

José Carlos Laguna de Paz

Regulación sectorial y normas
generales de defensa de la
competencia: criterios de
relación

Catedrático de Derecho Administrativo (acreditado).
Universidad de Valladolid

RESUMEN: Las actividades económicas se someten tanto a la regulación sectorial, como a las normas generales de Defensa de la Competencia. La consecuencia es que, con frecuencia, una misma conducta puede ser abordada desde ambos tipos de normas. Esta situación genera inseguridad jurídica, como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia en los últimos años. De ahí la necesidad de racionalizar las relaciones entre ambas normas.

PALABRAS CLAVE: regulación sectorial, Derecho de la Competencia, liberalización, desregulación, promoción de la competencia, telecomunicaciones.

SUMARIO

1. REGULACIÓN SECTORIAL Y DERECHO DE LA COMPETENCIA
 2. COMPLEMENTARIEDAD: AMBAS NORMAS SE REFIEREN A ASPECTOS DISTINTOS DE LA ACTIVIDAD
 3. SUSTITUIBILIDAD: AMBAS NORMAS REGULAN LOS MISMOS ASPECTOS DE LA ACTIVIDAD—3.1. *La regulación como instrumento de promoción positiva de la competencia*—3.2. *Medidas para promover la competencia*—3.3. *Corresponde al legislador decidir en qué medida el derecho de la competencia puede sustituir a la regulación sectorial*
 4. APLICACIÓN CONJUNTA: LA REGULACIÓN PUEDE DEJAR UN MARGEN DE ACTUACIÓN ANTICOMPETITIVA, QUE PUEDE SER ABORDADO DESDE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA—4.1. *Experiencia europea*—a) Asunto Deutsche Telekom—b) Asunto Telefónica—4.2. *Experiencia estadounidense*—a) Asunto Trinko—b) Asunto Linkline
-

1. REGULACIÓN SECTORIAL Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

1. Las actividades económicas tienden a la máxima desregulación posible¹. La aspiración es que el mercado genere mayor eficiencia económica, innovación y satisfacción de los intereses de los consumidores. Sin embargo, la experiencia demuestra que *la regulación es necesaria para suplir los fallos del mercado*. (i) En algunos casos, se trata de proteger bienes jurídicos socialmente valiosos (por ejemplo, control del riesgo que asumen las entidades financieras) o de garantizar prestaciones que la libre iniciativa –por sí misma– no realiza en adecuadas condiciones de calidad y precio (servicio universal). (ii) En otros casos, la regulación es utilizada como un medio de promoción y defensa de la competencia, especialmente, en sectores que cuentan con fuertes barreras de acceso al mercado y operadores con una sólida posición de dominio.

2. La cuestión es que –si las actividades económicas están sujetas a la regulación sectorial– también lo están a las *normas generales de defensa de la competencia*. Su carácter horizontal hace que éstas se proyecten sobre todas las actividades que se desarrollan en régimen de libre iniciativa.

3. La consecuencia es que, con frecuencia, *una misma conducta puede ser abordada desde dos tipos de normas*: regulación sectorial y legislación general de defensa de la competencia². Esta situación genera inseguridad jurídica, como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia en los últimos años. De ahí la necesidad de *racionalizar las relaciones entre ambos tipos de normas*.

A este respecto, es preciso distinguir tres situaciones: (I) *complementariedad*: ambos tipos de normas se refieren a aspectos distintos de la actividad; (II) *sustituibilidad*: regulan los mismos aspectos de la actividad, lo que significa que la regulación sectorial desplaza a las normas generales de defensa de la competencia; (III) *aplicación conjunta*: casos en que la regulación sectorial deja un margen de actuación anticoncurrencial, que puede ser abordado desde el Derecho de la Competencia. Este último supuesto es el más problemático, por lo que requiere un análisis más detallado.

¹ LAGUNA DE PAZ, J.C., *Servicios de interés Económico General*, Civitas, Madrid, 2009 y *Telecomunicaciones: Regulación y Mercado*, 2ª edic., Thomson-Aranzadi, 2007, pp. 45-46.

² OECD, *Abuse of dominante in regulated sectors*, DAF/COMP/GF (2005)3, pp. 3-4. FAULL & NIKPAY, *The EC Law of Competition*, 2nd. edit., Oxford University Press, 2007, pp. 1484 y ss.

2. COMPLEMENTARIEDAD: AMBAS NORMAS SE REFIEREN A ASPECTOS DISTINTOS DE LA ACTIVIDAD

4. En general, la regulación sectorial despliega una función *complementaria* de las normas de defensa de la competencia, al proteger bienes jurídicos que no pueden ser satisfactoriamente atendidos por éstas. En concreto, la regulación sectorial sirve a dos *finalidades* principales:

(1) Garantiza la *preservación de una serie de bienes jurídicos socialmente valiosos*, cuya cobertura por el Derecho de la Competencia sería más difícil (pluralismo informativo), o inalcanzable (ordenación del territorio, protección del medio ambiente, etc.). Así, el interés general exige que:

- Determinadas actividades se sujeten a controles administrativos previos o a la obtención de títulos habilitantes, que permitan a la Administración verificar que la iniciativa reúne las condiciones previstas en la normativa.
- Los derechos de uso sobre derechos escasos se adjudiquen conforme a procedimientos que garanticen condiciones de publicidad, transparencia, concurrencia e igualdad (espectro radioeléctrico, *slots*, etc.).
- Se lleve a cabo una más o menos intensa supervisión del desarrollo de actividades que comprometan el interés general.

(2) *Asegura la efectividad de prestaciones esenciales ante los fallos del mercado*. Las actividades liberalizadas tienen por objeto prestaciones esenciales, al tiempo que constituyen un factor esencial para la competitividad de la industria en general. De ahí que –ante las insuficiencias del mercado–, la Administración deba seleccionar, o imponer, a un operador la prestación de los servicios esenciales que no sean debidamente atendidos por la libre iniciativa, en toda su extensión o en determinadas zonas geográficas (obligaciones de servicio público y, en particular, de servicio universal)³.

5. En estos casos –como decimos–, las *normas generales de defensa de la competencia* despliegan una *función complementaria de la regulación sectorial*, que no tiene por qué extenderse a todos los aspectos de la actividad. En los espacios no cubiertos por ésta, se aplica la normativa horizontal de protección de la concurrencia⁴. Así –por ejemplo–, la regulación *ex ante* puede imponer al operador dominante obligaciones específicas, con el fin de reforzar la trans-

³ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., *La regulación económica en España*, en ARIÑO ORTIZ, G., DE LA CUETARA MARTÍNEZ, J.M., MARTÍNEZ LOPEZ-MUÑIZ, J.L., "El nuevo servicio público", Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 247 y *En torno a la nueva regulación de los servicios esenciales económicos en red. (A propósito de la nueva Ley General de Telecomunicaciones y su sistema conceptual)*, en SOSA WAGNER, F. (coord.), «El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI», Homenaje al Prof. R. Martín Mateo, tomo III, tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 2811.

⁴ Vid. en este sentido la Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones, de 22.8.1998 (DO C 265); Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (DO C 165, de 11.7.2002), núm. 31.

parencia en el mercado (separación contable), pero puede no someter sus prestaciones a un control preventivo de precios. En este caso, las normas generales de defensa de la competencia evitarán que la empresa dominante aplique precios abusivos, en perjuicio de sus competidores o de los consumidores.

Como es natural, la aplicación de cada tipo de normas se acompaña de sus propios condicionantes:

(i) La finalidad de la intervención de las autoridades de defensa de la competencia, exclusivamente, debe(ría) ser la protección de la competencia, mientras que las autoridades sectoriales pueden desplegar una política que atienda a objetivos más amplios.

(ii) La regulación *ex ante* se adopta de manera preventiva, aplicando un enfoque prospectivo, que trata de anticipar las que presumiblemente serán las condiciones del mercado. En cambio, la aplicación de las normas de defensa de la competencia se produce *ex post*, lo que permite valorar la actuación empresarial sobre datos ciertos (condiciones de competencia en el mercado, costes en que efectivamente ha incurrido el operador, etc.).

3. SUSTITUIBILIDAD: AMBAS NORMAS REGULAN LOS MISMOS ASPECTOS DE LA ACTIVIDAD

3.1. La regulación como instrumento de promoción positiva de la competencia

6. La regulación sectorial también puede ser utilizada como instrumento *de promoción y defensa de la competencia*. Esto es común en los sectores vinculados a grandes infraestructuras. Hay que tener en cuenta que las industrias en red (*network industries*) se caracterizan por: (i) economías de escala y alcance; (ii) fuertes barreras de entrada; (iii) y costes marginales prácticamente nulos. En estos sectores, la espontánea creación de infraestructuras alternativas, que compitan con el operador establecido, puede ser improbable. La rivalidad competitiva no se consigue con la mera aprobación de normas liberalizadoras, que se limiten a declarar la libertad de empresa. De ahí que, con frecuencia, sea necesario crear las condiciones para que la competencia sea posible, promoverla⁵ y –después– defenderla.

