo siguiente:

1. Que la fijación en 19'6%, de acuerdo con el *retail minus* vigente, del porcentaje máximo de la cuota mensual minorista destinada a promociones,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

carece de una adecuada motivación, por lo que debería ser anulado y establecerse de nuevo el citado porcentaje mediante una nueva Resolución.

En particular, manifiesta la recurrente, que: (i) no se han mostrado las estimaciones en base a las cuales se ha establecido el citado porcentaje, sin que pueda justificarse dicha ausencia en el carácter confidencial de las mismas; (ii) no se ha explicado el modo en que se ha diferenciado dentro del “margen operativo” la cuantía referida a promociones de la dedicada a otros elementos incluidos en dicho margen; (iii) tampoco se ha aclarado si se ha tomado en cuenta, en los cálculos relativos a la distribución del mencionado “margen operativo”, el coste del capital para el cual esta Comisión dispone de suficientes elementos de referencia no afectos de confidencialidad.

Sostiene, además, que la falta de motivación es aún más notoria en el apartado séptimo de la parte decisoria de la Resolución de 22 de julio de 2004, pues no se justifica la existencia de un porcentaje igual en modalidades distintas como son la actual D y la futura O.

2. Que la cifra de 24 meses como plazo de recuperación de costes de adquisición no está debidamente fundamentada.

Señala la recurrente que el único dato en que se basa esta Comisión para el establecimiento de dicho plazo es que *“al menos el 64% de las conexiones, a marzo de 2004, tenían una antigüedad inferior a los 18 meses”*, por lo que, en base al único argumento aportado, resulta extraña la fijación de 24 meses considerando que la cifra de 18 meses estaría más cercana a la realidad del mercado.

3. Que no se han establecido mecanismos para la evaluación del carácter anticompetitivo de modalidades distintas a la D (256/128 Kbit /s UBR), o cuando sea de aplicación, la nueva O (512/128 Kbit/s UBR).

Manifiesta la recurrente que se ha configurado a la modalidad D o a la modalidad O como una especie de referencia, ignorando el hecho de que los costes de cada modalidad son diferentes, así como, la cuantía de los regalos ofrecidos para cada modalidad en las promociones aplicables. Por lo que, continúa señalando, al realizarse el análisis sobre una sola modalidad de ADSL, en lugar de establecerse un criterio sobre el carácter anticompetitivo de la promoción para esa modalidad, se estaría realizando una afirmación general que excluye, sin más, que se hayan producido prácticas de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

pinzamiento de precios en todo el ámbito de la promoción. Esto es, se afirmaría, sin previo análisis, la ausencia del carácter anticompetitivo de las promociones en modalidades distintas a la D.

4. Que considera *“injustificado el establecimiento de la existencia de un margen negativo como resultado de la aplicación del mecanismo propuesto”*, pues siendo un requisito necesario no es suficiente para determinar la existencia de una práctica anticompetitiva. Por ello, aún cuando la fórmula del mecanismo publicado demuestre que existe un margen positivo, la evaluación de elementos adicionales puede mostrar la existencia de un margen efectivo insuficiente para un operador alternativo.

Asimismo, sostiene que en los casos en que el mecanismo de evaluación haya considerado que se ha producido un margen negativo, la evaluación de los elementos adicionales no puede excluir el carácter anticompetitivo, pues ello sería contrario a lo establecido en las Decisiones de Comisión Europea en los casos Deutsche Telecom AG y Wanadoo Interactive S.A, *“según las cuales puede afirmarse que, existiendo dominancia tanto en el mercado minorista como en el mayorista, el efecto del pinzamiento se produce per se, sin que pueda ser excluido con el análisis de elementos adicionales”*.

TERCERO.- Mediante escrito de fecha 6 de agosto de 2004, con entrada el mismo día en el Registro de esta Comisión, Wanadoo España, S.L. (en adelante, Wanadoo) interpuso recurso potestativo de reposición contra la Resolución referida en el antecedente de hecho primero.

En el citado escrito de interposición se expone, en relación con la revisión del acto, básicamente lo siguiente:

1. Que esta Comisión inició de oficio un procedimiento cuyo objeto era el establecimiento de un mecanismo para considerar las promociones del Grupo Telefónica en el cálculo de los precios de la OBA fijados mediante *retail minus*, procedimiento que terminó introduciendo un test de pinzamiento de precios que, al no haber sido nunca su objeto, las partes interesadas no han tenido oportunidad de pronunciarse sobre su contenido y la metodología empleada en el mismo.
2. Que el mecanismo de *retail minus* (control *ex ante*) ha sido vaciado de contenido, sin que su eficacia preventiva pueda ser cumplida eficazmente por un mecanismo de control de pinzamientos (*ex post*) que, siendo sin duda



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

necesario, *“únicamente actúa de forma diferida sin evitar los efectos anticompetitivos de las ofertas y promociones ilícitas.”*

3. Que mediante la Resolución recurrida esta Comisión ha modificado el mecanismo de *retail minus* establecido previamente por la misma ya que el Grupo Telefónica podría reducir sus precios minoristas un 19'6%, hasta 31'42 euros, sin incurrir en comportamientos ilícitos, por lo que si el *retail minus* vigente hasta la fecha era del 42%, el *retail minus* real tras la Resolución es del 27'8%.

En este sentido, manifiesta la recurrente que el único requisito que deberá cumplir el grupo Telefónica para explotar el nuevo *retail minus* establecido es mantener su carácter de temporal, aunque sea reiterado, de las ofertas minoristas a fin de que queden incluidas en el régimen de las promociones.

4. Que el margen restante después del porcentaje propuesto por la Comisión es insuficiente. Considera que se han subestimado muchos de los costes, bs cuales se sitúan realmente por encima de lo estimado por esta Comisión, que ha ignorado importantes partidas de costes como los de publicidad y los de la red de ventas y que no ha tomado en consideración la necesidad de mantener cierto margen de beneficios.

Así, se subestiman los costes recurrentes de red, que deberían basarse en “estimaciones de los costes en que debería incurrir un operador eficiente con una cuota de mercado normal en un entorno de competencia”. En cuanto a los costes de adquisición de clientes, se ignoran partidas de costes fundamentales como los generados por la publicidad y la red de ventas, que en un mercado como el del ADSL constituyen una variable esencial, pues la publicidad es un factor determinante de las ventas.

5. Que no parece justificada la estimación de 24 como el número de meses de recuperación de costes, considerando que la cifra de 18 meses, único plazo que esta Comisión muestra en la Resolución recurrida, resulta mas cercana a la realidad del mercado.
6. Que el pinzamiento de precios constituye un abuso *per se* cuando el operador que incurre en esta conducta es dominante en el mercado mayorista y en el minorista, sin que resulte necesario constatar la existencia de ulteriores elementos para confirmar la existencia de un abuso.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este sentido manifiesta, de un lado, que la propia existencia de la posición de dominio supone una responsabilidad en la empresa que la detenta de no distorsionar la competencia en el mercado y, por otro, que el pinzamiento de precios es un concepto objetivo desligado de la intención del operador dominante por lo que no es admisible tomar en consideración la intención del mismo.

Finalmente, Wanadoo solicita en su recurso mediante otrosí, que se reconsidere la opción de revisar periódicamente los precios mayoristas de Telefónica a la luz de las promociones ofertadas por el Grupo Telefónica, así como que se requiera a todas las empresas del Grupo Telefónica la comunicación de promociones de servicios de banda ancha con al menos diez días de antelación, de manera que se pueda aplicar el test de pinzamiento con anterioridad al lanzamiento de dichas promociones.

CUARTO.- Con fecha 26 de agosto de 2004 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito del representante de la entidad Telefónica de España, S.A.U. (Telefónica, en lo sucesivo) en virtud del cual se interpone recurso de reposición contra la referida Resolución de 15 de julio de 2004.

En concreto, se fundamenta básicamente en los siguientes motivos:

1. Que esta Comisión mediante el nuevo procedimiento establecido en la resolución recurrida está regulando el mercado minorista de acceso a Internet en banda ancha al margen del nuevo marco regulador y contradiciendo disposiciones administrativas de rango superior, en concreto la Orden PRE/3028//2003, de 30 de octubre, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de 25 de septiembre de 2003, de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, por el que se aprueba la liberalización de los precios minoristas de los servicios ADSL prestados por Telefónica de España, S.A.U.
2. Que esta Comisión carece de la habilitación competencial necesaria para dictar resoluciones que supongan la declaración de determinados comportamientos como de explotación abusiva de una posición de dominio ya que podría interferir con competencias expresamente atribuidas a organismos específicos generando una grave inseguridad jurídica.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

3. Que el plazo establecido para la recuperación de inversiones y gastos debería ser ampliado a 48 meses de acuerdo con lo manifestado en diferentes Decisiones por la Comisión Europea.
4. Que si bien con la Resolución de 22 de julio de 2004 se ha visto modificado el porcentaje aplicable a la modalidad del tipo actual de referencia (O de la OBA) pasando del 42% anterior al 42'9% actual, dicho cambio debería suponer una ampliación del porcentaje recogido en el mecanismo para detectar situaciones de estrechamiento de márgenes en los servicio ADSL, de 0'9 p.p. ya que la capacidad del resto de operadores se amplía en el mismo nivel.

QUINTO.- Mediante escritos del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 17 de septiembre de 2004, se cumplió el trámite de información previsto en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC) y se procedió, de conformidad con lo prevenido en el artículo 73 de la LRJPAC, a disponer la acumulación de los recursos presentados por las entidades a que se refieren los antecedentes de hecho anteriores.

Asimismo, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 112.2 de la LRJPAC, se dio traslado a las entidades interesadas de los recursos de reposición interpuestos por ASTEL, Wanadoo y Telefónica para que alegasen lo que estimasen conveniente.

