



*Documentos de Trabajo del Departamento de  
Derecho Mercantil*

---

2011/41

Noviembre de 2011

---

**TITULO: REGULACIÓN SECTORIAL Y DERECHO DE LA COMPETENCIA:  
COMPRESIÓN DE MÁRGENES EN EL MERCADO DE TELECOMUNICACIONES  
(STJUE 14 DE OCTUBRE 2010, *DEUTSCHE TELEKOM*)**

Autora Isabel Fernández Torres

Departamento de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho.  
Universidad Complutense.  
Ciudad Universitaria s/n.  
28040 Madrid  
00 34 -913 94 54 84  
E-mail autor: ifertorres@der.ucm.es  
<http://www.ucm.es/centros/webs/d321/>

*Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense*  
<http://eprints.ucm.es/>  
Copyright © 2012 por el autor

**REGULACIÓN SECTORIAL Y DERECHO DE LA COMPETENCIA: COMPRESIÓN  
DE MÁRGENES EN EL MERCADO DE TELECOMUNICACIONES  
(STJUE 14 DE OCTUBRE 2010, *DEUTSCHE TELEKOM*)  
ISABEL FERNÁNDEZ TORRES**

**PROFESORA AYUDANTE DOCTOR  
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

**Resumen:** El Tribunal de Justicia ha sancionado como un abuso de posición dominante prohibido por el artículo 102 a) TFUE, las políticas de precios mayoristas y minoristas aplicadas por un operador dominante calificadas como compresión de márgenes *-margin squeeze-*. La Sentencia aborda la difícil cuestión de la coexistencia de dos tipos de normas (la regulación sectorial y las normas generales de defensa de la competencia) que regulan los mismos aspectos de una actividad así como la existencia de una diversidad de autoridades de supervisión y control, tanto en el ámbito nacional como en el europeo concluyendo que la autorización de precios no elimina el margen de autonomía empresarial y, en consecuencia, no protege a los operadores de las eventuales reclamaciones que contra ellos se puedan ejercer. Además, se analiza cómo se abordan estas cuestiones en otros Ordenamientos como en el Norteamericano donde las últimas decisiones han llevado a los Tribunales a sostener, por un lado, que salvo circunstancias excepcionales un operador no está obligado a dar acceso a sus competidores a sus recursos y, por otro, que cuando existe una regulación destinada a eliminar los daños sobre la competencia, no cabe aplicar el derecho *antitrust*.

**Palabras clave:** compresión de márgenes, abuso de posición dominante, competidor igual de eficiente, regulación sectorial, mercado telecomunicaciones.

**Abstract:** The ECJ, by upholding the General Court's judgment and the Commission's finding of a margin squeeze abuse by Deutsche Telekom, for the first time recognizes the validity of a margin squeeze claim as a stand-alone abuse of dominant position under Article 102 a) TFEU. It further recognizes that national sector-specific regulation does not prevent the attribution of an abuse, and endorses the application of an "equally efficient competitor"; test, while arguably leaving the door open for an adjusted test that takes account of the objectively different situation of competitors. It is at odds with the rule in other jurisdictions; for example, the U.S. Supreme Court recently ruled in *Pacific Bell v. linkLine* that a margin squeeze claim may not be brought under U.S. monopolization law, in the absence of an independent antitrust duty to deal.

**Keywords:** margin squeeze, abuse of dominant position, equally efficient competitor, sector specific regulation, telecommunications sector.

REGULACIÓN SECTORIAL Y DERECHO DE LA COMPETENCIA: COMPRESIÓN  
DE MÁRGENES EN EL MERCADO DE TELECOMUNICACIONES  
(STJUE 14 DE OCTUBRE 2010, *DEUTSCHE TELEKOM*)\*  
ISABEL FERNÁNDEZ TORRES

PROFESORA AYUDANTE DOCTOR  
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

SUMARIO:

- I. Introducción
- II. La STJUE de 14 de octubre de 2010.
- III. El mercado de telecomunicaciones y el *margin squeeze*.
  - A. El *margin squeeze*: aproximación al concepto en el sector de las telecomunicaciones.
  - B. El test para detectar una práctica de *margin squeeze*.
  - C. El método de cálculo de los costes.
- IV. La compresión de márgenes como conducta anticompetitiva.
  - A. La compresión de márgenes como ilícito competencial del artículo 102 TFUE (antiguo artículo 82 TCE).
  - B. Intervención de las autoridades sectoriales.
  - C. Control administrativo *versus* actuación empresarial.
- V. Conclusión.

---

\* Este artículo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación DER 2009-14273-C02-01, titulado "*Defensa de la Competencia*", financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

## I. Introducción

La Comisión Europea y el Tribunal de Justicia, en diversos asuntos recientes, han sancionado como un abuso de posición dominante prohibido por el artículo 102 TFUE (antiguo artículo 82 del Tratado CE), las políticas de precios mayoristas y minoristas aplicadas por un operador dominante, conductas calificadas como estrechamiento o compresión de márgenes *-margin squeeze-*.

El concepto de compresión de márgenes -entendido como un supuesto de abuso de posición dominante- se aplicó por primera vez por la Comisión en 1981<sup>1</sup> en la decisión *Napier Brown/British Sugar*<sup>2</sup> el supuesto, aunque referido al mercado de materias primas, permitió a la Comisión abordar la problemática del estrechamiento de márgenes practicado por *British Sugar* (principal proveedor de azúcar industrial y al por menor) a los clientes de Napier Brown al vender el azúcar a un nivel que no cubría el precio de *British Sugar* ni de sus propios costes de envasado, excluyendo cualquier margen de beneficio.

Los asuntos más recientes, sin embargo, han afectado al sector de las telecomunicaciones y es que puede decirse que el sector de las telecomunicaciones constituye el prototipo de industria en la que concurren las características idóneas para llevar a cabo prácticas de ese tipo. En efecto, la privatización de los antiguos operadores estatales puesta en marcha en el marco de ese proceso progresivo de desregulación<sup>3</sup>, implica la

---

<sup>1</sup> No obstante, debe recordarse que se planteó esta problemática en el asunto *National Carbonising* si bien la denuncia presentada fue finalmente rechazada por la Comisión (*National Coal Board, National Smokeless Fuels Limited and National Carbonising Company Limited*, 1976).

<sup>2</sup> Decisión de la Comisión 88/518/CEE de 18 de julio de 1988, DO L 284 de 19/10/1988, págs. 41-59.

<sup>3</sup> Sobre el proceso de desregulación, vid. VELASCO SAN PEDRO, *Regulación y competencia en el sector de las telecomunicaciones*, en "Derecho de la Regulación Económica", Santiago Muñoz Machado (dir.), Vol. 4, 2010, págs. 725 y sigs.; M GUARNIDO/JAEN/AMATE, *La desregulación y privatización empresas públicas. El caso de las telecomunicaciones en España*, Universidad de Almería, Almería, 2007, págs. 45 y sigs., y 175 y sigs.; MARTÍNEZ LAGE, "Desregulación y competencia", en *El libro blanco del sector eléctrico en Regulación, Desregulación, Liberalización y Competencia*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, págs. 15 y sigs.

apertura o acceso a los competidores de una única red en manos del antiguo monopolio, operador verticalmente integrado. El acceso a esa red por parte de los competidores es necesario para que éstos puedan prestar todo tipo de servicios a los usuarios finales. Lógicamente, los operadores históricos al ver su posición amenazada, pueden encontrarse tentados a erigir barreras artificiales que impidan la entrada de esos operadores alternativos (por ejemplo, bajo la forma de prácticas de estrechamiento de márgenes). En el asunto *Deutsche Telekom* de 2003<sup>4</sup>, la Comisión examinó el estrechamiento de márgenes consistente en la diferencia entre el precio mayorista de acceso desagregado al bucle local aplicado por *Deutsche Telekom* a sus competidores y los cargos por conexión y alquiler de la línea cargados a sus propios clientes minoristas<sup>5</sup>. Alemania había anticipado las medidas comunitarias de liberalización al ordenar la desagregación del bucle local (acceso obligatorio por terceros proveedores de telecomunicaciones) en 1997. En virtud de las disposiciones reglamentarias vigentes, las tarifas de acceso al bucle local estaban basadas en costes y sujetas a la aprobación del regulador alemán de telecomunicaciones. Al mismo tiempo, la estructura de tarifas para los servicios de venta minorista en Alemania reflejaba la política de su predecesor en el sentido de aplicar subsidios cruzados entre las distintas actividades. La Comisión abogó por que las autoridades nacionales pusieran en práctica el "reequilibrio de tarifas". A pesar de que *Deutsche Telekom* había intentado equilibrar sus tarifas por los distintos servicios en los términos permitidos por el regulador alemán, la Comisión no consideró que este proceso fuera lo

---

<sup>4</sup> Decisión de la Comisión 2003/707/CE de 21 de mayo de 2003 (COMP/C -1/37451, 37578, 37579- *Deutsche Telekom AG*), DO L 284 de 19 de octubre de 1988, págs. 41-59; Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de abril de 2008, asunto T-271/03.

<sup>5</sup> La decisión en el asunto Telefónica de 2007, Decisión de 4 de julio de 2007 (COMP/38784 -Wanadoo España c. Telefónica; DÍEZ ESTELLA/FERNÁNDEZ ALVAREZ-LABRADOR, *El estrechamiento de márgenes en los mercados de telecomunicaciones. Comentario a la Decisión de la Comisión Europea de 4 de julio de 2007, asunto COMP/38784 -Wanadoo España contra Telefónica*, RCD núm. 2, 2008, págs. 219 y sigs.) giró en torno al suministro propuesto por el operador histórico nacional a los operadores alternativos (competidores): acceso desagregado al bucle local y acceso de banda ancha tanto a nivel nacional como a nivel regional; bienes utilizados por los operadores que quisieran ofrecer ellos mismos banda ancha a los consumidores finales. Vid. LAGUNA DE PAZ, *Abuso de posición dominante por "compresión de márgenes" aplicando precios sujetos a regulación ex ante: STPI Deutsche Telekom*, RCD núm. 3, 2008, págs. 176 y sigs.; GERADIN, *Refusal to supply and margin squeeze: a discussion of why the "Telefonica exceptions" are wrong*, TILEC Discussion Paper, DP 2001-009.

suficientemente rápido y utilizó el artículo 82 TCE para acelerar el ritmo de la liberalización exigiendo el inmediato reajuste de tarifas concluyendo que *Deutsche Telekom* tenía una posición dominante.

A pesar de las numerosas Decisiones de la Comisión e incluso de las Sentencias que en materia de compresión de márgenes se han promulgado en los últimos años, algunas de las cuestiones más problemáticas no han sido abordadas hasta la fecha con la claridad que sería deseable. Más aún, nos encontramos con que los criterios sostenidos en unas y otras Decisiones y Sentencias no son unívocos.