7. El *sentido y alcance de la regulación varía* en función de las características del sector, así como de la política que las autoridades decidan aplicar para alcanzar los objetivos de interés general:

(i) En algunos casos, se entiende que *no es posible generar competencia en infraestructuras*, que se consideran monopolio natural. La consecuencia puede ser que solo una empresa asuma la prestación del servicio (distribución de

⁵ *European Commission, Report on Competition Policy 2004*, de 17.6.2005, SEC(2005) 805 final, p. 8.

agua). Sin embargo, en otras actividades, la regulación asume el objetivo de promover *competencia en servicios*, utilizando la única infraestructura existente (transporte ferroviario). En general, esto exige la adopción de una serie de medidas, que van desde la cuidadosa regulación del derecho de acceso, hasta la separación (contable, funcional, jurídica o patrimonial) de actividades.

(ii) En otros casos, la *competencia en infraestructuras* no solo se considera factible, sino un objetivo a conseguir (comunicaciones electrónicas). Con frecuencia, el camino para lograrlo es la promoción de la *competencia en servicios* sobre las redes ya establecidas. Se entiende que éste es un paso previo para que los nuevos entrantes ganen masa crítica de clientes, que les permita acabar construyendo sus propias infraestructuras. A estos efectos, se imponen obligaciones especiales a los operadores dominantes (*regulación asimétrica*), con la finalidad de favorecer a los nuevos entrantes (*discriminación positiva*).

En el sector de las *comunicaciones electrónicas*⁶, la Comisión Europea y las autoridades sectoriales nacionales confían en que la generación de competencia en servicios será un primer escalón, que creará las condiciones para que los nuevos entrantes acaben creando sus propias redes⁷. El resultado será la concurrencia en infraestructuras, que es lo que permite la diferenciación del producto, garantiza una competencia sostenible y una mayor penetración del servicio. En efecto, de acuerdo con una conocida (y discutida) hipótesis económica, el desarrollo que cabe esperar del mercado se explica a partir del símil de una «escalera», que –peldaño a peldaño– conduce a que los nuevos entrantes acaben construyendo sus propias infraestructuras (*ladder of investment* o *ladder of infrastructure construction*) (M. CAVE). Los operadores alternativos necesitan así pasar por una cadena de servicios, cuyo primer escalón es el acceso mayorista regulado (reventa de servicios). Adquirida la suficiente masa crítica de clientes, los nuevos entrantes, progresivamente, estarán en condiciones de financiar su propia red. Ello generará una mayor competencia entre el mismo tipo de infraestructuras (xDSL), que –a su vez– impulsará la rivalidad respecto de otras alternativas (cable). Con todo, este modelo ha merecido no pocas críticas y, por el momento, no ha dado los resultados esperados⁸.

(iii) Finalmente, la intervención pública puede *imponer a determinados sectores u operadores la carga económica de contribuir a determinados objetivos de interés general –y, en particular, a generar competencia–*, como sucede cuando se imponen *precios asimétricos por la misma prestación* (los operadores dominantes se sujetan a precios orientados a costes, mientras que los nuevos entrantes solo a precios razonables). A estos efectos, se toma en cuenta la diferencia de costes entre la empresa dominante y un operador eficiente que entre en el mercado. Sin embargo, en el fondo, esta intervención trasluce una voluntad

⁶ LAGUNA DE PAZ, J.C., *Telecomunicaciones...*, 2ª edic., cit., pp. 187 y ss.

⁷ ERG, *Broadband Report*, (*Executive Summary*), pp. 16 y ss.

⁸ ERG, *Revised ERG Common Position on Remedies*, ERG(06)19, p. 3.

política de hacer recaer sobre determinadas empresas o sectores la consecución de determinados objetivos de interés general. Se trata de que los nuevos operadores adquieran tamaño y, con ello, que fortalezcan la estructura competitiva del mercado. Salvo que estas medidas vengan a compensar una situación de privilegio (actual o anterior) de los operadores sobre los que recaen, deben considerarse como ablatorias.

En el sector de la *telefonía móvil*, la asimetría en los precios de terminación de llamadas ha permitido la existencia de subvenciones cruzadas: (i) de los *operadores fijos a favor de los móviles* (los precios de terminación en redes móviles son casi nueve veces superiores a los precios de terminación en redes fijas); (ii) de los *operadores móviles dominantes, a favor de los nuevos entrantes*.

8. En estos casos, *la regulación sectorial protege los mismos bienes jurídicos que son específicamente cubiertos por las normas generales de defensa de la competencia*:

– El abuso de posición dominante se puede combatir aplicando las normas generales de defensa de la competencia (art. 102 TFUE), o bien mediante la imposición del derecho de acceso de terceros a una infraestructura esencial, a precios orientados a costes. Esto último es común en las grandes industrias en red (telecomunicaciones, transportes, energía, sector postal)⁹.

– En el sector *eléctrico*, la normativa sectorial contempla la creación de «los mecanismos oportunos y eficaces de regulación, control y transparencia, para evitar los abusos de posición dominante, especialmente en detrimento de los consumidores, así como toda práctica abusiva. Estos mecanismos tendrán en cuenta las disposiciones del Tratado y, en particular, su artículo 82» (art. 23.8 Directiva 2003/54/CE).

– En el sector de la *televisión*, la Ley 10/1988, de 3.5, de Televisión Privada (LTelevPriv) –en consonancia con la severa limitación de los títulos administrativos habilitantes–, impedía que ninguna persona fuera titular de acciones en más de una sociedad concesionaria (art. 19.1). No obstante –en 2009–, dichas limitaciones fueron sustituidas por restricciones que atienden a la *audiencia media de las empresas participadas (televisión estatal), al número mínimo de concesionarios y a la acumulación de derechos de uso del dominio público radioeléctrico (televisión estatal y autonómica)*¹⁰.

⁹ LAGUNA DE PAZ, J. C., *Telecomunicaciones...*, 2ª edic., cit., pp. 207 y ss.

¹⁰ De entrada, *no se impide la titularidad simultánea de participaciones sociales o derechos de voto en diferentes concesionarios* en el ámbito estatal (art. 19.1, párrafo 1º, LTelevPriv). No obstante, *ninguna persona podrá adquirir una participación significativa [5% del capital o de los derechos de voto (art. 19.4 LTelevPriv)] en más de una concesión*, en los siguientes casos: (i) cuando la audiencia media del conjunto de los canales estatales afectados *supere el 27% de la audiencia total* durante los doce meses consecutivos anteriores a la adquisición (art. 19.1, párrafo 2º, LTelevPriv); (ii) cuando las concesiones del servicio público de televisión de ámbito estatal, acumulen derechos de uso sobre el dominio público radioeléctrico superiores, en su conjunto, a la capacidad técnica correspondiente a dos canales múltiples [art. 19.10.a) LTelevPriv]; (iii) cuando las concesiones de ámbito autonómico, acumulen derechos de uso sobre el dominio público radioeléctrico superiores, en su conjunto, a la capacidad técnica correspondiente a un canal múltiple [art. 19.10.b) LTe-

– En el sector del *gas*, la normativa combate las (cualificadas) *posiciones de dominio* en cuanto tales: ningún sujeto o sujetos pertenecientes a un mismo grupo de empresas que actúen en el sector de gas natural podrán aportar en su conjunto gas natural para su consumo en España en una cuantía superior al 70% del consumo nacional [art. 61.4 de la Ley 34/1998, de 7.10, del Sector de Hidrocarburos (LHidroC)]. Asimismo, excepcionalmente, el Gobierno podrá establecer *precios máximos* de gas aplicables por los comercializadores a las ventas realizadas a los consumidores cualificados, cuando la falta de desarrollo del mercado gasista o situaciones de dominio de mercado lo hagan aconsejable (art. 97.2 LHidroC).

9. Con todo, hay que tener en cuenta que –aunque ambas normas puedan perseguir el mismo objetivo–, *lo hacen con diferente alcance y animadas por una filosofía distinta*. (i) Las normas generales de defensa de la competencia definen un orden público básico, aplicable de manera horizontal a todos los sectores económicos. A partir de aquí, se confía en que sea el propio mercado el que alcance la eficiencia económica. (ii) En cambio, la regulación sectorial, no sólo es específica para cada ámbito material, sino que tiende a ordenar un mayor número de aspectos. En algunos casos, está incluso movida por un propósito –más o menos intenso– de conformación del sector. Con frecuencia, las autoridades sectoriales analizan si el nivel de competencia es adecuado y –en su defecto– adoptan las medidas correspondientes. El «Derecho de la competencia es una herramienta auxiliar de la mano invisible», mientras que «la regulación es la mano visible»¹¹.