SEXTO.- Con fecha 4 de octubre de 2004 se recibió en el Registro de esta Comisión, dentro del plazo otorgado al efecto, escrito de alegaciones de ASTEL al recurso de reposición interpuesto por Telefónica, en el que se expone básicamente lo siguiente:

1. Respecto a la alegación de Telefónica relativa a que esta Comisión mediante el mecanismo introducido en la resolución recurrida está regulando el mercado minorista de acceso a Internet en banda ancha sin seguir el procedimiento establecido en el nuevo marco regulador, muestra su disconformidad y manifiesta que se trata de una medida que da carácter público al mecanismo que, en los casos en los que resulte procedente, se propone aplicar esta Comisión para valorar la posible existencia de pinzamientos de precios en las ofertas y promociones de Telefónica.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2. Respecto a la alegación en la que Telefónica exige que se modifique el plazo de recuperación de costes, ampliándose a 48 meses de acuerdo con lo dispuesto en la Decisión de la Comisión Europea de 16 de julio de 2003, manifiesta que Telefónica ha interpretado erróneamente el plazo establecido por la Comisión Europea, ya que dicha Decisión lo único que establece es que un plazo superior a 48 meses sería excesivo y no que el plazo de 48 meses sea el adecuado.
3. Por último, aún cuando la Asociación no está de acuerdo con el porcentaje del 19,6%, consideran inaceptable la afirmación de Telefónica según la cual, es preciso revisar dicho porcentaje de 19'6% dado que el porcentaje global del *retail minus* ha cambiado en la nueva modalidad tipo actual de referencia (O de la OBA), y sostienen que únicamente debería revisarse en el caso que variasen los elementos de costes tomados como base para su cálculo.

SÉPTIMO.- El día 4 de octubre de 2004 se presentaron en el Registro de esta Comisión, dentro del plazo otorgado al efecto, sendos escritos de alegaciones de la entidad Terra Networks España, S.A.U. (Terra, en adelante), instando la desestimación de los recursos interpuestos por ASTEL y Wanadoo.

Así, se opone al recurso de reposición interpuesto por Wanadoo, en base a las siguientes alegaciones:

1. Respecto a la alegación de Wanadoo relativa a que el mecanismo de control *ex post* de los pinzamientos de precios no garantiza *per se* la competencia efectiva en el mercado, manifiesta que el control *ex post* proporcionado por el Derecho de la Competencia garantiza íntegramente la existencia de un margen para la prestación de servicios minoristas de acceso a Internet en banda ancha, basado en el *retail minus* que hasta ahora ha aplicado esta Comisión, no pudiendo olvidarse la efectividad del Derecho de la Competencia para evitar posibles pinzamientos, tal y como ha sido puesto de manifiesto en numerosos procedimientos planteados ante esta Comisión. A su juicio, el control *ex post* realizado por esta Comisión permite evitar cualquier hipotética actuación anticompetitiva en el mercado.
2. En relación con la alegación de Wanadoo, según la cual la resolución impugnada está disminuyendo el margen establecido anteriormente, manifiesta su disconformidad ya que, lo que está realmente haciendo la resolución recurrida es aclarar como puede ser utilizado el margen del 42%



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

por parte del grupo Telefónica, para poder competir con las restantes promociones que existen en el mercado.

3. Respecto a los reproches de Wanadoo en relación con la metodología aprobada, *“Terra va más allá y entiende que dicha metodología ni siquiera es aceptable como criterio de aplicación del Derecho de la Competencia”* puesto que supondría una regulación indirecta de los precios minoristas.
4. Por último, manifiesta que el concepto de pinzamiento de márgenes invocado por Wanadoo (abuso *per se*) es completamente erróneo pues la Comisión Europea ha señalado que, para que la conducta de una empresa integrada verticalmente sea calificada como acto abusivo, debe tratarse de una conducta duradera y planificada cuya finalidad sea la de eliminar a otros competidores.

Frente al recurso de reposición interpuesto por ASTEL expone las siguientes alegaciones:

1. En relación con la adecuada motivación de la fijación del porcentaje del 19,6%, aún coincidiendo en que su determinación no está debidamente justificada, no está de acuerdo con los criterios que ASTEL invoca para la evaluación del “coste operativo”.
2. En cuanto a la falta de adecuada motivación del plazo de 24 meses, como plazo de recuperación de costes de adquisición, Terra sostiene que no entiende como ASTEL solicita en su recurso un plazo de 18 meses que es tan manifiestamente contrario a la práctica comunitaria que aboga por plazos de 48 meses.
3. Frente a la injustificada ausencia de mecanismos de evaluación en otras modalidades distintas a la D, manifiesta que si se adoptasen los criterios defendidos por ASTEL en su recurso, se produciría en la práctica una regulación política de los precios de Telefónica y Terra, lo que disminuiría su capacidad de competir en el mercado.
4. Respecto al carácter meramente orientativo y no automático del mecanismo publicado, pues se basa en estimaciones sujetas a margen de error, Terra responde señalando que el análisis de promociones efectuado por la Comisión sobre campañas de Terra se ha realizado con datos reales y que el efecto que han producido en el mercado ha sido nulo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

OCTAVO.- Con fecha 4 de octubre de 2004 se recibió en el Registro de esta Comisión, dentro del plazo otorgado al efecto, escrito de alegaciones de Telefónica instando la inadmisión de los recursos potestativos de reposición interpuestos por Wanadoo y ASTEL por no concurrir ninguna de las causas de nulidad o anulabilidad previstas en la LRJPAC.

En dicho escrito se expone básicamente lo siguiente:

1. Que no comparte la visión de Wanadoo según la cual el control *ex post* de los pinzamientos de precios no garantiza *per se* la competencia efectiva en el mercado. Por el contrario, la aplicación del Derecho de la Competencia, para tipificar la existencia de estrechamiento de márgenes resulta un control suficiente y permite a la Comisión intervenir de forma proporcionada.
2. Que aunque Wanadoo y ASTEL exponen la necesidad de que la metodología empleada se incluya dentro de los cálculos del *retail minus*, Telefónica entiende que dicha metodología *“ni siquiera es aceptable como criterio de aplicación del Derecho de la Competencia”*, pues supone una regulación indirecta de los precios minoristas y se trata de un Derecho que no permite establecer *a priori* unos criterios de análisis tan específicos.
3. Que no deben ser admitidas las alegaciones de Wanadoo y ASTEL en el sentido de *“no considerar otros factores más allá del margen para analizar la existencia de un hipotético price squeeze”* pues resultan contrarias a los precedentes comunitarios existentes en relación con una conducta abusiva por estrechamiento de márgenes.

A los anteriores antecedentes de hecho les son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

Primero.- Calificación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El artículo 107 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones, entre otros actos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

Las recurrentes califican expresamente sus escritos como recursos de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, que prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos en reposición ante el mismo órgano que lo hubiera dictado, calificar los escritos presentados como recursos potestativos de reposición interpuestos contra la Resolución de esta Comisión de fecha 15 de julio de 2004.

Segundo.- Competencia para resolver.

De conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, la competencia para resolver el presente recurso corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

Tercero.- Admisión a trámite.

Los recursos de reposición formulados por ASTEL y las entidades Wanadoo y Telefónica han sido interpuestos cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117 de la misma Ley, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior, procede admitirlos a trámite.

B. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

Primero.- Sobre la supuesta falta de congruencia y de motivación de la Resolución recurrida.

Wanadoo expone en su recurso de reposición que la Comisión inició de oficio el procedimiento que culmina con la resolución recurrida con el fin de establecer un mecanismo que considerara las promociones del Grupo Telefónica en el cálculo de precios mediante *retail minus*, pero que el test de pinzamiento nunca fue objeto de este procedimiento ni, por lo tanto, las partes interesadas tuvieron la oportunidad de realizar alegaciones.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ASTEL, por su parte, considera que el apartado segundo de la parte decisoria de la Resolución de 15 de julio de 2004 (y su modificación en el apartado séptimo de la parte decisoria de la Resolución de 22 de julio de 2004 sobre duplicación de velocidades ADSL), por el que se da publicidad al mecanismo para detectar situaciones de estrechamiento de márgenes en los servicios de ADSL, carece de la adecuada motivación por incurrir en defectos de fundamentación.

A estos efectos debe señalarse, ante todo, que en la Resolución recurrida de 15 de julio de 2004, esta Comisión decide desestimar la aprobación de un mecanismo para considerar las promociones del Grupo Telefónica en el cálculo de los precios de la OBA fijados mediante *retail minus*, y que dicha decisión resulta plenamente coherente con el objeto del procedimiento MTZ 2004/609.

En efecto, se procedió de oficio a la apertura del referido expediente MTZ 2004/609, con el fin de revisar los precios mayoristas de Telefónica a la luz de las promociones ofertadas por el Grupo Telefónica. Sin embargo, una vez sometido el informe a audiencia, se observa que existen dificultades para distinguir las conductas abusivas de un operador dominante de las que constituyen un legítimo esfuerzo competitivo. Por ello, esta Comisión estima que la aplicación de un mecanismo destinado a modificar los precios mayoristas fijados mediante *retail minus* como una reacción automática ante promociones llevadas a cabo por el Grupo Telefónica, puede resultar excesiva y poco proporcionada, y así se expone en el Fundamento de Derecho III.1.3 de la resolución recurrida.

Ahora bien, al desestimarse la aprobación de dicho mecanismo para modificar precios de OBA, esta Comisión ha considerado conveniente dar publicidad a una medida alternativa a la anterior que, basada en unos cálculos de naturaleza similar, será empleada en los procedimientos concretos en los que se investiguen situaciones de estrechamiento de márgenes. Con ello, se persigue dotar de transparencia a los futuros Acuerdos del Consejo que analicen situaciones de pinzamiento, a la vez que se agiliza su tramitación.

El hecho en sí de dar publicidad a tal mecanismo no puede causar ningún perjuicio a los interesados puesto que la mera publicación del mismo no conlleva su aplicación, que se hará en procedimientos concretos en los que se analicen potenciales situaciones de estrechamiento de márgenes en la comercialización de los servicios ADSL por empresas del Grupo Telefónica. Por el contrario, tal publicidad permite conocer a los interesados el criterio de esta Comisión y realizar



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

frente al mismo todo tipo de alegaciones, tanto en vía administrativa como en vía contencioso-administrativa, como así ha ocurrido.

Tampoco cabe apreciar la falta de congruencia aducida por Wanadoo dado que la Comisión, como exige una constante doctrina jurisprudencial, ha actuado dentro de los límites del procedimiento abierto *“dando cumplida respuesta a la finalidad pretendida con la iniciación del expediente”* (STS 29 de marzo 1993). Esto es, frente a las ofertas minoristas de ADSL del Grupo Telefónica, ha optado por desestimar la aprobación de un mecanismo que revise de manera automática los precios mayoristas fijados mediante *retail minus*, y preferido limitarse a dar publicidad al mecanismo que servirá para detectar el posible pinzamiento de precios en ese mercado.