El pasado 14 de octubre de 2010, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea confirmó la multa de 12,6 millones de euros impuesta por la Comisión a *Deutsche Telekom* por abuso de posición dominante en el mercado de telefonía fija en Alemania<sup>6</sup>; más concretamente, se condena a *Deutsche Telekom* en razón de la aplicación de una práctica tarifaria no equitativa que condujo a la compresión de márgenes. Esta Sentencia no sólo contribuye a clarificar distintos aspectos relacionados con el estrechamiento de márgenes (como la propia naturaleza o la prueba de la existencia de dicha práctica) sino que también aborda y permite desarrollar los efectos que esta práctica tiene en el ámbito de la normativa *antitrust* europea en cuanto infracción del artículo 102 TFUE. Pero con todo, el aspecto más difícil al que se enfrenta el Tribunal en este asunto y que merecerá una parte importante de nuestra

---

<sup>6</sup> Con posterioridad a esta Sentencia, el Tribunal de Justicia ha abordado de nuevo la misma problemática en el asunto *TeliaSonera* (TJUE, 17 de febrero 2011, asunto C-52/09, *konkurrensverket c/TeliaSonera Sverige AB*). Se trata de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de instancia de Estocolmo en relación con la operativa desarrollada por el operador histórico sueco *TeliaSonera AB*, propietario del bucle local, que daba acceso a éste de dos maneras: de forma desagregada de conformidad con cuanto establece la normativa de la Unión Europea y mediante un sistema de conexión que permitía a los competidores ofrecer los servicios de banda ancha a los usuarios finales. Las autoridades de la competencia suecas entendieron que *TeliaSonera* realizaba - desde el año 2000- una práctica de compresión de márgenes: la diferencia o margen entre los precios de venta de la conexión y los precios de venta de los servicios ofertados a los usuarios era tan baja que no llegaba ni siquiera a cubrir los costes de distribución a los clientes. Al respecto, vid. BOSCO, *Un nouvel arrêt de la Cour de justice sur l'abus par compression de marges*, Contrats-Concurrences-Consommation n° 4, avril 2011, comm. 96. Una de las diferencias más importantes de esta Sentencia *Teliasonera* con respecto de la *Deutsche Telekom* radica en que en la primera no se produjo ningún tipo de interferencia entre las autoridades sectoriales y las de la competencia, razón por la cual opté por comentar la segunda.

atención es el que se refiere a la coexistencia de dos tipos de normas (la regulación sectorial y las normas generales de defensa de la competencia) que regulan los mismos aspectos de una actividad así como la existencia de una diversidad de autoridades de supervisión y control, tanto en el ámbito nacional como en el europeo. En efecto, tanto en el asunto *Telefónica* -de 4 de julio de 2007- como en el *Deutsche Telekom* los operadores argumentaron que las políticas tarifarias aplicadas que producían como resultado una compresión de los márgenes de los competidores eran fruto, al menos en parte, de la autorización previa del organismo regulador. En ambos asuntos se pone pues de manifiesto el delicado equilibrio entre la intervención *ex ante* de los reguladores y el control *ex post* de las autoridades de la competencia. Lo cierto es que la decisión de la Comisión, confirmada por el Tribunal de Justicia, pone en cuestión el papel de los reguladores en el tema de la fijación de precios.

Porque si después de haberse autorizado éstos cabe un examen *ex post* desde el punto de vista del derecho de la competencia ¿para qué sirven los reguladores? Más aún ahora, para qué sirve el recientemente creado *Body of European Regulators for Electronic Communications* -BEREC- regulador pan europeo de las telecomunicaciones?

Trataremos en este breve comentario de pasar revista a las cuestiones mencionadas a la luz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de octubre de 2010, *Deutsche Telekom*. Para ello y tras haber dado cuenta -resumidamente- del citado fallo, se examinará el estrechamiento de márgenes y el mercado de telecomunicaciones como paradigma para la existencia de esta práctica para, posteriormente, analizar la figura desde la perspectiva del derecho de la competencia centrando nuestra atención en lo que podríamos definir como el difícil equilibrio entre la autonomía empresarial y el control administrativo.

Los planteamientos sobre estas cuestiones que se realizan en el ámbito del Derecho europeo varían sustancialmente con respecto a los que predominan en el derecho norteamericano, donde el Tribunal Supremo ha

establecido criterios muy restrictivos en relación con la aplicación del derecho de la competencia en los sectores regulados e incluso sobre si las prácticas de estrechamiento de márgenes han de considerarse un ilícito concurrencial.

La importancia de toda esta problemática trasciende el sector de las telecomunicaciones. La aplicación del derecho de la competencia en los sectores regulados se revela como un elemento fundamental para alcanzar el desarrollo y la innovación a través de la liberalización y apertura de los mercados, objetivos de la estrategia de Lisboa. Los resultados de cuantas cuestiones se van a abordar aquí podrían fácilmente extrapolarse a otros mercados como el de la energía o el transporte, mercados donde los operadores están verticalmente integrados.

Finalmente nos planteamos si la liberalización en el sector de las telecomunicaciones que impulsó la nueva regulación y cuyo objetivo fundamental era fomentar la competencia<sup>7</sup> facilitando la entrada de nuevos operadores que obligaba a una regulación *ex ante* y la utilización de remedios asimétricos o adicionales como la cesión de redes, control de márgenes comerciales<sup>8</sup>,... no debería ser objeto de una revisión. Todo ello se estableció con carácter transitorio, es decir, con la idea de hacerlos desaparecer a medida que la competencia efectiva la fuera haciendo innecesaria<sup>9</sup>. La falta de claridad de estos horizontes ha suscitado no pocos problemas que, quizás, aconsejan una nueva revisión de la problemática.

## **II. La STJUE de 14 de octubre de 2010.**

La multa de 12,6 millones de euros impuesta por la Comisión en 2003 llevó a *Deutsche Telekom* a interponer un recurso ante el Tribunal de Primera Instancia solicitando la anulación de dicha Decisión o, en su defecto, la

---

<sup>7</sup> Vid. artículo 3.a) de la Ley 32/2001, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

<sup>8</sup> Adviértase que la imposición de obligaciones específicas deben someterse a los principios de proporcionalidad e idoneidad y ser reevaluados periódicamente.

<sup>9</sup> Vid. LAGUNA DE PAZ, *Telecomunicaciones: Regulación y mercado*, 3ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2010, págs. 37 y 45-46.

reducción de la multa. Mediante Sentencia de 10 de abril de 2008<sup>10</sup> el citado Tribunal desestimó el recurso confirmando la Decisión de la Comisión. En esencia, el Tribunal de Primera Instancia sostuvo que la práctica tarifaria de *Deutsche Telekom* condujo a una compresión de márgenes como consecuencia de la inadecuación entre los precios mayoristas por los servicios de acceso al bucle local y los precios minoristas por los servicios de acceso para abonados. En consecuencia, *Deutsche Telekom* optó por plantear un recurso de casación ante el Tribunal de Justicia cuya Sentencia es objeto del presente comentario. El Tribunal de Justicia concluye que el Tribunal de Primera Instancia no cometió ningún error de Derecho al desestimar el recurso de *Deutsche Telekom* contra la Decisión de la Comisión. El recurso de casación planteado se fundamenta en tres motivos basados en: errores de Derecho relativos al tratamiento de la regulación de sus actividades por la autoridad reguladora alemana, errores de Derecho en la aplicación del artículo 82 TCE y errores de Derecho en el cálculo de las multas.

Mediante estos tres motivos se pretende impugnar las apreciaciones realizadas por el Tribunal en la sentencia recurrida relativas a:

- imputabilidad de la infracción debido al margen de maniobra de que disponía *Deutsche Telekom* para modificar sus precios minoristas por los servicios de acceso para abonados;
- el carácter adecuado del criterio de la compresión de márgenes para declarar el abuso en el sentido del artículo 82 TCE;
- el carácter justificado del importe de la multa.

El Tribunal entendió -en relación con la imputabilidad de la infracción- que a pesar de que los precios mayoristas por los servicios de acceso al

---

<sup>10</sup> LAGUNA DE PAZ, *Abuso de posición dominante...*, págs. 167 y sigs.; PERA, *The application of article 82 in regulated sectors: the case of price squeeze, 2009*, Annual Proceeding of the Fordham Competition Law Institut, International Antitrust Law and Policy, págs. 40 y sigs.; LIBERATORE, *The CFI faces the Commission's approach to margin squeeze in Deutsche Telekom*, *Contratto e Impresa*, 2008, 2, págs. 1077 y sigs.; MOORE, *Deutsche Telekom and the margin squeeze fallacy*, *European competition Law Review*, 2008, vol. 29, págs. 721 y sigs.; BJØRGAN, *Margin Squeeze as an abuse under article 82 EC*, *European Law Reporter* n°9/2008, págs. 189 y sigs.; ALEXIADIS, "Informative and Interesting", *The CFI Rules in Deutsche Telekom v. European commission*, GCP may 2008 (1), págs. 2 y sigs., [www.globalcompetitionpolicy.org](http://www.globalcompetitionpolicy.org); GENEVAZ, *Margin Squeeze after Deutsche Telekom*, GCP, mayo 2008 (2), [www.globalcompetitionpolicy.org](http://www.globalcompetitionpolicy.org).

bucle local estaban fijados por las autoridades nacionales, la práctica de la compresión de márgenes era imputable a *Deutsche Telekom* dado que ésta disponía de margen para modificar los precios minoristas facturados a sus abonados aun cuando fueran objeto de una determinada regulación.

Por lo que se refiere al carácter abusivo de la práctica de compresión de márgenes en cuestión, el Tribunal señaló que no es necesario demostrar que los precios son en sí mismos abusivos sino que al comprimir el margen de los competidores igual de eficientes, reforzará *Deutsche Telekom* su posición dominante causando con ello un perjuicio a los consumidores.

Con respecto al método utilizado para determinar si una compresión de márgenes es abusiva, el Tribunal de Justicia entiende que el criterio del "competidor igual de eficiente" -utilizado en instancias anteriores-, es el adecuado. El criterio, que se ajusta al principio de seguridad jurídica, consiste en examinar si las prácticas tarifarias aplicadas por la empresa dominante pueden provocar la expulsión del mercado (o impedir el acceso) a un operador económico igual de eficiente que ella basándose únicamente en los costes y en las tarifas de ésta.

### III. El mercado de telecomunicaciones y el *margin squeeze*.

En los últimos años -tanto a nivel nacional como europeo- se constata un marcado incremento de asuntos relacionados con el abuso de posición dominante y, más concretamente, con el estrechamiento de márgenes, en particular en el sector de las telecomunicaciones. A pesar del aumento de la jurisprudencia relacionada con el referido mercado, algunas cuestiones relativas a la existencia, la interpretación y el alcance de la compresión de márgenes han suscitado hasta ahora diversas dudas interpretativas. Algunas se han visto aclaradas con la Sentencia objeto del presente comentario. Otras, sin embargo, siguen resultando controvertidas; quizás, la Sentencia que dicte el Tribunal en el asunto *Telefónica* venga a clarificar aquellos aspectos que todavía hoy resultan controvertidos en el ámbito del Derecho de la Competencia<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Vista celebrada en Luxemburgo el 24 de mayo de 2011.

## 1. El *margin squeeze*: aproximación al concepto en el sector de las telecomunicaciones.

En términos generales la compresión de márgenes puede definirse como aquella práctica o conducta en virtud de la cual una empresa integrada verticalmente y con poder de mercado (generalmente, el operador dominante heredero del antiguo monopolio) de un producto intermedio, está presente en el mercado minorista fijando un precio tal por ese bien o servicio superior en el mercado mayorista al que factura a sus propios clientes lo que impide a los competidores cubrir sus costes<sup>12</sup>. Ante esta situación de estrechamiento de sus márgenes los competidores ven su actividad seriamente obstaculizada lo que puede obligarles a salir del mercado<sup>13</sup>.

La única aproximación legal al concepto la encontramos en 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” de 1998<sup>14</sup> -en adelante, Comunicación sobre acceso.