10. En estos casos, la regulación sectorial se presenta como *alternativa* a las normas generales de Defensa de la Competencia. De ahí que *no puedan aplicarse simultáneamente*, lo que generaría incertidumbre y podría dar lugar a resoluciones contradictorias. Además –en materia sancionadora–, la doble intervención estaría excluida por el principio *non bis in idem*. La consecuencia es que *la regulación sectorial –por su especificidad– desplaza la aplicación de las normas generales de defensa de la competencia*. Esto –por ejemplo– explica que la modificación unilateral de los contratos autorizada por la autoridad sectorial no pueda después ser valorada como actuación anticompetitiva por parte de las autoridades de defensa de la competencia¹². Lo mismo sucede

levPriv]; (iv) ninguna persona titular o partícipe de una concesión de servicio público de televisión de ámbito estatal podrá adquirir una participación significativa o derechos de voto en otra concesión, cuando ello impida que –cuanto menos– existan tres concesionarios, que garanticen el respeto al pluralismo informativo (art. 19.11 LTelePriv).

¹¹ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., Las autoridades de competencia nacionales ante los sectores regulados: la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia al sector de la energía. La coordinación entre los organismos reguladores, en AAVV, «Tratado de regulación del sector eléctrico», tomo I, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 458.

¹² STS de 21.12.2007 (rec. cas. 1163/2005): la CMT impuso a *Telefónica* el deber de solicitar su previa autorización respecto de la modificación de contratos suscritos con terceros operadores que afectase a la continuidad en la prestación del servicio: se trata de evitar que el operador dominante abuse de dicha posición imponiendo de manera unilateral nuevas obligaciones cuyo incumplimiento produzca la inmediata retirada del acceso, sin razones objetivas o proporcionadas que justifiquen dicha medida: en ejercicio

con los precios sujetos a autorización administrativa, que –como regla– no pueden ser también objeto de control por parte de las autoridades de defensa de la competencia¹³.

3.2. Medidas para promover la competencia

11 Entre las principales *medidas* utilizadas por la regulación sectorial para promover la competencia, se cuentan las siguientes¹⁴:

(i) El deber de interconexión permite la unión –física y funcional– de las infraestructuras utilizadas por uno o más operadores. En su virtud, la prestación del servicio iniciado en una red puede terminar en otra, cuyo operador cobra un precio por la utilización de su infraestructura (precio de interconexión).

En principio, la interconexión es una medida beneficiosa para todas las redes, ya que las permite ampliar sus prestaciones¹⁵. Al mismo tiempo, facilita que los usuarios accedan a los servicios que se presten a través de otras infraestructuras. Sin embargo, la situación de competencia perfecta y equilibrada entre redes no siempre se da. Las más grandes tienen menos interés en interconectarse con las más pequeñas, por lo que pueden negarse a la conexión, con el fin de expulsarlas del mercado¹⁶. De ahí la conveniencia de que la normativa asegure o imponga la interconexión.

(ii) El deber de *acceso* permite utilizar las infraestructuras de terceros para la prestación de servicios, en general, a precios regulados. Esta técnica

de sus atribuciones de defensa de la competencia en el sector, la CMT impone su previo control respecto de «la modificación unilateral de los acuerdos ya pactados que afectan a la continuidad del servicio, y ello en evitación de un abuso de posición dominante (...)» (FJ 2º).

¹³ RTDC de 20.12.2004, *Worldcom/Amena*, expdte. 573/03: el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) imputó a *Amena* una conducta abusiva consistente en el establecimiento de precios de terminación de llamadas distintos para cada uno de los operadores nacionales. Sin embargo, el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) destacó que la fijación de los precios de interconexión seguía el procedimiento previsto en la legislación sectorial, sujeto al control de las autoridades administrativas correspondientes, por lo que –en su caso– debían tomarse en cuenta los eventuales incumplimientos de dicha normativa, no las infracciones a la legislación de defensa de la competencia (FJ 17º).

¹⁴ LAGUNA DE PAZ, J.C., *Servicios ...*, cit., pgs. 343 y ss.

¹⁵ En relación con las telecomunicaciones, ARIÑO, G., DE LA CUETARA, J.M., AGUILERA, L., *Las telecomunicaciones por cable. Su regulación presente y futura*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 165 y ss., 316 y ss. y 462-463; FERNANDO PABLO, M.M., *Derecho General de las Telecomunicaciones*, Colex, Madrid, 1998, pp. 1 y ss.; ALCARAZ, H., *Consideraciones sobre la interconexión para el servicio telefónico básico*, La Ley, núm. 4469, 1998, pp. 1 y ss.; SOUVIRON MORENILLA, J.M., *El proceso de liberalización y la nueva regulación de las telecomunicaciones*, Comares, Granada, 1999, pp. 220 y ss.; FERNANDEZ FARRERES, G., *Algunas consideraciones sobre el régimen jurídico de la interconexión de redes de telecomunicaciones*, RArAP, núm. 14, 1999, pp. 41 y ss.

¹⁶ DE LA CUETARA MARTINEZ, J.M., en ARIÑO ORTIZ, G., *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*, Comares, Granada, 1999, pp. 694-695.

puede ser utilizada para limitar la creación de redes, cuando así lo aconsejen razones de interés general (ambientales, urbanísticas, etc.), sin que ello reduzca la capacidad de prestación de servicios. Sin embargo –en general–, se impone como un medio para promover la competencia, permitiendo a los operadores sin red propia desarrollar su actividad¹⁷.

El acceso a las infraestructuras puede tener lugar con un distinto nivel de *intensidad*: (i) gestión operativa de redes ajenas, lo que permite prestar directamente servicios a los usuarios finales (en telecomunicaciones, acceso desagregado al bucle de abonado); (ii) uso de las infraestructuras para el transporte del producto o servicio de que se trate (electricidad, gas); (iii) mera utilización de la obra civil del operador establecido (conductos) para el tendido de redes propias.

(iii) La *separación* –contable, funcional, jurídica o patrimonial– es un remedio que trata de preservar la competencia en empresas verticalmente integradas que controlen infraestructuras no sujetas a una competencia efectiva. Las industrias en red, con frecuencia, cuentan con elementos difícilmente replicables («*bottleneck resources*»), debido a su carácter de monopolio natural, la existencia de economías de escala y de alcance o de fuertes barreras a la entrada en el mercado¹⁸. En estos casos, la existencia de un operador verticalmente integrado que domine la infraestructura esencial lleva consigo el riesgo de distorsión de la competencia en los mercados situados aguas abajo. Si no se garantiza que los operadores alternativos tengan acceso a los servicios mayoristas de la empresa titular de la infraestructura, en las mismas condiciones que ésta aplica a sus propias unidades, inevitablemente, se falseará la competencia en los mercados minoristas.

La separación también puede aplicarse a aquellos casos en que las empresas *realizan dos tipos de actividades*, sujetas a un régimen jurídico y principios de financiación distintos, con la finalidad de: facilitar la determinación del coste neto del servicio universal; evitar subvenciones cruzadas; permitir la realización de actividades que deben ser gestionadas de forma separada (seguros de vida y de no vida).

(iv) Límites a la dirección de más de un operador principal o a la adquisición de participaciones significativas en el sector. En sectores con tendencia oligopólica, la titularidad de *participaciones accionariales en más de un operador significativo* merecen particular atención. Se trata de evitar comportamientos coordinados, que pueden verse favorecidos por la presencia de accionistas comunes.

A estos efectos, el Real Decreto-ley 6/2000, de 23.6, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, incorpora el concepto de *operador principal*, que se define como aquel que ostenta una de las cinco mayores cuotas del mercado en determinados secto-

¹⁷ DE LA CUETARA MARTINEZ, J.M., en ARIÑO ORTIZ, G., *Principios...*, cit., pp. 697-698.

¹⁸ OECD, *Report to the Council on Experiences on the Implementation of the Recommendation Concerning Structural Separation in Regulated Industries* [C(2006)65].

res (energía eléctrica, hidrocarburos y telefonía, fija y móvil) (art. 34.2, párrafo 2º).

3.3. Corresponde al legislador decidir en qué medida el derecho de la competencia puede sustituir a la regulación sectorial

12. Corresponde al legislador decidir *en qué medida el Derecho de la Competencia puede sustituir a la regulación sectorial*. No obstante –a estos efectos–, conviene recordar que el dilema no es entre óptimos, sino que hay que optar «entre mercados imperfectos y gobiernos imperfectos»¹⁹. La ponderación entre regulación y competencia debe tomar en cuenta las ventajas e inconvenientes de ambas técnicas²⁰:

(i) La *regulación* como medio de protección y promoción de la competencia puede justificarse en sectores en los que existen operadores con un poder de mercado duradero. La introducción de competencia en estos sectores resulta difícil, ya que tienen una tendencia oligopólica, que –en algunos casos– se refuerza, debido a su vinculación a grandes infraestructuras [«sectores en red» (*network industries*)]. En estas condiciones, la competencia no se consigue con normas liberalizadoras que se limiten a declarar la libertad de empresa. En general, es necesario crear las condiciones para que la competencia sea posible, promoverla²¹ y –una vez que se ha generado–, defenderla.

Además, la regulación sectorial permite el establecimiento de *normas generales*, a través de las que se fijan condiciones homogéneas para todo el sector. En cambio, el Derecho de la Competencia es objeto de una aplicación casuística, lo que puede generar mayor incertidumbre que la normativa sectorial.