Por lo que respecta a la alegación que hace ASTEL sobre la ausencia de una adecuada motivación y fundamentación del citado mecanismo, y sin perjuicio de lo que más adelante se exponga, se debe tener presente que, conforme a reiterada jurisprudencia, la falta de motivación de una resolución tiene trascendencia cuando no se proporcionan los motivos que justifican la decisión adoptada, situando a los afectados en una situación de indefensión. Sin embargo, de la Resolución de 15 de julio de 2004 se desprende con claridad cuáles han sido los criterios y el procedimiento seguido para adoptar el mecanismo que en dicha resolución se publica y, por consiguiente, tanto ASTEL como el resto de interesados en el procedimiento, han contado con los elementos de juicio necesarios para articular la defensa de sus intereses e impugnar la resolución que ahora se recurre.

En virtud de las anteriores consideraciones, procede rechazar las alegaciones de Wanadoo y ASTEL analizadas en el presente motivo del recurso, y confirmar la validez de la resolución recurrida por estar plenamente ajustada a derecho.

Segundo.- Sobre la necesidad del mecanismo que modifique de manera automática los precios *retail minus* cuya aprobación se desestima en la Resolución recurrida.

Wanadoo estima que las promociones de las empresas del Grupo Telefónica en ofertas ADSL deben considerarse en el cálculo *ex ante* de los precios mayoristas de GigADSL. A juicio de este operador, si el mecanismo de fijación de precios *retail minus* se vuelve tan poroso que resulta ineficaz, el mecanismo de control *ex post* de los pinzamientos de precios no garantiza *per se* la competencia efectiva en el mercado. Ello es así porque, según Wanadoo, la reacción ante ofertas y promociones que pueden ser anticompetitivas es, por naturaleza, diferida, es decir,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

un control *ex post* “*sanciona conductas, más que prevenirlas*”. En definitiva, este operador entiende que con la decisión adoptada se priva al mecanismo *ex ante* de fijación de precios mediante *retail minus* de gran parte de su utilidad.

Por ello, Wanadoo solicita en su recurso mediante otrosí, que se reconsidere la opción de revisar periódicamente los precios mayoristas de Telefónica a la luz de las promociones ofertadas por el Grupo Telefónica, así como que se requiera a todas las empresas del Grupo Telefónica la comunicación de promociones de servicios de banda ancha con al menos diez días de antelación, de manera que se pueda aplicar el test de pinzamiento con anterioridad al lanzamiento de dichas promociones.

Frente a lo anterior, es preciso reiterar que, dadas las características del mercado nacional de los servicios de ADSL, existen serias dificultades para distinguir las conductas abusivas de un operador dominante de las que constituyen un legítimo esfuerzo competitivo. Tal dificultad impide la aplicación de ese mecanismo como reacción automática ante las promociones llevadas a cabo por el Grupo Telefónica para la modificación de los precios mayoristas, puesto que puede resultar excesiva y así se razona en el Fundamento de Derecho III.1.3. de la resolución impugnada.

En este sentido, debe recordarse que es doctrina consolidada en el derecho de competencia comunitario y español la obligación que tienen las empresas dominantes de seguir manteniendo una actitud competitiva en el mercado, esto es, la doctrina reconoce “*la necesidad de que la empresa dominante mantenga su esfuerzo competitivo, reaccionando con eficacia a las acciones de sus competidores, ya que sólo así se derivarán los efectos beneficiosos de la competencia*”¹.

Ahora bien, este razonable derecho a preservar los intereses comerciales debe conjugarse con la obligación que incumbe a toda empresa dominante de evitar comportamientos que falseen la competencia en el mercado. Por ello, la doctrina y jurisprudencia comunitaria ha seguido el criterio de que la “*conducta para ser legítima debe tener una justificación objetiva*”², lo que únicamente podrá apreciarse si se analizan otros factores o condiciones adicionales.

Por esta razón, a fin de adecuar las prácticas de la Comisión a las del resto de autoridades de competencia, en la resolución recurrida se reconoce la necesidad

¹ Resolución del TDC Retevisión/Telefónica de 8 de marzo de 2000.

² Caso Centre Belge d’Etudes de Marché Telemarketing de 1986.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de examinar en las ofertas de las empresas del Grupo Telefónica las condiciones adicionales que se recogen en su Fundamento de Derecho III.1.3.:

“(...) para la apreciación del abuso será necesario considerar los componentes restrictivos de la conducta, tales como la intensidad y el grado de posición dominante, las amenazas que presentan los competidores, la proporcionalidad de la respuesta y su intención excluyente o competitiva.”

Las anteriores consideraciones han llevado a juzgar más acertado proceder, caso por caso, al análisis de la necesidad de paralizar la oferta cuestionada, en lugar de modificar los precios mayoristas de la OBA cada vez que se lanza una nueva oferta y, por consiguiente, a la necesidad de establecer un mecanismo que permita detectar qué ofertas minoristas comercializadas por empresas del Grupo Telefónica provocan situaciones de estrechamiento de márgenes, de manera que esta Comisión pueda actuar adoptando las medidas oportunas para evitar eventuales comportamientos anticompetitivos.

No puede ignorarse que se trata aquí de ejercer el control, ex ante, de las promociones que el Grupo Telefónica pone en el mercado, es decir, de **prevenir o neutralizar los eventuales efectos anticompetitivos** (no de sancionar a posteriori un eventual abuso), que las mismas son susceptibles de producir en el mercado, mediante la imposición de obligaciones, sean éstas de no hacer (prohibiendo su lanzamiento) o de hacer (paralizando su comercialización, cuando ésta no esta sometida a la obligación de comunicación). En este ámbito, la bajada generalizada de los precios mayoristas en función de promociones concretas realizadas por el Grupo Telefónica, se juzga una medida inadecuada para la consecución de los objetivos de la regulación ex ante en estos servicios: garantizar la capacidad de competir de los operadores alternativos al Grupo Telefónica, **asegurando al tiempo el mantenimiento de los incentivos a la inversión en redes alternativas**.

Es por ello que, la valoración del eventual pinzamiento de márgenes resulta el elemento determinante para la aprobación o paralización de las promociones analizadas, cumpliendo plenamente las exigencias del control preventivo, propias y distintas de las del control ex post de los abusos cuya valoración exige de la consideración de elementos adicionales.

Debe advertirse que este mecanismo de detección de situaciones de estrechamiento de márgenes es aplicable no sólo a las ofertas minoristas de Telefónica sino también a las de cualquier otra empresa del Grupo Telefónica, y



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que con su publicación se consigue dotar de transparencia a las futuras Resoluciones de esta Comisión que analicen situaciones de estrechamiento de márgenes, a la vez que agilizar la tramitación de las mismas. En este sentido, la simplificación de las tareas a llevar a cabo por la Comisión va a permitir, en el caso de promociones ADSL comunicadas al regulador, la posibilidad de paralizar su lanzamiento antes de que este se produzca, o, en el caso de promociones que no tienen obligación de ser comunicadas con antelación, determinar la interrupción en su comercialización, con lo que se elimina o en el peor de los casos se reduce el impacto negativo que pudiera tener en el mercado.

En cuanto a la solicitud de Wanadoo de obligar a todas las empresas del Grupo Telefónica a comunicar promociones de servicios de banda ancha con al menos diez días de antelación, debe precisarse que tal decisión no puede ser adoptada en tanto no se finalice el análisis de mercados. En efecto, no puede justificarse que tal medida vaya encaminada a la regulación de los servicios mayoristas de Telefónica incluidos en la OBA, sino a la regulación de los servicios minoristas de estas otras empresas del Grupo Telefónica, lo que consistiría en una nueva obligación en relación al anterior marco normativo y, de acuerdo con el apartado tres de la Disposición transitoria primera de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, en tanto no se finalice el análisis de mercados sólo continuarán en vigor o podrán mantenerse las obligaciones que ya tengan impuestas los operadores dominantes.

Por cuanto antecede, procede desestimar las alegaciones de Wanadoo analizadas en el presente motivo de impugnación.

Tercero.- Sobre el porcentaje máximo de la cuota mensual minorista destinada a promociones y la reducción del margen disponible para los operadores.

Wanadoo sostiene que de acuerdo con el mecanismo introducido, el Grupo Telefónica puede reducir sus precios minoristas en un 19,6 %, hasta 31,42 euros, sin incurrir en comportamientos ilícitos. En consecuencia, este operador entiende que, si el *retail minus* vigente hasta la fecha era del 42%, el *retail minus* real tras la Resolución de 15 de julio de 2004 es del 27,8%.

Señala, asimismo, esta entidad que el margen disponible para los operadores es insuficiente, mostrando su desacuerdo con el análisis del estudio de costes *retail minus* empleado.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por su parte, ASTEL alega en su recurso la falta de adecuada motivación de la fijación del 19,6 % como porcentaje máximo destinado a promociones que, a su juicio, es aún más notoria, en el apartado segundo de la parte decisoria de la Resolución de 22 de julio de 2004, pues no se justifica la existencia de un porcentaje igual en modalidades distintas de la OBA como son la actual D y la futura O.

En el mismo sentido, Telefónica señala que con la aprobación de la citada Resolución de 22 de julio, sobre duplicación de las velocidades ADSL, debería ampliarse el porcentaje recogido en el mecanismo publicado en la Resolución de 15 de julio de 2004.

Ha de tenerse en cuenta que en la Resolución recurrida se acuerda dar publicidad al mecanismo descrito en el Fundamento de Derecho III.6 de la misma, como mecanismo para la detección de situaciones de estrechamiento de márgenes en los servicios ADSL comercializados por empresas del Grupo Telefónica. En dicho apartado III.6 se señala:

“2. El porcentaje máximo de la cuota mensual minorista destinado a promociones es del 19,6 % para dicha modalidad D, de acuerdo con el retail minus vigente.”

Esta cifra del 19,6 % proviene del estudio de costes que sirve de base al establecimiento de precios mayoristas con *retail minus*, en donde la partida de promociones comerciales para clientes finales forma parte de una partida mayor que engloba costes comerciales, operativos (costes operativos no de red, como son la atención post venta, facturación, etc.) y beneficios, que suponen el 30 % del precio minorista de referencia (11,72 euros).

