



INSTITUTO DE ESTUDIOS EUROPEOS
CENTRO DE POLÍTICA DE LA COMPETENCIA
III SEMINARIO DE EXPERTOS

**"NUEVO MARCO REGULATORIO EUROPEO EN
EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES:
UNA REGULACIÓN SECTORIAL QUE
INTRODUCE CONCEPTOS Y PRINCIPIOS
DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA"**

JERÓNIMO GONZÁLEZ GONZÁLEZ

Y

BEATRIZ SANZ FERNÁNDEZ-VEGA

Nº 6 - 2002

JERÓNIMO GONZÁLEZ GONZÁLEZ Y BEATRIZ SANZ FERNÁNDEZ-VEGA
TELEFÓNICA: REGULACIÓN EUROPEA E INTERNACIONAL Y ASESORÍA JURÍDICA DE
TELECOMUNICACIONES (GERENCIA DE COMPETENCIA)

MADRID, SEPTIEMBRE DE 2002

El Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo-CEU, Polo europeo Jean Monnet, es un Centro de investigación especializado en temas europeos cuyo objetivo es contribuir a un mayor conocimiento y divulgación de los temas relacionados con la Unión Europea.

Los Documentos de Trabajo dan a conocer los proyectos de investigación originales realizados por los investigadores asociados del Instituto Universitario en los ámbitos histórico-cultural, jurídico-político y socioeconómico de la Unión Europea.

El Centro de Política de la Competencia del Instituto de Estudios Europeos publica en su Colección de Documentos de trabajo estudios y análisis sobre materias de competencia con el fin de impulsar el debate público. Las opiniones y juicios de los autores no son necesariamente compartidos por el Centro.

Serie de Documentos de Trabajo de Política de la Competencia del Instituto de Estudios Europeos

**NUEVO MARCO REGULATORIO EUROPEO EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES:
UNA REGULACIÓN SECTORIAL QUE INTRODUCE CONCEPTOS Y PRINCIPIOS DEL DERECHO DE
LA COMPETENCIA**

No está permitida la reproducción total o parcial de este trabajo, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del copyright.

Derechos Reservados © 2002, por Jerónimo González González y Beatriz Sanz Fernández-Vega.
Derechos Reservados © 2002, por el Centro de Política de la Competencia del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo-CEU.

Instituto de Estudios Europeos
Julián Romea, 22 - 28003 Madrid
<http://www.ceu.es/idee>

ISBN: 84-95219-72-7
Depósito legal: M-53163-2002
Diseño de cubierta: Encarnación Navarro
Compuesto e impreso en Docutech

NUEVO MARCO REGULATORIO EUROPEO EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES: UNA REGULACIÓN SECTORIAL QUE INTRODUCE CONCEPTOS Y PRINCIPIOS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

JERÓNIMO GONZÁLEZ GONZÁLEZ Y BEATRIZ SANZ FERNÁNDEZ-VEGA *

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	4
PRINCIPALES OBJETIVOS Y NOVEDADES DE LA REVISIÓN 99	6
OBJETIVOS DE LA REVISIÓN 99	6
NOVEDADES	8
CONCEPTOS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA UTILIZADOS EN EL NUEVO MARCO REGULATORIO.....	18
DEFINICIÓN DE MERCADOS.....	19
COMPETENCIA EFECTIVA EN EL MERCADO Y PSM.....	30
PODER O PESO SIGNIFICATIVO EN EL MERCADO	33
OBLIGACIONES REGULATORIAS	45
PROCEDIMIENTO DE COOPERACIÓN ENTRE ANRS Y ANCS.....	48
VALORACIÓN DE LA REFORMA: SIGNIFICADO Y ALCANCE DE LA CONVERGENCIA ENTRE REGULACIÓN Y DERECHO DE LA COMPETENCIA	49

* Telefónica: Regulación Europea e Internacional y Asesoría Jurídica de Telecomunicaciones (Gerencia de Competencia)

INTRODUCCIÓN

Tras más de dos años de intensos debates, estamos asistiendo ya a la finalización en la definición del nuevo marco regulador de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas, denominado también como el nuevo paquete legislativo de la Revisión 99 (o *Review'99*, como se le ha venido llamando en inglés a todo este proceso). Este nuevo marco regulatorio se articula en torno a la siguiente lista de documentos legislativos:

- Directiva relativa a un marco regulador común de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas (*Directiva Marco*)¹.
- Directiva relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (*Directiva de Acceso*)².
- Directiva relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (*Directiva de Autorizaciones*)³.
- Directiva relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y servicios de comunicaciones electrónicas (*Directiva de servicio universal*)⁴.
- Directiva relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (*Directiva de protección de datos*)⁵.
- Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso desagregado al bucle local (*Reglamento del bucle*)⁶.
- Directiva de la Comisión Europea relativa a la competencia en los mercados de servicios de comunicaciones electrónicas⁷.

