



Roj: **SAN 2110/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:2110**

Id Cendoj: **28079230062017100155**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **23/05/2017**

Nº de Recurso: **263/2014**

Nº de Resolución: **182/2017**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2110/2017,**
ATS 356/2018,
STS 3481/2018

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000263 / 2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02400/2014

Demandante: BRITISH TELECOMUNICATIONS PLC Y BT ESPAÑA, COMPAÑÍA DE SERVICIOS GLOBALES S.A.U.

Procurador: D^a CAYETANA DE ZULUETA LUCHSINGER

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: ORANGE ESPAÑA, S.A.U., TELEÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. Y VODAFONE ESPAÑA S.A.U.

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

SENTENCIA N.º:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO D. **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintitres de mayo de dos mil diecisiete.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 263/14 promovido por la Procuradora D^a Cayetana Zulueta Luchsinger en nombre y representación de **BRITISH TELECOMUNICATIONS PLC y BT ESPAÑA, COMPAÑÍA DE SERVICIOS GLOBALES S.A.U.**, contra la resolución de 6 de marzo de 2014. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado, e intervenido como



codemandada ORANGE ESPAÑA, S., A.U., representada por el Procurador D. Roberto Alonso Verdú; TELEÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U., representada por la Procuradora D^a Carmen Ortiz Cornago; y VODAFONE ESPAÑA S.A.U., representada por el Procurador D. Alberto Hidalgo Martínez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dictase sentencia por la que se anulase la resolución recurrida.

SEGUNDO .- El Abogado del Estado y las entidades codemandadas contestaron a la demanda mediante sendos escritos en los que suplicaban se dictase sentencia por la que se confirmasen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO .- Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 25 de enero de 2017, si bien la deliberación se prolongó a las sesiones de 15 y 22 de febrero, 15 de marzo y 12 de abril siguientes.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- A través de este proceso impugna la entidad recurrente la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 6 de marzo de 2014, recaída en el expediente número S/0391/11 "Llamadas Móviles", cuya parte dispositiva era del tenor literal siguiente:

"ÚNICO.- Declarar que no se ha acreditado en el presente expediente la comisión por Telefonica Moviles de Espana, S.A.U.; Vodafone Espana, S.A.U; y France Telecom Espana, S.A., de una infraccion del articulo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia , y del articulo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Union Europea (TFUE)".

Los antecedentes relevantes en este procedimiento pueden resumirse, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, del modo que sigue:

1.- Con fecha 16 de diciembre de 2011, British Telecommunications Plc y BT Espana Compania de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A.U. (conjuntamente, BT), entidades ahora demandantes, presentaron ante la Comisión Nacional de la Competencia denuncia contra el grupo Telefonica y Vodafone Espana, S.A.U., por infracción de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE .

2.- Iniciada por la Dirección de Investigación información reservada bajo el numero de expediente S/0391/11 para determinar la concurrencia de circunstancias que pudieran justificar la incoación de expediente sancionador en relacion con la referida denuncia, y a la vista de los datos recopilados acerca de las dos entidades denunciadas en el marco de las diligencias previas DP/2009/039 -sobre los servicios mayoristas y minoristas de llamadas de redes móviles de ambito nacional y los contratos firmados por parte de estos operadores para la prestación de servicios a Operadores Móviles Virtuales (OMV)- con el objeto de evaluar la situación y grado de competencia en dichos mercados y la posible existencia de practicas restrictivas de la competencia en los mismos, con fecha 2 de enero de 2012 la Dirección de Investigación dispuso la incoación de expediente sancionador contra Telefonica Moviles de Espana, S.A.U., Vodafone Espana, S.A.U. y France Telecom Espana, S.A. por conductas prohibidas en el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia , asi como en el artículo 102 del TFUE , en distintos mercados del sector de la telefonía móvil. Este expediente quedo registrado con el numero S/0391/11, al que se incorporo lo actuado en la informacion reservada con el mismo numero. Además, en dicho acuerdo se reconoció a BT la condicion de interesada en el expediente de referencia.

3.- Tras los trámites y actuaciones que refleja el expediente, el 8 de enero de 2013 se notifico a los interesados el pliego de concrecion de hechos; y, el 24 de mayo de 2013, la Dirección de Investigación elevó el Informe Propuesta de Resolucion y remitió el expediente al Consejo de la extinta CNC.

4.- Con fecha de 26 de noviembre de 2013, la Direccion de Competencia elevo al Consejo el Informe de Practica de Prueba y Actuaciones Complementarias. Y, finalmente, la Sala del Competencia del Consejo de la CNMC delibero y dictó la resolución que es aquí objeto de impugnación.

SEGUNDO .- Como resume la misma resolución recurrida (folio 43), el expediente que concluyó con su dictado tenía por objeto determinar si Telefonica Moviles de Espana, S.A.U. (TME), Vodafone Espana, S.A.U.



(VODAFONE), y France Telecom Espana, S.A.(ORANGE) habían cometido, de forma colectiva, un abuso prohibido por el artículo 2 de la LDC y 102 del TFUE durante el periodo comprendido entre 2008 y 2010 mediante el establecimiento de unos determinados precios mayoristas de terminacion y de originacion de llamadas moviles en los contratos con OMV completos, junto con el establecimiento de determinados niveles de precios minoristas para llamadas moviles. En particular, si esas politicas de precios mayoristas y minoristas *"habían producido un estrechamiento de márgenes de sus competidores reales o potenciales igualmente eficientes, que hubieran limitado de manera injustificada su capacidad competitiva en el mercado de llamadas de voz movil de ambito nacional"*.

Tal era el sentido de la denuncia formulada en su día por las entidades aquí actoras, British Telecommunications Plc y BT Espana Compania de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A.U. (BT), y que determinó, como decíamos, la apertura de la correspondiente información reservada.

En concreto, se decía en la denuncia (folios 1 y siguientes del expediente) lo siguiente:

"Esta Denuncia sostiene que Vodafone y Telefónica abusan de su posición dominante (conjunta y/o individual) en el mercado de telecomunicaciones para empresas en España ofreciendo precios minoristas inferiores a los precios de los inputs que ofrecen en el mercado mayorista. Este comportamiento constituye un estrechamiento de márgenes y una discriminación abusiva. Estos abusos tienen efectos sustanciales sobre la competencia en el mercado de telecomunicaciones para empresas, que incluye tanto llamadas de móvil a móvil como de fijo a móvil. Estos abusos han impedido la entrada de competidores en el mercado minorista de telecomunicaciones para empresas", identificando a continuación a las empresas denunciadas - VODAFONE España S.A.U. y TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.-, a las que se atribuía que *"... han abusado, y abusan, de su posición dominante en los mercados relevantes practicando una compresión de márgenes y una discriminación contrarias a las normas europeas y españolas de competencia, así como a la regulación sectorial correspondiente"*.

A la denuncia se acompañaba la documentación, que obra igualmente en el expediente, mediante la cual quedaría justificado el abuso que las entidades denunciantes ponían de manifiesto ante la Comisión.

La CNMC, tras referirse a las partes, denunciada y denunciante, con expresa mención a su posición y a la actividad desplegada en el mercado, analiza el sector de las comunicaciones móviles y la estructura de los mercados minorista y mayorista de dichas comunicaciones, así como la entrada de los OMV en la provisión de los servicios de comunicaciones móviles y su necesaria relación con los Operadores Móviles con Red (OMR).

Describe el marco normativo (específicamente, se refiere a la regulación de los mercados mayoristas de terminación y acceso y originación de llamadas móviles) y el sistema llevado a cabo por la extinta Dirección de Investigación para calcular los ingresos y costes que deben registrar los operadores para prestar el servicio minorista de voz móvil de ámbito nacional.

Además, se remite al análisis de la Dirección de Investigación sobre evolución de los precios del tráfico de los servicios minoristas y mayoristas y que justificarían la conclusión de que *"... el análisis de la evolución de los precios del tráfico de los servicios minoristas de llamadas de voz móvil de ámbito nacional muestra que tanto los precios de TME, como los de VODAFONE y ORANGE han seguido una tendencia descendente entre 2007 y 2010 y que los tres operadores han aplicado una política de diferenciación de precios entre llamadas on net y off net en todo el período. Estas características se presentan tanto en el conjunto del mercado como en el segmento empresarial, donde los niveles de precios del tráfico son, en general, más reducidos...(...)* La evolución de los precios del tráfico de terminación de llamadas de voz móvil nacional revela que los tres operadores, TME, VODAFONE y ORANGE han evolucionado en línea con los precios máximos autorizados por la CMT en todo el período 2007-2010. El análisis de los precios del tráfico de los servicios mayoristas de originación (que comprenden servicios de originación y de finalización de llamadas) muestra una similitud entre los precios aplicados por TME, VODAFONE y ORANGE, tanto en lo que se refiere a su nivel, como en cuanto a su evolución".

En su fundamentación jurídica, la resolución de 6 de marzo de 2014 se detiene en la cuestión relativa a la determinación de los mercados relevantes, que identifica con el servicio minorista de llamadas de voz móvil de ámbito nacional -dejando abierta la posibilidad de que proceda segmentarlo según si los clientes son residenciales o empresariales-, de dimensión nacional; el servicio mayorista de terminación de llamadas de voz en la red móvil de TME, de dimensión nacional; el servicio mayorista de terminación de llamadas de voz en la red móvil de VODAFONE, de dimensión nacional; el servicio mayorista de terminación de llamadas de voz en la red móvil de ORANGE, de ámbito nacional; así como los servicios mayoristas de originación de llamadas de voz móvil (acceso e interconexión de originación y finalización de llamadas), también de dimensión nacional.

Y ello con el objeto de precisar, a su vez, y como presupuesto para analizar la eventual concurrencia de las prácticas denunciadas, si TME, VODAFONE y ORANGE ocupan una posición de dominio en los referidos mercados.



La conclusión alcanzada es que dicha posición de dominio existe en relación con cada uno de estos mercados.

Así, dice (página 56), en cuanto al mercado mayorista de terminación, que *"Debido a que los servicios mayoristas de terminación de cada operador móvil resultan imprescindibles para el resto de operadores -con el objeto de que sus clientes puedan establecer comunicaciones off-net con clientes de otros operadores-, al abordar anteriormente la definición de los mercados de productos se ha identificado la existencia de un mercado relevante de servicios de terminación diferente para cada una de las redes de los distintos operadores móviles presentes en el mercado y, en particular, en las redes de TME, VODAFONE y ORANGE. En consecuencia, cada operador cuenta en el mercado de referencia de su red con una cuota del 100%".*

En cuanto a sus conclusiones sobre el particular, señala la resolución que *"El Consejo coincide con la extinta DI en que el sistema de facturación minorista reduce la presión a la baja que soporta el operador a la hora de fijar el precio de terminación de las llamadas en su propia red que no es sustituible. Por lo tanto, considera el Consejo igualmente que, en el período analizado se dan las condiciones para que exista una situación de dominancia individual de estos operadores en los mercados mayoristas de terminación de llamadas de voz móvil en cada una de sus redes móviles"*.