La referida Comunicación señala en sus apartados 117 y 118 que:

“117. Cuando el operador goce de una posición dominante en el mercado de productos o servicios, la reducción de los precios podrá constituir una práctica abusiva. Se puede demostrar que ha tenido lugar una reducción de precios cuando las operaciones descendentes de la propia empresa dominante no son rentables si se aplica el precio que la rama de la empresa dominante dedicada a las actividades ascendentes impone a los competidores. Las pérdidas registradas en la rama de actividades descendentes pueden quedar ocultas si el operador dominante ha atribuido a sus actividades de acceso costes que debería haber asignado propiamente a las operaciones

---

<sup>12</sup> GERADIN/O'DONOGUE, *The concurrent application of competition Law and Regulation: the case of margin squeeze abuses in the telecommunications sector*, *Journal of Competition Law & Economics* (1)2, 2005, págs. 357-358.

<sup>13</sup> Una definición muy similar la encontramos en la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de noviembre de 2000, *Industrie des Poudres Sphériques SA/Comisión*, asunto T-5/97. Rec. p. 11-3755, en especial ap. 178.

<sup>14</sup> Diario Oficial nº C265 de 22/08/1998.

descendientes, o ha determinado de forma inadecuada los precios de transferencia dentro de la organización. La Recomendación de la Comisión sobre separación contable en el contexto de la interconexión aborda esta cuestión y propugna el mantenimiento de una contabilidad separada para las diferentes ramas de actividad de un operador dominante verticalmente integrado. La Comisión podrá exigir, en su caso, a la empresa dominante que presente cuentas auditadas por separado en relación con todos los aspectos esenciales de su actividad. No obstante, el hecho de que la contabilidad se realice por separado no garantiza la supresión de las prácticas abusivas. Cuando lo estime necesario, la Comisión analizará cada caso por separado.

118. 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 (84)).

En definitiva, para que pueda llevarse a cabo una práctica de *margin squeeze* es preciso que concurran cumulativamente diversas condiciones.

En primer lugar, se requiere la existencia de dos mercados verticalmente integrados. Así, la empresa dominante en el mercado mayorista suministra el bien o servicio a sus competidores en el mercado minorista en el que la dominante también actúa. La compresión de márgenes afecta a dos mercados e implica que los competidores en el mercado minorista son al mismo tiempo usuarios de ese bien o servicio y competidores de la dominante<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> En el asunto *Napier Brown*, el operador vertical integrado *-British Sugar-* representaba alrededor del 60% del mercado de azúcar refinado, pero esa cuota no reflejaba en realidad su poder mercado. Las características propias de esa industria hacían que su poder de mercado fuera mucho mayor: las posibilidades de importación se veían limitadas por los propios costes del transporte y, por otra parte, *British Sugar* se había hecho con la totalidad de la cuota de producción asignada por la Comunidad Europea a Gran Bretaña lo que obstaculizaba en mayor medida la entrada de nuevos operadores. En los asuntos planteados en el sector de las telecomunicaciones, la posición dominante del operador verticalmente integrado en el mercado mayorista no se cuestionaba. Tanto en el caso de *Telefónica* (en cuanto a los servicios mayoristas nacionales y regionales) como *Deutsche Telekom* (acceso al bucle local) los operadores históricos tenían unas cuotas de mercado superiores al 80% y las barreras de entrada eran muy elevadas (el acceso desagregado al bucle local empezaba en ese momento).

Asimismo, el bien o servicio suministrado por el operador dominante debe ser esencial en el sentido de que no deben existir alternativas. Hablar de indispensabilidad obliga a hacer referencia a la doctrina de los recursos esenciales. La doctrina de las infraestructuras esenciales o *essentials facilities* tiene su origen en la jurisprudencia estadounidense de los años 1970 para hacer frente desde el Derecho *Antitrust* a las negativas a contratar de una empresa que controla un recurso que es esencial (generalmente, una empresa en situación de monopolio) para que otras empresas puedan ejercer su actividad<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Debe advertirse, no obstante, que éste no fue el planteamiento inicial de los tribunales norteamericanos. En la Sentencia en el caso *Alcoa* de 1945 el Tribunal sostuvo que la práctica de estrechamiento de márgenes constituía una infracción de la section 2 de la *Sherman Act* (United States c. Aluminum Co. Of Am). En la doctrina, vid. FAELLA/PARDOLESI, *Squeezing price squeeze under EC antitrust Law*, *European Competition Journal*, abril 2010, págs. 259-261; PERA, *The application of article 82...*, págs. 37 y sigs.

Los cambios en las orientaciones sobre la finalidad del derecho *Antitrust*, como derecho en el que debe prevalecer la protección y bienestar de los consumidores provocó un giro en los planteamientos jurisprudenciales. En 2004, el Tribunal Supremo en el asunto *Trinko* advirtió de los peligros que podían derivar de la aplicación de las normas del derecho *antitrust* para obligar al operador a dar acceso a sus recursos a los competidores (Sentencia *Verizon Communications Inc. v. Law offices of Curtis v. Trinko*, 13/11/2004). En esta Sentencia el Tribunal Supremo sugiere que sólo cabe excepcionar el principio de libertad para contratar cuando en el curso de las negociaciones la empresa dominante modifica los términos de la relación contractual perjudicando a la otra parte contratante, el competidor.

Más aún, el Tribunal Supremo sostiene que cuando la empresa dominante no contrata bajo el derecho *antitrust* tampoco está obligado a dar acceso a sus competidores a los recursos. En relación con estos aspectos, vid: CAVALERI RUDAZ, *Did Trinko really kill Antitrust Price Squeeze claims? critical approach to the linkline Decision through a comparison of EU and US case law*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 43, 2010, págs. 1077 y sigs.; FAELLA/PARDOLESI, *Squeezing price squeeze...*, págs. 260-261; PERA, *The application of article 82...*, págs. 37-39. Los principios sobre la negativa a contratar tal y como se configuran en *Trinko* limitan en extremo la aplicación del derecho de la competencia en los casos de *margin squeeze*: MARTIN, *The Linkline decision: Section 2 Gets Squeezed Further*, *GCP*, abril 2009; LESCOPS/TRAN-THIET, *La Cour Suprême des Etats Unis refuse d'examiner une pratique de ciseaux tarifaire, concurrences*, 2-2009; ERNST, *The US Supreme Court rejects price squeeze theory noting that the upstream and downstream claims should be considered separately*, *concurrences* n° 36426; ALEXIADIS SHORTALL, *Diverging but increasingly Converging: the US Supreme Court in Linkline -A European perspective*, *GCP* abril 2009; PANNER, *Are price squeezes Anticompetitive?*, *GCP*, abril 2009.

Conforme a la jurisprudencia más reciente en el sector de las Telecomunicaciones, *Linkline Comm. Ns. Inc. vs. South Bell Corp. Ca.* 2009, el Tribunal Supremo sostiene que si no existe una obligación de contratar a nivel mayorista y los precios minoristas de la empresa verticalmente integrada no son predatorios, no puede exigirse a la empresa incumbente que proporcione sus servicios a un nivel de precios que garantice los márgenes de los competidores (vid. GRIMES, *US Supreme Court Rejects Price Squeeze Claim a high point for Divergence Between US and European Law*, *Zwer* 3/2009, págs. 343 y sigs.; PERA, *The application of article 82...*, págs. 39-40; FAELLA/PARDOLESI, *Squeezing*

Conforme a la doctrina y jurisprudencia norteamericanas la libertad contractual de las empresas en posición dominante puede limitarse en determinadas circunstancias<sup>17</sup>. Concretamente, desde la Sentencia *Aspen* de 1985, una empresa sólo puede negarse a negociar con competidores si hay razones legítimas para ello<sup>18</sup>. En definitiva, en relación con el sector de las telecomunicaciones, el Tribunal Supremo norteamericano sostiene, por un lado, que salvo circunstancias excepcionales un operador no está obligado a dar acceso a sus competidores a sus recursos y, por otro, que cuando existe una regulación destinada a eliminar los daños sobre la competencia, no cabe aplicar el derecho *antitrust*.

De esta manera, la aplicación de la doctrina de las infraestructuras esenciales se ve sometida al cumplimiento de una serie de condiciones (infraestructura controlada por una empresa monopolista; el bien o servicio debe ser esencial; el uso se deniega por completo o se somete a condiciones prohibitivas; es factible que sea utilizada por más de un operador; y, finalmente, no debe haber ninguna razón legítima para denegar el acceso) que han sido asumidas por el Derecho europeo de la Competencia<sup>19</sup>, concretamente por la Comunicación sobre acceso,

---

*price squeeze...*, págs. 261-262). Así, aun cuando el Tribunal Supremo defiende que un supuesto de estrechamiento de márgenes no constituye un ilícito competencial autónomo, puede ser considerado como una negativa a contratar que infringe la sección 2 de *Sherman Act* (BARNETT/GASKINS/GRAUBERT, *Price squeeze claims succumb...*; MARTY, *Les stratégies de ciseau tarifaire: analyse économique et mise en perspective des pratiques décisionnelles européennes et américaines*, Revue Lamy de la Concurrence, núm 27, junio 2011).

<sup>17</sup> Así, la negativa a negociar puede responder a la voluntad de crear o mantener un monopolio en cuyo caso cabe oponerse eficazmente contra esta conducta empresarial (vid. Sentencia del Tribunal Supremo *United States v. Colgate & Co.*, 1919). Conforme a esta doctrina, la jurisprudencia posterior recurrió al *test de la intención en el caso Colgate* para condenar a empresas que se negaban a suministrar sus productos a empresas distribuidoras (*Eastman Kodak Co. V. Southern Photo Materials Co.*, 1927).

<sup>18</sup> *Aspen Skiing Co. V. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 1985.

<sup>19</sup> Vid. la Comunicación de la Comisión "Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 TCE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes DOCE 045 de 24 de febrero de 2009) en cuyo apartado 81 se señala que:

"La Comisión considerará que el control de estas prácticas es prioritario siempre que concurren todas las siguientes circunstancias cumulativas:

- la denegación se refiera a un producto o servicio objetivamente necesario para poder competir con eficacia en un mercado descendente,

apartados 89, 90 y 91 que establece el principio de red abierta en virtud del cual se obliga a compartir las redes a los antiguos monopolios con los nuevos operadores<sup>20</sup>.

La jurisprudencia europea en materia de compresión de márgenes no alude directamente al concepto de "infraestructura esencial"<sup>21</sup>. Ahora bien, ha sido utilizando esta doctrina como tanto la Comisión Europea como el

- 
- sea probable que la denegación dé lugar a la eliminación de la competencia efectiva en el mercado descendente, y
  - sea probable que la denegación redunde en perjuicio de los consumidores”.

Por otra parte, estas orientaciones de la Comisión alivian la carga de la prueba impuesta por la Comisión, en la Decisión en el asunto *Oscar Bronner* (§ 43-46). El Tribunal de Justicia en el asunto *TeliaSonera* matiza que en los casos en que el margen fuera negativo (es decir, el precio mayorista es superior al precio minorista) el efecto de exclusión de los operadores alternativos es probable ya que éstos -aun siendo igual o más eficaces que el operador dominante- se verán obligados a vender a pérdida.

Por el contrario, si el margen es positivo deberá probarse que dicha práctica respondía a razones objetivas, justificables (apdo. 75 Sentencia *Teliasonera*). Las matizaciones incorporadas en esta Sentencia deben valorarse de forma positiva y contribuirán, sin duda, a hacer que el marco sea más previsible y, en definitiva, a incrementar la seguridad jurídica.