¹ Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 (DOCE L 108 de 24.04.02).

² Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 (DOCE L 108 de 24.04.02).

³ Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 (DOCE L 108 de 24.04.02).

⁴ Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 (DOCE L 108 de 24.04.02).

⁵ Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2002 (DOCE L 201 de 31.07.02).

⁶ Reglamento (CE) Nº 2887/2000 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2000 sobre el acceso desagregado al bucle local (DOCE L 336 de 30.12.00).

⁷ Comunicación de la Comisión sobre un proyecto de Directiva relativa a la competencia en los mercados de servicios de comunicaciones electrónicas (DOCE C 96 de 27.03.01).

- Decisión relativa al marco regulatorio para la política del espectro radio en la Comunidad (*Decisión del espectro*)⁸.
- Directrices de la Comisión Europea sobre el análisis del mercado y el evaluación del peso significativo en el mercado (*Directrices*)⁹.
- Recomendación de la Comisión Europea relativa a los mercados de productos y servicios en el sector de las comunicaciones electrónicas susceptibles de ser regulados *ex ante* (*Recomendación de mercados relevantes*)¹⁰.
- Decisión de la Comisión Europea relativa a los mercados de productos y servicios transnacionales en el sector de las comunicaciones electrónicas susceptibles de ser regulados *ex ante* (*Decisión de mercados relevantes transnacionales*)¹¹.
- Decisión de la Comisión Europea sobre el establecimiento del grupo de reguladores europeos de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (*Decisión sobre el ERG*)¹².
- Decisión de la Comisión Europea por la que se crea un Grupo de política del espectro radioeléctrico (*Decisión sobre el RSPG*)¹³.

La gran mayoría de los documentos señalados anteriormente están aprobados a día de hoy o están a punto de aprobarse. Destaca entre los pendientes de aprobación la Directiva de la Comisión relativa a la Competencia en los mercados de comunicaciones electrónicas, cuyo objetivo es la consolidación en un texto único de la anterior Directiva 90/388/EEC relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones y sus sucesivas revisiones, adaptándolo además a las nuevas definiciones y al nuevo marco regulatorio.

Este documento de trabajo tiene por objeto analizar la convergencia entre la legislación específica de telecomunicaciones y la de Competencia tal como se ha hecho patente a través de la introducción en el nuevo marco regulatorio europeo de diferentes conceptos y procedimientos propios del Derecho de la Competencia. Dado su enfoque, este documento de trabajo no pretende revisar exhaustivamente todos los documentos anteriores sino tan sólo señalar aquellos apartados de los

⁸ Decisión Nº 676/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 sobre un marco regulador de la política del espectro radioeléctrico en la Comunidad Europea (DOCE L 108 de 24.04.02).

⁹ Documento 2002/C 165/03 (DOCE C 165 de 11.07.02).

¹⁰ Documento aún no aprobado. Existe un borrador sometido actualmente a consulta pública.

¹¹ Documento aún no aprobado.

¹² Decisión de 29 de julio de 2002 (DOCE L 200 de 30.07.02).

¹³ Decisión de 26 de julio de 2002 (DOCE L 198 de 27.07.02).

mismos en las que se materializa la convergencia aludida o que ayudan a contextualizar mejor la reforma.

A efectos de exposición se ha dividido el documento en tres secciones. En la primera se exponen, con objeto de centrar el tema, el contexto en el cual se introducen elementos propios del derecho de Competencia en el nuevo marco regulatorio. En la segunda sección se hace un repaso sobre los elementos aludidos y en particular las adaptaciones que han sido necesarias introducir para incluirlos. Finalmente, la sección tercera comprende una primera valoración sobre los resultados de la reforma.