Por lo que se refiere al mercado mayorista de originación de llamadas, recuerda que se trata de un mercado regulado mediante la Resolución de la extinta CMT de 2 de febrero de 2006, en la que se ha reconocido la existencia de un poder significativo de mercado conjuntamente de TME, VODAFONE y ORANGE, a los que se ha impuesto la obligación de atender las solicitudes de acceso a recursos específicos de sus redes y a su utilización a precios razonables.

Aunque no se determinan precios, establece esta resolución que, *" en ningún caso, los precios ofrecidos a terceros por los operadores declarados con PSM podrán ser excesivos ni comportar una comprensión de márgenes operativos del operador solicitante que impida la entrada de un operador eficiente ."* La Resolución de la CMT fue objeto de recurso por parte de TME ante la Audiencia Nacional, que la confirmó mediante Sentencia de 12 de enero de 2009 .

Destaca el Consejo que *"se trata de un mercado muy transparente en el que los comportamientos de los operadores pueden supervisarse fácilmente debido al reducido número de operadores y a la vinculación existente entre este mercado y el minorista aguas abajo, también muy transparente. Se llama la atención sobre el hecho de que, en el período analizado, existen únicamente 9 OMV completos ante los cuales TME, VODAFONE y ORANGE son los únicos oferentes de servicios mayoristas de acceso, cada uno con un monopolio sobre su red. Igualmente se subraya en el Informe Propuesta que el propio proceso de negociación de contratos entre OMR y OMV refuerza la transparencia sobre los precios y las condiciones de los mismos, por lo que cualquier desviación de un operador hacia una competencia en precios más agresiva es fácilmente detectable bien por la incorporación de nuevos OMV a la red del OMR o por las estrategias en precios de los OMV completos en los mercados minoristas"*.

La conclusión, en este caso, es la misma que en el mercado mayorista de terminación, y así manifiesta el Consejo que *"... TME, VODAFONE y ORANGE mantienen una posición de dominio colectiva en el mercado de acceso y originación de llamadas y que, de acuerdo con la doctrina sobre dominancia, resulta corroborada la falta de interés por competir en este tipo de servicios. La ganancia que les reportaría competir y captar clientes en el mercado mayorista a precios más competitivos, no habría compensado el perjuicio que podía generarles el que los OMV accedieran al mercado minorista gracias a estos servicios. Como ya indicaba el extinto Consejo de la CNC, la mejor prueba de la falta de interés es que a pesar de existir demanda potencial -como indicaba la CMT en su Resolución de 2 de febrero de 2006-, no ofertaron estos servicios hasta que no se les obligó"*.

Finalmente, y en cuanto al mercado minorista de llamadas de voz, pone de relieve la resolución recurrida, siguiendo el criterio de la Dirección de Investigación, que en el mismo la transparencia de precios es total, *"derivada de la normativa sectorial y de la propia naturaleza del mercado que tiene implicaciones en la dinámica competitiva del mismo"*.

Advierte la circunstancia, también destacada por la Dirección, de que *"las políticas de precios llevadas a cabo por TME, VODAFONE y ORANGE en este mercado, presentan varios rasgos comunes. Los tres operadores, como en el mercado anterior, distinguen entre llamadas on-net y llamadas off-net, éstas últimas con precios más elevados; asimismo, la tendencia de los precios es decreciente en el tiempo y su nivel es significativamente inferior al de los ingresos unitarios que incorporan elementos adicionales de ingresos como las cuotas de abono o los ingresos por venta de terminales; igualmente, se observan diferencias entre los precios del tráfico conjunto y los precios para el segmento empresarial que son en general inferiores.(...) Pues bien, es difícil argumentar de forma determinante que, durante los años considerados en este expediente y dada la situación de este mercado en esos años con la preponderancia de las llamadas de voz móvil y la situación de los mercados aguas arriba, no existía algún tipo de posición de dominio de los principales operadores integrados verticalmente. No obstante, como se ha señalado en el apartado anterior sobre la definición de los mercados relevantes, no es en el mercado*



minorista donde procede identificar la existencia de posiciones de dominio como elemento fundamental para analizar una conducta de estrechamiento de márgenes. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no es necesario que haya dominancia en los mercados descendentes cuando la empresa está verticalmente integrada y dispone de un input esencial en el mercado ascendente -en este caso la infraestructura de red para las comunicaciones móviles-, sin el cual no es posible prestar servicios en el mercado minorista, lo que sí se cumple en el presente caso".

Todas estas consideraciones resultarían necesarias para hacer un concreto pronunciamiento sobre si se produjo o no la práctica abusiva denunciada, esto es, un estrechamiento de márgenes por parte de las operadoras que ocupan, según lo expuesto, una posición dominante en el mercado, que hubiera podido tener efectos excluyentes.

Pronunciamiento que, podemos anticipar, es contrario a concluir que el estrechamiento de márgenes haya tenido efectos excluyentes por cuanto, dice, *"no existe evidencia suficientemente robusta"* de ello.

TERCERO .- Antes de analizar la legalidad de esa decisión desde la perspectiva de los concretos motivos de impugnación esgrimidos en la demanda han de hacerse algunas consideraciones que suscita la definición de la práctica denunciada, esto es, el abuso de la posición de dominio que ocupan de manera conjunta varias empresas, y que se habría producido mediante el estrechamiento de márgenes impuesto a sus competidores en el mercado de llamadas de voz móvil de ámbito nacional.

Interesa en primer término recordar que la infracción que se imputa es la contemplada en el artículo 2 de la Ley 15/2007, de julio, de Defensa de la Competencia, y 102 del TFUE.

El primero, bajo la rúbrica *Abuso de la posición dominante*, dispone lo siguiente:

"1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

2. El abuso podrá consistir, en particular, en:

a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.

b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.

c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.

d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos.

3. La prohibición prevista en el presente artículo se aplicará en los casos en los que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal".

Por su parte, el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 82 TCE) establece que *"Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo.*

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

Ambas normas prevén la posibilidad de que la posición de dominio, y el abuso de la misma, se ejerza por "una o varias empresas", es decir, contempla la situación de dominio colectivo que es, precisamente, la que se analiza en el caso de autos.

La definición de la posición de dominio colectiva en la jurisprudencia comunitaria arranca de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de marzo de 1999, Gencor Ltd. c. Comisión, Asunto T-102/96, que la identifica con la *"relación de interdependencia que existe entre los miembros de un oligopolio estrecho dentro del cual, en un mercado con las características apropiadas, en especial en términos de concentración del mercado,*



de transparencia y de homogeneidad del producto, pueden prever sus comportamientos recíprocos y se ven, por lo tanto, en gran medida impulsados a coordinar su comportamiento en el mercado, para, en particular, maximizar sus beneficios comunes, restringiendo la producción con el fin de aumentar los precios. En efecto, en tal contexto, cada operador sabe que una actuación altamente competitiva por su parte, dirigida a incrementar su cuota de mercado (por ejemplo, una reducción de precios), provocaría una actuación idéntica por parte de los demás, de manera que no obtendría ningún beneficio de su iniciativa. Todos los operadores tendrían por lo tanto que soportar el descenso del nivel de los precios".

Es presupuesto de la posición de dominio colectiva, por lo tanto, la interdependencia entre empresas que, al propio tiempo, ha de excluir cualquier grado de acuerdo entre ellas dirigido a coordinar su comportamiento pues, en tal caso, la eventual infracción no consistiría en abuso de posición dominante, sino en acuerdos anticompetitivos entre empresas.

Dentro del abuso de la posición de dominio se incluye el denominado estrechamiento de márgenes o *margin squeeze*, conducta que BT imputa a las denunciadas.

Esta práctica fue definida en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 30 de noviembre de 2000, *Industrie des Poudres Sphériques SA/Comisión*, T-5/97, al señalar que *"existe práctica de precios-tijera cuando una empresa que dispone de una posición dominante en el mercado de un producto intermedio y utiliza ella misma una parte de su producción para la fabricación de un producto elaborado, vendiendo en el mercado el excedente de dicho producto intermedio, fija el precio de venta a terceros del producto intermedio a un nivel tal que éstos no disponen de un margen de transformación suficiente para seguir siendo competitivos en el mercado del producto transformado"* (a partado 178).

El TJUE, en sentencia de 17 de febrero de 2011, asunto *Telia Sonera*, declara que la compresión de márgenes existe si la diferencia entre el precio minorista y el coste mayorista del input de la empresa dominante no cubre el resto de los costes de la provisión del servicio minorista, de tal forma que a un competidor tan eficiente como el operador incumbente no le resulta rentable competir en dicho mercado minorista ofreciendo el servicio a los clientes finales.

El sector que ofrece unas características idóneas para esta clase de prácticas es el de las telecomunicaciones, pues la prestación del servicio a los usuarios finales se lleva a cabo, necesariamente, a través de una única red a disposición de un solo operador, que por lo general será el antiguo monopolista, quien igualmente opera en el mercado minorista. A los restantes competidores en este mercado la instalación de una red distinta y alternativa, que les permitiera no depender de aquélla, les resulta económicamente inviable, por lo que el acceso a la red única origina frecuentes problemas de competencia.

Acerca de si el estrechamiento de márgenes puede o no considerarse una práctica abusiva proscrita por el artículo 82 del TUE, hoy 102 del TFUE, atendida la relación de supuestos que en el mismo se contemplan, la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, Sala Segunda, de 14 de octubre de 2010, *C-280 P/2008*, que confirmó la del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 10 abril de 2008, *Deutsche Telekom/Comisión* (T-271/03), declara que:

"172 Por lo que respecta al carácter abusivo de las prácticas tarifarias de la recurrente, hay que indicar que el artículo 82 CE, párrafo segundo, letra a), prohíbe expresamente que una empresa dominante imponga directa o indirectamente precios no equitativos.