Dentro de este concepto, la partida de costes comerciales implica el 19,6 % del precio (7,66 euros). Dicho porcentaje del 19,6 % refleja el porcentaje máximo de la cuota mensual minorista que se puede destinar a promociones, alcanzándose dicho máximo cuando en una determinada promoción toda la partida destinada a costes comerciales y de marketing se traslada hacia descuentos o regalos que suponen un beneficio económico para el abonado. Debe recordarse, además, que las promociones, por su propia naturaleza, no afectan a toda la base de clientes minoristas ADSL de las empresas del Grupo Telefónica, sino que de las mismas se beneficiarán grupos limitados de clientes y, además, durante un período de tiempo definido.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En consecuencia, al haberse fijado dicho máximo del 19,6 % como límite a partir del cual el mecanismo detecta una situación de estrechamiento de márgenes, en ningún caso se puede considerar que se está reduciendo el margen que el análisis *retail minus* deja a los operadores alternativos, como denuncia Wanadoo, dado que este dato se ha extraído de dicho análisis.

Por otra parte, frente a la alegación de ASTEL sobre la falta de argumentos sólidos que justifiquen la fijación del porcentaje del 19,6% en la Resolución de 22 de julio sobre modificación de OBA para adaptarla a la duplicación de la velocidad ADSL, ha de señalarse que en dicha resolución se incluye un estudio de costes *retail minus* revisado en donde la modalidad O (que sustituye a la modalidad D) mantiene los mismos porcentajes del 30 % (margen de operaciones) y del 19,6 % (máximo que se puede destinar a promociones) sobre el precio minorista. En consecuencia, se decide mantener este valor para su aplicación con la modalidad O sin perjuicio de que otras partidas del estudio de costes *retail minus* hayan variado.

Así se razona en la citada Resolución de 22 de julio de 2004, en cuyo Fundamento de Derecho II.5.3 se indica que:

“(...) habida cuenta de que el margen de costes operativos comprende, además de esta partida, otros costes comerciales, operativos y los beneficios, se considera acertado el valorarlo en el 30 % para la modalidad D, y mantener este valor para la nueva modalidad O que sustituye a la anterior.

Los valores fijados en el estudio de costes para el margen de operaciones se han determinado a partir de estudios realizados por consultores, y en base a información sobre contabilidad de costes de Telefónica. (...)

El hecho de que el margen de operaciones decrezca a medida que aumenta la velocidad de la conexión se debe a la consideración de que tanto la cantidad destinada a promociones, como determinados costes operativos no de red (call center, facturación, etc), tienen menos peso sobre el precio minorista a medida que este precio aumenta.”

Por ello, en relación con el importe máximo de las promociones, en el Fundamento de Derecho II.8 de la misma resolución se concluye que al haberse mantenido el porcentaje destinado a margen operativo en el 30%, “se considera que la cifra del 19,6% debe mantenerse”.

Con respecto a la alegación sobre que el margen disponible para los operadores es insuficiente, cabe indicar que esta Resolución se ha limitado a dar publicidad a un



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

detalle del estudio de costes *retail minus* empleado para fijar la cuota mensual por conexión ADSL en el servicio GigADSL contenido en la OBA, pero sin modificar tal estudio de costes. Por tanto, no procede en este recurso analizar la necesidad de una eventual modificación de tales precios mayoristas de la OBA, de acuerdo con los datos de costes suministrados por Wanadoo, ASTEL o Terra (en sus escritos de alegaciones). Los precios aplicables para GigADSL fueron establecidos en la Resolución de 31 de marzo de 2004, por la que se modificó la OBA y, posteriormente, en Resolución de 22 de julio de 2004 sobre duplicación de las velocidades ADSL (expte. DT 2004/1008).

En virtud de lo anterior, se han de rechazar las alegaciones vertidas por los recurrentes en el presente motivo del recurso y, confirmar el contenido de la Resolución en este aspecto.

Cuarto.- Sobre el período de recuperación de costes de adquisición de clientes.

En relación con el período de recuperación de costes propuesto Wanadoo considera que no está justificado el que se empleen 24 meses y ASTEL propone emplear 18 meses en lugar de 24 como plazo de recuperación de tales costes.

En cambio Telefónica exige la modificación de este valor y su sustitución por 48 meses en línea con el período aplicado por la Decisión de la Comisión Europea de 16 de julio de 2003.³ También Terra, en alegaciones al recurso interpuesto por ASTEL, coincide con esta solicitud de emplear 48 meses como período de recuperación de los costes de adquisición del cliente.

En relación con este motivo de impugnación cabe precisar que, como se indica en la resolución recurrida, el hecho de que a marzo de 2004 el 64 % de los abonados tuviera una antigüedad inferior a 18 meses, aconseja prudencia a la hora de estimar el período medio de permanencia. Ello se debe a que la mayor parte de la base de clientes no habría alcanzado todavía dicho período medio de permanencia, de donde se deriva la incertidumbre con que nos encontramos en el cálculo de tal período. Es decir, sabemos que esta cifra debería ser superior a estos 18 meses, pero no resulta fácil cuantificar en qué medida.

Sin perjuicio de que, tal como se prevé en la Resolución de 15 de julio de 2004, cuando se disponga de información más fiable se proceda a la revisión de la cifra

³ Asunto COMP/38223-Wanadoo Interactive.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de 24 meses, debe señalarse que dicha cifra de 24 meses se fija en un contexto determinado, junto con otros valores estimados en el estudio de costes *retail minus* que en conjunto producen un resultado que esta Comisión considera coherente.

Respecto a la pretensión de Telefónica de aumentar a 48 meses el período de recuperación de costes a fin de adecuarlo a la práctica comunitaria, en particular a la solución que se alcanza en el caso Wanadoo Interactive, es preciso hacer notar que se están comparando situaciones diferentes. La resolución recurrida se corresponde con un control *ex ante*, esto es, previo al lanzamiento comercial de las ofertas de Telefónica. Por el contrario, la Comisión Europea analizó los ingresos y los costes de Wanadoo durante un periodo de tiempo determinado para comprobar si se habían realizado, en el mismo, prácticas contrarias a la competencia, y en particular, si se habían aplicado precios predatorios.

Esta diferencia es sustancial, no sólo porque el momento en que se produce el análisis es diferente, sino también porque la Comisión Europea cuenta con información completa sobre las actuaciones de los operadores durante el periodo denunciado, mientras que esta Comisión, en tanto que la promoción no se ha comercializado, desconoce aspectos tales como la aceptación en el mercado o el importe de diferentes costes de comercialización, etc. A ello debe añadirse que la Comisión Europea puede analizar el servicio completo mientras que esta Comisión se limita a examinar cada una de las promociones comunicadas por Telefónica. En definitiva, resulta razonable que se apliquen metodologías o criterios diferentes y que no puedan extrapolarse plazos de recuperación de clientes que no coinciden con el periodo medio de permanencia del cliente en las ofertas consideradas por esta Comisión.

A la vista de lo anterior, deben desestimarse las alegaciones vertidas en relación con el presente motivo de impugnación.

Quinto.- Sobre la situación de estrechamiento de márgenes y la conducta anticompetitiva.

Para Wanadoo el pinzamiento de precios constituye un abuso *per se* cuando el operador que incurre en esta conducta es dominante en el mercado mayorista y en el minorista. Por ello solicita que no se consideren otros factores ajenos a la propia existencia de un pinzamiento para confirmar la existencia de un abuso, como la intencionalidad del operador dominante, la amenaza que representan los competidores o la proporcionalidad de la respuesta, a que se alude en la resolución



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

impugnada pues, a su juicio, resulta contrario a la práctica de las autoridades comunitarias de la competencia.

Sin embargo, ASTEL entiende que la evaluación de tales factores adicionales ha de efectuarse necesariamente como elemento complementario al mecanismo previsto para detectar el estrechamiento de márgenes puesto que, incluso cuando la fórmula del mecanismo publicado muestre que existe margen positivo, la evaluación de esos elementos adicionales puede demostrar la existencia de un margen efectivo insuficiente para un operador eficiente alternativo. No obstante, coincide con Wanadoo al señalar que, en los casos en que el mecanismo de evaluación detecte un margen negativo, la evaluación de los elementos adicionales no puede excluir su carácter anticompetitivo, pues ello sería contrario a lo establecido en las Decisiones de Comisión Europea en los casos Deutsche Telecom⁴ y Wanadoo Interactive⁵, según las cuales el pinzamiento de precios constituye un abuso *per se*.

En la resolución recurrida, al igual que en la jurisprudencia comunitaria en materia de competencia, se reconoce que el estrechamiento de márgenes es una conducta prohibida *per se*. Así, el Fundamento de Derecho III.1.3. señala explícitamente que:

“Dados los precios mayoristas en un mercado, el Derecho de la competencia determina que las empresas dominantes integradas deben ofrecer precios minoristas que permitan a los competidores eficientes obtener un beneficio razonable. Por tanto, reducciones de precios que impidan a los operadores alternativos obtener una rentabilidad suficiente están prohibidas per se.”

Por tanto, la Comisión en ningún momento cuestiona este aspecto, esto es, que cuando no exista un margen suficiente entre los precios mayoristas y minoristas, la conducta supone un abuso de posición dominante. Ahora bien, tampoco debe desconocerse que, de acuerdo con la sentencia United Brands⁷, *“el hecho de estar en una posición dominante no priva a una empresa de la legitimidad para proteger sus legítimos intereses comerciales cuando éstos son atacados, y concediendo a esta empresa el derecho de adoptar cuantas medidas estime razonablemente oportunas para proteger dichos intereses”*. Adicionalmente, en el caso Akzo⁸, el Tribunal afirmó que *“la prohibición (de los precios discriminatorios practicados por*

⁴ Asunto COMP/C1/37451, 37578, 37579.

⁵ Asunto COMP/38233

⁶ Caso COMP/C1/37451,37578,37579, Deutsche Telekom

⁷ Asunto 27/76.

⁸ Asunto 62/86.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Akzo) *no le impedía hacer ajustes defensivos, incluso alineándose con los precios de ECS, para mantener a los clientes que eran originalmente suyos*". De este modo, si bien es cierto que una práctica de estrechamiento de márgenes está prohibida *per se*, como estiman estos operadores, no podemos olvidar, que en una metodología *ex ante* como la recogida en la resolución recurrida, es necesario que se tengan en cuenta parámetros adicionales encaminados a distinguir conductas abusivas del legítimo juego competitivo en el mercado, como ya hemos manifestado anteriormente.