PRINCIPALES OBJETIVOS Y NOVEDADES DE LA REVISIÓN 99

OBJETIVOS DE LA REVISIÓN 99

La Revisión 99 nació del compromiso existente en las Directivas correspondientes al paquete de medidas que culminaron con la liberalización total en 1998 de revisar el funcionamiento de esas Directivas no más tarde del 31 de diciembre de 1999. Aquel paquete de medidas concentraba casi toda su atención en la telefonía fija, los circuitos alquilados y el mercado de interconexión.

En aquellos momentos, mediados de 1999, los Informes anuales de Implementación que publicaba la Comisión Europea ya dejaban entrever un importante grado de insatisfacción sobre el funcionamiento del proceso liberalizador, no tanto por los resultados, que era muy pronto para valorar, como por las diferencias en la puesta en práctica en los diferentes países de la UE. En concreto, ya se hacían fuertes críticas sobre la manera en que se estaba implementando en la UE la *Directiva de Licencias*, sobre la complejidad de estructuras regulatorias en los diferentes países o sobre la amplia variedad interpretativa de cuestiones tan relevantes como la regulación de la interconexión o la valoración y financiación del Servicio Universal, por citar sólo algunos de los ejemplos más relevantes.

Por el lado de los operadores designados con poder o peso significativo en el mercado (PSM, en adelante), dominantes según la denominación utilizada en España, crecía también el grado de insatisfacción, ante la falta de flexibilidad de un marco regulatorio con serias dificultades de adaptarse a los cambios de entorno y ante las enormes diferencias entre países. No menos importante era la insatisfacción de los recién llegados.

Poco antes de este proceso de revisión se cruzaba en el camino un ejercicio de reflexión importante sobre la denominada "convergencia". Se cuestionaba básicamente la viabilidad y adecuación de mantener unas estructuras y planteamientos regulatorios diferentes para según qué tipo de redes y servicios.

Sobre estos condicionantes previos comenzó un largo, y difícil, proceso de revisión de la normativa comunitaria cuyos fundamentos básicos pueden resumirse en las siguientes líneas:

- Como resultado del debate de convergencia, la adopción de un planteamiento regulatorio horizontal en el sentido de abarcar a todas las redes y servicios que ahora pasarían a llamarse “de comunicaciones electrónicas”, con independencia de la herencia, la componente tecnológica o los usos de los mismos. De esta forma, la idea era que la Revisión 99 no afectaría únicamente a las redes y servicios de telecomunicaciones más tradicionales sino a otras relacionadas por ejemplo con la difusión de radio y TV, poniendo a todas ellas *a priori* en pie de igualdad, y sin prejuzgar el conjunto de reglas que serían necesarias en uno u otro caso.
- Una flexibilización de las reglas de juego abandonando la lógica binaria del todo o nada imperante hasta la fecha en la regulación de telecomunicaciones y la exigencia de hacer explícita la necesidad de todas aquellas medidas regulatorias que hasta ahora venía considerándose implícita porque venía impuesto normativamente.
- Un replanteamiento profundo del papel a jugar por las autoridades nacionales de regulación (ANRs, en adelante) y las comunitarias, en aras a no perder de vista el difícil objetivo del mercado interior. En ese ámbito, se llegó a plantear un debate sobre la conveniencia de contar con un “euro-regulador” cosa que una vez más terminó por descartarse.
- Una simplificación y reducción de las a veces complicadas condiciones de acceso a los mercados de comunicaciones electrónicas, en parte como vía para garantizar un menor grado de dispersión entre los diferentes regímenes nacionales de concesión de títulos habilitantes.

Los objetivos que se plantean en esta Revisión 99 para las ANRs no son en esencia diferentes de los que hasta ahora se venían persiguiendo con la Política Comunitaria de Telecomunicaciones. La diferencia fundamental es que ahora se hacen explícitos (véase artículo 8 de la *Directiva Marco*) y será frente ellos cómo habrá que valorar la adecuación de las acciones en el campo regulatorio.