En la jurisprudencia europea el origen lo hallamos en la Sentencia *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.a. and Commercial Solvents Corporation e. Comisión*, Sentencia del TJCE, de 6 de marzo de 1974, asuntos 6 y 7/73. El estándar que se sigue hoy para evaluar la aplicación de la doctrina de las infraestructuras esenciales subordina la pretendida existencia de un abuso de posición dominante a la concurrencia de tres requisitos: i) la eliminación de toda competencia por parte de la empresa más débil; ii) la ausencia de toda justificación objetiva; iii) carácter esencial de la infraestructura o servicio. Estos son, pues, los requisitos de la doctrina de las infraestructuras esenciales fijados por la Sentencia dictada en el asunto *Oscar Bronner*, STJCE de 26 de noviembre de 1998, *Oscar Bronner GMBH C. KG y otros*, asunto C-7/97, Re. I. 7791, apartados 4 a 8, 23, 24, 37, 38, 41 y 43 a 46. Vid. INCARDONA, *Modernisation of article 82 EC and refusal to supply any real change in sight?*, European Competition Journal, vol. 2, December 2006, en especial págs. 350-354; PERA, *The application of article 82...*, págs. 48-53; GARZANITI/O'REGAN, *Telecommunications, Broadcasting and the Internet EU Competition Law and Regulation*, 3ª ed., 2010, Sweet & Maxwell, págs. 486-487, marginales 5-098 a 5-099; BOY, *Le droit de la Concurrence: régulation et /ou contrôle des restrictions à la concurrence*, Contrats-Concurrences-Consommation, nº 11, Nov. 2004, étude 16. No obstante, la aplicación de esta doctrina no ha estado exenta de polémica: RICHER, *Le droit à la paresse? essentials facilities*, D. 1999, chron, pág. 523.

<sup>20</sup> Vid. GARZANITI/O'REGAN, *Telecommunications, Broadeasting and the Internet...*, págs. 487-488, marginales 5-100 y 5-101.

<sup>21</sup> Así como en norteamérica, los Tribunales precisaron en relación con el asunto *Linkline* que una práctica de *price squeeze* es ilícita conforme al derecho de la competencia si no existe la obligación de competir, en el derecho europeo no está claro si el producto intermedio suministrado debe ser indispensable o si la aplicación del artículo 102 TFUE está sujeta al cumplimiento de las mismas condiciones establecidas en las decisiones para los casos de negativa a contratar (MADERO / GURPEGUI BALLESTEROS / MALHEIRO, *Margin squeeze abuses: The EU perspective*, GCP, abril 2009. Vid. también FAELLA/PARDOLESI, *Squeezing prIEEE squeeze...*, pág. 261).

Tribunal de Justicia han justificado y asegurado el derecho de acceso al mercado de los operadores alternativo<sup>22</sup>. Para determinar que una práctica de estrechamiento de márgenes es contraria al derecho de la competencia, los tribunales no deben probar el carácter indispensable de la prestación intermedia para los operadores que quieren contratarlo<sup>23</sup>. Basta con que se demuestre que los competidores presentes en el mercado minorista necesitan de ese producto intermedio para ejercer una presión competitiva sobre el operador verticalmente integrado<sup>24</sup>. Así, el Tribunal de Justicia en la Sentencia objeto del presente comentario señala que: "...a falta de infraestructura alternativa, el acceso de sus competidores a los servicios mayoristas de acceso al bucle local en la red fija propiedad de la recurrente es indispensable para permitirles entrar de manera viable en los mercados minoristas de servicios para abonados y ejercer en ellos una competencia efectiva a éstos"<sup>25</sup>. Desde esta perspectiva, debe entenderse que si el

---

<sup>22</sup> Vid. BOY, *Le droit de la Concurrence...*

<sup>23</sup> Tal y como ya adelantamos en la nota 19 las orientaciones de la Comisión en la aplicación del artículo 82 TCE han suavizado las reglas establecidas en la decisión en el asunto *Oscar Bronner* en relación con la carga de la prueba. De acuerdo con la línea seguida por la Comisión en el asunto *Telefónica*, las orientaciones establecen que la Comisión no debe probar que se dan todas las circunstancias exigidas en relación con la negativa a contratar cuando la imposición de una obligación de suministro no tiene el efectos negativos sobre la empresa dominante y otros operadores (apartado 82 de las orientaciones). En este documento la Comisión parece asociar el estrechamiento de márgenes con el rechazo al suministro haciendo al mismo tiempo expresa referencia al carácter indispensable del producto o servicio para poder ejercer una competencia efectiva.

Sin embargo, el Tribunal en la Sentencia *Teliasonera* estima que la ausencia de fuentes alternativas no constituye un elemento esencial para la valoración de la existencia de una práctica de compresión de márgenes. Esta puede darse incluso en aquellos casos en que la prestación o bien intermedio no sea indispensable. Vid. GRAF, *The European Court of Justice holds a decision on margin squeezes in the telecommunications sector addressing the issue of indispensability (Teliasonera)*, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com), nº 35310.

<sup>24</sup> El apdo. 237 de la STPI dice así: "De este modo, teniendo en cuenta que los servicios mayoristas de la demandante son imprescindibles para que cualquiera de sus competidores pueda entrar en competencia con ella en el mercado descendiente de los servicios de acceso para abonados, la compresión de márgenes entre las tarifas por los servicios mayoristas y minoristas de la demandante obstaculizará, en principio, el desarrollo de la competencia en los mercados descendientes. En efecto, si los precios minoristas de la demandante son inferiores a las tarifas por sus servicios mayoristas o si el margen entre las tarifas por los servicios mayoristas y las tarifas minoristas de la demandante es insuficiente para permitir a un operador de su misma eficiencia cubrir sus costes específicos por la prestación de servicios de acceso a los abonados, un competidor potencial, igual de eficiente que la demandante, sólo podría entrar en el mercado de los servicios de acceso para abonados incurriendo en pérdidas".

<sup>25</sup> El apdo. 231 de la STPI dice: "En el caso de autos, la recurrente no discute que, como declaró en esencia el Tribunal, en particular en los apartados 199 así como 236 y 237 de

producto intermedio es indispensable para operar en el mercado minorista entonces es que es necesario para competir con el operador verticalmente integrado. La calificación de una infraestructura como esencial es condición suficiente pero no necesaria para establecer una necesidad -objetiva- de suministro de ese producto intermedio<sup>26</sup>. En efecto, en la práctica pueden existir fuentes alternativas de aprovisionamiento pero a un precio tal que no permita a los operadores en el mercado minorista ser competitivos.

En los diferentes asuntos que hasta la fecha se han planteado en el ámbito de las telecomunicaciones, los competidores no han podido recurrir a productos alternativos viéndose obligados a dirigirse al operador histórico ya que la prestación de todo tipo de servicios a los usuarios finales se realiza siempre a través del llamado bucle local, en manos del antiguo monopolio<sup>27</sup>. Así, los niveles de inversión que serían necesarios para que los competidores crearan su propia red son tan elevados que la alternativa resulta económicamente inviable por lo que los competidores

---

la sentencia recurrida, a falta de infraestructura alternativa, el acceso de sus competidores a los servicios mayoristas de acceso al bucle local en la red fija propiedad de la recurrente es indispensable para permitirles entrar de manera viable en los mercados minoristas de servicios para abonados y ejercer en ellos una competencia efectiva a ésta (véase, en este sentido, la sentencia Arcor, antes citada, apartado 103)".

<sup>26</sup> De hecho, en la Sentencia *Teliasonera* se señala que la calificación de una infraestructura como esencial hace que el efecto anticompetitivo de una práctica de estrechamiento de márgenes sea probable.

<sup>27</sup> Decisión de la Comisión en el asunto *Telefónica* de 4 de julio de 2007 en cuyo apartado 74 se analizan las razones económicas y técnicas que impedían considerar como un recurso alternativo otros servicios mayoristas que existían en ese momento como el acceso desagregado al bucle (disponible en España desde 2001) o la construcción de una red propia de acceso directo tal y como han venido realizando los operadores de cable.

Así, la Comisión en la Decisión en el Asunto *Telefónica* establece en el apartado 74 que "*an undertaking wishing to provide broadband access to the end-users throughout the Spanish territory has no other option, save the economically not viable roll-out of an alternative nation-wide access network, but to contract one of the wholesale ADSL services available on the market, which are all built on TESAV's access network consisting of ADSL enable local loops*". Esta problemática no se aborda directamente en el asunto *Deutsche Telekom* aunque el Tribunal sí que tuvo en cuenta el hecho de que no había alternativas viables para que el resto de los proveedores pudieran operar en el mercado minorista tal y como ya hemos indicado anteriormente (apdos. 236-237 STPI, *Deutsche Telekom*). Se prevé que el Tribunal se pronuncie sobre esta cuestión en un asunto pendiente a día de hoy: recurso interpuesto en el asunto *Telefónica* (asunto T-336/07 *Telefónica y Telefónica España* contra Comisión).

En derecho francés, el *Conseil de la Concurrence* en su avis n° 04-A-01, de 8 de enero de 2004, señaló que el acceso al bucle local debe considerarse como una infraestructura esencial a pesar del silencio de la Ley.

no pueden hacer otra cosa que recurrir al operador dominante. En consecuencia, la competencia sólo es real en el mercado minorista constituyendo el acceso a las redes el cuello de botella para el desarrollo de aquélla<sup>28</sup>.

En tercer lugar, debe existir un margen insuficiente en la prestación de servicios en el mercado descendente<sup>29</sup>. La valoración del margen suscita diversos problemas. Quizás, la más importante sea la de su prueba. En relación con este aspecto, el Tribunal de Justicia ha aclarado cuál debe ser el test que utilicen las autoridades de la competencia -nacionales y europeas- para determinar cuándo tiene lugar una práctica de estrechamiento de márgenes anticompetitiva.

## 2. El test para detectar una práctica de *margin squeeze*.

El objetivo de un test de estrechamiento de márgenes es determinar los efectos anticompetitivos de la política de precios implementada por el operador verticalmente integrado. Más concretamente, de lo que se trata es de comprobar si los márgenes en el mercado minorista permiten la entrada o permanencia de competidores.

Tradicionalmente, la Comisión ha intentado mantener un cierto grado de flexibilidad en la elección de los test aplicables a las prácticas anticompetitivas de estrechamiento de márgenes. La jurisprudencia y la doctrina han ofrecido una pluralidad de fórmulas, si bien la Comunicación sobre acceso ha llevado a la Comisión a contemplar únicamente dos: i) el test de operador suficientemente eficiente (*reasonably efficient competitor test*, apartado 118 de la Comunicación sobre acceso)<sup>30</sup> y ii) test del operador igual

---

<sup>28</sup> GERADIN/O'DONOGUE, *The concurrent application of competition Law...*, pág. 360.

<sup>29</sup> Vid. PERA, *The application of article 82...*, págs. 35-36; GERADIN/O'DONOGUE, *The concurrent application of competition Law...*, págs. 359-360; CROCIONI/VELJANOVSKI, *Price Squeezes, Foreclosure and Competition Law. Principles and Guidelines*, Industrial Journal of Network Industries, vol. 4 (2003), en especial, págs. 38 y sigs.