*173 Por otro lado, la lista de prácticas abusivas recogida en el artículo 82 CE no es limitativa, de modo que las prácticas que recoge constituyen únicamente ejemplos de abuso de posición dominante. En efecto, la enumeración de las prácticas abusivas contenida en esta disposición no agota las formas de explotación abusiva de posición dominante prohibidas por el Tratado (véase la sentencia *British Airways/Comisión*, antes citada, apartado 57 y jurisprudencia citada).*

*174 A este respecto, procede recordar que, al prohibir la explotación abusiva de una posición dominante, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, el artículo 82 CE tiene por objeto los comportamientos de una empresa en posición dominante que, en un mercado donde la competencia está ya debilitada, en razón precisamente de la presencia de la empresa en cuestión, tienen por efecto impedir, por medios distintos de los que rigen una normal competencia entre productos o servicios sobre la base de las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del grado de competencia que aún existe en el mercado o su desarrollo (véanse, en este sentido, las sentencias *Hoffman-La Roche/Comisión*, antes citada, apartado 91; *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisión*, antes citada, apartado 70; de 3 de julio de 1991, *AKZO/Comisión*, C-62/86, Rec. p. I-3359, apartado 69; *British Airways/Comisión*, antes citada, apartado 66, y *France Télécom/Comisión*, antes citada, apartado 104).*



175 De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que, a fin de determinar si la empresa que ocupa una posición dominante ha explotado de manera abusiva esta posición mediante la aplicación de sus prácticas tarifarias procede apreciar el conjunto de circunstancias, examinar si dicha práctica pretende privar al comprador de la posibilidad de elegir sus fuentes de abastecimiento, o al menos limitar dicha posibilidad, impedir el acceso al mercado de los competidores, aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva o reforzar su posición dominante mediante la distorsión de la competencia (véanse, en este sentido, las sentencias antes citadas *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisión*, apartado 73, y *British Airways/Comisión*, apartado 67).

176 De este modo, dado que el artículo 82 CE no se refiere únicamente a las prácticas que pueden causar un perjuicio inmediato a los consumidores, sino también a las que les perjudican impidiendo el juego de la competencia, incumbe a la empresa que ocupa una posición dominante, como ya se recordó en el apartado 83 de la presente sentencia, una responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común (véase, en este sentido, la sentencia *France Télécom/Comisión*, antes citada, apartado 105 y jurisprudencia citada).

177 De ello se deduce que el artículo 82 CE prohíbe, en particular, a una empresa en posición dominante llevar a cabo prácticas tarifarias que provoquen la expulsión de sus competidores igualmente eficaces, actuales o potenciales, es decir prácticas que pueden, dificultar o imposibilitar el acceso al mercado de éstos, así como dificultar o imposibilitar, para sus otras partes contratantes, la elección entre varias fuentes de aprovisionamiento o socios comerciales, reforzando de ese modo su posición, recurriendo a medios distintos de los que rigen una competencia basada en los méritos. En esta perspectiva, toda competencia en los precios no puede considerarse, sin embargo, legítima (véanse, en este sentido, las sentencias antes citadas *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisión*, apartado 73; *AKZO/Comisión*, apartado 70, y *British Airways/Comisión*, apartado 68)".

Este pronunciamiento es, por tanto, particularmente ilustrativo sobre el alcance que ha de darse al concepto de práctica abusiva, en especial a su interpretación en el ámbito de las telecomunicaciones y respecto de las conductas de estrechamiento de márgenes que ahora analizamos.

La misma sentencia aborda también la definición de tales prácticas:

"4. Sobre dicha compresión de márgenes, el Tribunal, en el apartado 38 de la sentencia recurrida, recuerda los términos de los considerandos 102 y 105 de la Decisión controvertida, que establecen lo siguiente: «102 Se habla de compresión de márgenes [...] cuando el conjunto de las tarifas mensuales y fijas pagaderas a [la recurrente] en concepto de acceso mayorista [al bucle local] obliga a los competidores a facturar a sus clientes finales unos precios superiores a los que [la recurrente] cobra a sus propios clientes finales por los mismos servicios. Si las tarifas mayoristas [de acceso al bucle local] son superiores a las tarifas minoristas [por los servicios de acceso para abonados], los competidores de [la recurrente] en ningún caso pueden realizar beneficios, aunque sean igual de eficientes que [la recurrente], puesto que además de las tarifas mayoristas [de acceso al bucle local] tienen que soportar otros costes adicionales en concepto de marketing, facturación, cobro, etc. 103. Al cobrar a sus competidores unas tarifas mayoristas por el acceso a los bucles locales superiores a las tarifas que factura a sus propios clientes finales por el acceso a la red local, [la recurrente] impide que aquéllos puedan ofrecer también servicios de acceso a través del bucle local, y no sólo llamadas telefónicas".

Añade en su apartado 234, que "En efecto, dado que el mercado minorista por los servicios de acceso para abonados constituye un mercado distinto y que los servicios de acceso al bucle local son indispensables para los competidores al menos igual de eficientes que ella misma para entrar a competir en dicho mercado con una empresa que, como la recurrente, tiene en el mismo una posición dominante resultante ampliamente del monopolio legal del que disfrutaba antes de la liberalización del sector de las telecomunicaciones, el establecimiento de un sistema de competencia no falseada exige que dicha empresa dominante no pueda, mediante sus prácticas tarifarias en dicho mercado minorista, infligir, de entrada, a sus competidores al menos igual de eficientes una desventaja competitiva en éste que pueda impedir o restringir su acceso a éste mercado o el desarrollo de sus actividades en éste".

En consecuencia, es evidente que el abuso de la posición de dominio puede ejercerse de manera conjunta por varias empresas, y lo es también que uno de los medios a través de los cuales puede materializarse es el estrechamiento de márgenes.

A los sistemas o test útiles para determinar si, en un concreto mercado, se ha producido una práctica anticompetitiva de esta naturaleza, alude la Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones marco jurídico, mercados de referencia y principios (98/C 265/02), en sus apartados 117 y 118.



Volveremos después a referirnos a estos sistemas de control y a su eficacia en orden a determinar si el estrechamiento de márgenes produce o no efectos excluyentes en el mercado al abordar la cuestión de la relevancia de los "estudios económicos".

Ha de decirse, no obstante, en este punto, que fue el test del operador igualmente eficiente previsto en el apartado 118 el inicialmente empleado por la extinta Dirección de Investigación para determinar si se había, en efecto, producido el estrechamiento de márgenes denunciado por BT. Como refleja la resolución recurrida al tratar de la "Evaluación de la existencia de estrechamiento de márgenes con efectos exclusionarios" (página 61), *"para analizar la posible existencia de un estrechamiento de márgenes por parte de las operadoras con poder de dominio, la DI ha utilizado el enfoque del operador igualmente eficiente en el que se analiza la rentabilidad de la actividad de éste sobre la base de los costes descendentes de TME, VODAFONE y ORANGE con el objetivo de determinar si este competidor con la misma estructura de costes unitarios que las unidades operativas de estas empresas en los mercados descendentes podría ser rentable en dichos mercados, teniendo en cuenta los precios minoristas y mayoristas aplicados por las mencionadas empresas. Es decir si un operador igualmente eficiente (con los mismos costes que TME, VODAFONE y ORANGE en el mercado descendente) puede actuar de forma rentable teniendo en cuenta los precios cobrados por los servicios mayoristas ascendentes y los precios del mercado minorista"* .

Tras referirse a la metodología utilizada, la CNMC pone de manifiesto que *"Del análisis de los ingresos, costes y márgenes, la extinta DI consideró acreditado, en el PCH, que un OMV completo tan eficiente como su OMR anfitrión que hubiera deseado participar en el mercado minorista de llamadas de voz móvil de ámbito nacional, recibiendo los ingresos unitarios y soportando los costes unitarios correspondientes, no hubiera podido obtener rentabilidades positivas en ninguno de los ejercicios del período 2008-2010, resultado que se confirma con los datos individuales de TME, VODAFONE y ORANGE. Y se constató asimismo que un operador igualmente eficiente hubiera obtenido márgenes aún más negativos en el segmento empresarial (...) Por lo tanto, la DI consideró acreditado el estrechamiento de márgenes en el mercado minorista de llamadas de voz móvil en el ámbito nacional, y en el segmento empresarial, en el período 2008-2010. Conducta contraria a los artículos 2 LDC y 102 TFUE que provoca efectos exclusionarios sobre los competidores en el mercado minorista de llamadas de voz móvil y causa un perjuicio a los consumidores dado que la consiguiente reducción de la presión competitiva permite el mantenimiento de precios elevados en los servicios minoristas"*.

Sin embargo, en la resolución recurrida se advierte que la calificación jurídica de la Dirección de Investigación respecto de los hechos declarados en el pliego de concreción se modificó a la vista de las alegaciones de ORANGE sobre las conductas acreditadas y su aptitud para restringir la competencia de manera significativa en el mercado minorista.

Dice la resolución (página 63) que *"Si bien TME, VODAFONE y RANGE habrían desarrollado individualmente políticas de precios mayoristas minoristas que, dados sus niveles de costes, generaban un estrechamiento de márgenes a algunos de sus OMV completos huéspedes más relevantes, estas prácticas individuales de cada una de estas empresas no habrían tenido aptitud para generar los suficientes efectos exclusionarios en el mercado minorista, al verificarse que cualquiera de los OMV completos utilizando los servicios mayoristas de originación de ORANGE podrían haber replicado, sin incurrir en pérdidas, bajo el mismo estándar de operador igualmente eficiente, la política comercial de TME (test cruzado con los precios mayoristas de ORANGE y costes unitarios y precios minoristas de TME). Puesto que TME era el operador móvil más significativo con cerca del (confidencial) de la cuota del mercado minorista y del (confidencial) en el segmento empresarial, alrededor de la mitad del mercado minorista sería atacable para esos OMV completos"* . Lo cual condujo a la Dirección a considerar que no estaban suficientemente acreditados los efectos excluyentes del mercado de las conductas contrarias a los artículos 2 LDC y 102 TFUE .

Las comprobaciones realizadas por la extinta Dirección de Investigación se complementaron con la realización de *"... test cruzados restantes entre precios mayoristas de un operador y costes unitarios y precios minoristas de otro operador"* , cuyos resultados fueron remitidos por la Dirección de Competencia, la cual llegó a la conclusión de que *"... sólo el OMV completo de ORANGE habría podido competir rentablemente con TME en el período considerado. En el resto de los casos, los test cruzados de estrechamiento revelarían la existencia de estrechamiento de márgenes, es decir no habría sido posible para los OMV de referencia de cada OMR competir rentablemente con los otros OMR del mercado, tanto en el conjunto del mercado como en el segmento empresarial"* . Y que *"...únicamente con los costes de cambio por adaptaciones y penalizaciones, los OMV completos dejarían de tener márgenes positivos para el conjunto del período en el segmento empresarial. Es decir que, considerando estos costes, no hubiera sido rentable para los OMV completos -tan eficientes como TME- cuyo host era VODAFONE y TME, cambiarse a ORANGE para la provisión de servicios de acceso y originación y poder beneficiarse de sus precios mayoristas"*.