Los objetivos a que se refiere el párrafo anterior, y su desglose, son los siguientes:

- Fomento de la Competencia en el suministro de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, entre otras, velando por que:
 - los usuarios obtengan el máximo beneficio en cuanto elección, calidad y precio
 - no exista falseamiento ni restricción de la competencia
 - se promueva la inversión eficiente en infraestructuras y la innovación
 - se promueva la gestión y el uso eficaz de las frecuencias y la numeración
- Reforzamiento del Mercado Interior, entre otras,
 - suprimiendo obstáculos al suministro de redes y servicios transeuropeos
 - fomentando el establecimiento de redes y servicios transeuropeos

- garantizando un trato no discriminatorio a los operadores de redes y servicios
- cooperando mutuamente y con la Comisión para garantizar prácticas reglamentarias coherentes
 - Protección de los intereses de los ciudadanos, entre otras, velando
- por que todos los ciudadanos dispongan de acceso a un servicio universal
- por la protección de los consumidores en su relación con los operadores
- por la protección de los datos personales y la intimidad
- por la claridad y la transparencia de tarifas y condiciones de uso
- por responder a las necesidades especiales de grupos sociales específicos
- por la garantía integridad y seguridad de las redes públicas de comunicaciones

No obstante, una cuestión de gran relevancia y que queda pendiente de resolver será la manera como las ANRs vayan asignando mayor o menor prioridad a cada uno de esos objetivos, los cuales no son siempre y bajo todas circunstancias perfectamente compatibles, a la hora de tomar sus decisiones, pudiendo resultar en decisiones y políticas de algún modo diferentes entre países.

Además, en determinadas circunstancias, la consecución equilibrada de estos objetivos puede depender de la organización que cada Estado Miembro decida establecer sobre los órganos que tienen competencias en materia de regulación y sobre la distribución de responsabilidades entre ellas. Respecto de esta cuestión tan esencial puede decirse que la *Directiva Marco*, como casi no podía ser de otra manera, se limita a señalar el conjunto de responsabilidades de las ANRs entendiendo por tal a todos aquellos órganos de carácter nacional que tengan asignadas responsabilidades en el campo de la regulación. Queda, por tanto, por ver cómo se resuelve en la práctica y, en particular, si ello permite la consecución armonizada de los objetivos propuestos.

NOVEDADES

Sobre las bases anteriores, las novedades que nos presenta el nuevo marco regulatorio y que queremos destacar a continuación son las siguientes:

- Frente a la definición casi rígida de umbral que determina los operadores con PSM a partir de la posesión de un 25% de cuota de determinados mercados predefinidos en las propias Directivas, se establece una nueva definición de PSM equivalente a la posición de dominio tal como se aplica en la práctica de Competencia.

- Frente a la definición rígida de los mercados, hasta ahora definidos de forma inflexible en las propias Directivas, se establece un principio de identificación de los mercados de acuerdo con las prácticas habituales de definición en el ámbito del Derecho de la Competencia.
- Frente a la aplicación de medidas regulatorias que hasta ahora venían predeterminadas en las Directivas correspondientes, se dota a las ANRs de un “menú” de posibles remedios a aplicar según el caso. No obstante, las Directivas ofrecen, aunque sólo en menor medida, ciertas directrices sobre los remedios mejores a aplicar en cada caso.
- Como consecuencia, frente al todo o nada, se establece la gradualidad de la intervención regulatoria allí donde se justifique y con un objetivo explícito de ir abandonándola a medida que los mercados sean más competitivos. Para ello se establece la obligación de las ANRs de realizar un análisis previo del grado de competencia en el mercado
- Con objeto de asegurar que todo este proceso no lleve a disparidades entre los Estados Miembros se encarga a la Comisión Europea que ejerza un control de todo ello, llegándose, en determinados casos, a la capacidad de veto de las decisiones nacionales por parte de la Comisión Europea. Adicionalmente, para alcanzar el grado de armonización deseable, se establece un grupo de cooperación de los reguladores nacionales.

El objeto de todo ello es adaptar armonizadamente el nivel de intervención regulatoria en los mercados a las necesidades reales de la misma a partir del principio de proporcionalidad (intervención mínima necesaria), ya que su necesidad varía enormemente según los diferentes mercados. Para llevar este planteamiento a cabo es necesario dotarse de un procedimiento de actuación general que contempla las siguientes etapas:

- La definición de los mercados susceptibles de ser regulados.
- El análisis de cada uno de los mercados relevantes.
- Determinación de operadores con PSM.
- La imposición de remedios u obligaciones reglamentarias.
- La validación de los resultados del análisis.