<sup>30</sup> Sobre las razones que llevan a entender que la aplicación de este test no es el adecuado, vid. GERADIN/O'DONOGUE, *The concurrent application of competition Law...*, págs. 392-393; FAELLA/PARDOLESI, *Squeezing price squeeze...*, págs. 276-277;

de eficiente (*equally efficient competitor test*, apartado 117 de la Comunicación sobre acceso)<sup>31</sup>. La práctica decisoria de la Comisión revela sin embargo que, aún cuando no excluye la aplicación del test del operador suficientemente eficiente, por lo general, ha aplicado el test del operador igual de eficiente. En la jurisprudencia, los escasos pronunciamientos que se han producido sobre esta materia han seguido no obstante esta misma línea<sup>32</sup>. En la Sentencia *Industrie des Poudres Sphériques* (§ 179-185), el Tribunal de Primera Instancia sostuvo simplemente que una práctica de estrechamiento de márgenes no puede considerarse abusiva si la imposibilidad del operador alternativo de competir se debe a los elevados costes del producto transformado. Ha habido que esperar pues a que se promulgara la Sentencia *Deutsche Telekom* tanto de primera instancia como de casación para que los Tribunales afirmaran con claridad la aplicabilidad del referido test. Así, el Tribunal de Primera Instancia, en el apartado 188 del marginal 143, sostiene que:

"Debe afirmarse que aunque el juez comunitario hasta el momento no se haya pronunciado explícitamente sobre el método que ha de aplicarse para determinar la existencia de compresión de márgenes, de la jurisprudencia se desprende claramente 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".

Por tanto, el estrechamiento de márgenes es una característica consustancial a las políticas tarifarias del operador verticalmente integrado que debe apreciarse basándose únicamente en las tarifas, los costes y la estructura de la clientela de éste. El Tribunal, en el apartado 196 constata que:

---

COLLEY/BURNSIDE, *Margin Squeeze abuse*, European Competition Journal, vol. 2, special issue, 2006, págs. 193-194.

<sup>31</sup> El test del operador igual de eficaz se inspira en los trabajos de POSNER, *Antitrust Law*, Chicago Press, 2ª ed., 2001. Una crítica puede verse en GAVIL, *Exclusionary Strategies by Dominant Firms: Striking a better balance*, 72 *Antitrust Law Journal* 3(2004).

<sup>32</sup> *National Carbonisng; Napier Brown-British Sugar* § 65-66; *Deutsche Telekom* § 140 y 102; *Telefónica* § 311-312. En la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el caso *Deutsche Telekom*, el Tribunal defiende la posibilidad de adoptar el criterio de competidor razonablemente eficiente si las circunstancias de un caso concreto así lo aconsejan (CLERCKS/DE MUYTER, *Price Squeeze abuse in the EU Telecommunications sector: a reasonably or Equally efficient test*, GCP, abril 2009; AMORY/VERHEYDEN, *Comments on the CFI Recent Ruling in Deutsche Telekom v. European Commission*, CGP Mayo 2008).

“el criterio del competidor igual de eficiente utilizado por el Tribunal en la sentencia recurrida consiste en examinar si las prácticas tarifarias de una empresa dominante amenazan con expulsar del mercado a un operador económico tan eficiente como dicha empresa basándose únicamente en las tarifas y los costes de ésta, y no en la situación específica de sus competidores, actuales o potenciales”.

En consecuencia, el Tribunal de Justicia confirma así que el criterio del competidor igual de eficiente seguido por la Comisión en la valoración de la existencia de una práctica de estrechamiento de márgenes es el más adecuado. Entiende, además, que cualquier otra valoración no se ajustaría tan bien al principio general de seguridad jurídica desde el momento que la empresa dominante no conoce ni puede conocer los costes ni los ingresos de sus competidores lo que le impediría apreciar la legalidad de sus propios comportamientos. La firmeza con que se expresa el Tribunal se compecece mal con la Comunicación sobre acceso en cuyo apartado 23 se establece que el test del competidor igual de eficiente es el criterio general aplicable pero que en supuestos particulares cabe separarse de éste. Concretamente, el apartado 24 de la Comunicación sobre acceso establece que:

“Para la aplicación de las normas de competencia, la Comisión se basará en la Directivas sobre la oferta de red abierta (ONP), que definen un marco de actuación a escala nacional para las autoridades nacionales de reglamentación. En el caso de que los acuerdos se regulen por lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 85, habrán de notificarse a la Comisión para poder acogerse a una exención, en virtud de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 85. En caso de que se notifiquen los acuerdos, la Comisión tiene la intención de ocuparse de una o más notificaciones mediante decisiones formales, una vez que se hayan publicado debidamente en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, y de conformidad con los principios que se establecen a continuación. Una vez que se hayan establecido con claridad los principios jurídicos, las demás notificaciones que planteen las mismas cuestiones serán resueltas por la Comisión mediante simple carta administrativa (de compatibilidad o incompatibilidad)”.

El test parece, a mi entender, excesivamente abstracto y, desde esta perspectiva, no acorde con el pragmatismo que se espera de él. Además, su aplicación puede resultar difícil en determinadas ocasiones tal y como veremos en el siguiente apartado ya que no siempre será posible determinar los costes imputables.

### 3. El método de cálculo de los costes.

Otra de las cuestiones que planteó problemas en el asunto *Deutsche Telekom* fue la valoración de los costes. Es ésta una tarea ciertamente complicada y que ha generado no poca controversia. Y es que, en efecto, no ha sido infrecuente -en la práctica- que las autoridades de la competencia aplicasen diversos sistemas de cálculo de costes. Así, en la Decisión de la Comisión posteriormente recurrida, se afirma que la empresa dominante tenía margen para modificar sus precios y que el carácter abusivo deriva simplemente de la diferencia entre sus precios mayoristas y minoristas (todo ello sin necesidad de que se demostrara que los precios eran abusivos en sí mismos). Tanto el Tribunal de Primera Instancia como el Tribunal de Justicia entienden que el método de cálculo basado en los precios y costes de la empresa verticalmente integrada (sin tomar en consideración la posición de sus competidores) constituye el método adecuado para valorar la existencia de una práctica de compresión de márgenes.

La referencia a los costes del operador dominante se justifica en base a dos argumentos. Por un lado, porque de la jurisprudencia comunitaria se deduce que la existencia o no de una práctica de estrechamiento de márgenes no puede medirse atendiendo a los costes de los competidores los cuales, probablemente, no sean tan eficaces y competitivos<sup>33</sup>. En la Sentencia

---

<sup>33</sup> La Sentencia *Industrie des Poudres Sphériques* de 30 de noviembre de 2000 -Réc. 2000, p. II- 3755-, § 179, dice: “el hecho de que la demandante no pueda, debido probablemente a unos mayores costes de transformación, seguir siendo competitiva en la venta del producto derivado no basta para calificar de abusiva la política de precios de PEM. A este respecto, debe subrayarse que un productor, aun cuando disfrute de una posición dominante, no está obligado a vender sus productos por debajo de sus costes de producción”. En efecto, en este tipo de supuestos el juez comunitario sostiene en § 185 que: “En efecto, el hecho de que los clientes de IPS no estén dispuestos a soportar un sobreprecio por los mayores costes de transformación de ésta puede deberse bien a que, en caso de que su producto sea equivalente al de sus competidores, es demasiado caro para el mercado, lo que demostraría que IPS no es lo suficientemente eficiente en su producción para sobrevivir en el mercado, bien a que, en caso de que su producto sea mejor que el de sus competidores y esté eficientemente fabricado, no es sin embargo lo bastante apreciado por sus clientes para justificar su presencia en el mercado. A este respecto, la demandante no discute la afirmación de la Comisión (página 2 de la decisión) de que las cualidades físicas de su producto le permitieron, al menos hasta la introducción de los derechos antidumping en octubre de 1994, aplicar un precio hasta un 25 % superior al de los productos competidores”.

*Deutsche Telekom* se afirma que la toma en consideración de los costes de la empresa dominante permite a ésta apreciar la legalidad de sus propios comportamientos. Ya lo advirtió el Tribunal de Primera Instancia en el apartado 192 del marginal 143, al señalar que:

“Procede añadir que cualquier otro enfoque podría vulnerar el principio general de seguridad jurídica. En efecto, 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”<sup>34</sup>.

El núcleo de la evaluación de la conducta del operador dominante para acreditar la conducta anticompetitiva reside en probar que para un operador alternativo no es económicamente viable competir en el mercado minorista en base a los precios mayoristas a que se ofrecen por parte de la empresa dominante los servicios necesarios. Para ello, es fundamental fijar o precisar el estándar o concepto de coste más adecuado. A este respecto, ya en la Decisión en el asunto *Telefónica*<sup>35</sup> la Comisión optó por un criterio hoy acogido en la Comunicación "orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes" de 2009<sup>36</sup> indicando que el estándar adecuado es el coste incremental medio a largo plazo ("LRAIC"). El referido concepto incluye todos los costes (fijos o variables) asociados a la producción de un determinado producto.

Ahora bien, la valoración estaría incompleta si no se tuviera en cuenta el montante total de los ingresos susceptibles de ser percibidos por un competidor igual de eficaz que el operador verticalmente integrado. Es decir,

---

<sup>34</sup> Vid, asimismo, GENEVAZ, *Margin Squeeze after...*, págs. 19 y sigs.

<sup>35</sup> Vid. Decisión Telefónica § 318; DÍEZ ESTELLA/FERNÁNDEZ ALVAREZ LABRADOR, *El estrechamiento de márgenes en los mercados de telecomunicaciones...*, pág. 219 y sigs.; FLOCHER, *La comission inflige une amende de 151M pour des pratiques d'exclusion sur le marché de l'accès a l'internet haut débit (Wanadoo-España/Telefónica)*, *Concurrences* 4-2007, págs. 76-78.

<sup>36</sup> DOCE 045 DE 24 de febrero de 2009.

se tendrán en cuenta todos los productos que puedan ofertarse e interesen a los consumidores: el alcance exacto de los servicios afectados viene determinado por la propia demanda de los consumidores y, en consecuencia, está indefectiblemente unido al mercado de ese producto. En el asunto *Deutsche Telekom* -a diferencia del criterio mantenido en el asunto *Telefónica*- tanto la Comisión como el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Justicia han defendido la legalidad de incluir sólo los servicios de acceso, dejando fuera los ingresos por otros servicios, concretamente por las llamadas telefónicas<sup>37</sup>.

El criterio se fundamenta en las diferentes Directivas comunitarias -el llamado paquete "*telecom*"- que preconiza el reajuste tarifario (incremento del coste de abono y reducción de las llamadas de larga distancia) con el fin de reducir o eliminar las subvenciones cruzadas entre los dos tipos de servicios y permitir así la entrada de competidores en el mercado. Ello supone, en definitiva, que el Tribunal considera que esas subvenciones cruzadas se compadecen mal con los principios que subyacen a la liberalización del sector.

Así, cuando de la estructura tarifaria del operador dominante deriva una práctica de estrechamiento de márgenes, ello se traduce o significa que si el operador dominante tuviera que satisfacer los precios para obtener acceso a las redes que él mismo factura a sus competidores en el mercado minorista, tendría pérdidas. En consecuencia, un margen insuficiente impide a un operador tan eficiente como la empresa verticalmente integrada operar con un margen de beneficio razonable aún cuando sean igual de eficaces que ésta. El test del operador igual de eficaz no se refiere, por tanto, a competidores reales sino a competidores potenciales, hipotéticos, que tuvieran que asumir los mismos costes y tuvieran la misma estructura de clientela que el operador verticalmente integrado.