Sobre tal base, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC se plantea si TME, VODAFONE y ORANGE, cuya posición de dominio en los mercados mayoristas ha quedado constatada, han incurrido en las conductas denunciadas por BT consistentes en un estrechamiento de márgenes con efectos excluyentes en el mercado.

Parte para ello de la ausencia de jurisprudencia sobre la situación analizada, concretamente, sobre la acreditación cuantitativa del estrechamiento de márgenes en una situación de dominio colectivo, por cuanto los pronunciamientos existentes han recaído en casos de dominio individual. Y supone que el carácter colectivo requiere *"disponer de un análisis robusto que confirme plenamente y con la mayor amplitud la existencia de la conducta contraria a la normativa de competencia y los efectos anticompetitivos de la misma"*.

Pone de manifiesto la utilidad del test, aplicado por la Dirección de Investigación, del operador igualmente eficiente que, si bien estaría diseñado para determinar la existencia de estrechamiento de márgenes en situaciones de dominio individual, podría considerarse como un instrumento de partida válido también en este caso pues *"... permitiría determinar, en una primera aproximación, en qué medida TME, VODAFONE y ORANGE habrían desarrollado individualmente políticas de precios mayoristas y minoristas relacionados con la voz móvil que, dados sus niveles de costes generaban un estrechamiento de márgenes a algunos de sus OMVs completos huéspedes más relevantes al no permitir a un competidor igualmente eficiente replicar los precios minoristas de su operador anfitrión sin incurrir en pérdidas"*.

No obstante admitir sus carencias, indica que *"La extinta DI ya verificó en primer lugar, antes de la elevación del Informe Propuesta, que dados los niveles de precios mayoristas aplicados por ORANGE, cualquiera de los OMV completos más relevantes afectados por las conductas investigadas, utilizando los servicios mayoristas de originación de ORANGE, podría haber replicado sin incurrir en pérdidas, bajo el estándar del operador igualmente eficiente, la política comercial de TME, el operador móvil más significativo, con cerca del (confidencial) del mercado minorista de llamadas de voz móvil en ingresos en el período considerado; replicabilidad que se daría tanto para el mercado minorista global como en el segmento empresarial de llamadas de voz móvil. Ello indica, como señala la extinta DI en su Informe Propuesta, que el OMV completo de referencia de ORANGE, así como los OMV completos de TME y de VODAFONE, si hubiesen optado por contratar con ORANGE, habrían podido replicar las políticas comerciales de TME sin incurrir en pérdidas lo que significa que (confidencial) de llamadas de voz móvil era atacable. Esta evidencia impide, como se indicó al principio de este apartado, que pueda constatarse la existencia de suficientes efectos sobre la competencia de carácter exclusionario"*.

En favor de esta conclusión incidirían los resultados de los análisis de los test cruzados, análisis que *"... por la metodología y por los costes considerados, que han tenido que abordarse desde una perspectiva más teórica que práctica -lo que ha condicionado la prueba-, no resulta lo suficientemente concluyente como para demostrar los efectos exclusionarios del estrechamiento de márgenes"*.

Hace una referencia concreta a los costes de adaptación, de los que dice puede ser muy diferentes dependiendo de los procesos técnicos elegidos para hacer la migración y del número de clientes que se tenga; y a las penalizaciones, que han de variar dependiendo de *"... las concretas cláusulas contractuales, del período de vigencia restante del contrato, etc"*.

Y advierte que gran parte de la información recibida se basa en estimaciones pero no en la existencia de un cambio real, lo que le lleva finalmente a concluir, como vimos, que no existe evidencia suficiente para poder afirmar que el estrechamiento de márgenes haya tenido efectos excluyentes en el mercado.

CUARTO .- La demanda parte de la circunstancia, en realidad reconocida por la resolución recurrida, de que TELEFÓNICA, ORANGE y VODAFONE tienen una posición dominante conjunta en el mercado mayorista de acceso y, al propio tiempo, cada una de ellas ostenta una posición dominante individual en su propia red en el mercado mayorista de terminación de llamadas.

A partir de ello, denuncia que estas compañías abusaron de su posición de dominio mediante una práctica de estrechamiento de márgenes, y destaca que tal situación fue advertida por la CNMC en el acuerdo impugnado, lo que le lleva a preguntarse por qué no las sancionó como reclamaba la denunciante.

La respuesta la apunta también la demandante acudiendo a la resolución de 6 de marzo de 2014, y se encontraría en que tales prácticas abusivas no produjeron efectos excluyentes en el mercado.

Sin embargo, BT cuestiona la utilización del test de efectos empleado por la Comisión y niega que la posibilidad de migración sin costes a ORANGE, que la resolución señala como determinante de que no se produjeron efectos excluyentes del mercado, existiera en realidad.

Aborda, a partir de estas consideraciones, los concretos motivos en que funda su recurso, y se refiere, en primer lugar, a que la producción de efectos de exclusión por los abusos de posición dominante practicados mediante estrechamiento de márgenes ha de presuponerse de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria que cita.



Plantea de este modo la que ha de ser la primera cuestión nuclear del litigio, es decir, la de determinar si, para que resulte sancionable el abuso de posición de dominio materializado mediante el estrechamiento de márgenes, y constatado éste, es o no necesario que se produzcan efectos excluyentes en el mercado.

La tesis de la recurrente, a la que se oponen las entidades codemandadas y el Abogado del Estado, se basa, como decimos, en pronunciamientos del Tribunal General, y así en la sentencia de 29 de marzo de 2012, asunto T-336/07, Telefónica y Telefónica de España, y del Tribunal de Justicia, del que cita la de 14 de octubre de 2010, asunto C-280/08 Deutsche Telekom, ya mencionada, y la de 17 de febrero de 2011, asunto C-52/09 TeliaSonera. Sentencias que, en opinión de BT, advertirían la existencia de la infracción una vez constatada la posición de dominio y la práctica de estrechamiento de márgenes sin necesidad de acreditar la producción de efectos excluyentes en el mercado.

Es importante destacar también aquí una circunstancia que la misma resolución, al definir la posición del Consejo en este asunto, toma como punto de partida: no existe jurisprudencia acuñada previa sobre la acreditación cuantitativa del estrechamiento de márgenes en una situación de dominio colectivo.

No obstante, nada impide que, en este caso, se aplique un criterio sí generalizado en cuanto al abuso de posición dominante como práctica prohibida, cual es que dicho abuso no puede desconectarse de la producción de efectos en el mercado.

Importantes pautas generales sobre esta materia las proporciona la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 27 de marzo de 2012, Asunto C-209/10 Post Danmark en la que se declara lo siguiente:

"20 De la jurisprudencia resulta que el artículo 82 CE (EDL 1978/3879) no se refiere únicamente a las prácticas que causan un perjuicio inmediato a los consumidores, sino también a las que les perjudican al impedir una estructura de competencia efectiva (sentencia de 17 de febrero de 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, Rec. p. I-0000, apartado 24 y jurisprudencia citada). En este sentido debe entenderse la expresión «práctica de exclusión abusiva» que figura en las cuestiones prejudiciales.

21 Es jurisprudencia reiterada que la declaración de la existencia de dicha posición dominante no implica, en sí misma, ningún reproche a la empresa de que se trate (véanse las sentencias de 9 de noviembre de 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisión, 322/81, Rec. p. 3461, apartado 57, y de 16 de marzo de 2000, Compagnie maritime belge transports y otros/Comisión, C-395/96 P y C-396/96 P, Rec. p. I-1365, apartado 37). En efecto, el artículo 82 CE (EDL 1978/3879) en modo alguno tiene por objeto impedir a una empresa alcanzar, por sus propios méritos, la posición dominante en un mercado (véase, en particular, la sentencia TeliaSonera Sverige, antes citada, apartado 24). Esa disposición tampoco pretende garantizar que competidores menos eficaces que la empresa que ocupa una posición dominante permanezcan en el mercado.

22 Por consiguiente, no todos los efectos de exclusión falsean necesariamente la competencia (véase, por analogía, la sentencia TeliaSonera Sverige, antes citada, apartado 43). Por definición, la competencia basada en los méritos puede entrañar la desaparición del mercado o la marginalización de los competidores menos eficaces y, por tanto, menos interesantes para los consumidores, especialmente en cuanto a precios, oferta, calidad o innovación.

23 Con arreglo a una jurisprudencia también reiterada, incumbe a la empresa que ocupa una posición dominante una responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado interior (véase la sentencia de 2 de abril de 2009, France Télécom/Comisión, C-202/07 P, Rec. p. I-2369, apartado 105 y jurisprudencia citada). Cuando la existencia de una posición dominante tiene su origen en un antiguo monopolio legal, debe tenerse en cuenta esta circunstancia.

24 A este respecto, ha de recordarse también que el artículo 82 CE (EDL 1978/3879) se refiere, en particular, a los comportamientos de una empresa en posición dominante que, en perjuicio de los consumidores, tienen por efecto impedir, por medios distintos de los que rigen una competencia normal sobre la base de las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del grado de competencia que existe en el mercado o el desarrollo de ésta (véanse, en este sentido, las sentencias AKZO/Comisión, antes citada, apartado 69; France Télécom/Comisión, antes citada, apartados 104 y 105, y de 14 de octubre de 2010, Deutsche Telekom/Comisión, C-280/08 P, Rec. p. I-0000, apartados 174, 176 y 180 y jurisprudencia citada).

25 Así, el artículo 82 CE (EDL 1978/3879) prohíbe, en particular, a una empresa en posición dominante llevar a cabo prácticas que provoquen la exclusión de sus competidores considerados tan eficaces como ella misma y reforzando su posición dominante mediante el recurso a medios distintos de los que rigen una competencia basada en los méritos. Por lo tanto, en esas circunstancias, toda competencia de precios no puede considerarse legítima (véanse, en este sentido, las sentencias antes citadas AKZO/Comisión, apartados 70 y 72; France Télécom/Comisión, apartado 106, y Deutsche Telekom/Comisión, apartado 177).



26 *Para determinar si la empresa que ocupa una posición dominante ha explotado de manera abusiva esa posición mediante la aplicación de sus prácticas tarifarias, es preciso valorar todas las circunstancias y examinar si dichas prácticas pretenden privar al comprador de la posibilidad de elegir sus fuentes de abastecimiento, o al menos limitar dicha posibilidad, impedir el acceso de los competidores al mercado, aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva, o reforzar su posición dominante mediante la distorsión de la competencia (sentencia Deutsche Telekom/Comisión, antes citada, apartado 175 y jurisprudencia citada)."*

En análogo sentido, y sobre el concepto de abuso de posición dominante, la citada sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 17 de febrero de 2011, asunto C-52/09 TeliaSonera, hace las siguientes consideraciones:

"26 Por otro lado, la lista de prácticas abusivas recogida en el artículo 102 TFUE no es limitativa, de modo que la enumeración de las prácticas abusivas contenida en esta disposición no agota las formas de explotación abusiva de posición dominante prohibidas por el Derecho de la Unión (sentencia Deutsche Telekom/Comisión, antes citada, apartado 173 y jurisprudencia citada).