De alguna forma, todo comienza y termina en Bruselas, pero la responsabilidad del análisis y del grueso de las decisiones se toman a nivel nacional por ser ésta la autoridad más cercana al conocimiento de la realidad de los mercados. Veamos en mayor detalle las fases anteriores

Procedimientos regulatorios

Con la adopción del nuevo marco, todo el proceso que conduce a la intervención *ex ante* de los mercados, mediante la imposición de obligaciones sobre

los operadores dominantes, cambia de manera fundamental. Ya no se presume la necesidad de hacerlo a menos que el análisis de la situación del mercado así lo justifique.

El proceso arranca con la identificación de los mercados que pueden ser susceptibles de intervención. Esta identificación la realizará, en primera instancia, la Comisión Europea, cristalizándose bien sea en una *Recomendación sobre los mercados relevantes* de productos y servicios, si éstos tienen una dimensión geográfica igual o inferior a la nacional, o en una Decisión, si los mercados identificados tienen una dimensión transnacional¹⁴ (artículo 15 de la *Directiva Marco*), y, subsiguientemente, por las ANRs, que determinarán el ámbito geográfico del mismo.

Conviene destacar que la definición de los mercados debe realizarse utilizando la misma metodología que se aplica en el Derecho de la Competencia y que analizaremos en secciones posteriores de este documento.

Con carácter general, la definición de los mercados no termina con su identificación a nivel de productos y servicios sino que las ANRs deberán terminar de caracterizarlos de acuerdo con las circunstancias nacionales que correspondan, añadiendo, entre otras, la componente geográfica u otros criterios de segmentación que sean relevantes en cada caso. Con carácter excepcional, las ANRs podrían definir mercados que se aparten de la identificación realizada a nivel europeo. En ese caso, las ANRs tendrán que contar con la aprobación de la Comisión Europea¹⁵ tal como se describe en la sección 1.2.2. de este mismo documento.

A partir de ahí, la propia *Directiva* impone sobre las ANRs una obligación de éstas de realizar lo antes posible el análisis de los mercados, siguiendo las *Directrices* que a tal efecto publica la Comisión Europea, con objeto de determinar si en los mismos hay o no competencia efectiva. Todo ello con objeto de cumplimentar el procedimiento descrito en el artículo 16, por el cual las ANRs podrán eliminar, imponer o modificar obligaciones regulatorias *ex ante* en función de si el mercado es o no es efectivamente competitivo.

Según este artículo, en mercados donde no haya competencia efectiva, las ANRs impondrán¹⁶ sobre los operadores con PSM, obligaciones concretas de entre las previstas en los artículos 9 a 13 de la *Directiva de Acceso* (en mercados mayoristas) o en los artículos 16 a 19 de la *Directiva de Servicio Universal* (en mercados minoristas) tales como obligaciones de transparencia, no discriminación, separación contable, obligaciones de dar acceso a y uso de facilidades de red concretas, obligaciones relativas al control de los precios, etc. Sin embargo, si tras el análisis obligatorio del mercado se concluyese que existe competencia efectiva en el mismo,

¹⁴ Se entiende por mercados transnacionales, de acuerdo con la definición del artículo 2, b) de la *Directiva Marco*, mercados cuya componente geográfica abarca a toda la Comunidad o una parte importante de ésta.

¹⁵ Véase artículo 7 de la *Directiva Marco* sobre los procedimientos para la consolidación del mercado interior de comunicaciones electrónicas.

¹⁶ Nótese lo discutible que resulta que la determinación de operador con PSM exige que se imponga sobre este operador al menos alguna obligación *ex ante*.

no podrán imponerse obligaciones, debiendo retirarse las que existieren en ese momento.

Es importante señalar que si bien en la filosofía del nuevo marco regulatorio está explícitamente establecido que sólo podrán imponerse obligaciones regulatorias *ex ante* sobre operadores que previamente hayan sido designados operadores con PSM en mercados donde no existe competencia efectiva, existen sin embargo algunas excepciones a este principio general.

En concreto, el artículo 5 de la *Directiva de Acceso* prevé que se puedan imponer obligaciones a las empresas que controlen el acceso a usuarios finales en la medida en que sea necesario para garantizar la conexión extremo a extremo, incluyendo (lo cual no limita) la obligación de interconectar sus redes cuando no lo hayan hecho y también sobre las empresas que prestan servicios de radiodifusión y televisión digital para que faciliten el acceso a APIs y EPGs en condiciones justas, razonables y no discriminatorias en la medida que sea necesario para garantizar el acceso de los usuarios finales a estos servicios.