Pues bien, aun cuando este criterio puede resultar en muchos casos el

---

<sup>37</sup> BUIGUES/KLOTZ, *Margin Squeeze in Regulated Industries: the CFI judgement in the Deutsche Telekom Case*, GCP julio 2008 (1), pág. 6.

más idóneo para valorar el comportamiento del operador dominante, en ocasiones, puede revelarse inadecuado. Todo ello depende de las circunstancias que concurren en cada caso concreto. Así, cuando -por ejemplo- la estructura de costes de la empresa dominante no puede identificarse con claridad por razones objetivas o cuando la prestación suministrada consiste en la explotación de una infraestructura cuyo coste ya se ha amortizado, conviene tener en cuenta los datos de los competidores para poder pronunciarse acerca de la existencia o no de una práctica de estrechamiento de márgenes. En estos términos se ha pronunciado el Tribunal de Justicia más recientemente en el asunto *Teliasonera* (apartado 45). Habría que concluir por tanto que, en principio y como regla general, han de tomarse en consideración los costes de la empresa de que se trate y cuando, atendiendo a las circunstancias particulares del caso, no fuera posible tomar como referencia esos costes, deberán examinarse los de los competidores que operen en ese mismo mercado. Desde esta perspectiva, las previsiones realizadas en la Sentencia *Teliasonera* deben valorarse de forma positiva<sup>38</sup>.

#### IV. La compresión de márgenes como conducta anticompetitiva.

La primera parte del trabajo la hemos dedicado al estudio del concepto de "estrechamiento de márgenes" así como al análisis de ciertas cuestiones metodológicas que suscita su aplicación y que se abordan en la Sentencia *Deutsche Telekom*. El segundo gran núcleo de temas que se plantean en la Sentencia se refieren, sin embargo, a los efectos que una práctica de estrechamiento de márgenes tiene desde la perspectiva del derecho de la competencia. La problemática puede subdividirse en dos grandes apartados. Por un lado, desde las diferentes instituciones Europeas se han aclarado que las prácticas de estrechamiento de márgenes constituyen, por sí solas, un ilícito competencial autónomo dentro del artículo 102 TFUE (antiguo artículo

---

<sup>38</sup> Vid. GARCÍA-NIETO, *The European Court of Justice holds a preliminary ruling in a margin squeeze case in the telecommunications sector*, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com), núm. 36713.

82 TCE). Por otro lado, en el asunto *Deutsche Telekom* se pone de manifiesto las disfunciones y conflictos que generan la existencia de diversas autoridades de control y supervisión, tanto en el ámbito nacional, como en el europeo, sobre todo tras la creación del nuevo órgano regulador para europeo de las telecomunicaciones (BEREC).

### 1. La compresión de márgenes como ilícito competencial del artículo 102 TFUE (antiguo artículo 82 TCE).

La Comisión sugirió en las primeras decisiones adoptadas en materia de estrechamiento de márgenes que ésta podía constituir un supuesto autónomo de abuso de posición dominante del artículo 102 TFUE (anterior artículo 82 TCE)<sup>39</sup>. En 1998, la Comisión confirmó en su Comunicación sobre acción (§ 117-118) que una práctica de estrechamiento de márgenes podía constituir un abuso de posición dominante. Sin embargo, en el año 2000, el Tribunal de Primera Instancia en la decisión *Industrie des poudres Sphériques* sostuvo que la política tarifaria de una empresa no puede considerarse ilícita si el precio mayorista no es abusivo y el minorista no es predatorio<sup>40</sup>.

En los años posteriores, las Instituciones comunitarias clarificaron que una práctica de estrechamiento de márgenes constituía una modalidad de abuso y, en consecuencia, un ilícito competencial. Así, en el año 2003, en el asunto *Deutsche Telekom*, la Comisión sostuvo que una práctica de compresión de márgenes podía constituir una infracción del artículo 102 TFUE cuando la diferencia entre el precio mayorista y el precio minorista fuera negativa o, en

---

<sup>39</sup> En el asunto *National Carbonising* de 1976 la Comisión señaló que el proveedor de una infraestructura esencial puede verse obligado a adecuar sus precios para permitir que un operador razonablemente eficiente tenga un margen o beneficio que le permitan sobrevivir a largo plazo. Unos años más tarde, en el asunto *Napier Brown/British Sugar* la Comisión sostuvo que una compañía con posición dominante en el mercado que suministre sus productos a unos precios... § 66 (*Napier Brown/British Sugar*, 1988).

<sup>40</sup> *Industrie des Poudres Sphériques SA v. Comisión*, § 179.

cualquier caso, cuando fuera insuficiente para cubrir los costes del propio operador verticalmente integrado en el mercado minorista (§ 102, 107, 140). Más tarde, en 2007, en el asunto *Telefónica*, la Comisión entendió que la práctica de estrechamiento de márgenes constituía un caso claro de abuso, afirmando incluso que no era necesario probar que el precio de la prestación en sí mismo fuera excesivo o que el precio minorista fuera predatorio (§ 283). En 2008, el Tribunal de Primera Instancia confirmó el carácter autónomo del estrechamiento de márgenes como un supuesto más del artículo 102 TFUE. El carácter ilícito de la infracción derivaría del hecho de considerar excesiva, por tanto, injusta no tanto la diferencia entre los precios minoristas y mayoristas sino la existencia del estrechamiento mismo de los márgenes. Unos meses más tarde, la Comunicación de la Comisión "Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes de 2009" reconoció como una forma de abuso la Compresión de márgenes<sup>41</sup>. Más concretamente, la Sentencia *Deutsche Telekom* (así como la Sentencia *Teliasonera*) sostiene que la compresión de márgenes puede subsumirse en el apartado a) del artículo 102 TRFUE, es decir, como una práctica en virtud de la cual se imponen precios no equitativos<sup>42</sup>.

El criterio que subyace en el asunto *Deutsche Telekom* es que cuando una política de precios conlleva una compresión de márgenes porque concurren todas las circunstancias que hemos señalado en los apartados

---

<sup>41</sup> Como quiera que el estrechamiento de márgenes puede tener un efecto de exclusión del mercado de aquellos operadores igual de eficaces que la empresa dominante, en ausencia de cualquier justificación objetiva, ha de entenderse que dicha práctica constituye un abuso *per se* (apartado 31 Sentencia *Teliasonera*).

<sup>42</sup> Vid. apartado 172 Sentencia *Deutsche Telekom* y apartados 25 y 30 de la Sentencia *Teliasonera*.

anteriores, el efecto de exclusión se presume y, en consecuencia, las autoridades de competencia no deben demostrar que la conducta de la empresa en cuestión ha dado lugar a una reducción efectiva de la competencia en el mercado. Basta con que esa conducta sea susceptible de producir ese efecto negativo en el nivel de competencia existente en el mercado tal y como ya señalara el Tribunal en el asunto *Hoffmann La Roche*<sup>43</sup>.

Pero la gravedad de una conducta de este tipo se compecece mal con el marco regulatorio de las telecomunicaciones y la existencia de una diversidad de autoridades sectoriales.

## 2. Intervención de las autoridades sectoriales.

La apertura del mercado de las telecomunicaciones a la competencia no ha eliminado el intervencionismo público patente no sólo en la eliminación de los monopolios legales o la privatización de empresas públicas sino también en la creación de organismos públicos independientes de supervisión, sanción y desarrollo de un marco regulatorio específico del nuevo mercado (en este caso, la CMT).

La liberalización ha llevado consigo el establecimiento de una regulación *ex ante* y asimétrica de la actividad con la finalidad de garantizar la competitividad del mercado contrarrestando así el fuerte poder de mercado de los antiguos monopolios.

Aún cuando no cabe duda de la bondad e incluso de la conveniencia de esa nueva regulación, lo cierto es que la consecuencia que de ello deriva es la existencia de una duplicidad de normas lo que no sólo resulta contrario a los principios de seguridad jurídica y de proporcionalidad sino que, además, ha hecho que la convivencia entre los reguladores sectoriales y las autoridades de la competencia no sea siempre pacífica<sup>44</sup>. La existencia de

---

<sup>43</sup> Asunto 85/76, *Hoffmann-La Roche & B. AG v. Commission*, 1979, § 91.

<sup>44</sup> HOU, *Conflicts between competition Law and Regulation in the EC Electronic Communications Sector. An analysis of the Institutional Framework*, *The ICFAI Journal of International Law*, April 2008, vol. 7-2, pág. 48; VELASCO SAN PEDRO, *Regulación y competencia...*, págs. 729 y sigs.; GERADIN/O'DONOGUE, *The concurrent application of*

esa doble regulación y de una diversidad de autoridades hace necesaria la labor de intérprete con vistas a concretar el alcance o límites de las distintas normativas y de las funciones de las diferentes autoridades. La cuestión no es baladí. Se constata que existen zonas grises lo que ha generado no pocos conflictos en la práctica además de incidir en la seguridad jurídica de los agentes que operan en el sector.

En principio, la filosofía que subyacía en la regulación y papel asignado al regulador sectorial era la de la transitoriedad, debiendo desaparecer una vez el mercado se hubiera liberalizado totalmente pasando entonces a estar únicamente vigilado por la normativa y autoridades de la competencia. En esta evolución se constata la introducción paulatina en la regulación sectorial de principios del Derecho de la competencia y el principio de intervención mínima con la idea de ir dejando al mercado funcionar sin ser intervenido salvo que se vea en peligro la competencia efectiva de los mercados<sup>45</sup>.

---

*competition Law...*, págs. 409 y sigs.

<sup>45</sup> Así, mientras que la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones se caracterizaba por incorporar una regulación aperturista, la Ley actualmente vigente - 32/2003 General de Telecomunicaciones- introduce principios de derecho de la competencia y limita la intervención del regulador en situaciones tasadas, es decir, cuando haya mercados que no se desarrollen en situación de competencia efectiva o cuando haya operadores que tengan poder significativo de mercado. Vid. SIMARRO VELEZ, "La relación entre normas de defensa de la competencia y la regulación sectorial de las comunicaciones electrónicas", en *Derecho de la Competencia europeo y español*, vol. IX, dir. ORTIZ BLANCO/LESKINEN, 2009, págs. 55 y sigs.; MAITREPIERRE, *Rapport du Conseiller Rapporteur dans l'affaire ayant donné lieu a l'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 14 décembre 2010 sur l'étendue de la compétence de l'ARCEP pour trancher un différend tarifaire entre des parties à une convention d'accès a la boucle locale (SFR/France Télécom, pourvoi n° 09/67.371)*, Concurrence, 1/2011. Las reformas operadas en el sector de las telecomunicaciones no sólo han variado en función del mercado y de los cambios introducidos en éste sino que también han ido en consonancia con las reformas llevadas a cabo en el ámbito de la Unión Europea tendentes a consolidar un marco armonizado de libre competencia en el sector de las telecomunicaciones. El primer "Paquete Telekom" de medidas adoptado en el ámbito europeo se remonta a los años 1980. Tras la celebración del Consejo Europeo de marzo de 2000, el acceso desagrupado al bucle local se convierte en una prioridad lo que lleva a elaborar un segundo paquete de medidas integrado por diversas disposiciones que profundizan en principios basados en un régimen de libre competencia. Más recientemente, se ha iniciado una nueva etapa en la liberalización del sector adoptando un tercer paquete de medidas. Concretamente, se ha aprobado la Directiva 2009/140/CE del Parlamento y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 cuya finalidad principal radica en establecer las condiciones necesarias para que el mercado interior de las telecomunicaciones sea una realidad (la fragmentación de la regulación y las incoherencias entre actividades de las autoridades nacionales hasta la fecha -señala el Considerando Segundo- ponían en peligro la competitividad y los beneficios para los consumidores). Vid. AUTIN/IDOUX, *Droit National des Communications électroniques*, Jurisclasseur Communication, 15 enero 2011.