En definitiva, dado que deben conjugarse conceptos *ex post* en una aplicación *ex ante* y que la aplicación del Derecho de la competencia exige un análisis casuístico, se ha descartado, como hemos visto, la mera aplicación automática de un test de costes y precios, limitado a detectar potenciales situaciones de pinzamiento y considerado preferible efectuar ciertos ajustes, como la incorporación de los aspectos cualitativos que según una consolidada doctrina y jurisprudencia comunitaria permiten apreciar el comportamiento anticompetitivo, tales como *"la intensidad y el grado de posición dominante, las amenazas que presentan los competidores, la proporcionalidad de la respuesta y su intención excluyente o competitiva"*, a que se refiere la resolución recurrida.

A la luz de lo anterior, resulta evidente que no pueden ser admitidas las alegaciones vertidas por ASTEL y Wanadoo en el presente motivo de impugnación.

Sexto.-Sobre la aplicación del mecanismo para la detección de situaciones de estrechamiento de márgenes a otras modalidades de la OBA.

ASTEL expone en su recurso que resulta injustificada la ausencia de mecanismos para la detección de situaciones de estrechamiento de márgenes en modalidades distintas de la D (ahora sustituida por la modalidad O).

Al respecto, es preciso hacer notar que la competencia en otras modalidades no presenta la problemática advertida en la modalidad mayoritaria, que supone en torno al 88 % de las líneas ADSL, y por tanto la Comisión no ha juzgado necesario dar publicidad a mecanismos de detección de situaciones de estrechamiento de márgenes en el caso de estas otras modalidades. Sin perjuicio de lo anterior, ha de tenerse presente que sigue siendo aplicable respecto a las mismas un control *ex post*, por lo que no están exentas del oportuno control.

En atención a lo anterior, procede desestimar también el presente motivo de impugnación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Séptimo.- Sobre la supuesta regulación de los servicios minoristas.

Considera Telefónica que esta Comisión mediante el nuevo procedimiento establecido en la resolución recurrida está regulando el mercado minorista de acceso a Internet en banda ancha al margen del nuevo marco regulador y contradiciendo disposiciones administrativas de rango superior, en concreto la Orden de 30 de octubre, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, por el que se aprueba la liberalización de los precios minoristas de los servicios ADSL prestados por Telefónica de España, S.A.U.

En relación con esta cuestión, cabe reiterar, una vez más, que el mecanismo que se publica en la resolución recurrida busca únicamente dar publicidad a un detalle del análisis de costes *retail minus*, de manera que se conozca por los interesados cómo ha de interpretarse dicho estudio en relación con las promociones de empresas del Grupo Telefónica. Además, este operador no debe olvidar que las dificultades que presenta la concreción del método *retail minus* son la consecuencia de no aplicar una estricta orientación en función de los costes para los servicios GigADSL, lo cual no perjudica en absoluto a Telefónica.

A ello debe añadirse, que este reproche resulta infundado pues, en el momento de adoptarse la resolución recurrida, la Comisión puede intervenir de oficio para garantizar la no discriminación, la competencia leal, la eficiencia económica y el máximo beneficio para los usuarios, en especial con el fin de velar para que los precios aplicados en la provisión del acceso al bucle de abonado fomenten una competencia leal y sostenida, conforme a lo establecido en los artículos 3.7 y 5.3 del Real Decreto 3456/2000, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de acceso al bucle de abonado⁹. Considerando, asimismo, que en caso alguno se incorpora una obligación nueva para Telefónica, ya que continúa en vigor el periodo transitorio previsto en el artículo 27 de la Directiva Marco 2002/21 y en el apartado tercero de la Disposición transitoria primera de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en lo sucesivo, Ley 32/2003 o nueva Ley) y, por tanto, hasta que se fijen los nuevos mercados de referencia, persisten las obligaciones impuestas a los operadores dominantes en los mercados

⁹ Dicho Reglamento ha quedado derogado en virtud del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

actualmente existentes, entre las que destacan, las dimanantes del citado Reglamento de acceso al bucle de abonado¹⁰.

Consecuentemente con lo anterior, se han de rechazar las alegaciones realizadas por Telefónica en este motivo de impugnación.

Octavo.- Sobre la supuesta incompetencia de esta Comisión para aplicar el Derecho de la Competencia.

Afirma Telefónica que la Comisión no puede, en el ejercicio de sus funciones, adoptar medidas declarando determinadas conductas como prácticas anticompetitivas, ya que se trata de una atribución exclusiva de los órganos de defensa de la competencia. Sostiene que, aunque la Comisión ha venido defendiendo su habilitación competencial sobre la base de lo dispuesto en el artículo 1.Dos.1 de la Ley 12 /1997, una vez publicada la nueva Ley 32/2003 no cabe mantener tal argumentación pues el artículo 48.2 no recoge expresamente la función de salvaguarda de las condiciones de competencia efectiva, sino que únicamente se refiere al *“(...) establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones (...)”*.

Manifiesta, asimismo, que la Ley 32/2003 mantiene la obligación de poner en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia las conductas contrarias a la competencia limitando la facultad de esta Comisión a la posibilidad de remitir a ese Servicio su opinión al respecto, todo ello, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.3.e) de la referida norma.

En relación con esta cuestión, y sin perjuicio de lo que más adelante se exponga, cabe hacer una objeción fundamental y es que la resolución impugnada se adopta no sólo en virtud de las competencias que los artículos 48.2 y 48.3 e) de la Ley 32/2003 atribuyen a esta Comisión, sino al amparo de lo establecido en el Reglamento de acceso al bucle de abonado que la habilita para intervenir, entre otros supuestos, a fin de velar para que los precios aplicados en la provisión del acceso al bucle de abonado fomenten una competencia leal y sostenida.

¹⁰ Asimismo, de acuerdo con lo previsto en la Disposición transitoria primera del nuevo Reglamento sobre Mercados, persisten las obligaciones de los operadores dominantes en tanto no se fijen los nuevos mercados de referencia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Pues bien, hecha esta precisión, ha de examinarse a continuación cuáles son los elementos esenciales del régimen establecido en la Ley 32/2003 (como incorporación que es del marco establecido en las Directivas adoptadas por las Instituciones comunitarias a lo largo de 2002), elementos sobre los que incide directamente el argumento esgrimido por Telefónica.

Y para ello resulta indispensable, además, poner tales elementos en conexión con los que eran esenciales en el régimen ahora sustituido.

a) Régimen jurídico anterior a la Ley 32/2003.

Con anterioridad a la vigente Ley General de Telecomunicaciones, Telefónica con apoyo en el ordenamiento jurídico entonces vigente, mantuvo las mismas tesis sobre las que ahora insiste. Frente a esa opinión, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones defendió entonces su competencia para intervenir apoyando su argumentación tanto en razones lógicas y prácticas como esencialmente en razones jurídicas, asentadas estas últimas en el tenor literal de los preceptos de la Ley General de Telecomunicaciones así como en la carencia de una disposición expresa que limitara la facultad de intervención de esta Comisión tal como pretendía la operadora.

Las razones de índole práctica se encontraban en la propia esencia y justificación de la creación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones: era, y es, un organismo especializado en un sector de reciente apertura a la competencia, en el que resulta imprescindible la emisión de resoluciones en breve espacio de tiempo y en el que juegan tantas variables y las respuestas ante las pretensiones de los operadores entrantes al mercado son tan difíciles de anticipar, que resulta preciso conjugar la aplicación de preceptos específicos contenidos en la normativa sectorial con la intervención puntual cuando se detectan prácticas anticompetitivas específicas.

Asimismo, la existencia de una regulación sectorial procompetitiva, como la de telecomunicaciones, no impedía la aparición de prácticas del operador regulado no contempladas singularmente de manera preconcebida, ante lo cual, y para evitar situaciones de escape del operador del marco general regulado, cobraba pleno sentido y utilidad la atribución de una función genérica al regulador a fin de atajar estas situaciones singulares.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por ello, no resulta llamativo que en numerosas resoluciones de la Comisión, dictadas con la finalidad de atajar comportamientos anticompetitivos del operador antiguamente en monopolio, se aplicaran tanto preceptos de la regulación específica (como los relativos al acceso y la interconexión) como los genéricos de la legislación europea sobre defensa de la competencia.

Un ejemplo paradigmático de esta regulación combinada en el terreno de la aplicación de principios y normas es la Comunicación de la Comisión Europea de 22 de agosto de 1998, *sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones* (98/C 265/02). En esta Comunicación se ponen en relación las diferentes conductas y prácticas de los operadores en el acceso a las redes y servicios, regulados en la normativa sectorial, con los abusos de posición dominante y acuerdos entre empresas en el sector de las telecomunicaciones, constituyendo una guía de actuación muy interesante para las Autoridades Nacionales de Reglamentación (en España, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones).

La filosofía que inspira esta Comunicación es que las Autoridades Nacionales de Reglamentación (ANR) no pueden conformarse con la aplicación de la normativa sectorial, que no permite llegar a todos los supuestos que pueden darse, sino que en ocasiones puede resultar necesario interpretar y aplicar la normativa bajo los criterios del derecho de la competencia para llegar a atajar todas las prácticas y acuerdos que se puedan producir y que sean contrarios a la libre competencia.

La hipótesis de solapamiento o doble intervención de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y la propia y característica de los órganos de defensa de la competencia se evitaba mediante una solución consistente en la coordinación entre ambos órganos, sancionada explícitamente para evitar posibles dudas, por la disposición adicional séptima de la Ley 11/1998, que, al mismo tiempo, partía de una diferente conceptualización en la intervención de ambos órganos, derivada de su peculiar y distinta forma de actuar.

Así, esta Comisión, en el caso de prácticas anticompetitivas, tras detectarlas y analizarlas, concluía sus resoluciones imponiendo obligaciones de hacer o no hacer a los operadores afectados, sin atisbo de sancionar las conductas en ese momento calificadas como contrarias a la libre competencia. Sólo ulteriormente, de no acatarse la resolución de la Comisión, procedería la apertura de un expediente sancionador, constituyendo la infracción sancionable el incumplimiento de las obligaciones impuestas en esa resolución.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

No es esta la forma de intervención del Tribunal de Defensa de la Competencia dado que este órgano, detectada una práctica anticompetitiva de las previstas en su Ley reguladora, procede a sancionarla directamente, si es el caso.