Respecto de la importante designación de qué operador u operadores cuentan con PSM, el nuevo marco regulatorio asimila este concepto al de posición de dominio tal como se define en el ámbito de Competencia. A partir de esa definición, que alinea el concepto de PSM con el de la posición de dominio, se considera que un operador cuenta con PSM si cuenta individual o conjuntamente con otros, con una posición de fortaleza económica que le permita comportarse de manera apreciablemente independiente de sus competidores, de sus clientes y en definitiva de los consumidores.

Además, se contempla el caso de una empresa que cuente con poder significativo en un determinado mercado y que bajo determinadas circunstancias puede trasladarlo a otro mercado estrechamente relacionado.

En cuanto a los remedios regulatorios, las ANRs cuentan con una gran autonomía para imponer los remedios que consideren más adecuados para regular los mercados, a la vista de las situaciones concretas que presentan cada uno de ellos, de entre una gama de remedios que ofrecen las Directivas, tanto la de Acceso como la de Servicio Universal y Derechos de los Usuarios o, también, aunque quizás en menor medida la de Autorizaciones.

Efectivamente, las Directivas anteriores contemplan el siguiente conjunto de remedios (obligaciones) posibles:

Mercados mayoristas:

- Transparencia (contable, especificaciones técnicas, condiciones de suministro, precios, etc) incluyendo las ofertas de referencia (en combinación con la obligación de no discriminación).
- No discriminación, en las condiciones de suministro y la provisión de información, respecto a terceros y a la autoprovisión.
- Separación contable, suficiente como para poner de manifiesto la formación de los precios mayoristas y las transferencias internas, cuando sea aplicable

- Acceso a y uso de recursos específicos de las redes, cuando su denegación no permita el desarrollo de un mercado competitivo a nivel minorista o la interoperabilidad de los servicios y sujeto a ciertas condiciones como la viabilidad técnica y económica, la disponibilidad de capacidad, etc.
- Control de los precios, orientación de los precios a los costes y contabilidad de costes, cuando se considere que se pueden establecer precios excesivos o estrangulamiento de los márgenes, teniendo en cuenta la inversión y los riesgos asociados.
- Excepcionalmente, medidas adicionales (no contempladas en el “menú” de obligaciones posibles) y sujetas a la aprobación de la Comisión Europea.

En los mercados minoristas:

- Limitación de los precios, control de tarifas individuales, orientación de las tarifas a los costes o a los precios en mercados comparables, y contabilidad de costes asociadas para evitar la aplicación de precios excesivos, el falseamiento de la competencia, etc.

En mercados específicos predefinidos:

- La obligación de prestar la selección y preasignación de operador por los operadores dominantes en el mercado de acceso a y uso de la red telefónica fija
- Prestación, total o parcial, del conjunto mínimo de circuitos alquilados en condiciones transparentes, no discriminatorias, y a precios orientados a los costes a los operadores dominantes en el mercado de suministro total o parcial del conjunto mínimo de circuitos alquilados.

Conviene señalar que al margen de las posibles obligaciones contempladas en las nuevas Directivas, las ANRs podrán, sólo con carácter excepcional, imponer otras medidas regulatorias, aunque para ello deben contar con la aprobación previa de la Comisión Europea, que tendrá que velar por su coherencia con la consecución de los objetivos aprobados.

Finalmente, tal como veremos en el siguiente apartado, cuando se entienda que las decisiones de las ANRs relativas a la definición del mercado relevante y a la designación de operadores con PSM (o a su no designación por considerar que hay competencia efectiva) e imposición de obligaciones subsiguientes afectan al comercio entre Estados Miembros deberán ser notificadas a la Comisión Europea (y a las otras ANRs). Además, en determinadas circunstancias deberán también contar con la aprobación de Bruselas.

Distribución de Responsabilidades y Mecanismos de Coordinación Europeos

De acuerdo con los objetivos de consecución del mercado interior, y en gran medida como contrapeso a la enorme flexibilidad de actuación con que contarán las ANRs (sobre todo si se compara con la situación actual) se establece en el artículo 7 de la *Directiva Marco* un procedimiento tan importante como complejo, que tratamos de describir a *grosso modo* a continuación:

Cada vez que una ANR pretenda tomar una medida o decisión que se encuentre en el ámbito de los artículos 15 y 16 de la *Directiva Marco* (definición de mercados y análisis de mercado), los artículos 5 o 8 de la *Directiva de Acceso* (imposición de obligaciones) o del artículo 16 de la *Directiva de Servicio Universal* (relativa a la regulación de los precios minoristas) y esta decisión pueda afectar al comercio entre Estados Miembros¹⁷, las ANRs tienen la obligación de comunicar el proyecto de medida a la Comisión Europea y a las ANRs en los otros Estados Miembros. A partir de ese momento, y en el plazo máximo de un mes¹⁸, las ANRs y la Comisión Europea podrán hacer comentarios, teniendo la ANR que pretende tomar la medida una obligación de tener en cuenta esos comentarios.