Con todo parece difícil -sobre todo en los sectores vinculados a las grandes redes o grandes operadores- pensar que el derecho de la Competencia pueda llegar a sustituir por completo la regulación sectorial y ello por diferentes motivos<sup>46</sup>: por un lado, porque el mercado presenta fallos que sólo pueden salvarse desde la regulación sectorial; por otro, el derecho de la competencia busca corregir restricciones mientras que la regulación sectorial pretende promover la competencia en el sector; asimismo, el derecho de la competencia -como quiera que sus normas actúan *ex post*- no resulta a veces adecuado para proteger los distintos intereses en juego y los procesos son largos y costosos lo que hace difícil que pueda repararse el daño causado. Así, parece que la conclusión a la que inevitablemente hemos de llegar es la de la complementariedad de ambos tipos de normas<sup>47</sup>.

Realizadas todas estas consideraciones de orden previo, la realidad demuestra que la atribución de facultades a los organismos sectoriales (ya sea la CMT en España o la *Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post* alemana) en materia de fomento y defensa de la competencia hace que puedan existir zonas grises en relación con los organismos nacionales de defensa de la competencia o con los europeos (Comisión Europea). En definitiva, la existencia de esa doble regulación a que aludíamos con anterioridad puede generar conflictos entre las normas generales (en este caso, las normas de competencia que se aplican a todos los sectores económicos) y las normas sectoriales o especiales.

Constituye un principio general del Derecho la supremacía de la norma especial sobre la general (más aún en un caso como éste en el que hemos visto cómo la regulación sectorial incorpora principios básicos recogidos en la norma general). A pesar de ello, nos encontramos con que la Comisión Europea e incluso los Tribunales Europeos, sobre la base del derecho de la competencia (en el caso concreto de *Deutsche Telekom*, sobre la base del artículo 102 TFUE, antiguo 82 TCE), contradicen las decisiones de los

---

<sup>46</sup> LAGUNA DE PAZ, *Telecomunicaciones: Regulación...*, págs. 161 y sigs.

<sup>47</sup> LAGUNA DE PAZ, *Telecomunicaciones: Regulación...*, págs. 345-346, y en *Abuso de posición dominante...*, págs. 168-169.

reguladores sectoriales tal y como ha sucedido en los casos *Deutsche Telekom* y, con anterioridad, *Telefónica*. En ambos asuntos, las actuaciones que los reguladores habían considerado conformes a Derecho desde la perspectiva de la regulación sectorial fueron posteriormente consideradas un ilícito competencial, concretamente un supuesto de abuso de posición dominante subsumible en el artículo 102 TFUE (anterior artículo 82 TCE). Este criterio ha sido confirmado por el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 14 de octubre de 2010 el cual ha señalado que el hecho de que las tarifas del operador alemán fueran aprobadas por el regulador no elimina la responsabilidad del operador en relación con el derecho de la competencia. En definitiva, se infiere que el control previo ejercido por las correspondientes autoridades reguladoras no sirve de cobertura<sup>48</sup>.

Desde esta perspectiva, la Sentencia objeto del presente comentario parece clarificar el papel de los reguladores sectoriales y de la autoridad comunitaria de defensa de la competencia. Ahora bien, con independencia de cuál sea el fundamento de las decisiones de las instituciones comunitarias -cuestión a la que dedicaremos el siguiente apartado- el tercer paquete de medidas en materia de telecomunicaciones sugiere alguna reflexión ulterior. En efecto, la Directiva 2009/140/CE del Parlamento y del Consejo, 25 de noviembre de 2009 se plantea como finalidad principal culminar el proceso que lleve a la creación de un mercado interior único de las telecomunicaciones reforzando para ello el mecanismo comunitario de regulación de los operadores con peso significativo en los mercados clave (Considerando Tercero, Directiva 2009/140/CE) -en adelante Directiva Marco.

El reforzamiento se completa con la creación de un Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas cuyas siglas en inglés corresponden a BEREC<sup>49</sup> (*Body of European Regulators for Electronic Communications*) que ha venido a sustituir al Grupo de Reguladores

---

<sup>48</sup> DE STREEL, *The integration of Competition principles in the new European Regulatory Framework for Electronic Communications*, World Competition 2003, vol. 26, pág. 510.

<sup>49</sup> El Reglamento (CE) nº 1211/2009 del Parlamento y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, crea el organismo y la oficina. El organismo anteriormente existente Grupo de Reguladores Europeos- el cual desapareció en virtud de la Decisión nº 2010/295 de la Comisión, de 21 de mayo de 2010.

Europeos (ERG)<sup>50</sup>. Dicho organismo -constituido por un Consejo de reguladores en cuya composición participan los directores o representantes al más alto nivel de las autoridades reguladoras nacionales de los diferentes Estados Miembros (artículo 4 del Reglamento)- tiene como función ayudar no sólo a las Instituciones de la Unión Europea (Consejo, Parlamento y Comisión) sino también a las autoridades nacionales en el ejercicio de sus funciones principalmente a través de sus Dictámenes y opiniones emitidas a instancia de éstas. Se trata de un organismo que asume fundamentalmente funciones de asesoramiento, no de regulación propiamente dicha si al que se atribuyen específicamente un gran número de facultades. El régimen actualmente vigente impone así una obligación de cooperación a todas las autoridades reguladoras con la Comisión y con el nuevo organismo BEREC (vid. artículos 7.2 y 8.3.d) de la Directiva Marco). Este último asume un papel destacado en: el desarrollo de buenas prácticas en el seno del mercado interior; la emisión de opiniones o dictámenes sobre recomendaciones y orientaciones emitidas por la Comisión; la emisión de informes y desempeño de labores de asesoramiento a instancia de parte; finalmente, se prevé su colaboración con las distintas autoridades nacionales y europeas a instancia de parte<sup>51</sup>.

Más aún el marco regulatorio de 2009 ha atribuido más poderes a la Comisión facultándole para supervisar los proyectos de reforma propuestos por las distintas autoridades sectoriales nacionales al mismo tiempo que ha impuesto a éstas la obligación de formalizar una consulta con carácter previo a la adopción de ciertas de sus decisiones ante el citado organismo Europeo<sup>52</sup>, BEREC (notificaciones presentadas conforme al artículo 7 y 7a de la Directiva 2009/140/CE y del Reglamento nº 1211/2009).

---

<sup>50</sup> Aún cuando el citado organismo cumplía también una importante labor de asesoramiento se estimó necesario no sólo reforzar sus facultades sino formalizar su reconocimiento e introducir dicho organismo dentro del marco regulatorio de las telecomunicaciones. Vid. GARZANITI/O'REGAN, *Telecommunications, Broadcasting and the Internet...*, págs. 1-099 y sigs.

<sup>51</sup> GARZANITI/O'REGAN, *Telecommunications, Broadcasting and the Internet...*, págs. 1-116 y sigs.

<sup>52</sup> Consultar [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu), el documento *Regulatory Framework for Electronic Communications in the European Union*, situation December 2009; concretamente la Directiva 2009/140/CE, Considerando 19.

En definitiva, el nuevo marco regulador europeo constriñe el papel de los reguladores sectoriales nacionales al mismo tiempo que refuerza los poderes de la Comisión para supervisar y coordinar las regulaciones que las autoridades nacionales propongan. Conforme a este nuevo marco legal y sin ánimo de ser exhaustivo por cuanto ello excedería los límites y objetivos del presente trabajo, la Comisión<sup>53</sup> puede:

- i) vetar medidas regulatorias (artículos 7.3 y 7.4 Directiva Marco);
- ii) la Comisión podrá presentar observaciones y recomendaciones individuales a las autoridades nacionales sectoriales acerca de las medidas a adoptar en relación con las empresas que tengan poder de mercado (artículo 7 Directiva Marco) y, finalmente;
- iii) podrá formular recomendaciones relativas a la aplicación armonizada de las Directivas (artículo 19 Directiva Marco).

En estas condiciones y más aún una vez aprobado el tercer paquete de medidas en el sector de las telecomunicaciones, parece difícil admitir que autorizada una práctica empresarial (política tarifaria u otros aspectos) la Comisión pueda, posteriormente, separarse del criterio establecido inicialmente y sancionar al operador. La pregunta que suscita el análisis de la normativa y de la práctica decisional de la Comisión es, ¿para qué sirve el regulador entonces? Cabe esperar o, al menos, sería deseable, que en el futuro teniendo en cuenta las funciones asignadas al nuevo órgano europeo -BEREC- y el reforzamiento de las competencias de la Comisión coadyuven no sólo a reducir el número de procedimientos de investigación que anualmente

---

<sup>53</sup>Al margen de esto, la Comisión dispone de dos herramientas más para controlar la aplicación de la normativa sectorial por parte de las Autoridades nacionales: en primer lugar, el artículo 258 TFUE faculta a la Comisión para emitir un dictamen motivado en caso de que la Autoridad Nacional no aplique adecuadamente la regulación sectorial recurriendo, en caso de no atenerse al dictamen, al Tribunal de Justicia; por otro lado, la Comisión puede ejercer un control indirecto sobre las Autoridades sectoriales mediante la apertura de procedimiento de investigación con un margen de discrecionalidad importante. Vid. GARZANITI/O'REGAN, *Telecommunications, Broadcasting and the Internet...*, págs. 873-874.

son abiertos sino que también aporten seguridad jurídica a los operadores en el mercado.

### 3. Control administrativo *versus* actuación empresarial.

El problema de fondo que se plantea tanto en el asunto *Deutsche Telekom* como en *Telefónica* es si y, en caso afirmativo cuando, unos precios sujetos a autorización administrativa previa pueden ser objeto de control por parte de las autoridades de defensa de la competencia. El fundamento de la intervención y posterior sanción impuesta a *Deutsche Telekom* descansa en el hecho de que la regulación sectorial limitaba -pero sólo en parte- los precios del operador. En efecto, los precios mayoristas del operador eran objeto de regulación *ex ante* mientras que los precios minoristas estaban sujetos a un régimen de *price cap*, es decir, a un sistema de tope de precios (problemática que, por otro lado, subyace también en el asunto *Telefónica*). En virtud de este sistema, la evolución de los precios máximos se fija para un grupo de servicios (cesta) a los que se aplica una fórmula basada en un porcentaje fijado por la Administración (restando la inflación anual)<sup>54</sup>. Los valores positivos indicarían el límite de subida máximo permitido mientras que un resultado negativo indicaría la reducción mínima permitida de ésta, durante un período de tiempo determinado. Durante ese período regulatorio los precios permanecen inalterados estableciendo a su término un nuevo objetivo de precios para el siguiente período.

En definitiva, a través de ese marco regulador de precios *Price Cap* para servicios minoristas se consiguen reducciones controladas en los precios de determinados servicios de telefonía que se agrupan en cestas y subcestas, autorizando, en su caso, subidas controladas en los servicios de conectividad con el objeto de reducir el déficit de acceso (reequilibrio tarifario).

El modelo sumariamente descrito presenta diversas ventajas si bien, quizás, la que mayor relevancia tiene a los efectos de la materia objeto de estudio descansa en el margen de libertad empresarial que deja a los operadores quienes -dentro de los límites marcados por el regulador-

---

<sup>54</sup> LAGUNA DE PAZ, *Telecomunicaciones: Regulación...*, págs. 237-238.

pueden fijar los precios de las prestaciones<sup>55</sup>. El reverso de la moneda, tal y como sucede en el asunto *Deutsche Telekom*, es que el control administrativo de los precios no excluye el margen de actuación empresarial y, en consecuencia, la responsabilidad del operador.