Por otra parte, la regulación incide *preventivamente* –y de manera más rá-

¹⁹ «Elegir entre mercados y gobiernos no es una elección entre lo perfecto y lo imperfecto, sino entre grados y clases de imperfección, entre grados y clases de fracaso. En muchos casos, puede tratarse simplemente de elegir entre lo desagradable y lo intolerable». WOLF, C., Mercados o gobiernos. Elegir entre alternativas imperfectas, IEF, Madrid, 1995, p. 86.

²⁰ «... there are very few if any regulatory actions that do not have at least some unintended consequences. Perfect competition as an outcome is a mirage: competition is instead a process by which consumers and producers seek new knowledge to enable the production of new goods or existing goods at lower cost thus enhancing welfare. It is to enable this process rather than towards some micro-managed perfect outcome that regulatory effort should be directed (...) And it should be directed with humility: the humility that recognises that innovation rather than regulation is generally what moves the market and consumer welfare forward. It is innovation rather than regulation that has dealt with apparently unshiftable positions of market dominance (...) Our primary job as regulator is to assure the conditions are right to allow such innovation, and from it the price competition and quality that delivers the consumer interest». [David Currie, Ofcom-Chairman (2007)]

²¹ Comisión Europea, Report on Competition Policy 2004, de 17.6.2005, SEC(2005) 805 final, p. 8.

pidas sobre el sector, ya que es de aplicación inmediata. En cambio, la respuesta de las autoridades de la competencia se produce siempre *a posteriori*, una vez que el perjuicio se ha producido, y –en general– tras largos procedimientos (que consumen meses o años)²².

(ii) La *ventaja de las normas generales de defensa de la competencia* radica en que interfieren en menor medida en el funcionamiento del mercado. Se trata de la preservación de un orden público económico básico, más allá del cual se permite el funcionamiento de la libre iniciativa.

Además, la regulación sectorial puede solucionar algunos problemas, pero genera otros, ya que suele ir acompañada de efectos colaterales, no siempre suficientemente ponderados²³: distorsión de los incentivos económicos y creación de un entorno de competencia no sostenible²⁴; primacía de los objetivos más inmediatos (precios más bajos), en detrimento de objetivos del medio o largo plazo (favorecer un mayor potencial de innovación)²⁵; tendencia a la perpetuación de la regulación; presiones y «búsqueda de rentas de regulación»; fallos de justicia distributiva, con el consiguiente riesgo de lesión patrimonial derivada de la regulación asimétrica²⁶.

Así las cosas, las regulaciones deberían prever mecanismos para verificar que no tienen efectos colaterales indeseados y que, en su conjunto, producen más beneficios que perjuicios. Más aún –si se toman en cuenta todos estos factores–, se puede apuntar como regla la conveniencia de reducir la regulación a lo imprescindible para satisfacer el interés general²⁷. Este es el criterio presente en la normativa europea sobre comunicaciones electrónicas, que aspira a que –en lo posible– la regulación *ex ante* deje paso a la aplicación de las normas generales de defensa de la competencia²⁸.

²² «La razón de estas regulaciones es que, aunque exista el derecho de defensa de la competencia, en algunos casos, especialmente en sectores que vienen del monopolio, no se puede confiar en la eficacia de este derecho. En esos casos puede ser más costoso, más difícil y a veces incluso imposible, perseguir y sancionar a posteriori las conductas contrarias a la competencia aplicando las leyes de defensa de la competencia, que impedir que aparezcan esas conductas por medio de una regulación adecuada». FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M. A., *La competencia*, Alianza Editorial, Madrid, 2000, p. 80.

²³ LAGUNA DE PAZ, J. C., *El Derecho de la Competencia a la luz de un Derecho Administrativo garantista*, en INDECOPI, «Legislación y Políticas de Competencia en la Comunidad Andina, Indecopi, Lima, 2005, pp. 57-58.

²⁴ *Ofcom Review 2004, Section 3, Introduction*, punto 3-35.

²⁵ *Ofcom Review 2004, Section 4*, punto 4-12.

²⁶ LAGUNA DE PAZ, J. C., *Telecomunicaciones...*, 2ª edic., cit., pp. 187 y ss.

²⁷ «¿Pueden los órganos reguladores ser un instrumento útil para introducir competencia? La respuesta que nos da la experiencia de muchos años es negativa, pues, salvo excepciones, estas agencias reguladoras sectoriales han perjudicado la competencia y han favorecido a los monopolistas». FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M. A., *La competencia*, cit., p. 123.

²⁸ «(...) the sector-specific regulation is –at least as far as regulation for competition is concerned (as opposed to the economic regulation)– a transitional body of law, as there is widely accepted assumption that it should be withdrawn when the effective competition is established. In that sense, the sector-specific regulation should be replaced in the future by the general competition law and the state of their coexistence should be finished.

4. APLICACIÓN CONJUNTA: LA REGULACIÓN PUEDE DEJAR UN MARGEN DE ACTUACIÓN ANTICOMPETITIVA, QUE PUEDE SER ABORDADO DESDE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

13. Cuando protege los mismos bienes jurídicos, la regulación sectorial desplaza la aplicación de las normas generales de defensa de la competencia. No obstante, puede suceder que la *normativa sectorial limite, pero no agote el ámbito de decisión de la empresa*. En estos casos, las normas de defensa de la competencia tienen la función de evitar que dicho margen sea utilizado para la realización de actuaciones anticoncurrenciales.

En estas condiciones –en principio–, nada hay que objetar a la aplicación conjunta de ambos tipos de normas. La cuestión es que esto comporta una compleja operación de microcirugía, que requiere un excelente pulso de las autoridades de la competencia, sin el que se puede dañar la seguridad jurídica y los derechos en juego. En la práctica, no siempre es fácil identificar en qué medida la empresa cuenta con un espacio de decisión autónomo. Mucho menos, cuando se trata de ponderar la legitimidad, adecuación y proporcionalidad de la respuesta sancionadora, que reclama el máximo grado de certeza jurídica²⁹.

4.1. Experiencia europea

a) Asunto *Deutsche Telekom*

14. En el asunto *Deutsche Telekom*³⁰, la Comisión Europea sancionó el ejercicio abusivo de la posición de dominio en el mercado de una empresa verticalmente integrada, pese a estar sujeta al control de la autoridad sectorial³¹. En concreto, los precios mayoristas eran objeto de regulación *ex ante*, mientras que los minoristas estaban sujetos a un régimen de *price cap*. No obs-

However, it does not mean that the sector-specific regulation could be withdrawn (in favour of the general competition law) already at the present time (...). SZYDLO, M., Sector-Specific Regulation and Competition Law: Between Convergence and Divergence, *European Public Law*, 15, núm. 2, 2009, p. 274.

²⁹ La posibilidad de aplicación conjunta de ambos tipos de normas ha sido criticada: «Para ser claros, o sobra el regulador, o sobra la actuación de la autoridad de la competencia en este tema. Los precios o son libres, con el único sometimiento a las reglas de competencia, o están intervenidos. Las situaciones intermedias lo único que pueden producir son perturbaciones, sobre todo si lo ponemos en conexión con un principio básico como es el de confianza legítima o con la necesidad de que la actuación de las autoridades públicas en este punto sea predecible». VELASCO SAN PEDRO, L. A., Regulación y competencia en el sector de las telecomunicaciones, en DE LA QUADRA-SALCEDO, T. (dir.), «Derecho de la Regulación Económica. Tomo IV. Telecomunicaciones», *Iustel*, Madrid, 2009, pp. 735-736.

³⁰ STPI de 10.4.2008, T-271/03, *Deutsche Telekom*.

³¹ LAGUNA DE PAZ, J. C., Abuso de posición dominante por «compresión de márgenes» aplicando precios sujetos a regulación *ex ante*: STPI *Deutsche Telekom*, RCD, núm. 3, 2008, pp. 167 y ss.

tante, la Comisión entendió que la empresa había aprovechado el margen que le dejaba la regulación sectorial para poner en práctica un pinzamiento de precios (*margin squeeze*), que no dejaba margen a sus rivales para competir en los mercados situados aguas abajo.

En su defensa, la empresa argumentó que la Comisión –al aplicar el art. 102 TFUE– sometía sus tarifas a una *doble regulación*, contraria a los principios de proporcionalidad y seguridad jurídica³². Sin embargo, el Tribunal confirmó la legalidad de la actuación de la Comisión, que había aplicado las normas generales de defensa de la competencia a actuaciones empresariales que se entendían no cubiertas por la regulación sectorial³³.

15. El presupuesto para la aplicación de las normas generales de defensa de la competencia es que la *empresa tenga un margen de actuación autónomo*. En cambio, su aplicación se excluye cuando es la propia normativa nacional la que impone a las empresas una actuación anticompetitiva, o crea un marco jurídico que –por sí mismo– excluye cualquier posibilidad de comportamiento competitivo³⁴. No obstante –con un criterio restrictivo–, la jurisprudencia solo acepta la inaplicación de los arts. 81-82 TCE, cuando: (i) la normativa nacional elimine «cualquier posibilidad de comportamiento competitivo por su parte»³⁵; (ii) y los «efectos restrictivos de la competencia tengan su origen solamente en la Ley nacional»³⁶. En cambio, dichos preceptos se aplican, cuando «la legislación nacional deja subsistir la posibilidad de una competencia que puede ser obstaculizada, restringida o falseada por comportamientos autónomos de las empresas»³⁷. Por tanto, «si una ley nacional se limita a fomentar o a facilitar comportamientos autónomos de

³² STPI de 10.4.2008, T-271/03, *Deutsche Telekom*, marginal 261.