Ni que decir tiene que el funcionamiento y resultados de este procedimiento dependen de la forma en que se lleve a la práctica la condición de "afectar el comercio entre Estados Miembros". Aunque este concepto ha sido interpretado por el Derecho Comunitario de la Competencia no sólo como efecto sobre los flujos comerciales entre Estados Miembros sino también como efecto sobre la estructura de la competencia efectiva en el mercado común, aún no se puede predecir si en el ámbito regulatorio la Comisión utilizará una interpretación tan amplia. Debe notarse que esta condición no existía inicialmente y surge del "compromiso" necesario para aprobar este paquete regulatorio ante la oposición del Consejo a la existencia de este procedimiento.

La ANR en cuestión podrá adoptar la medida tras tener en cuenta los comentarios recibidos, lo cual deberá comunicar a la Comisión Europea, salvo en dos casos concretos: si tratándose de una medida que se refiera a una definición de un mercado distinto de los incluidos en la correspondiente *Recomendación* de la Comisión Europea o si tratándose de una medida por la que se declara a un operador dominante (o no dominante), ésta afectase al comercio entre Estados Miembros y la Comisión, durante el plazo de un mes señalado anteriormente,

¹⁷ La propia Directiva define, en su considerando 38, qué debe entenderse por medidas que puedan afectar al comercio entre Estados Miembros: medidas que puedan tener un efecto directo o indirecto, real o potencial sobre la estructura de los intercambios entre Estados Miembros de modo que podrían crear una barrera al mercado interior. Éstas incluyen medidas que tienen repercusiones importantes sobre los operadores o usuarios en otros Estados Miembros y abarcan, entre otras, las medidas que afectan a los precios para los usuarios en otros Estados Miembros, las medidas que repercuten sobre las posibilidades de una empresa establecida en otro Estado Miembro de prestar un servicio de comunicaciones electrónicas, y, en particular, las medidas que afectan a la posibilidad de prestar servicios a nivel transnacional; así como las medidas que tienen repercusiones sobre la estructura o el acceso al mercado, incidiendo en empresas en otros Estados Miembros.

¹⁸ Salvo que esa ANR haya concedido un plazo de consulta a las partes interesadas más largo en cuyo caso prevalecería este último plazo.

hubiera indicado a la ANR dudas sobre la compatibilidad del proyecto de medida con el ordenamiento comunitario (en particular, los objetivos descritos en el artículo 8 de la *Directiva*) o considerase que puede crear una barrera al Mercado Único.

Si concurre alguno de estos dos supuestos concretos, la medida no podría ser adoptada, al menos, por un plazo de otros dos meses. En ese plazo adicional, la Comisión Europea, previa consulta al Comité de Comunicaciones, podrá requerir a la ANR en cuestión que retire el proyecto de medida. En caso contrario, si finalmente la Comisión Europea no lo hace, la medida podrá ser adoptada.

De forma excepcional, se contempla también un procedimiento aplicable cuando por razones de urgencia para proteger la competencia o los intereses de los usuarios, una ANR se vea en la necesidad de adoptar una medida cautelar concreta. En ese caso, lo podrá hacer sin la consulta previa pero deberá también comunicar la medida adoptada a la Comisión y a las otras ANRs. En el caso que la Autoridad pretenda hacer permanente la medida, deberá someterla al procedimiento anteriormente descrito, pudiendo, bajo las circunstancias previstas, terminar en el veto de la Comisión.

Queda por tanto claro que estos procedimientos no sólo afectan a las decisiones de las ANRs tomadas a partir de la obligación general de revisar los mercados regularmente, sino también aquellas que se derivan de cualquier otra circunstancia como puedan ser, por ejemplo, las decisiones a tomar a partir de una disputa entre operadores, siempre y cuando se cumplan las condiciones de aplicabilidad del procedimiento anteriormente descritas.