27 *En efecto, la explotación abusiva de una posición dominante prohibida por dicha disposición es un concepto objetivo que tiene por objeto los comportamientos de una empresa en posición dominante que, en un mercado donde la competencia ya está debilitada, precisamente por la presencia de la empresa en cuestión, tienen por efecto impedir, por medios distintos de los que rigen una normal competencia entre productos o servicios sobre la base de las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del grado de competencia que aún existe en el mercado o su desarrollo (sentencia Deutsche Telekom/Comisión, antes citada, apartado 174, y jurisprudencia citada).*

28 *A fin de determinar si la empresa que ocupa una posición dominante ha explotado de manera abusiva esta posición mediante la aplicación de sus prácticas tarifarias, procede apreciar el conjunto de circunstancias, examinar si dicha práctica pretende privar al comprador de la posibilidad de elegir sus fuentes de abastecimiento, o al menos limitar dicha posibilidad, impedir el acceso al mercado de los competidores, aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes o reforzar su posición dominante mediante la distorsión de la competencia (sentencia Deutsche Telekom, antes citada, apartado 175, y jurisprudencia citada).*

29 *Éstos son los principios a la luz de los cuales el órgano jurisdiccional remitente debe examinar la práctica tarifaria controvertida en el litigio principal para determinar si constituye una explotación abusiva de la posición dominante que posiblemente tiene TeliaSonera."*

En particular, y respecto a la práctica abusiva atribuida, esto es, la de estrechamiento de márgenes que pudiera suponer una barrera de entrada de los competidores o su exclusión del mercado, la sentencia de 10 de julio de 2014 del TJ, asunto C-295/12 P Telefónica, afirma:

"124 Debe declararse infundada esta tercera imputación dado que, por una parte, para demostrar el carácter abusivo de una práctica como la de la compresión de márgenes, dicha práctica debe tener un efecto contrario a la competencia en el mercado, pero tal efecto no tiene que ser necesariamente concreto, siendo suficiente con que se demuestre un posible efecto contrario a la competencia que pueda expulsar a los competidores al menos igual de eficientes que la empresa que se encuentra en una posición dominante (véase la sentencia TeliaSonera Sverige, EU:C:2011:83, apartado 64), y, por otra parte, el Tribunal General declaró, en el apartado 282 de la sentencia recurrida, en el contexto de su apreciación de los hechos, que la Comisión demostró la existencia de esos potenciales efectos."

De la jurisprudencia citada, y de la que invoca la recurrente en apoyo de su tesis, lo que se sigue es que resulta suficiente para que se produzca la práctica prohibida que el estrechamiento produzca, cuando menos, un efecto potencial de exclusión, y que dicho efecto potencial de exclusión se haya acreditado.

El efecto anticompetitivo en el mercado se consumaría entonces en esta clase de prácticas cuando el estrechamiento de márgenes actuado por la empresa o empresas dominantes tuviera capacidad, siquiera potencial, de exclusión de los competidores cuando menos igual de eficientes que dicha empresa o empresas.

Sucede, no obstante, que las pruebas acopiadas en el expediente llevaron, en el supuesto de autos, a la CNMC a concluir que los efectos excluyentes no llegaron a producirse pues los OMV afectados habrían podido eludirlos acudiendo a uno de los OMR dominantes, ORANGE.

De este modo, la afectación al mercado como consecuencia de las prácticas de los OMR denunciados no se habría acreditado con la imprescindible rotundidad como para apreciar la infracción -alude la resolución a la inexistencia de "evidencia suficientemente robusta"- al constar, por el contrario, que, alrededor de la mitad del

mercado minorista -el operador móvil más significativo del mercado era TME-, sería atacable para los OMV utilizando los servicios mayoristas de ORANGE.

Puede decirse que esta posibilidad actuaría como verdadera válvula de escape que aliviaría la situación generada por el estrechamiento de márgenes al punto de eliminar cualquier efecto excluyente en el mercado, aun potencial.

Por tanto, no es que no se presupusieran los efectos excluyentes cuando se había acreditado el estrechamiento de márgenes, en contra de lo que la demandante entiende que debió hacerse aplicando de la jurisprudencia europea que menciona; es que se habría justificado, a contrario, que tales efectos excluyentes se habían diluido, enervando la posible situación de abuso.

Todo ello permite explicar la decisión de la CNMC desde la perspectiva, que es la que propone la entidad actora en el primer motivo de la demanda, de si es o no imprescindible la causación de efectos en el mercado para que el estrechamiento de márgenes sea constitutivo de una situación de abuso de posición dominante, y determina que el motivo se rechace al resultar conciliable, conforme a lo expuesto, el criterio mantenido por la CNMC con la doctrina fijada por el Tribunal de Justicia sobre esta cuestión.

QUINTO .- Resulta obvio que, erigido como argumento fundamental para excluir la responsabilidad de las denunciadas la ausencia de efectos excluyentes en el mercado por causa de la circunstancia descrita, es imprescindible un análisis económico solvente que sirva de apoyo a esta conclusión.

Antes de examinar los argumentos de la actora que critican el que utiliza la resolución recurrida, han de hacerse algunas consideraciones de singular relevancia en atención al concreto pronunciamiento de la CNMC que, recordemos, es contrario a apreciar la comisión de la infracción por falta de una acreditación suficiente.

Ello supone, y puesto que nos encontramos en materia sancionadora, que la existencia de cualquier duda sobre la responsabilidad de las sociedades denunciadas impida sancionarlas y que, por contra, sea imprescindible la aportación de una prueba de solidez suficiente para disipar aquellas dudas y posibilitar la sanción. Todo ello sin que puedan desconocerse las facultades que competen a la CNMC en orden a decidir, a la vista de dichas pruebas, no solo sobre la existencia o no de la infracción, sino también, y en un momento anterior, sobre si procede o no incoar el oportuno expediente ante la denuncia presentada por persona física o jurídica por supuestas prácticas anticompetitivas (sentencia de esta Sección de 17 de diciembre de 2013, recurso núm. 432/12 , que se remite a la doctrina reflejada en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de septiembre de 1992, asunto T-24/90 Automec, en cuyo apartado 76 se declara expresamente que "*Como la Comisión no tiene la obligación de pronunciarse sobre si existe o no una infracción, no puede ser obligada a llevar a cabo una investigación, ya que ésta no podría tener más objeto que averiguar los elementos de prueba relativos a si existe o no una infracción que ella no está obligada a declarar. A este respecto, procede recordar que, a diferencia de lo que prevé la segunda frase del apartado 1 del artículo 89 del Tratado, en los casos de las solicitudes presentadas por los Estados miembros, los Reglamentos n° 17 y n° 99/63 no obligan expresamente a la Comisión a iniciar investigaciones sobre las denuncias que le sean presentadas*").

Una segunda cuestión que debe tenerse presente en este análisis es la relativa a las facultades que asisten a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en materia de valoraciones de naturaleza económica.

Y, por último, resulta destacable que, como se cuida de advertir la misma CNMC, no existe una jurisprudencia acuñada previa sobre la acreditación cuantitativa del estrechamiento de márgenes en una situación de dominio colectivo. Es ésta una precisión muy importante, pues matiza la posibilidad de trasladar de manera mimética los criterios sobre test utilizables en supuestos de estrechamiento de márgenes fijados por la jurisprudencia europea, al haber sido elaborados en situaciones de posición de dominio individual.

Dicho todo ello, ha de resaltarse la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 15 de febrero de 2005, asunto C-12/03 Tetra Laval, de referencia en materia de apreciación de cuestiones de índole económica al establecer unos criterios que, si bien aluden en principio a los casos de concentraciones económicas, han sido considerados de aplicación general.

Sentencia en la que se señala lo siguiente:

"37 Mediante su primer motivo, la Comisión impugna la sentencia recurrida en la medida en que el Tribunal de Primera Instancia le impuso la exigencia de que, al adoptar una decisión que declara una operación incompatible con el mercado común, debe basar su argumentación en un nivel probatorio y en una calidad de las pruebas que resultaban incompatibles con las amplias facultades de que dispone cuando lleva a cabo valoraciones de carácter económico. De este modo, la Comisión reprocha al Tribunal de Primera Instancia la infracción del artículo 230 CE al rebasar el nivel de control que le reconoce la jurisprudencia y, en consecuencia, al haber



aplicado indebidamente en el caso de autos el artículo 2, apartados 2 y 3, del Reglamento al establecer una presunción de legalidad en favor de determinadas operaciones de concentración.

38 A este respecto, procede hacer constar que, en el apartado 119 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia recordó correctamente los criterios del control judicial de las decisiones de la Comisión en materia de concentraciones, tal como habían sido formulados en la sentencia Kali & Salz, antes citada. En los apartados 223 y 224 de esta última sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que las normas materiales del Reglamento, y en especial su artículo 2, confieren a la Comisión cierta facultad discrecional, especialmente por lo que respecta a las apreciaciones de orden económico, y que, por consiguiente, el control por parte del juez comunitario del ejercicio de dicha facultad, que es esencial a la hora de definir las normas en materia de concentraciones, debe ser efectuado teniendo en cuenta el margen de apreciación implícito en las normas de carácter económico que forman parte del régimen de las concentraciones.

39 Si bien es cierto que el Tribunal de Justicia reconoce a la Comisión cierto margen de apreciación en materia económica, ello no implica que el juez comunitario deba abstenerse de controlar la interpretación de los datos de carácter económico por la Comisión. En efecto, el juez comunitario no sólo debe verificar la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia, sino también comprobar si tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos. Un control de este tipo es aún más necesario cuando se trata de un análisis prospectivo que viene exigido por el examen de un proyecto de concentración que produce un efecto de conglomerado.

40 Por consiguiente, remitiéndose específicamente a la sentencia Kali & Salz, antes citada, el Tribunal de Primera Instancia declaró acertadamente, en el apartado 155 de la sentencia recurrida, que el análisis de la Comisión en materia de concentraciones que produzcan un efecto de conglomerado está sujeto a requisitos análogos a los definidos por la jurisprudencia en lo que respecta a la creación de una situación de posición dominante colectiva y requiere un examen atento de las circunstancias pertinentes para valorar dicho efecto sobre la competencia en el mercado de referencia".