³³ KLOTZ, R., FEHRENBACH, J., *Two Comisión decisions on price abuse in the telecommunications sector*, *Competition Policy Newsletter*, 2003, núm. 3, p. 13.

³⁴ STJCE de 11.11.1997, C-359/95 P y C-379/95 P, *Comisión y Francia v. Ladbroke Racing*, Rec. p. I-6265, marginal 33 y la jurisprudencia citada; STPI de 10.4.2008, T-271/03, *Deutsche Telekom*, marginal 85.

³⁵ STJCE de 29.10.1980, 209/78 a 215/78 y 218/78, *van Landewyck y otros v. Comisión*, Rec. p. 3125, marginales 130 a 134; STJCE de 20.3.1985, 41/83, *Italia v. Comisión*, Rec. p. 873, marginal 19; STJCE de 10.12.1985, 240/82 a 242/82, 261/82, 262/82, 268/82 y 269/82, *Stichting Sigarettenindustrie y otros v. Comisión*, Rec. p. 3831, marginales 27 a 29; STJCE de 9.9.2003, C-198/01, *Clif*, Rec. p. I-8055, marginal 67; STPI de 10.4.2008, T-271/03, *Deutsche Telekom*, marginal 86.

³⁶ STPI de 30.3.2000, T-513/93, *Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali v. Comisión*, Rec. p. II-1807, marginal 61; STPI de 10.4.2008, T-271/03, *Deutsche Telekom*, marginal 87.

³⁷ STPI de 10.4.2008, T-271/03, *Deutsche Telekom*, marginal 88; STJCE de 29.10.1980, 209/78 a 215/78 y 218/78, *van Landewyck y otros v. Comisión*, Rec. p. 3125, marginales 126 y 130-134; STJCE de 10.12.1985, 240/82 a 242/82, 261/82, 262/82, 268/82 y 269/82, *Stichting Sigarettenindustrie y otros v. Comisión*, Rec. p. 3831, marginales 12-37; STJCE de 17.7.1997, C-219/95 P, *Ferriere Nord v. Comisión*, Rec. p. I-4411, marginales 23-25; STJCE de 11.11.1997, C-359/95 P y C-379/95 P, *Comisión y Francia v. Ladbroke Racing*, Rec. p. I-6265, marginal 34; STPI de 7.10.1999, T-228/97, *Irish Sugar v. Comisión*, Rec. 1999, p. II-296, marginal 130; STPI de 30.3.2000, T-513/93, *Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali*, Rec. 2000, p. II-1807, marginales 59 y ss.

las empresas contrarios a la competencia, éstas siguen sometidas a los artículos 81 CE y 82 CE (actuales arts. 101-102 TFUE)»³⁸.

Con este punto de partida, el Tribunal llegó a la conclusión de que el control de precios por parte de la autoridad sectorial nacional no *necesariamente* eliminaba el margen de actuación autónomo de la empresa y, por tanto, su posible responsabilidad por prácticas anticompetitivas³⁹. En concreto, el Tribunal razona que –en el sistema de *price cap*– la propia empresa influye en el importe de la tarifa minorista⁴⁰. De ahí que los efectos restrictivos de la competencia ligados a la compresión de márgenes no tengan su origen solamente en la normativa nacional⁴¹. La *conducta prohibida consiste en la no utilización por parte de la empresa del margen de actuación que le deja la regulación sectorial, con el fin de eliminar o reducir la compresión de márgenes*⁴².

Con todo, el margen de actuación que deja este sistema de control de precios es limitado. No hay que olvidar que –en el primer período–, la autoridad sectorial impuso la reducción del conjunto de precios minoristas incluidos en la cesta. De ahí que el incremento de algunos precios hubiera significado un particular esfuerzo de reducción de los restantes. A ello se añade que, lo que el *price cap* pretende es que –dentro de los toques fijados por la Administración–, el operador haga uso de su libre iniciativa empresarial, contribuyendo de esta forma a minimizar el efecto de la intervención pública en el mercado. No puede, pues, aceptarse de manera pacífica, que –justamente– el uso de dicho margen de actuación se considere después una práctica antijurídica por parte de las autoridades de la competencia, salvo que sea evidente el propósito de expulsión del mercado de los competidores.

16. La jurisprudencia comunitaria hace una interpretación flexible de la

³⁸ STPI de 10.4.2008, T-271/03, *Deutsche Telekom*, marginal 89. En este mismo sentido, STJCE de 16.12.1975, 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, *Suiker Unie y otros v. Comisión*, Rec. p. 1663, marginales 36-73; STJCE de 9.9.2003, C-198/01, *CIF*, Rec. p. I-8055, marginal 56; STPI de 18.9.1996, T-387/94, *Asia Motor France y otros v. Comisión*, Rec. p. II-961, marginal 60.

³⁹ STPI de 10.4.2008, T-271/03, *Deutsche Telekom*, marginales 107 y ss.; STJCE de 30.1.1985, 123/83, *BNIC*, Rec. p. 391, marginales 21-23

⁴⁰ STPI de 10.4.2008, T-271/03, *Deutsche Telekom*, marginal 107.

⁴¹ STPI de 30.3.2000, T-513/93, *Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali v. Comisión*, Rec. p. II-1807, marginal 61.

⁴² Como puede verse, la resolución judicial se ve condicionada por el sistema de control de precios aplicado. La autorización singular de los precios del operador dominante por parte de la Administración no hubiera dejado a la empresa ningún margen de actuación autónomo. En cambio, lo que el *price cap* busca es ensanchar el ámbito de libertad empresarial, de manera que el operador pueda fijar los precios de cada prestación, siempre que no supere el porcentaje máximo global previamente aprobado por la Administración. De hecho, entre los riesgos que presenta este sistema está la posibilidad que tiene el operador de bajar el precio de los servicios en los que la demanda sea muy elástica por debajo de su coste marginal, compensándolo con la subida de los precios de otros servicios en los que la demanda sea inelástica. LAGUNA DE PAZ, J. C., *Telecomunicaciones...*, 2ª edic., cit., pp. 237-239.

exigencia de que el abuso de posición dominante *altere las condiciones de la competencia en el mercado*: no es necesario demostrar que la práctica tuvo un efecto concreto en el mercado, sino que basta con acreditar que tiende a restringir la competencia⁴³; no se requiere la eliminación efectiva del competidor⁴⁴; no hay que demostrar perjuicio (directo) a los consumidores⁴⁵. En este marco, la sentencia concluye que no es necesario probar que la actuación empresarial ha tenido efectos contrarios a la competencia, ya que éstos se deducen de la existencia misma de la compresión de márgenes⁴⁶: «(...) el carácter abusivo del comportamiento de la demandante está ligado al carácter no equitativo de la diferencia entre sus precios mayoristas y minoristas, en forma de compresión de márgenes»⁴⁷.

17. En la práctica, la *valoración de los costes* de la empresa dominante resulta una tarea complicada. *Deutsche Telekom* denunció la ilegalidad del método de cálculo de la compresión de márgenes, que solo se basó en los precios y costes de la empresa verticalmente integrada, sin tomar en consideración la posición específica de sus competidores⁴⁸. Sin embargo, el Tribunal acepta el método seguido por la Comisión, afirmando que «el carácter abusivo de las prácticas tarifarias de una empresa dominante se determina, en principio, sobre la base de su propia situación y, por tanto, atendiendo a sus propias tarifas y costes, y no en relación con la situación de sus competidores efectivos o potenciales»⁴⁹. Además, «cualquier otro enfoque podría vulnerar el principio general de seguridad jurídica [pues] si la legalidad de las prácticas tarifarias de una empresa dominante dependiera de la situación específica de las empresas competidoras, en particular, por la estructura de sus costes –generalmente desconocidos para la empresa dominante– esta última ni siquiera podría apreciar la legalidad de sus propios comportamientos»⁵⁰. En definitiva, se trata de dilucidar *si la empresa con posición dominante –o una empresa igual de eficiente que ella– hubiera podido ofrecer sus servicios minoristas sin incurrir en pérdidas*, en caso de haber tenido que pagar el precio de acceso mayorista que ella cobra a sus competidores⁵¹.

18. La imposición de una sanción por infracción del art. 102 TFUE presupone *culpabilidad* [art. 23.2 Reglamento (CE) núm. 1/2003 y 63.1 de la Ley 15/2007, de 3.7, de Defensa de la Competencia (LDComp)]. La acción

⁴³ STPI de 17.12.2003, T-219/99, *British Airways v. Comisión*, marginal 293.

⁴⁴ STPI de 30.1.2007, T-340/03, *France Télécom*, marginal 196; asuntos T-24/93 a T-26/93 y T-28/93 *Compagnie maritime belge transports and Others v. Comisión* [1996] ECR II-1201, marginal 149, y asunto T-228/97 *Irish Sugar v. Comisión* [1999] ECR II-2969, marginal 191.