En el asunto *Deutsche Telekom*, se analiza si el operador tenía margen real de maniobra para modificar los precios minoristas aumentándolos. Dos son los períodos estudiados. En el primero (del 1 de enero de 1998 al 31 de diciembre de 2001) existían dos cestas de servicios (clientes particulares y clientes empresariales). El regulador alemán, mediante las oportunas Resoluciones, redujo los precios máximos de cada una de las cestas advirtiendo que, dentro de ese marco regulatorio y previa autorización suya, el operador podía modificar los precios de los distintos componentes de cada una de las cestas. De hecho, la empresa redujo algunos de ellos en un porcentaje superior al mercado para el conjunto de servicios incluidos en la cesta. Así, disponía pues de margen para aumentar los precios del resto de los servicios incluidos en la cesta (concretamente, los de acceso a las líneas analógicas), lo que sin duda habría contribuido a reducir la compresión de márgenes. En segundo período (a partir del 1 de enero de 2002) se introduce un nuevo régimen de precios máximos compuesto por cuatro cestas distintas. Sólo las tarifas minoristas de acceso ADSL no estaban sujetas a un régimen de precios máximos, lo que llevó tanto a la Comisión como al Tribunal posteriormente a entender que el operador disponía de margen para reducir la compresión<sup>56</sup>.

Pues bien, como quiera que esta regulación de precios no anula la capacidad decisoria del operador, tanto la Comisión como el Tribunal de Justicia consideran que el artículo 102 TFUE (antiguo artículo 82 TCE) es de aplicación por cuanto la conducta puede imputarse al operador y no al Estado. En definitiva, se atribuye una especial responsabilidad al operador en

---

<sup>55</sup> LAGUNA DE PAZ, *Telecomunicaciones: Regulación...*, págs. 212-213; CABRERA/ZABALLOS, *Evolución de los precios de los servicios de telecomunicaciones: regulación price cap*, Economía Industrial (Ministerio de Tecnología y Ciencia), págs. 69 y sigs.

<sup>56</sup> Vid. al respecto, BJØRGAN, *Margis Squeeze...*, págs. 292-293; LAGUNA DE PAZ, *Telecomunicaciones: Regulación...*, págs. 171-172.

el mantenimiento de una competencia efectiva a pesar de tratarse de un mercado sujeto a una cierta regulación. No se trata de una idea novedosa, todo lo contrario. En el asunto *Michelin*<sup>57</sup> el Tribunal de Justicia en su apartado 57 ya afirmó que no es reprochable el hecho de que una empresa tenga una posición dominante sino que lo relevante es que la empresa en cuestión tiene una responsabilidad especial para evitar que su conducta impida una competencia efectiva en el mercado común<sup>58</sup>. El Tribunal, en la Sentencia *Deutsche Telekom* establece en el apartado 63:

“Por otro lado, el Tribunal señaló, en los apartados 121 a 123 de la sentencia recurrida, que, lo decisivo para que pueda imputarse a la recurrente una posible infracción es determinar si en el momento de los hechos disponía de un margen de maniobra suficiente para fijar sus precios minoristas por los servicios de acceso de banda estrecha para abonados a un nivel tal que le permitiera eliminar o reducir la compresión de márgenes denunciada. El Tribunal reiteró a este respecto que la recurrente podía influir en el importe de dichos precios minoristas presentando solicitudes de autorización ante la RegTP. Asimismo, observó que, en su sentencia de 10 de febrero de 2004, el Bundesgerichtshof había confirmado expresamente la responsabilidad que incumbía a la recurrente de formular tales solicitudes y el hecho de que el marco jurídico alemán no excluía que la RegTP autorizara precios que infringían el artículo 82 CE”.

El Tribunal añade que el operador “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 por los servicios de acceso para abonados y que, por otra parte, la compresión de márgenes provocaba graves restricciones de la competencia, habida cuenta de su posición monopolística en el mercado mayorista de los servicios de acceso al bucle local y de su posición cuasi monopolística en el mercado minorista de los servicios de acceso para abonados” (apartado 125).

Es cierto que cuando existe margen de autonomía empresarial han de aplicarse los artículos 101 y 102 TFUE pero, a mi entender, el Tribunal se equivoca al ignorar lo particular del asunto *Deutsche Telekom* en el sentido

---

<sup>57</sup> Asunto *Michelin c. Comisión*, asunto 322/81 (1983).

<sup>58</sup> En términos similares, vid. la Sentencia TPI de 30 de septiembre de 2003, apartado 97.

de que en ese caso concreto, el margen de autonomía era especialmente reducido ya que los precios mayoristas habían sido aprobados por la autoridad competente y los precios minoristas estaban sujetos a un techo máximo fijado por el regulador sectorial<sup>59</sup>. Con respecto a los precios minoristas, se puede llegar a aceptar la postura mantenida por el Tribunal ya que parece claro que éstos pueden generar un efecto de exclusión respecto de los competidores causando así, a largo plazo, un perjuicio mayor que el que deriva -en el corto plazo- del incremento de los precios a los abonados. Sin embargo, en relación con los precios mayoristas parece más difícil admitir que éstos sean abusivos puesto que habían sido previamente aprobados por el regulador sectorial (lo que, en todo caso, debería haber llevado a la Comisión a incoar un procedimiento por incumplimiento contra la República Federal de Alemania). Sin embargo, entiende el Tribunal que el operador histórico tenía todavía margen de maniobra (vid. apartado 80 de la Sentencia *Deutsche Telekom*). La culpabilidad del operador histórico se fundamenta en que no solicitó a las autoridades sectoriales permiso para incrementar sus precios en beneficio de sus competidores.

Así, aún cuando pueda considerarse beneficioso atribuir a las empresas una obligación y, por tanto, una cierta responsabilidad para mantener una competencia efectiva y no falseada en el mercado, a mi entender, resultan excesivos los extremos a los que se llega en la Sentencia. Podría llegarse a un resultado más razonable si se realizara una aproximación menos rígida al concepto o principio de la autonomía empresarial entendiendo por tal aquellos supuestos en que no se goza de plena autonomía para fijar su política de precios.

No cabe duda que estos planteamientos generan una notable inseguridad jurídica al mismo tiempo que puede vulnerar el principio de confianza legítima. Y es que, en efecto, es preciso -no sólo conveniente- que

---

<sup>59</sup> En el mismo sentido, IDOT, *Abus de position dominante, secteur régulé et ciseau tarifaire*, Europe n° 12, décembre 2010, comm. 424 ; BOSCO, *L'opérateur historique, le régulateur et le juge de concurrence (cacophonie en trio)*, Contrats-Concurrences-Consommation n° 12, Décembre 2010, Comm. 274 ; BAZEX, *Vers des « conflits de lois » entre la régulation concurrentielle et la régulation sectorielle?*, Droit Administratif, n° 2, Fév. 2011, comm. 22.

la actuación de los poderes públicos -en este caso de las autoridades reguladoras- sea predecible y genere seguridad a los operadores del mercado. Esta inseguridad dificulta la adopción de decisiones por parte de las empresas afectadas.

Si existe un control previo, una intervención *ex ante*, de los reguladores en materia de política de precios aplicadas por los operadores, entonces se trata de precios intervenidos en cuyo caso, aprobados previamente por el organismo oportuno, no deberían ser sometidos a un control posterior, el que deriva de la aplicación del Derecho de la competencia (control *ex post*). La intervención de las autoridades sectoriales genera una confianza en el tráfico que reclama el máximo grado de certeza.

Si precisamente un sistema como el de *price cap* lo que permite es un margen de actuación empresarial dentro de los límites marcados por la autoridad sectorial, *a posteriori*, no puede entenderse el uso de dicho margen como una práctica antijurídica, anticompetitiva.

De esta manera estamos obligando a los empresarios a estar realizando comprobaciones permanentes sobre el carácter equitativo o no de la diferencia entre los precios mayoristas y los minoristas y haciéndoles asumir una responsabilidad excesiva. Es indudable que unos precios previamente aprobados por las autoridades sectoriales generan, inevitablemente, la convicción de que su actuación es legal<sup>60</sup>.

En fin, quizás convendría plantearse si no sería posible encontrar una vía para solucionar los eventuales conflictos y si ésta no podría ser la de dar primacía a la regulación sectorial.

## V. Conclusión.

La Sentencia *Deutsche Telekom* aclara algunas de las cuestiones que -hasta este momento- habían suscitado mayores debates en la doctrina.

En primer lugar, la Sentencia no sólo determina qué debe entenderse por compresión de márgenes, sino que precisa que para que éste se considere

---

<sup>60</sup> En términos similares, VELASCO SAN PEDRO, *Regulación y competencia...*, págs. 735-736.

una infracción el artículo 102 TFUE (antiguo 82 TCE), no es necesario demostrar que los precios son excesivos o que los precios minoristas son predatorios por cuanto que el carácter abusivo se conecta con la diferencia -excesiva- entre precios mayoristas y minoristas.

En segundo lugar, la Sentencia viene a confirmar cuál debe ser el test que debe aplicarse para valorar la existencia de la compresión de márgenes, el test del competidor igual de eficiente, así como el modelo de cálculo de costes basado en los precios y costes de la empresa verticalmente integrada, sin tomar en consideración la posición particular de la competidora. Cualquier otro modelo -entiende el Tribunal- resultaría contrario al principio de seguridad jurídica.

Pero el Tribunal, además, intenta aclarar el ámbito de aplicación del Derecho de la competencia cuando existe, al mismo tiempo, una regulación sectorial específica. La aproximación que, sobre este aspecto, hace el derecho europeo difiere sustancialmente respecto del derecho norteamericano. En este último, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 13 de enero de 2004 viene a señalar que la presencia de un regulador sectorial exigiendo que se facilite el acceso a un Bien o servicio intermedio hace superflua, sino inadecuada, la aplicación del Derecho de la Competencia para exigir o forzar el acceso al servicio. El Tribunal Supremo Norteamericano distingue entre la finalidad de la regulación sectorial (eliminar monopolio) y el objetivo más modesto del derecho de la competencia (disuadir de la realización de conductas ilícitas) considerando que ambos objetivos deben permanecer separados. Posteriormente, en la Sentencia *Linkline* de 25 de febrero de 2009, el Tribunal aplica la doctrina de *Trinko* y concluye que una práctica de compresión de márgenes no constituye una infracción autónoma de la *Sherman Act*. Por el contrario, el Tribunal de Justicia Europeo ha optado por un planteamiento radicalmente diferente entendiendo que ambas normas son complementarias y que cuando el operador dispone de margen de autonomía empresarial debe aplicársele el derecho de la competencia.

En nuestra opinión, la solución propuesta por el Tribunal plantea un grave problema de seguridad jurídica y de falta de claridad de los ámbitos de aplicación de unos y otros marcos regulatorios. El sistema pone en cuestión el papel de los reguladores en un tema tan sensible como el de los precios. El problema se agrava y la confusión aumenta ahora tras la creación del

organismo europeo BEREC. Las competencias asumidas por éste aconsejan un cambio de planteamiento. En definitiva, el tercer paquete de medidas aprobado en el ámbito del sector de las comunicaciones debería favorecer el incremento de la coordinación entre las autoridades de la competencia y los reguladores sectoriales eliminando las incertidumbres de los distintos marcos regulatorios y proporcionando una mayor seguridad jurídica a los operadores en el mercado.

El hecho de si la compresión de márgenes constituye una conducta prohibida al amparo del artículo 102 TFUE (antiguo 82 TCE) cuando no existe para el operador una obligación de suministro al amparo del derecho de la competencia no es una cuestión que haya sido abordada por el Tribunal si bien se espera que sí lo haga en la Sentencia Telefónica. Más concretamente, el Tribunal no aborda la problemática relativa a si la compresión de márgenes debe entenderse como una negativa de venta o suministro y si, en caso afirmativo, deben aplicarse las mismas reglas.