Sobre la valoración de la prueba en materia económica, la ya citada sentencia del TJ de 10 de julio de 2014, C-295/12, reproduce las consideraciones anteriores y declara:

"54 Así, el Tribunal de Justicia ha tenido ya ocasión de subrayar que, si bien en los ámbitos que exijan apreciaciones económicas complejas, la Comisión dispone de un margen de apreciación en materia económica, ello no implica que el juez de la Unión deba abstenerse de controlar la interpretación que haga la Comisión de datos de carácter económico. En efecto, el juez de la Unión no sólo debe verificar, en particular, la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia, sino también comprobar si tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos (sentencias Comisión/Tetra Laval, EU:C:2005:87, apartado 39; Chalkor/Comisión, EU:C:2011:815, apartado 54, y Otis y otros, EU:C:2012:684, apartado 59).

55 Por otra parte, la falta de control de oficio de la decisión controvertida en su conjunto no viola el principio de tutela judicial efectiva. Para que se respete este principio no es indispensable que el Tribunal General, que está ciertamente obligado a dar respuesta a los motivos invocados y a ejercer un control tanto de hecho como de Derecho, esté obligado a proceder de oficio a una nueva instrucción completa del expediente (sentencias Chalkor/Comisión, EU:C:2011:815, apartado 66, y Kone y otros/Comisión, C-510/11 P, EU:C:2013:696, apartado 32).

56 Así, el juez de la Unión debe ejercer el control de legalidad basándose en las pruebas aportadas por el demandante en apoyo de los motivos invocados, sin que pueda basarse en el margen de apreciación del que dispone la Comisión a la hora de valorar dichas pruebas para renunciar a ejercer un control en profundidad tanto de hecho como de Derecho (véanse en este sentido las sentencias Chalkor/Comisión, EU:C:2011:815, apartado 62, y Schindler Holding y otros/Comisión, EU:C:2013:522, apartado 37).

57 En vista de estas características, el control de legalidad contemplado en el artículo 263 TFUE cumple los requisitos del principio de tutela judicial efectiva que figura en el artículo 6 del CEDH, apartado 1, con el que se corresponde, en Derecho de la Unión, el artículo 47 de la Carta (véanse en este sentido las sentencias Chalkor/Comisión, EU:C:2011:815, apartado 67; Otis y otros, EU:C:2012:684, apartado 56, y Schindler Holding y otros/Comisión, EU:C:2013:522, apartado 38)."

En el caso de autos, para analizar la posible existencia de un estrechamiento de márgenes por parte de las operadoras con poder de dominio, la Dirección de Investigación se sirvió del test del operador igualmente eficiente (OIE) - mecanismo al que se refería ya, como hemos dicho, la Comunicación sobre la aplicación de

las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones marco jurídico, mercados de referencia y principios (98/C 265/02), en cuyo apartado 118 indicaba que *"En circunstancias adecuadas, puede demostrarse que se ha producido una reducción de los precios mostrando que el margen entre la tarifa de acceso aplicada a los competidores en el mercado descendente, incluidas las operaciones propias de la empresa dominante, en caso de que existan, y el precio que el operador de la red aplica en el mercado descendente no basta para que un prestador de servicios con un grado de eficiencia suficiente en el mercado descendente obtenga un beneficio normal a menos que la empresa dominante pueda demostrar que su división de operaciones descendentes es excepcionalmente eficiente"*, en el que analizaba la rentabilidad de la actividad del OIE sobre la base de los costes descendentes de TME, VODAFONE y ORANGE con el objetivo de determinar si dicho competidor, con la misma estructura de costes unitarios que las unidades operativas de estas empresas en los mercados descendentes, podría ser rentable en dichos mercados, teniendo en cuenta los precios minoristas y mayoristas aplicados por las mencionadas empresas. *"Es decir -razonaba la CNMC-, si un operador igualmente eficiente (con los mismos costes que TME, VODAFONE y ORANGE en el mercado descendente) puede actuar de forma rentable teniendo en cuenta los precios cobrados por los servicios mayoristas ascendentes y los precios del mercado minorista"*.

Describe la resolución impugnada el criterio seguido por la Dirección para determinar los ingresos y los pagos unitarios y señala que se atendía a los efectivos correspondientes al período con el objeto de *"... considerar, en lugar de las tarifas nominales de un determinado servicio, todos los ingresos y pagos efectuados correspondientes a dicho servicio durante cada período considerado"*, incorporando los posibles descuentos o recargos, cuotas de abono o periódicas, ingresos recibidos o subvenciones aplicadas por ventas de terminales, tarifas planas, posibles umbrales gratuitos etc., siempre que resultasen imputables al servicio de que se trate de acuerdo con criterios análogos a los que emplea la contabilidad de costes regulada.

Además, indica que se optó por definir el OMV completo de referencia, para cada uno de los OMR, como aquel que disfruta de las condiciones económicas menos favorables, en el período de análisis, en la contratación de los servicios mayoristas de originación de llamadas de voz móvil de ámbito nacional, por ser dicha definición coherente con el enfoque que adoptó la extinta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en su Resolución 07/11, de 3 de marzo de 2011, relativa a la denuncia interpuesta por Jazztel contra Vodafone por el lanzamiento de su oferta "Vodafone ADSL 6 Mb + tarifa plana + router wifi + Módem USB".

Para la evaluación de la rentabilidad utilizó el análisis "período a período" en el que se comparan cada año los ingresos y los costes registrados en las cuentas del operador, incluyendo éstos la amortización de las inversiones.

Y así, teniendo presente la información proporcionada por las empresas, la Dirección de Investigación determinó los ingresos unitarios, costes unitarios y márgenes recibidos y soportados por las unidades descendentes de TME, VODAFONE y ORANGE en el mercado minorista de servicios de llamadas de voz móvil desde el año 2008 hasta el año 2010, de cuyo análisis consideró acreditado que un OMV completo tan eficiente como su OMR anfitrión que hubiera deseado participar en el mercado minorista de llamadas de voz móvil de ámbito nacional, recibiendo los ingresos unitarios y soportando los costes unitarios correspondientes, no hubiera podido obtener rentabilidades positivas en ninguno de los ejercicios del período 2008-2010, resultado que se confirma con los datos individuales de TME, VODAFONE y ORANGE.

También constató que un operador igualmente eficiente hubiera obtenido márgenes aún más negativos en el segmento empresarial, por lo que entendió acreditado el estrechamiento de márgenes en el mercado minorista de llamadas de voz móvil en el ámbito nacional, y en el segmento empresarial, en el período 2008-2010 y, en consecuencia, producida una conducta contraria a los artículos 2 LDC y 102 TFUE .

Además, dicha conducta provocaría *"efectos exclusionarios sobre los competidores en el mercado minorista de llamadas de voz móvil"* y *"causa un perjuicio a los consumidores dado que la consiguiente reducción de la presión competitiva permite el mantenimiento de precios elevados en los servicios minoristas"*.

Este análisis que pormenoriza la resolución recurrida sería, con arreglo al criterio de la sociedad ahora recurrente, el correcto por cumplir con las exigencias de la jurisprudencia europea y ajustarse al test del operador igualmente eficiente.

Sin embargo, y apreciada la existencia de la infracción por razón de los resultados obtenidos a consecuencia de la aplicación del test, la conclusión se modificó ante las alegaciones presentadas por ORANGE en relación con los efectos de las conductas acreditadas y su aptitud para restringir la competencia de forma significativa en el mercado minorista. Siguiendo los razonamientos de la CNMC, si bien TME, VODAFONE y ORANGE habrían desarrollado individualmente políticas de precios mayoristas y minoristas que, dados sus niveles de costes, generaban un estrechamiento de márgenes a algunos de sus OMV, estas prácticas individuales de cada una de estas empresas no habrían tenido aptitud para generar los suficientes efectos excluyentes en el



mercado minorista al verificarse que cualquiera de los OMV, utilizando los servicios mayoristas de originación de ORANGE, podrían haber replicado, sin incurrir en pérdidas, bajo el mismo estándar de operador igualmente eficiente, la política comercial de TME -operador móvil más significativo del mercado minorista y del segmento empresarial-, de tal modo que alrededor de la mitad del mercado minorista sería atacable para esos OMV completos.

Estos motivos condujeron, finalmente, a la Dirección a entender que no se habían acreditado de manera suficiente los efectos de exclusión del mercado de las conductas contrarias a los artículos 2 LDC y 102 TFUE y a proponer, en consecuencia, en su Informe Propuesta la declaración de no acreditación de las conductas.

SEXTO .- Hechas las consideraciones anteriores, procede abordar el motivo de la demanda que denuncia que *"el test cruzado aplicado en la resolución de la CNMC para tratar de constatar los posibles efectos de exclusión del estrechamiento de márgenes es contrario a derecho y a la jurisprudencia comunitaria en la materia"*.

Este motivo se justifica, en síntesis, en que dicha jurisprudencia admitiría solo el test del operador igualmente eficiente como mecanismo apropiado para evaluar la existencia de un estrechamiento de márgenes, con cita de las sentencias que reflejan este criterio.

Sin embargo, entendemos que no puede ser acogido a la vista de lo argumentado en el fundamento anterior.

Así, y en primer lugar, por la existencia de un margen de apreciación por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia cuya decisión tiene, en este supuesto y en relación al mecanismo de control de estrechamiento de márgenes y de sus efectos en el mercado, una motivación suficiente y razonable en las consideraciones que recoge la misma resolución recurrida respecto de la utilidad del análisis de los test cruzados.

Dice al respecto en sus páginas 67 y 68 que *"La extensión del análisis de los test cruzados a todos los operadores ha completado el análisis para poder disponer de una visión completa global, pero no es suficiente en sí misma para cambiar la constatación de que (confidencial) del mercado es contestable. Por ello, en este punto, al constatar la generalización de márgenes cruzados negativos para el resto de los test cruzados, la introducción en la valoración del análisis de los posibles costes de cambio de operador anfitrión para los OMV resulta adecuada"*.

Explica, además, por qué el Consejo entiende relevante el análisis sobre los costes de cambio de operador anfitrión, y dice que *"... es necesario tener en cuenta en primer lugar que de los distintos escenarios considerados por la DC -escenarios de costes bajos y elevados; costes por adaptaciones y penalizaciones; total del mercado y segmento empresarial-, únicamente se habría confirmado la existencia de márgenes unitarios negativos en el segmento empresarial con costes de adaptación y en el año 2010. La incorporación de los costes por penalizaciones es compleja y, únicamente por encima de determinados umbrales calculados en los dos escenarios considerados, se constatarían márgenes unitarios negativos para el conjunto del mercado"*.