⁴⁵ STPI de 15.3.2007, C-95/04 P, *British Airways*, marginales 106-107; asunto 6/72 *Euroemballage and Continental Can v. Comisión* [1973] ECR 215, marginal 26.

⁴⁶ STPI de 10.4.2008, T-271/03, *Deutsche Telekom*, marginales 237-238.

⁴⁷ STPI de 10.4.2008, T-271/03, *Deutsche Telekom*, marginal 167.

⁴⁸ STPI de 10.4.2008, T-271/03, *Deutsche Telekom*, marginal 186.

⁴⁹ STPI de 10.4.2008, T-271/03, *Deutsche Telekom*, marginal 188; STJCE de 3.7.1991, C-62/86, *AKZO v. Comisión*, Rec. p. I-3359, marginal 74

⁵⁰ STPI de 10.4.2008, T-271/03, *Deutsche Telekom*, marginal 192.

⁵¹ STPI de 10.4.2008, T-271/03, *Deutsche Telekom*, marginal 194.

puede ser típica y antijurídica, pero no culpable (por ejemplo, por haber seguido recomendaciones de la propia Administración).

No obstante, el Tribunal razona que *incumbe a las empresas con posición de dominio en el mercado una especial responsabilidad de no distorsionar la competencia*⁵². Este deber ha de analizarse en función de las características del mercado y las circunstancias del caso concreto, pero se reconoce más exigente cuanto mayor sea el poder de mercado de la empresa. De ahí que *Deutsche Telekom* viniera «obligada a presentar solicitudes de modificación de sus tarifas cuando perjudicaran el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común»⁵³.

Esto no significa que el operador dominante no pueda desplegar una actuación de *defensa de sus propios intereses, con medios razonables y apropiados*⁵⁴. La prohibición de abuso de posición dominante no contempla excepciones, a diferencia del art. 101 TFUE⁵⁵. Sin embargo, la jurisprudencia comunitaria ha reconocido que la conducta puede no estar sujeta a dicha prohibición, si la empresa dominante aporta una justificación objetiva para su actuación, que puede ser la defensa de sus intereses comerciales⁵⁶. Lo que no cabe es que la respuesta del operador consista en la puesta en práctica de conductas anticompetitivas.

En su recurso, *Deutsche Telekom* negó que su actuación pudiera ser calificada de dolosa o culposa. Sin embargo –frente a ello–, el Tribunal razona que existe culpabilidad cuando la empresa «no podía ignorar que su comportamiento era contrario a la competencia, tuviera o no conciencia de infringir las reglas de competencia del Tratado»⁵⁷. En este caso, la demandante «no podía ignorar que, a pesar de las decisiones de autorización de la RegTP, disponía de un margen real de maniobra para fijar sus precios minoristas y, en consecuencia, para aumentarlos, reduciendo con ello la compresión de márgenes. La demandante tampoco podía ignorar que esta compresión de márgenes provocaba graves restricciones de la competencia, habida cuenta, en particular, de su posición monopolística en el mercado de los servicios mayoristas y de su posición cuasimonopolística en el mercado de los servicios de acceso para abonados (...)»⁵⁸.

⁵² STJCE de 9.11.1983, 322/81, *Michelin v. Comisión*, Rec. p. 3461, marginal 57; STPI de 7.10.1999, T-228/97, *Irish Sugar v. Comisión*, Rec. p. II-2969, marginal 112; STPI de 30.9.2003, T-203/01, *Michelin v. Comisión*, Rec. p. II-4071, marginal 97.

⁵³ STPI de 10.4.2008, T-271/03, *Deutsche Telekom*, marginal 122.

⁵⁴ STJCE de 14.2.1978, 27/76, *United Brands v. Comisión*, marginal 189.

⁵⁵ VAN BAEI. & BELLIS, *Competition Law of the European Community*, fourth edition, Kluwer Law International, The Hague, 2005, pp. 907-908.

⁵⁶ STJCE de 30.9.2003, T-203/01, *Manufacture française des pneumatiques Michelin v. Comisión (Michelin II)*, Rec.2003, p. II-4071, marginales 107-109.

⁵⁷ STPI de 10.4.2008, T-271/03, *Deutsche Telekom*, marginal 295; STPI de 1.4.1993, T-65/89, *BPB Industries y British Gypsum v. Comisión*, Rec. p. II-389, marginal 165; STPI de 6.10.1994, T-83/91, *Tetra Pak v. Comisión*, Rec. p. II-755, marginal 238.

⁵⁸ STPI de 10.4.2008, T-271/03, *Deutsche Telekom*, marginal 296.

19. El control de precios por parte de la autoridad sectorial puede generar en la empresa la convicción de que su actuación es legal, exonerándole de responsabilidad, en virtud del principio de *confianza legítima*. Sin embargo, el Tribunal negó que la intervención de la autoridad sectorial alemana hubiera podido generar la confianza legítima de que sus prácticas tarifarias no infringían el art. 102 TFUE⁵⁹.

20. En la *determinación del montante de la sanción*, la Comisión debe tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes y, en particular, la gravedad y la duración de la infracción [art. 23.3 Reglamento (CE) 1/2003]:

(i) El Tribunal consideró que –en aplicación del margen de apreciación que le corresponde para determinar el importe de la multa⁶⁰–, la Comisión tomó adecuadamente en consideración las circunstancias concurrentes. Entre ellas, el hecho de que la *normativa nacional puede ser una circunstancia atenuante* del comportamiento de la empresa⁶¹. En concreto, la Comisión acordó una reducción del 10% del importe de la multa, en atención «a la intervención de la RegTP en la fijación de los precios de la demandante y al hecho de que esta autoridad nacional había examinado en varias ocasiones durante el período contemplado por la Decisión impugnada si existía una compresión de márgenes derivada de las prácticas tarifarias de la demandante»⁶².

(ii) Por otra parte, la empresa había sostenido que la Comisión debería haberle impuesto una multa simbólica, siguiendo el precedente marcado por la Decisión *Deutsche Post*⁶³. No obstante, el precedente administrativo no vincula a la Administración, con independencia de que la disparidad de criterio –en su caso– pueda ser indicio de una actuación discriminatoria⁶⁴.

⁵⁹ STPI de 10.4.2008, T-271/03, *Deutsche Telekom*, marginales 267-269.

⁶⁰ STPI de 10.4.2008, T-271/03, *Deutsche Telekom*, marginal 313; STPI de 6.4.1995, T-150/89, *Martinelli v. Comisión*, Rec. p. II-1165, marginal 59; STPI de 26.4.2007, T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 y T-136/02, *Bolloré y otros v. Comisión*, Rec. p. II-0000, marginal 580.

⁶¹ STPI de 10.4.2008, T-271/03, *Deutsche Telekom*, marginal 311; STJCE de 16.12.1975, 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, *Suiker Unie y otros v. Comisión*, Rec. p. 1663, marginal 89; STJCE de 9.9.2003, C-198/01, *CIF*, Rec. p. I-8055, marginal 57.

⁶² STPI de 10.4.2008, T-271/03, *Deutsche Telekom*, marginal 312.

⁶³ Decisión 2001/892/CE, de la Comisión, de 25.7.2001 (COMP/36.915) (DO L 331, de 15.12.2001).

⁶⁴ En concreto, el Tribunal destaca que: «según reiterada jurisprudencia, el hecho de que la Comisión haya impuesto en el pasado multas de determinado nivel por ciertos tipos de infracciones no puede privarla de la posibilidad de aumentar dicho nivel, dentro de los límites indicados en el Reglamento nº 17, si ello resulta necesario para garantizar la aplicación de la política comunitaria de competencia. La aplicación eficaz de las normas comunitarias sobre la competencia exige, en efecto, que la Comisión pueda en todo momento adaptar el nivel de las multas a las necesidades de esta política». STPI de 10.4.2008, T-271/03, *Deutsche Telekom*, marginal 316; STPI de 26.4.2007, T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 y T-136/02, *Bolloré y otros v. Comisión*, Rec. p. II-0000, marginal 376.