Esta doble intervención, siempre posible y en ambos casos amparada por el ordenamiento jurídico, fue sancionada por nuestros Tribunales como conforme a Derecho en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de febrero de 2001, así como en las Sentencias de la Audiencia Nacional de 17 de octubre de 2000 y 17 de septiembre de 2002.

En todas ellas, y explícitamente en la primera de las sentencias referenciadas, late una idea común: la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es un órgano especializado que necesita contar con esta potestad de intervención en el proceso de liberalización de las telecomunicaciones en el que se encuentra inmerso nuestro país, sin que chirríe por ello el sistema de defensa de la competencia, pues es admisible esta intervención especial con la general de defensa de la competencia.

Desde el punto de vista jurídico, no cabía duda alguna sobre la competencia de esta Comisión en materia de salvaguarda de la competencia. Su legislación propia así lo reconocía al considerar como único objeto precisamente este cometido, desarrollado en numerosas funciones entre ellas, y singularmente, la contenida en la letra f) del artículo 1. Dos. 2 de la Ley 12/1997: *“Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta de servicios, el acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores, la interconexión de las redes y suministro de red en condiciones de red abierta y la política de precios y comercialización por los operadores de los servicios”*. Como ahora veremos, esta función se mantiene incólume en la nueva Ley General de Telecomunicaciones.

Este reconocimiento de la función de salvaguarda no sólo se encuentra en la regulación especial de telecomunicaciones, sino en la general de defensa de la competencia. Sin ir más lejos, la Disposición adicional tercera de la vigente Ley 1/2002, de 21 de febrero, sobre distribución de competencias entre el Estado y la Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia dispone que *“lo dispuesto en la presente Ley se entiende sin perjuicio de las competencias que la legislación específica atribuye a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”*.

Esta disposición contiene un mandato o previsión implícita y otra explícita. La implícita es que la Comisión tiene reconocidas competencias de defensa de la competencia, lo cual es obvio porque así lo dice su legislación propia aunque no



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

está de más que también lo reconozca la legislación general de defensa de la competencia. La explícita es que se pretende excluir del régimen de distribución de competencias Estado-CCAA las atribuidas a esta Comisión, posiblemente porque se considera competencia exclusiva del Estado la materia de telecomunicaciones sobre la que se extiende, por estar íntimamente relacionada con ella, toda la normativa de liberalización y apertura a la competencia de este sector.

b) Antecedentes de la Ley 32/2003: Las Directivas europeas.

La razón de ser esencial del paquete de Directivas comunitarias adoptadas a lo largo del año 2002 y sus disposiciones de desarrollo- concretamente las Directrices y Recomendaciones de la CE sobre definición de mercados y análisis de los mismos- descansan sobre una idea esencial: garantizar que la naturaleza e intensidad de la intervención reguladora resulte siempre proporcionada a la índole de los problemas detectados y a la situación, de presente y prospectiva, del mercado en el que se produce.

Y esta idea esencial deriva naturalmente del los objetivos nucleares que la nueva regulación persigue y de cuyo cumplimiento las ANR son garantes: fomento de un mercado abierto y competitivo, y el desarrollo del mercado interior en beneficio de todos los usuarios. Éste es el único objetivo que puede justificar cualquier clase de intervención reguladora, no como una opción de los reguladores sino como mandato explícito y cerrado que no pueden en ningún momento desconocer.

Ahora bien, es cierto que el fomento de la competencia es el objetivo que presidía igualmente el régimen de intervención ahora sustituido, que en ello no resulta alterado. Cambia el equilibrio y la relación en la aplicación de las herramientas reguladoras ya existentes: antes, como ahora, remedios específicos de carácter preventivo- regulación sectorial-, combinados con los mecanismos clásicos de corrección de distorsiones competitivas, que aparecen en mercados con competencia madura, mecanismos éstos de naturaleza correctiva y fundamentalmente sancionadora -normas horizontales de competencia-.

En efecto, para gestionar el tránsito desde el régimen de monopolio a la competencia, el marco normativo, ahora sustituido, descansaba sobre unos principios y aplicaba unos instrumentos que, necesariamente, debían evolucionar para hacer frente a las nuevas circunstancias que los mercados presentarían una vez iniciados en la vida en competencia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Son elementos esenciales de ese marco, el establecimiento de obligaciones que, exigidas “a priori” y por tanto, independientes de cualquier comportamiento clasificable según las reglas de competencia, debían garantizar unas condiciones mínimas de partida para el desenvolvimiento de los nuevos operadores, para el cual la intervención preventiva se ha revelado absolutamente indispensable. En la fase inicial de liberalización, el desequilibrio de la posición de los agentes presentes en el mercado determinaba (si podemos decirlo así) un cierto “automatismo” en la aplicación de la normativa sectorial que iría matizándose a medida que el proceso avanzara. Podríamos consecuentemente decir que la aplicación, que no la consideración, de las normas de competencia se concebía en esta etapa y en cierta medida, como subsidiaria de las reglas sectoriales.

Los reguladores recibían así predefinidas, al margen de los principios de la legislación de competencia, las áreas de mercado objeto de tal regulación preventiva e igualmente eran específicos de la regulación sectorial los criterios para la calificación de los operadores con peso significativo en el mercado (PSM). No así, como hemos dicho, el objetivo de todo tipo de intervención fuera cual fuese la autoridad concreta que actuaba: el fomento de la competencia en beneficio de los ciudadanos. Predefinidas quedaban asimismo las obligaciones cuyo cumplimiento era exigible en tales áreas de mercado a los operadores calificados con PSM.

Ahora bien, incluso dentro de ese marco predeterminado, el recurso a las categorías y métodos de análisis propios de las normas horizontales de la competencia ha sido esencial. La regulación específica no podía prever todas las barreras que surgirían en la práctica, cuyo tratamiento exigió de la aplicación de aquellas categorías y métodos. Así lo preveía la Comisión Europea al remitir a las ANR a la aplicación de la Comunicación de la CE, de 22 de agosto de 1998, *sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones*, considerando que tal análisis se llevaría siempre a cabo a los efectos de la imposición de obligaciones de hacer o no hacer, de las previstas en la legislación sectorial, y no de la declaración y sanción de conductas o prácticas abusivas, competencia ésta de las autoridades horizontales de competencia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Pues bien, el nuevo paquete de disposiciones adoptado a lo largo del año 2002¹¹ e incorporado a nuestra legislación por la Ley 32/2003, se asienta justamente en la aplicación de los métodos y categorías propios del derecho horizontal de competencia en el entendimiento de que, transcurridos seis años desde la liberalización, el grado de competencia en los mercados es tal que la intervención reguladora sectorial, aún permaneciendo necesaria, debe asentarse ya sobre las categorías y soluciones que la teoría y el derecho de la competencia han ido elaborando.

El legislador comunitario ha estimado que, para la consecución de tal objetivo, avanzado ya el proceso liberalizador, se hacía necesario profundizar en el principio de mínima intervención que, aunque ya presidía el marco normativo sectorial de la primera etapa, debe ahora aplicarse con arreglo a los mecanismos y principios característicos de mercados competitivos, con herramientas de análisis de fuerte contenido económico típicas de mercados mucho más complejos, y todo ello para evitar que las rigideces manifestadas en la primera etapa puedan lastrar el desenvolvimiento de aquellos mercados en los que la competencia ya se ha establecido, así como para garantizar que el tratamiento regulador sea homogéneo en todos los Estados Miembros.

Señala así el Considerando primero de la Directiva Marco (refiriéndose al bloque normativo al que viene a sustituir) cómo “[E]l 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

¹¹ La Unión Europea ha dirigido sus esfuerzos a consolidar el marco armonizado de libre competencia a través de la aprobación de diversas disposiciones comunitarias. Se trata de la 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 (en adelante Directiva Marco); la 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; la 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; la 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; la 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; la 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; y, finalmente, la Decisión núm. 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. Mediante esta Ley se trasponen las citadas directivas. Cabe señalar que la Directiva 2002/58/CE se traspone en la medida en que afecta a las redes y servicios de comunicaciones electrónicas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

del régimen de monopolio al de plena competencia”; y en el Considerando 25 que: “[E]xiste la necesidad de imponer obligaciones ex ante en determinadas circunstancias para garantizar el desarrollo de un mercado competitivo. La definición de peso significativo en el mercado (...) ha demostrado su eficacia en las primeras fases de la apertura del mercado en tanto que umbral de las obligaciones ex ante, aunque ahora debe ser adaptada para ajustarla a unos mercados más complejos y dinámicos.”

La definición de los mercados establecida a la apertura del proceso resulta ya demasiado simplista. La competencia no ha rodado igualmente en todos los segmentos ni para todos los servicios y la evolución tecnológica determina que la dependencia de los recursos controlados por el operador dominante no sea predicable por igual de todos ellos al tiempo que permite la aparición de nuevos servicios sobre redes igualmente nuevas en los que la posición de los operadores es, de partida, más equiparable.

Este planteamiento tiene así un impacto radical en el procedimiento y criterios para la imposición de obligaciones a los operadores.

Y para ello se limita, y delimita, la manera de imponer obligaciones a los operadores, bajo una nueva concepción: resulta imprescindible un análisis de la situación de los mercados y una justificación, con base firme en el derecho de la competencia, de la necesidad de imponer esas obligaciones.

Dice así la Directiva Marco: “[R]esulta esencial que estas obligaciones reglamentarias ex ante sólo puedan imponerse cuando no exista competencia efectiva, esto es, en los mercados en los que existan una o más empresas con un peso significativo, y cuando las soluciones previstas en la legislación sobre competencia nacional y comunitaria no basten para remediar el problema.(...). Las autoridades nacionales de reglamentación deben analizar si el mercado de un determinado producto o servicio es realmente competitivo en una determinada zona geográfica, que puede ser todo el territorio del Estado miembro en cuestión o una parte del mismo, o zonas limítrofes del territorio de distintos Estados miembros consideradas de forma conjunta. El análisis de la competencia efectiva debe incluir un análisis de si, en prospectiva, el mercado es competitivo y, por tanto, de si la falta de competencia efectiva tiene carácter duradero”. Son esenciales a estos efectos las Directrices de la Comisión Europea las cuales además abordan, asimismo, “la cuestión de los nuevos mercados en expansión, en los que, si bien es probable que el líder del mercado posea de hecho una cuota de mercado sustancial, no debe ser sometido a obligaciones inadecuadas”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Pero es, sin duda, la incorporación de los métodos de análisis y las categorías del Derecho horizontal de la Competencia para la definición de los conceptos e instrumentos de carácter sectorial, la modificación de mayor calado de las que el nuevo marco incorpora.