Y añade que *"... a los efectos del presente expediente, se considera que el análisis realizado de estos costes de cambio, por la metodología y por los costes considerados, que han tenido que abordarse desde una perspectiva más teórica que práctica -lo que ha condicionado la prueba-, no resulta lo suficientemente concluyente como para demostrar los efectos exclusionarios del estrechamiento de márgenes. Aparte de cuestiones metodológicas, surgen dudas en relación con la incorporación de los costes contractuales, ya que resulta complejo determinar el componente variable a largo plazo de los mismos. Por otro lado, en los que respecta a los costes considerados, de la información solicitada y aportada por los interesados, se desprende la existencia de una gran casuística sobre los posibles costes de adaptación y sobre las indemnizaciones, que exigiría un análisis más detallado. Así, los costes de adaptación pueden ser muy diferentes dependiendo de los procesos técnicos elegidos para hacer la migración y del número de clientes que se tenga; y las penalizaciones variarán dependiendo de las concretas cláusulas contractuales, del período de vigencia restante del contrato etc. Por último, gran parte de la información recibida se basa en estimaciones pero no en la existencia de un cambio real y, por lo tanto, como se indicaba antes, el análisis ha tenido que abordarse desde una perspectiva más teórica que práctica"*.

Lo que le impide concluir, al no existir una evidencia suficiente de que el estrechamiento de márgenes haya tenido efectos excluyentes, que se haya consumado la infracción.

Esta solución, prolijamente motivada con cuanto se acaba de transcribir, es razonable desde la perspectiva de los principios que inspiran el derecho administrativo sancionador, que exigen una prueba cumplida de la comisión de la infracción y que, en caso de duda, obligan a no sancionar.

Encuentra base también en la particular situación que analiza la CNMC y cuya peculiaridad destaca la propia resolución impugnada, cual es que se trata de un estrechamiento de márgenes en una situación de dominio



colectivo, no contemplada en las sentencias que se invocan por la recurrente en relación con el test del operador igualmente eficiente y la pretendida proscripción de los test cruzados.

La Sala considera que esta situación incide, necesariamente, en las consecuencias que la posición de dominio y la actuación individual de estrechamiento de márgenes actuada por cada empresa dominante ha de tener en el mercado, de tal suerte que los eventuales efectos excluyentes se ven condicionados por la posición mantenida por las demás entidades dominantes o por alguna de ellas.

Sin rechazar conceptualmente la posibilidad de que cada una de dichas entidades que hubiera incurrido en un abuso de su posición mediante el estrechamiento de márgenes pueda ser objeto de la correspondiente sanción, es lo cierto que se hace necesaria una prueba bastante -o evidencia suficientemente robusta, en expresión de la CNMC- tanto del estrechamiento como de sus efectos, ciertos o potenciales, en el mercado, para advertir la infracción.

Prueba que, al faltar, determina que no se imponga sanción.

Por otra parte, no puede dejar de insistirse en que, a pesar de ser la justificación insuficiente de los efectos excluyentes la razón invocada por la CNMC para no sancionar, la denunciante, ahora demandante, no solicitó siquiera el recibimiento del pleito a prueba en el momento procesalmente oportuno para hacerlo con el fin desvirtuar dicha conclusión.

SÉPTMO .- Sostiene la entidad actora que la resolución que impugna *"vulnera el artículo 3.1 del Reglamento 1/2003 por el que se obliga las autoridades de los Estados miembros de la UE a aplicar los artículos del TFUE, en concreto el artículo 102, del mismo modo en que los aplica la Comisión Europea"*, por cuanto, conforme al citado precepto, no cabe aplicar el derecho nacional de la competencia en relación con el abuso de la posición de dominio de una manera más flexible de lo que se haría con el artículo 102 del TFUE .

Y, en concreto, se refiere a la errónea utilización del test cruzado, suponiendo que dicha utilización implica una aplicación menos estricta del derecho nacional de la competencia de la que se seguiría de la observancia, necesaria una vez invocado, del artículo 102 del TFUE , pues, dice, la Comisión Europea, respaldada por una amplia jurisprudencia del TJUE, ha utilizado siempre un análisis basado en el concepto de competidor igualmente eficiente.

Conforme al citado artículo 3.1 *"Cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros o los órganos jurisdiccionales nacionales apliquen el Derecho nacional de la competencia a una práctica abusiva prohibida por el artículo 82 del Tratado, aplicarán también a la misma el artículo 82 del Tratado"*. Y añade en el párrafo segundo de su apartado 2, que también invoca la recurrente, que *"Lo dispuesto en el presente Reglamento no impedirá a los Estados miembros adoptar y aplicar en sus respectivos territorios legislaciones nacionales más estrictas en virtud de las cuales se prohíban o penalicen con sanciones determinados comportamientos que las empresas adopten de forma unilateral"*.

Baste, sin embargo, para rechazar el motivo, lo expuesto en el fundamento anterior.

Y es que, descartado que el empleo del denominado test cruzado pueda resultar inadecuado, ni tampoco contrario a la doctrina emanada del TJUE en atención a las particulares circunstancias concurrentes, decae la alegación de que el derecho nacional se ha aplicado de manera más flexible o menos estricta de lo que se haría con la norma europea (artículo 102 del TFUE).

OCTAVO .- Argumenta BT que la práctica de estrechamiento de márgenes llevada a cabo durante dos años constituye una infracción de los artículos 102 del TFUE y 2 de la LDC .

Pone de relieve que la resolución recurrida detectó que se había producido un estrechamiento de márgenes en el mercado corporativo durante los años 2008 y 2009, y que el mismo finalizó en el año 2010, si bien entendió que no se violaba la normativa sobre competencia por cuanto los márgenes obtenidos en el año 2010 compensarían las pérdidas de los años anteriores. Interpretación que, a juicio de BT, es *"claramente contraria a la jurisprudencia comunitaria"*, remitiéndose al criterio seguido por el TJUE en los asuntos Telefónica, Deutsche Telecom y TeliaSonera.

Respecto de esta alegación ha de significarse, en primer lugar, que la resolución recurrida no fija tales períodos de pérdidas y posterior compensación con carácter general, sino solo respecto del segmento empresarial.

En concreto, se alude a ello en la propuesta de resolución, apartados 494 y 495, folio 7.687, como desvela ORANGE en su contestación a la demanda. En el primero de dichos apartados se indica lo siguiente: *"Los resultados de las tablas muestran que el OMV competo hubiera podido obtener rentabilidades positivas en cada uno de los ejercicios del período 2008-2010, para el conjunto del mercado, pagando los precios mayoristas de originación y finalización aplicados por ORANGE y registrando los mismos costes unitarios y aplicando los*

mismos precios minoristas que TME. En otros términos, el OMV completo de referencia ORANGE habría podido competir rentablemente en el período de referencia con TME, siendo tan eficiente como TME".

Con relación al segmento empresarial, si bien en el citado apartado 495 se alude a que "los resultados revelan márgenes negativos en los ejercicios 2008 y 2009 y positivos en el 2010", tras analizar los resultados que refleja la tabla que incorpora la misma propuesta de resolución, concluye en el apartado 496 que "El resultado del cálculo efectuado muestra un margen positivo para el conjunto del período, lo que acredita que el OMV completo de referencia de ORANGE habría estado también en condiciones de competir con TME en el segmento empresarial del mercado minorista de llamadas de voz móvil de ámbito nacional".

BT se refiere en su demanda (párrafo 105) al informe emitido por la Dirección de Competencia con posterioridad a la propuesta de resolución, del que transcribe su apartado 155 en el que se concluye que "... sólo el OMV completo de referencia de ORANGE habría podido competir rentablemente en el período 2008-2010 con TELEFÓNICA. En el resto de casos todos los test de estrechamiento cruzados realizados, sin incluir costes de cambio, revelan la existencia de estrechamiento de márgenes, es decir no habría sido posible para los OMV de referencia de cada ORM competir rentablemente con los otros ORM del mercado, tanto en el conjunto del mercado como en el segmento empresarial".

Esta circunstancia ya es considerada en la resolución misma, que rechaza, no obstante, la producción de efectos excluyentes por la posibilidad de los OMV de acudir a los servicios mayoristas de ORANGE.

Pero el aludido informe de la Dirección de Competencia incorpora a los datos reflejados en la propuesta de resolución un escenario en el que se incluyen los costes de cambio que los OMV cuyo ORM fuese TELEFÓNICA o VODAFONE tendrían que asumir al cambiar a ORANGE para la provisión de servicios de acceso y originación de llamadas móviles, así como los efectos de estos costes de cambio sobre la posibilidad de que el OMV siguiera obteniendo un margen positivo si pagase los precios mayoristas de originación y finalización aplicados por ORANGE y tuviera los mismos costes unitarios y precios minoristas que TELEFÓNICA.

En este caso, el informe viene a concluir que, en el conjunto del mercado, los márgenes positivos solo desaparecerían en el período de referencia a partir de cierto umbral de penalizaciones, si bien en el segmento empresarial los costes de cambio acarrearían la desaparición de márgenes positivos.

La premisa sobre la que se sostiene el argumento de BT desaparece entonces, pues la resolución recurrida no asume en modo alguno que los márgenes negativos se produjeran necesariamente durante los ejercicios 2008 y 2009 y solo pudieran compensarse después, con los beneficios obtenidos en 2010.

La decisión de la CNMC parte, y conviene recordarlo a riesgo de ser reiterativos, de la insuficiente solidez de los datos obtenidos para deducir de ellos la existencia de la infracción, de manera coherente con los principios que inspiran la materia sancionadora.

NOVENO .- Afirma la demandante que "una práctica de estrechamiento de márgenes que produce un cierre del 50% del mercado constituye una infracción del artículo 102 del TFUE y del artículo 2 de la LDC", y justifica tal afirmación en el criterio seguido por la Decisión de la Comisión Europea de 4 de julio de 2007 C (2007) 3196, asunto *Telefónica*.

Sin embargo, las diferencias con el supuesto de hecho de aquel asunto son tan evidentes que excluyen cualquier posible asimilación de criterios.

En efecto, entonces se analizaba la posición de dominio y el estrechamiento de márgenes operado por una empresa, Telefónica, respecto de la cual la Comisión declaró que había abusado de su posición dominante durante el período comprendido entre septiembre de 2001 y diciembre de 2006 al imponer a sus competidores precios no equitativos en forma de un estrechamiento de márgenes entre los precios minoristas de acceso de banda ancha en el mercado español de los consumidores en general y los precios mayoristas de acceso de banda ancha a escala regional y nacional. Consideró que se trataba de abuso por parte de una empresa que ocupaba una posición virtualmente monopolística, que debía calificarse de "muy grave", por lo que le impuso una multa por importe superior a 150 millones de euros. Recurrida la Decisión de la Comisión ante el Tribunal General, éste desestimó el recurso mediante sentencia de 29 de marzo de 2012.

Pues bien, en aquel caso, a diferencia de lo que ahora sucede, no existía una situación de posición de dominio colectiva, sino que se partía de una situación, en la práctica, de monopolio de Telefónica, que ofrecía servicios mayoristas de acceso a internet de banda ancha.