Además, el Tribunal considera que la situación de la demandante difiere sustancialmente del citado caso⁶⁵. En el asunto *Deutsche Telekom*: (a) no existe jurisprudencia al respecto de los tribunales alemanes, ya que la única sentencia citada fue anulada en la instancia superior; (b) existían precedentes comunitarios, ya que la Comisión aplicó los mismos principios que en la Decisión *Napier Brown/British Sugar*, mientras que los elementos nuevos fueron tomados en cuenta a la hora de rebajar la gravedad de la infracción⁶⁶; (c) la demandante no asumió ningún compromiso para evitar la comisión de nuevas infracciones en el futuro⁶⁷.

b) *Asunto Telefónica*

21. En el asunto *Telefónica*, la Comisión Europea también sancionó a la empresa por actuaciones anticompetitivas, cuando sus precios eran objeto de control por parte de la autoridad sectorial, justamente, con la finalidad de promover la competencia⁶⁸. En concreto, se impuso una sanción por abuso de posición dominante en el mercado español de banda ancha, consistente en la fijación de precios no equitativos (*margin squeeze*). La Comisión llegó a la conclusión de que, entre 2001 y 2006, la diferencia entre los precios minoristas y los de acceso mayorista (a nivel nacional y regional) dejaba un margen insuficiente para que un operador tan eficiente como *Telefónica* cubriera los costes que hubiera tenido que soportar⁶⁹. Las pérdidas ocasionadas en el corto plazo como consecuencia del nivel de precios minoristas

⁶⁵ En ésta, la Comisión «consideró adecuado limitarse a imponer una multa simbólica a la empresa destinataria de dicha Decisión por tres motivos: en primer lugar, la empresa de que se trata se comportó de acuerdo con la jurisprudencia de los tribunales alemanes; en segundo lugar, no existía jurisprudencia comunitaria específica sobre los servicios de correo transfronterizo contemplados y, en tercer lugar, la empresa de que se trata se había comprometido a establecer un procedimiento para gestionar el correo transfronterizo entrante de forma que se evitasen dificultades de orden práctico y, en su caso, se facilitase la detección de las infracciones a la libre competencia que pudieran producirse». STPI de 10.4.2008, T-271/03, *Deutsche Telekom*, marginales 317-318.

⁶⁶ La Comisión «ya había anunciado, en su Comunicación de 22 de agosto de 1998 sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones – Marco jurídico, mercados de referencia y principios (puntos 117 a 119), que pretendía aplicar los principios de la Decisión *Napier Brown/British Sugar* al sector de las telecomunicaciones. El único elemento nuevo de la Decisión impugnada es el «[criterio ponderado que] se ha tenido que aplicar [ya que] [...] en Alemania se ha fijado una sola tarifa mayorista para el acceso desagregado al bucle local mientras que las tarifas para los correspondientes servicios minoristas varían según se trate de una línea analógica, ISDN o ADSL» (Decisión impugnada, considerando 206). Sin embargo, la Comisión tomó en consideración la novedad de este criterio al calificar la infracción de grave y no de muy grave, por el período comprendido entre el 1 de enero de 1998 y el 31 de diciembre de 2001 (Decisión impugnada, considerando 206)». STPI de 10.4.2008, T-271/03, *Deutsche Telekom*, marginal 319.

⁶⁷ STPI de 10.4.2008, T-271/03, *Deutsche Telekom*, marginal 319.

⁶⁸ Decisión de la Comisión Europea de 4.7.2007, *Wanadoo España v. Telefónica* (COMP./38.374). IP/07/1011, de 4.7.2007; MEMO/07/27, de 4.7.2007.

⁶⁹ Decisión de la Comisión de 4.7.2007, COMP./38.374, *Wanadoo España v. Telefónica*, marginal 691.

tampoco hubieran podido recuperarse con futuros beneficios, dentro de unos plazos razonables y en condiciones competitivas.

En su contestación, *Telefónica* adujo que las prácticas investigadas debían calificarse como denegación de suministro, lo que exigía demostrar que se cumplieran los criterios aplicados en el asunto *Oscar Bronner*: (i) inexistencia de alternativa –real o potencial– para el ejercicio de la actividad empresarial en el mercado descendente; (ii) imposibilidad o enorme dificultad para que un competidor en el mercado descendente –por sí solo o en colaboración con otros– replique el insumo. No obstante, la Comisión entendió que el análisis jurídico de dicho caso no resultaba aplicable, habida cuenta de que la legislación imponía el acceso mayorista y de que los incentivos a la inversión en infraestructuras del antiguo monopolio no estaban en juego⁷⁰.

22. Como hemos visto, el presupuesto para la aplicación de las normas de defensa de la competencia es que la empresa tenga *capacidad para desarrollar un comportamiento autónomo*. De hecho –en su respuesta al pliego de cargos–, *Telefónica* alegó que carecía de autonomía para fijar los precios, ya que el mercado español de banda ancha había sido supervisado por la autoridad sectorial, mediante resoluciones *ex ante* y *ex post*. No obstante –de manera rigurosa–, la Comisión entendió que la regulación sectorial no impidió a la empresa modificar sus precios para poner fin al estrechamiento de márgenes⁷¹.

Telefónica hubiera podido evitar el estrechamiento de márgenes, proponiendo el incremento de sus precios minoristas (sujetos a aprobación o comunicación previa) o reduciendo sus precios mayoristas (solo los regionales estaban sujetos a un nivel de precios máximos). En cambio, *Telefónica* solicitó a la CMT el mantenimiento de sus precios mayoristas, al tiempo que reducía sus precios minoristas. En consecuencia, «nada impidió a Telefónica poner fin a los estrechamientos de márgenes cuya existencia se ha demostrado anteriormente proponiendo a sus competidores unas tarifas al por mayor más bajas o solicitando a la CMT una reducción de los precios de GigADSL»⁷².

23. *Telefónica* alegó que la Comisión no estaba facultada para adoptar una decisión sobre un tema que ya había sido resuelto por las autoridades españolas. Frente a ello, la Comisión negó que la CMT se hubiera pronunciado ya sobre el particular, lo que hacía inaplicable el principio *non bis in idem*⁷³. Además, aportó argumentos adicionales que iluminan las relaciones entre

⁷⁰ Decisión de la Comisión de 4.7.2007, COMP./38.374, *Wanadoo España v. Telefónica*, marginales 302-309.

⁷¹ Decisión de la Comisión de 4.7.2007, COMP./38.374, *Wanadoo España v. Telefónica*, marginales 665 y ss.

⁷² Decisión de la Comisión de 4.7.2007, COMP./38.374, *Wanadoo España v. Telefónica*, marginal 675.

⁷³ Decisión de la Comisión de 4.7.2007, COMP./38.374, *Wanadoo España v. Telefónica*, marginales 683-685.

las autoridades sectoriales y de defensa de la competencia⁷⁴ (marginales 676 y ss.):

(i) La jurisprudencia comunitaria reconoce a la Comisión la facultad para adoptar decisiones individuales en aplicación de los arts. 81-82 TCE, aun en el caso de que el comportamiento hubiera sido objeto ya de una resolución judicial nacional de sentido contrario⁷⁵.

(ii) La autoridad sectorial española (CMT) no es una autoridad de la competencia a la que corresponda aplicar los arts. 101-102 TFUE. «La facultad de la CMT para «salvaguardar la competencia» es mucho más general que la aplicación de la normativa de competencia como tal. Esta facultad le permite imponer ciertas obligaciones de conducta en el sector español de las telecomunicaciones»⁷⁶. «La CMT ejerce su facultad de salvaguardar la competencia junto a otros objetivos políticos y principios de reglamentación que rigen su trabajo como autoridad nacional de reglamentación, tales como el fomento de las inversiones en la red»⁷⁷.

(iii) Las autoridades sectoriales operan sobre la base de previsiones de mercado y de costes⁷⁸. Con ello, reducen –pero no excluyen– el riesgo de comportamiento anticompetitivo de la empresa. En cambio, las autoridades de competencia actúan *ex post*, utilizando datos históricos sobre costes efectivamente incurridos. Esto explica que las autoridades de competencia puedan investigar y sancionar comportamientos anticompetitivos en mercados sujetos a regulación sectorial.

24. Como hemos visto –de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria–, *no es necesario demostrar que el abuso de posición dominante haya tenido un efecto concreto en los mercados, sino que basta con demostrar que tiende a restringir la competencia (afectando al comercio entre Estados miembros)*⁷⁹. No obstante, la Comisión examinó dicho impacto, llegando a la conclusión de que la conducta de la empresa incidió negativamente en la estructura competitiva de los mercados pertinentes (efecto de exclusión en el mercado minorista), al tiempo que perjudicó los intereses de los usuarios finales (elevados precios minoristas)⁸⁰.

25. La Comisión entendió que la práctica excluyente de *Telefónica no tenía ninguna justificación objetiva*: las pérdidas en los mercados aguas abajo no

⁷⁴ Decisión de la Comisión de 4.7.2007, COMP./38.374, *Wanadoo España v. Telefónica*, marginales 676 y ss.

⁷⁵ STJCE de 14.12.2000, *Masterfoods*, marginal 48.

⁷⁶ Decisión de la Comisión de 4.7.2007, COMP./38.374, *Wanadoo España v. Telefónica*, marginal 680.

⁷⁷ Decisión de la Comisión de 4.7.2007, COMP./38.374, *Wanadoo España v. Telefónica*, marginal 681.

⁷⁸ MEMO/07/27, de 4.7.2007.

⁷⁹ STPI de 17.12.2003, T-219/99, *British Airways v. Comisión*, marginal 293.