Las Directrices de la Comisión Europea a las ANR en esta materia señalan que: *“[E]n todos estos mercados, las ANR sólo intervendrán para imponer obligaciones a las empresas cuando se considere que en ellos no existe una competencia efectiva por hallarse dichas empresas en posición dominante o equivalente en el sentido del artículo 82 del Tratado. Por consiguiente, en el nuevo marco regulador, al contrario que en el de 1998, la Comisión y las ANR aplicarán los principios y metodologías de la legislación sobre competencia para definir los mercados que pueden ser regulados ex ante y evaluar si las empresas tienen un peso significativo en el mercado (PSM) en dichos mercados”.*

Dicen así las Directrices que: *“En su análisis del mercado con arreglo al artículo 16 de la Directiva marco, las ANR llevarán a cabo una evaluación estructural y prospectiva del mercado pertinente, basándose en las condiciones de mercado existentes. Las ANR determinarán si el mercado es prospectivamente competitivo y si, en consecuencia, la eventual ausencia de competencia efectiva tiene carácter duradero, teniendo en cuenta la evolución esperada o previsible del mercado a lo largo de un período razonable. El período elegido deberá reflejar las características particulares del mercado y la fecha prevista para la próxima revisión por la ANR del mercado pertinente. Las ANR tendrán en cuenta en su análisis los datos históricos cuando tales datos sean pertinentes para la evolución de ese mercado en el futuro previsible.*

En ejercicio de sus cometidos reglamentarios con arreglo a los artículos 15 y 16 de la Directiva Marco, las ANR disfrutan de facultades de apreciación que reflejan la complejidad de todos los factores pertinentes que es preciso valorar (económicos, factuales y jurídicos) a la hora de definir el mercado pertinente y determinar la existencia de empresas con PSM. Esta facultad de apreciación queda sujeta, sin embargo, a los procedimientos previstos en los artículos 6 y 7 de la Directiva Marco.

Y es, en este contexto, en el que debe encuadrarse la formulación de las funciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que la nueva Ley 32/2003 recoge, recomendándole, justamente, a partir de la aplicación de las herramientas de Derecho de la Competencia, el análisis de la situación de los mercados y, si la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

misma no es competitiva, la imposición de las obligaciones proporcionadas a la índole de la distorsión identificada.

c) La Ley 32/2003, de 3 de noviembre.

El objetivo esencial de la nueva Ley General de Telecomunicaciones es la incorporación al ordenamiento jurídico español del contenido de la normativa comunitaria más arriba citada. Ello supone la introducción en el ámbito jurídico del nuevo modelo o herramienta suministrada por el derecho de la competencia con la finalidad de tomar decisiones en los mercados de telecomunicaciones en torno a la fijación de nuevas obligaciones o modificación y supresión de las ya impuestas en el pasado. Este nuevo régimen se incorpora básicamente en el artículo 10 de la Ley 32/2003.

Ahora bien, es legítimo plantearse en qué situación quedan las herramientas de intervención reguladora amparadas en la Ley 11/1998 y, más concretamente, la facultad atribuida a esta Comisión por el artículo 1 Dos 2. f) de la Ley 12/1997, de adoptar medidas de salvaguarda de la competencia en los mercados de telecomunicaciones y audiovisual en los que interviene.

Estas medidas consisten bien en la potestad de emisión de circulares de alcance general, bien en la facultad de dictar resoluciones singulares para salvaguardar *“la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios.”*

El análisis de esta cuestión se realizará desde un doble plano:

- a) el legal, examinando en profundidad la nueva Ley y las modificaciones que introduce en este ámbito respecto a la Ley anterior.
- b) El material, comprobando si el diseño del sistema es coherente con el diseño competencial que de la Ley resulte, tanto en relación con el ordenamiento jurídico interno como con el comunitario.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

a) Análisis de la Ley.

La nueva Ley 32/2003 deroga la Ley 12/1997, de 24 de abril, que ha venido regulando hasta la fecha las competencias de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, incorporándolas en un artículo específico como es el artículo 48, que contiene novedades respecto de la Ley derogada.

Ahora veremos en qué consisten estas novedades, si bien, antes conviene detenerse un instante en el ámbito de las declaraciones generales de la Ley para comprobar si existe alguna previsión sobre limitaciones o restricciones en las facultades de intervención de la Comisión.

Así, por ninguna parte de la Ley se dispone que la facultad de dictar resoluciones en el sentido del antiguo artículo 1 Dos 2 f) de la Ley 12/1997, queda eliminada o cercenada. Antes al contrario, el párrafo 7º del apartado II del Preámbulo de la Ley es nítido en torno a las competencias de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones:

“Se refuerzan las competencias y facultades de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en relación con la supervisión y regulación de los mercados. Se contempla un sistema que gana en flexibilidad, mediante el cual este organismo realizará análisis periódicos de los distintos mercados de referencia, detectando aquellos que no se estén desarrollando en un contexto de competencia efectiva e imponiendo, en ese caso, obligaciones específicas a los operadores con poder significativo en el mercado. Es novedoso también el cambio en la definición de este tipo de operadores, pasando de un concepto “formal”, esto es, basado en la superación de una determinada cuota de mercado, a uno “material”, más cercano al tradicional derecho de la competencia, es decir, basado en la posición de fuerza del operador que le permite actuar con independencia de sus competidores o de los consumidores que sean personas físicas y usuarios”.

Este refuerzo de las competencias de la Comisión se cohonesto perfectamente con la incorporación de las nuevas directivas y la filosofía que las inspira. Así de desprende del párrafo tercero del apartado I de la Exposición de Motivos:

“La nueva regulación comunitaria supone una profundización en los principios ya consagrados en la normativa anterior, basados en un régimen de libre competencia, la introducción de mecanismos correctores que garanticen la aparición y viabilidad de operadores distintos a los titulares del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

antiguo monopolio, la protección de los derechos de los usuarios, la mínima intervención de la Administración en el sector, el respeto de la autonomía de las partes en las relaciones entre operadores y la supervisión administrativa de los aspectos relacionados con el servicio público, el dominio público y la defensa de la competencia”.

Como se desprende de estas declaraciones, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones va a utilizar el derecho de la competencia para definir las situaciones de mercado y las posiciones de dominancia, a los efectos de adoptar decisiones sobre el establecimiento de obligaciones genéricas, lo cual supone ganar en flexibilidad respecto de la solución actual, en la que la declaración de dominancia se realizaba según parámetros específicos y excesivamente rígidos como el análisis de la cuota de mercado atribuida a los operadores.

Ahora bien, el que se amplíe la capacidad de esta Comisión para analizar situaciones de mercado a fin de imponer obligaciones genéricas a los operadores no supone que desaparezca la función de adoptar resoluciones como hasta la fecha lo venía haciendo mediante la aplicación de los mismos principios del derecho europeo de la competencia. Antes al contrario, este refuerzo de las competencias mediante la utilización de la misma herramienta de análisis supone ratificar las que hasta la fecha tenía en relación con la supervisión y regulación de los mercados o, si queremos ser precisos, cuando menos no viene acompañada de una supresión de la función tradicional que contemplaba la derogada Ley 12/1997.

Esta conclusión se deduce del tenor literal del artículo 48 de la nueva Ley 32/2003, cuyo número 3 contiene, respecto de las “materias de telecomunicaciones” hasta un total de trece funciones generales, la mayoría de ellas reiteración de las que antes aparecían en el número 2 del artículo 1 Dos de la Ley 12/1997.

En concreto, reitera prácticamente en los mismos términos la antigua letra f del artículo 1 Dos 2 de la Ley 12/1997, modificando levemente el primero de los párrafos, que ahora dice lo siguiente:

“e) Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de servicios. A estos efectos, sin perjuicio de las funciones encomendadas en el capítulo III del título II de esta Ley y en su normativa de desarrollo, la Comisión ejercerá las siguientes funciones: (el resto igual)”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La única novedad en la redacción de la nueva Ley respecto del precedente artículo 1 Dos 2. f) de la Ley 12/1997 es justamente la subrayada, que supone excluir en la aplicación de la letra e) las funciones que están contenidas en el capítulo III del Título II, esto es, la regulación específica que en ese Capítulo se hace del acceso a las redes y recursos asociados e interconexión.

Se trata de una previsión coherente por cuanto la mención que en la letra e) se hace a la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, pudiera inducir a confusión respecto de la regulación singular que en el Capítulo III del título II se hace sobre la misma materia general.

Conviene precisar que sobre esta materia de interconexión y acceso se adopta una regulación bifronte: de una parte la propia del Capítulo III que se refiere básicamente a la incorporación del contenido de la Directiva de acceso (principios generales del acceso y la interconexión, condiciones aplicables a la interconexión y el acceso, obligaciones aplicables a los operadores dominantes (*ex ante*), resolución de conflictos...); de otra, la de la letra e) que permite, donde no llegue la especialidad del capítulo III, adoptar medidas para salvaguardar la competencia.

Fuera de esta leve modificación, puramente aclaratoria, en lo demás se conserva la misma redacción precedente. En consecuencia, debe entenderse que se mantiene incólume la función, en los mismos términos y condiciones que hasta la fecha venían resultando aplicables.

Telefónica, como hemos visto, objeta a esta interpretación la existencia de dos aspectos en la nueva Ley respecto de la precedente que dejaría claro que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones carece de competencia para adoptar resoluciones como hasta la fecha lo venía haciendo.

- En primer lugar, cita la modificación contenida en el número 2 del artículo 48 de la Ley 32/2003. Ese número dice literalmente que *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Esta redacción, en opinión de Telefónica, limita el objeto de la Comisión respecto del más genérico contenido en el artículo 1 Dos 1 de la Ley 12/1997, de 24 de abril, a cuyo tenor, *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto salvaguardar, en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, velar por la correcta formación de los precios en este mercado y ejercer de órgano arbitral en los conflictos que surjan en el sector”*.