Por contra, en el supuesto que aquí enjuiciamos, y como se sigue de la resolución de 6 de marzo de 2014, los OMV podrían llegar a actuar rentablemente en el mercado sirviéndose del operador mayorista ORANGE, al punto de competir por el 50% del mercado que BT supone cerrado.



DÉCIMO .- Con carácter subsidiario a los argumentos anteriores plantea BT que, el hecho de que ORANGE pudiera no haber abusado de su posición de dominio, no implica que las otras dos empresas dominantes no hubieran cometido la infracción.

Sostiene que la jurisprudencia europea ha declarado que no es necesario el abuso por parte de todas las empresas que ostentan la posición dominante conjunta para que la conducta se encuadre dentro del artículo 102 TFUE .

Se remite en esto a lo resuelto en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 7 de octubre de 1999, asunto T-228/97 , *Irish Sugar* , así como en la sentencia, también del Tribunal de Primera Instancia, de 30 de septiembre de 2003 , asuntos acumulados T-191/98 y T-212/98 a T-214/98 *Atlantic Container TACA* .

Por ello, considera que si la Sala declarase que los precios fijados por ORANGE no implican un abuso de la posición de dominio que ocupa junto con TME y VODAFONE, no existiría obstáculo para que éstas fueran sancionadas una vez constatada su actuación abusiva. Especialmente cuando la misma CNMC declaró la existencia de la situación de posición dominante conjunta y de la práctica de estrechamiento de márgenes por parte de TME y de VODAFONE.

Incluso mantiene que el abuso sería extensivo a ORANGE *"... pues se aprovecha de la estructura del mercado y del status quo de la dominancia colectiva para mantener sus beneficios inalterables"*.

La construcción conceptual que refleja este motivo de la demanda pudiera resultar válida, y encuentra apoyo en los pronunciamientos del Tribunal de Primera Instancia a los que se remite la entidad recurrente de los que se sigue que, en una situación de posición dominante conjunta, no es necesario constatar un abuso por parte de todas las empresas que ocupan dicha posición para que se produzca una infracción de las previstas en el artículo 102 del TFUE .

En efecto, en la citada sentencia de 30 de septiembre de 2003, asunto *Atlantic Container TACA* , el Tribunal de Primera Instancia manifiesta lo siguiente:

"633 A lo sumo, el hecho de que un miembro del TACA no haya seguido el comportamiento adoptado por los demás miembros del TACA vendría a demostrar la ausencia de participación de este miembro del TACA en una infracción del artículo 86 del Tratado si resultara que el comportamiento adoptado por los demás miembros del TACA constituye un abuso en el sentido de esta disposición. En efecto, si bien la existencia de una posición dominante colectiva se deduce de la posición que ocupan conjuntamente las entidades económicas de que se trate en el mercado de referencia, el abuso no debe ser necesariamente obra de todas las empresas en cuestión. Basta con que pueda ser identificado como una de las manifestaciones de la ocupación de tal posición dominante colectiva (sentencia Irish Sugar/Comisión, citada en el apartado 152 supra, apartado 66)".

Es lo cierto que la resolución no cuestiona en ninguno de sus pasajes esta posibilidad.

Pero, nuevamente, la peculiar situación analizada proporciona un elemento cualitativamente diferenciador, como es que el abuso de la posición de dominio, que ostentan de manera conjunta varias empresas, se ha de manifestar mediante una práctica de estrechamiento de márgenes con efectos, potenciales o reales, de exclusión del mercado. Y la producción de tales efectos ha sido cuestionada, motivadamente y a la vista de la prueba practicada, por la CNMC, quien no ha podido constatarla al menos con la intensidad que se requiere para apreciar la comisión de la infracción denunciada.

DECIMOPRIMERO .- El siguiente de los argumentos de la demanda gravita en torno a la valoración de la prueba realizada por la CNMC, que la recurrente considera errónea *"al no entender probados el estrechamiento de márgenes y los efectos de exclusión en la práctica"*.

Supone que BT habría demostrado que, debido al estrechamiento de márgenes llevado a cabo por TME, ORANGE y VODAFONE, le fue imposible competir , *"... incurriendo en grandes pérdidas y teniendo que cambiar su modelo de negocio de operador móvil virtual completo a operador móvil prestador de servicios"*.

Frente a las conclusiones extraídas por la CNMC de las pruebas practicadas en el expediente, a juicio de BT *"De todos los 9 escenarios posibles analizados por la CNMC a la hora de determinar la existencia de estrechamiento de márgenes, solamente en uno de ellas, y de manera parcial, se podía haber hipotéticamente competido"*; y supone que *"Esto implica que el mercado que se vio cerrado es lo suficientemente importante como para entenderse vulnerados los artículos 102 TFUE y 2 LDC "*. A lo que añade que *"El Consejo de la CNMC valoró erróneamente las medidas adicionales de prueba efectuadas por la Dirección de Instrucción, debiendo haber considerado demostrado (sic) igualmente el estrechamiento de márgenes en todas las hipótesis del test cruzado"*.



En relación con ello, ya hemos vistos en los fundamentos precedentes que la jurisprudencia europea ha reconocido un margen de apreciación discrecional a la Comisión sobre las cuestiones de índole económica, sin perjuicio de las facultades que asisten al juez para supervisar la adecuada valoración de las pruebas.

La ya citada sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 15 de febrero de 2005, asunto C-12/03 Tetra Laval, declara que "... el Tribunal de Justicia declaró que las normas materiales del Reglamento, y en especial su artículo 2, confieren a la Comisión cierta facultad discrecional, especialmente por lo que respecta a las apreciaciones de orden económico, y que, por consiguiente, el control por parte del juez comunitario del ejercicio de dicha facultad, que es esencial a la hora de definir las normas en materia de concentraciones, debe ser efectuado teniendo en cuenta el margen de apreciación implícito en las normas de carácter económico que forman parte del régimen de las concentraciones" (apartado 38), criterio aplicable a los ámbitos restantes de acuerdo con otras sentencias posteriores, y así la también citada del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 2014 , c-295/12 .

En el caso de autos, la valoración de los datos fácticos que ha llevado a cabo la Comisión parte de la descripción de las características particulares de los mercados afectados, las consecuencias que conlleva la situación dominante colectiva, las concretas prácticas denunciadas, consistentes en una compresión de márgenes de los competidores en el mercado minorista de llamadas de voz, para realizar a continuación un análisis de los datos proporcionados por los test del OIE y test cruzados.

No puede decirse que su valoración resulte infundada por carecer de elementos de hecho, ni inmotivada por no aportar una justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada sobre la base de las pruebas que se practicaron en el expediente.

Cuestión distinta es que la parte denunciante discrepe de dicha valoración y conclusión, que no por ello resultan infundadas.

Por otra parte, y en el ejercicio de las funciones de control sobre la decisión recurrida que la jurisprudencia citada atribuye al órgano jurisdiccional, sería de evidente interés que la parte interesada hubiera aportado en el curso del proceso otras pruebas que permitieran considerar acreditado que, como sostiene la misma demandante, "BT España ha sido incapaz de expandir su negocio en el mercado empresarial durante el período de la infracción y de acuerdo con su plan de negocios inicial; BT España ha sufrido pérdidas como consecuencia del estrechamiento de márgenes, en todos los períodos entre 2007 y 2010, y BT España se ha visto forzado a cambiar de modelo de negocio móvil pasando de ser OMV Completo a OMV prestador de servicio en 2010 (abonado a Vodafone una penalización por escisión anticipada)".

Sin embargo, es lo cierto que la interesada ni siquiera solicitó el recibimiento del pleito a prueba en el momento procesalmente oportuno para hacerlo.

DECIMOSEGUNDO. - Por último, propone BT que por la Sala se promueva cuestión prejudicial en aplicación de lo establecido en el artículo 267 del TFUE . Cuestión que considera, además, de planteamiento obligatorio en atención a lo dispuesto en dicho precepto, para lo que argumenta que "ante el hecho de que la presente revisión jurisdiccional se plantea ante la Sala a la que nos dirigimos en instancia única, al no haber recurso alguno de casación frente a la sentencia que se dicte, habrá de considerarse que la Audiencia Nacional es el órgano jurisdiccional de última instancia".

Los extremos sobre los que se solicita el pronunciamiento del TJUE son los siguientes:

I.- *¿Una práctica de estrechamiento de márgenes llevada a cabo durante dos años es suficiente para constatar una infracción del artículo 102 TFUE ?*

II.- *¿Pueden compensarse dos ejercicios o más con la existencia de otro u otros ejercicios en el o en los que no se diera dicho estrechamiento márgenes?*

III.- *¿Cuántos ejercicios son necesarios para establecer la infracción?*

IV.- *¿Es posible establecer como test para la existencia de un abuso de posición dominante el examen de situaciones imposibles en la realidad comercial como la de combinar los precios y costes de los operadores en dominancia conjunta?*

V.- *¿Una práctica de estrechamiento de márgenes que cierra el 50 % de un mercado relevante es suficiente para entender infringido el artículo 102 del TFUE ?*

VI.- *Si la respuesta anterior es negativa, ¿cambiaría dicha respuesta si en el 50% del mercado solo pueden competir 1/3 de los operadores de mercado?"*

Pues bien, ha de decirse, en primer lugar, que el pretendido carácter obligatorio del planteamiento de la cuestión no es tal pues, en contra de lo sostenido en la demanda, la presente sentencia sí es susceptible de recurso



de casación ante el Tribunal Supremo de acuerdo con lo establecido en la Ley reguladora de esta jurisdicción, artículos 86 y siguientes, en su redacción vigente y tras la reforma operada por la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio.

En cualquier caso, entendemos que, si bien alguna de las cuestiones suscitadas en el litigio pudieran ser novedosas, los pronunciamientos de los Tribunales europeos que se citan y examinan en la fundamentación precedente proporcionan un criterio útil para resolverlas en los términos que se han venido exponiendo, lo que hace innecesario el planteamiento de la cuestión prejudicial.

DECIMOTERCERO .- Procede, en conclusión, la desestimación del recurso, debiendo la parte actora correr con las costas causadas en esta instancia conforme a lo establecido en el artículo 139.1 de la LJCA.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora D^a Cayetana Zulueta Luchsinger en nombre y representación de **BRITISH TELECOMUNICATIONS PLC y BT ESPAÑA, COMPAÑÍA DE SERVICIOS GLOBALES S.A.U.**, contra la resolución de 6 de marzo de 2014, por ser dicha resolución ajustada a Derecho.

Con expresa imposición de costas a la parte actora.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su no tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 02/06/2017 doy fe.