⁸⁰ Decisión de la Comisión de 4.7.2007, COMP./38.374, *Wanadoo España v. Telefónica*, marginales 544 y ss.

podían considerarse inversiones necesarias para futuros beneficios, en el contexto de un mercado no maduro; el comportamiento no era necesario para evitar pérdidas a nivel mayorista, ni para asegurar inversiones en infraestructuras; tampoco encontraba su justificación en la reacción frente a la competencia de terceros; ni en economías de escala o efecto aprendizaje⁸¹. Su actuación tampoco produjo eficiencias que pudieran contrarrestar sus efectos negativos, tales como beneficio a los consumidores (es muy improbable que las eficiencias en la oferta pasen a éstos, ni siquiera en el largo plazo) o externalidades positivas (estímulo de la demanda de banda ancha). Además, la obligación de la empresa de prestar acceso mayorista a sus competidores significa que su comportamiento no puede justificarse objetivamente.

26. En relación con la *culpabilidad*, la Comisión entendió que el comportamiento de *Telefónica* fue *deliberado*, ya que la empresa no podía desconocer que estaba registrando pérdidas en los mercados situados aguas abajo⁸². Por otra parte, el hecho de que *Telefónica* confiase en la exactitud de las estimaciones y cálculos de la CMT –a pesar de la acumulación de datos verificables en sentido contrario–, cuanto menos, constituye un comportamiento de una grave negligencia. En estas condiciones, la intervención de la autoridad sectorial no puede proporcionar a la empresa amparo en relación con la conducta anticompetitiva.

27. A resultas de todo ello, la Comisión calificó la infracción como muy grave⁸³. En la línea del asunto *Deutsche Telekom*, la Comisión reconoció como *atenuante* el hecho de que algunas de las tarifas aplicadas por *Telefónica* estaban sujetas a una regulación sectorial. El resultado fue la imposición de una sanción de más de ciento cincuenta millones de euros.

4.2. Experiencia estadounidense

28. En los últimos años, la cuestión también se ha planteado en *EEUU*. A este respecto, la jurisprudencia ha sentado el criterio de que –en los sectores sujetos a una regulación sectorial que protege la competencia– no se excluye la aplicación de las normas *antitrust*, aunque se advierte que éstas tendrán una virtualidad escasa [«*When there exists a regulatory structure designed to deter and remedy anticompetitive harm, the additional benefit to competition provided by antitrust enforcement will tend to be small, and it will be less plausible that the antitrust laws contemplate such additional scrutiny*» (Trinko)]. Además, deberán ser aplicadas con prudencia, con el objeto de no dañar la imprescindible seguridad jurídica que debe acompañar a las normas *antitrust* (*linkLine*). La actitud restrictiva del Tribunal Supremo se ha dicho que podría chocar con

⁸¹ Decisión de la Comisión de 4.7.2007, COMP./38.374, *Wanadoo España v. Telefónica*, marginales 619 y ss.

⁸² Decisión de la Comisión de 4.7.2007, COMP./38.374, *Wanadoo España v. Telefónica*, marginales 720 y ss.

⁸³ Decisión de la Comisión de 4.7.2007, COMP./38.374, *Wanadoo España v. Telefónica*, marginales 738 y ss.

la política de la nueva Administración estadounidense, que pretende «vigorizar» la aplicación de las normas *antitrust*. La controversia está servida.

a) *Asunto Trinko*

29. En el asunto *Trinko* (2004), el Tribunal Supremo se enfrentó con la demanda *antitrust* contra un operador de telecomunicaciones sujeto a regulación sectorial⁸⁴.

De acuerdo con la *Telecommunications Act* de 1996, los propietarios de las redes de telefonía están sujetos al deber de acceso e interconexión. En cumplimiento de esta norma, la autoridad sectorial (*FCC* y *PSC*) aprobó el acuerdo de interconexión del operador local dominante (*incumbent local exchange carrier*) en el Estado de Nueva York (*Verizon*), en el que se fijaban las condiciones de acceso a su red, así como los servicios que debía prestar a sus competidores, entre los que se encontraba *AT&T*. En un momento posterior, éstos denunciaron el incumplimiento de dicho acuerdo ante las autoridades sectoriales, que impusieron una multa a la empresa, así como obligaciones de comportamiento e información.

En este contexto, el conflicto se planteó, porque –al mismo tiempo– una empresa de telefonía local, cliente de *AT&T*, puso en marcha una *class action*, denunciando que *Verizon* había seguido una estrategia anticompetitiva, contraria a la Sección 2 de la *Sherman Act*. En concreto, se adujo que la empresa había aplicado una política discriminatoria, encaminada a disuadir a los usuarios de contratar con operadores distintos del establecido en el mercado (*competitive LECs*).

30. Frente a ello, el Tribunal Supremo destacó que:

(i) La legislación de telecomunicaciones no impide la aplicación de las normas *antitrust*⁸⁵.

(ii) Sin embargo, en el presente caso, no podía considerarse que la conducta satisficiera los requisitos de la negativa a negociar y, en consecuencia, que violase las normas *antitrust*. Las circunstancias del caso tampoco justificaban que se añadiera a los pocos supuestos que permitan la excepción al principio general de que nadie está obligado a ayudar a sus competidores.

(iii) Por otra parte, la existencia de una regulación sectorial con finalidad de protección de la competencia hace que –en un análisis coste-beneficio– las ventajas que quepa extraer de la aplicación de las normas *antitrust* sea

⁸⁴ *Supreme Court of the United States, Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP, Certiorari to the United States Court of Appeals for the Second Circuit*, núm. 02-682, 540 U.S. (2004) (13.1.2004).

⁸⁵ «The 1996 Act has no effect upon the application of traditional antitrust principles. Its saving clause [which provides that «nothing in this Act... shall be construed to modify, impair, or supersede the applicability of any of the antitrust laws,» 47 U.S.C. § 152 note] preserves claims that satisfy established antitrust standards, but does not create new claims that go beyond those standards».

escasa. Más aún, se previene acerca de las contraproducentes interferencias a que podría conducir la aplicación conjunta de ambas normas⁸⁶.

b) *Asunto Linkline*

31. En el asunto *linkLine*, se plantea también la posible existencia de una conducta anticompetitiva en industrias sujetas a regulación sectorial⁸⁷. En concreto, el asunto toma causa de la demanda presentada por *linkLine*, en la que se denuncia a *AT&T* por violar la sección 2 de la *Sherman Act*, al monopolizar –o intentar monopolizar–, el mercado de servicios de acceso a Internet de banda ancha (DSL). En concreto, la conducta imputada es el estrechamiento de márgenes (*margin squeeze*), que impedía que los ISP activos en mercados situados aguas abajo pudieran replicar los servicios minoristas de la empresa verticalmente integrada.

32. A este respecto, hay que tener en cuenta que –a partir de 2005– la FCC levantó la obligación impuesta a los operadores dominantes (*incumbents*) de ofrecer a sus competidores servicios mayoristas de banda ancha. No obstante –como condición para la aprobación de una operación de fusión–, la FCC impuso a *AT&T* el suministro a sus competidores de servicios mayoristas de banda ancha, a precios no superiores a los de sus servicios minoristas.

En este contexto, el Tribunal Supremo sostuvo que:

(i) La renuncia a negociar con sus rivales –solo como excepción– puede considerarse una conducta anticompetitiva (*Aspen*). En el presente caso, las normas *antitrust* no obligaban a *AT&T* a negociar con sus competidores respecto de sus servicios mayoristas. En consecuencia, dicha obligación solo podía resultar de la regulación sectorial.

(ii) Por otra parte, los precios minoristas tampoco se consideraron predatorios. A este respecto, la jurisprudencia mantiene una postura muy exigente, con la finalidad de no obstaculizar el desarrollo de una vigorosa competencia (*Matsushita, Brooke Group*).

(iii) La consecuencia es que la empresa no estaba obligada a aplicar una política de precios –mayoristas y minoristas– que preservase el margen de beneficio de sus competidores.

Al mismo tiempo, el Tribunal razona la conveniencia de mantener una acti-

⁸⁶ «Here Verizon was subject to oversight by the FCC and the PSC, both of which agencies responded to the OSS failure raised in respondent's complaint by imposing fines and other burdens on Verizon. Against the slight benefits of antitrust intervention here must be weighed a realistic assessment of its costs. Allegations of violations of §251(c)(3) duties are both technical and extremely numerous, and hence difficult for antitrust courts to evaluate. Applying §2's requirements to this regime can readily result in «false positive» mistaken inferences that chill the very conduct the antitrust laws are designed to protect. *Matsushita Elec. Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 594. Pp. 11-16».

⁸⁷ *Supreme Court of the United States, Pacific Bell Telephone Company, DBA AT&T California, et al. petitioners v. LinkLine Communications, INC., et al., Certiorari to the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit*, Núm. 07-512, 555 U. S. (2009) (25.2.2009).

tud restrictiva en relación con este tipo de demandas, con la finalidad de preservar la seguridad jurídica en la aplicación de las normas *antitrust* («*We have repeatedly emphasized the importance of clear rules in antitrust law*»). A lo que hay que añadir que las autoridades de la competencia no pueden convertirse en autoridades sectoriales, algo que no es su función y para lo que no están preparadas («*No court should impose a duty to deal that it cannot explain or adequately and reasonably supervise. The problem should be deemed irremedia[ble] by antitrust law when compulsory access requires the court to assume the day-to-day controls characteristic of a regulatory agency*») (*Areeda*).