Como se desprende de ambas redacciones, no estamos ante un simple retoque en cuanto al objeto, sino que se aprecian diferencias sustanciales. Así:

- En la antigua redacción, contenida en una Ley especial como era la Ley 12/1997, no cabe olvidarlo, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tenía una función genérica, de salvaguarda de las condiciones de competencia efectiva no sólo en el mercado de telecomunicaciones, sino también en el de los servicios audiovisuales y en el de los servicios telemáticos e interactivos. En la actual, la Comisión tiene aparentemente un objeto muy simple cual es el establecimiento y supervisión de las obligaciones que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones; en el caso de los mercados audiovisuales, el fomento de la competencia, y, en principio, ninguna función respecto de los mercados telemáticos e interactivos.
- También aparentemente, la Comisión carece de competencias sobre la correcta formación de los precios en este mercado.
- Asimismo, se destaca ahora la función de resolver conflictos entre operadores fuera de la vía arbitral, que se mantiene, como si antes no se tuviera ya esa función.

Son cambios sustanciales pero que, a nuestro juicio, no suponen limitar el objeto de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, como sostiene Telefónica, sino que simplemente determinan una nueva redacción del objeto a fin de destacar lo sustancial de la intervención de la Comisión pero sin cercenar sus competencias.

Ya hemos dicho que el Preámbulo de la Ley especifica que se refuerzan sus competencias. Pero, además de esta declaración genérica, del examen del conjunto del articulado se acredita de modo fehaciente que no sólo no se limitan las competencias sino que se amplían.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Así, respecto de la materia de telecomunicaciones, si nos atuviéramos a la lectura literal del objeto de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tal como hace Telefónica, llegaríamos a una conclusión tan restrictiva como que la Comisión sólo podría establecer y supervisar las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores, que es la función característica que en las Directivas se encomienda como gran novedad a los reguladores nacionales.

Ahora bien, esta interpretación nos llevaría al absurdo de no poder explicar como es posible que a continuación se atribuyan sobre esa misma materia a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones hasta un total de 13 funciones generales, de las cuales una buena parte no se corresponden con este objeto, ni con la resolución de conflictos entre operadores. Así, no cumplirían con ese objeto, de admitirse una interpretación como la que propugna Telefónica, las funciones contenidas en las letras b (asignar numeración a los operadores), c (servicio universal), e (la discutida función de adopción de medidas de salvaguarda de la competencia), f (información al Gobierno en los procedimientos de concentración empresarial), o g (asesoramiento al Gobierno y al Ministro de *Ciencia y Tecnología*).

Obviamente, no se puede defender una interpretación que lleva a una contradicción tan evidente entre la letra de la Ley en una lectura precipitada y la correlativa enumeración de funciones que se corresponden con esa letra.

La interpretación correcta debe ser, a nuestro juicio, que el objeto de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el que la Ley 32/2003 señala con carácter general a todos los organismos (a estos efectos todos ellos están sujetos a las Directivas), y sobre este extremo no puede olvidarse que el artículo 3 de la citada Ley 32/2003 establece unos objetivos generales cuyo cumplimiento incumbe a la Comisión (no sólo a ella) y es en ese ámbito donde debe encontrarse el sentido general de la función de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones respecto de la materia de telecomunicaciones.

En ese artículo 3, la primera de las letras (la a) es suficientemente elocuente al señalar que es objetivo y principio de la Ley *“fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y, en particular, en la explotación de las redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y en el suministro de recursos asociados”*.

Este objetivo, establecido también con rotundidad en las Directivas, lo es de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con lo que resulta innecesario



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que en el objeto se especifique como gran objetivo de la Comisión la salvaguarda de la competencia en este mercado, tal como hacía, cuando sí era necesario en los albores de la liberalización, el artículo 1.2 de la Ley 12/1997.

¿Puede alguien dudar que a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones le corresponda la salvaguarda de la libre competencia en este mercado? ¿Qué sentido tienen entonces las Directivas que obligan a todos los reguladores europeos a utilizar las herramientas del derecho de la competencia?

La Ley ha pretendido destacar el objeto preferente en el nuevo marco, que luego concreta en la letra g), pero sin llevar al absurdo de pretender excluir el resto de funciones que luego desarrolla en las letras a) a m) del número 3, para nada coincidentes ni siquiera incardinables en ese objeto.

- En segundo lugar, invoca Telefónica el contenido del apartado segundo de la letra e) del artículo 48.3, pues a su juicio, impide sustentar el criterio mantenido tradicionalmente por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sobre la doble intervención, siempre posible, de los órganos horizontales de defensa de la competencia y de la propia Comisión.

Este precepto dispone que la Comisión:

“2ª. Pondrá en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia los actos, acuerdo, prácticas o conductas de los que pudiera tener noticia en el ejercicio de sus atribuciones y que presentan indicios de ser contrarios a la Ley 16/1989, de 17 de julio de Defensa de la Competencia. A tal fin, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones comunicará al Servicio de Defensa de la Competencia todos los elementos de hecho a su alcance y, en su caso, remitirá dictamen no vinculante de la calificación que le merecen dichos hechos.”

Parece olvidar Telefónica que este artículo es prácticamente idéntico a lo dispuesto en la antigua letra f) del artículo 1 Dos 2 de la Ley 12/1997, y se limita a reconocer la necesidad de la función de coordinación con el Servicio de Defensa de la Competencia, sin que en modo alguno pueda inferirse, como pretende esta operadora, que se trata de una previsión que impide reconocer la posibilidad de doble intervención de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y del Servicio de Defensa de la Competencia, en el ámbito de sus respectivas atribuciones.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

b) Análisis material.

Además de la interpretación de las normas desde el punto de vista jurídico, cabe cuestionarse si tiene algún sentido, desde el punto de vista material, la pretensión de Telefónica.

De admitirse su tesis, en el caso de que se detectaran prácticas anticompetitivas en alguno de los mercados intervenidos, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en lugar de adoptar medidas singulares, como hasta ahora, estaría obligada a remitir estos asuntos al órgano horizontal de defensa de la competencia para su definitiva decisión.

Hasta la fecha, el sistema ha funcionado de la siguiente manera, desde un punto de vista práctico:

Los operadores, ante prácticas de los operadores dominantes que podrían ser anticompetitivas y en el caso de carencia de regulación específica que contemplara la manera de atajarlas (denegaciones de acceso o precios excesivos imposibles de evitar vía reglamento de interconexión, por ejemplo), acudían como último remedio bien a esta Comisión bien al Servicio de Defensa de la Competencia, según cual fuera su pretensión.

Si lo que se pretendía era evitar la continuación de esas prácticas o la adopción de una medida equivalente que las limitara o eliminara, el operador acudía a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sabiendo que este organismo no iba a sancionar a la operadora de manera inmediata sino, por su conocimiento especializado del mercado, iba a idear la mejor solución para corregir el exceso cometido y evitar en el futuro casos similares.

Si lo que se pretendía era castigar al operador por la práctica cometida, la solución era acudir a la vía del Servicio de Defensa de la Competencia, que si podría imponer multas en consonancia con la gravedad de la infracción cometida.

Este sistema se ha revelado útil por cuanto es el idóneo para las primeras fases de liberalización de los mercados. Pretender corregir todas las prácticas anticompetitivas mediante expedientes ante el Tribunal de Defensa de la Competencia es condenar al mercado a padecer una barrera de entrada de gran importancia derivada del retraso y la falta de flexibilidad en la adopción de decisiones correctoras de las prácticas que, con habilidad, el operador dominante



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

va adoptando para intentar frenar el deterioro de su cuota de mercado a favor de sus competidores.

Si se acepta esa premisa, de lo que se trata ahora es de dilucidar si en la situación actual cabe retirar de la regulación esta herramienta -la atribución a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de la facultad de intervenir con flexibilidad allí donde la regulación no ha previsto, por que no lo puede hacer, una solución reguladora previa a la comisión de una práctica anticompetitiva- que se ha revelado muy útil para los operadores.

Nuestra opinión es que es pronto para hacerlo. La situación de buena parte de los mercados de telecomunicaciones no se acerca todavía siquiera a una situación de competencia imperfecta, como revelan los resultados del último Informe Anual sobre el sector aprobado por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones correspondiente al año 2003.

Los análisis de mercados que están realizándose por la Comisión en cumplimiento de las Directivas ponen de manifiesto que en una gran mayoría las declaraciones de dominancia en esos mercados se van a mantener (resultados iniciales ofrecidos a Consulta pública), con lo que parece justificado no retirar herramientas reguladoras que se han manifestado hasta la fecha como útiles.

Si como parecen apuntar las tendencias de los últimos años, los mercados continúan avanzando en su liberalización con mejores y mayor reparto de cuota entre los diferentes agentes, lo razonable es que así se vaya declarando por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y, como corolario, vaya reduciéndose la regulación sobre los mismos que pasarán a quedar regidos por la normativa horizontal común al resto de mercados de bienes y servicios no sujetos a regulación específica.

Entre tanto, parece razonable mantener las cosas tal cual las ha previsto el legislador, permitiendo a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con la flexibilidad que preconizan las directivas, ir tomando las decisiones oportunas, con la motivación que hasta la fecha ha presidido y guiado su actuación, y optando al respecto bien por la regulación *ex ante* cuando sea preciso, bien mediante la corrección de prácticas no contempladas por esa regulación utilizando las herramientas que le ofrece el derecho europeo de defensa de la competencia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En conclusión, y por las consideraciones que se acaban de exponer, la invocación que se hace de la nueva Ley 32/2003 para fundamentar la supuesta incompetencia de esta Comisión para aplicar el derecho de la competencia no constituye un argumento suficiente, ni tiene la cobertura legal pretendida, pues la Comisión ha actuado lícitamente en el ejercicio de las competencias que tiene expresamente atribuidas, por lo que no puede aceptarse este motivo de impugnación.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

ÚNICO. Desestimar los recursos de reposición interpuestos por la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL) y las entidades Wanadoo España, S.L. y Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución de 15 de julio de 2004 por la que se desestima la consideración de las promociones del Grupo Telefónica en el cálculo de los precios de la OBA fijados mediante *retail minus*, por estar plenamente ajustada a derecho.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que resuelve un recurso potestativo de reposición, no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº

LA VICEPRESIDENTA

Alfonso Ramos de Molins Sainz de Baranda

Elisa Robles Fraga