Complementando lo anterior, las ANRs tienen también una obligación (artículo 7.2 de la *Directiva Marco*) de contribuir al desarrollo del Mercado Interior a través de la cooperación entre ellas y con la Comisión Europea. En particular, las ANRs deberán intentar llegar a acuerdos sobre el tipo de instrumentos regulatorios y remedios más adecuados para resolver problemas concretos en el mercado (artículo 7 de la *Directiva Marco*). Con objeto de ayudar a la consecución de este objetivo, la Comisión Europea ha previsto la creación del Grupo de Reguladores Europeos (ERG) que pretende ser un foro de cooperación y de coordinación de las ANRs.

En este grupo participarían, en principio, los organismos reguladores nacionales¹⁹ y la Comisión con el objetivo de acercar (armonizar) las prácticas regulatorias en los Estados Miembros. Se pretende que lleguen voluntariamente a acuerdos en esta materia sin que las decisiones sean vinculantes para sus miembros.

Aunque las reglas de procedimiento estarían por decidir entre sus miembros, se pretende también que su actuación sea transparente y abierta (sin especificar cómo), siempre teniendo en cuenta el trato confidencial de la información que se maneja.

¹⁹ En el momento de elaborar este documento existe aún un debate sobre la composición de este grupo ya que la organización y asignación de competencias reguladoras no está armonizado en la Unión Europea. Se discute básicamente sobre si serán solo los reguladores independientes o si cabe la posibilidad de extenderlo a los Ministerios. También existe un debate debido a que no en todos los países de la Unión el mismo organismo tiene competencias en telecomunicaciones y en audiovisual.

Esto nos lleva a otro punto importante. En todos estos procedimientos y comunicaciones entre la Comisión y las ANRs se manejará previsiblemente una cantidad importante de información confidencial. El artículo 5 de la *Directiva Marco* establece las salvaguardias oportunas relativas a la confidencialidad de la información pero aún así no deja de ser un motivo de preocupación para los operadores, como se ha puesto de manifiesto en los numerosos comentarios hechos en ese sentido. Una vez más, la necesidad de una proporcionalidad entre la información suministrada y las necesidades de información para llevar a cabo las tareas asignadas a las autoridades vuelve a ser muy significativa.

Concesión de títulos habilitantes: Autorizaciones Generales

Con el nuevo marco regulatorio desaparecerán las licencias de los sistemas de concesión de títulos habilitantes en toda la Unión Europea para pasar a un régimen de autorizaciones generales. Existe una excepción concreta a ese principio, concretamente, cuando se trate de los derechos individuales de uso de recursos escasos (radiofrecuencias y números).

Por tanto, a partir de su entrada en vigor no será necesario “pedir permiso” para explotar redes y/o prestar determinados servicios (y redes) de comunicaciones electrónicas como hasta ahora. Tampoco tendrá que esperar el operador para conocer las condiciones asociadas a su licencia particular. Como máximo, los requisitos formales de entrada se limitarán a la presentación de determinada información a efectos registrales. Para que todo esto sea posible existirá un marco general, de aplicación a todos los operadores, donde se contemplan los derechos y las obligaciones de los mismos.

Si esto es ya de por sí novedoso, lo más determinante del nuevo marco es que la nueva Directiva de Autorizaciones se plantea como un marco de mínimos, en cuanto a derechos, y de máximos, en cuanto a las obligaciones, es decir, las obligaciones asociadas a una autorización general, y que, por tanto, afectan al conjunto de los operadores independientemente de su posición en el mercado, no podrán exceder las que se especifican en la Directiva.

La lista de derechos mínima incluye el derecho de instalación y de suministro y, en el caso de prestar redes y servicios al público, el de negociar y obtener la interconexión con otros proveedores de redes y servicios disponibles al público, de obtener el acceso a partir de otros operadores de redes y servicios públicos ya sea porque lo presten voluntariamente o porque estén obligados a prestarlos, y el de poder ser designados para la prestación de diferentes elementos del servicio universal.

Adicionalmente, los operadores dominantes y/o aquellos que cuenten con obligaciones específicas derivadas, por ejemplo, de la obligación de prestar el servicio universal tendrán que cumplir, además, con otros requisitos.

Lógicamente, este sistema no puede funcionar cuando la explotación de las redes o la prestación de los servicios exijan la utilización en exclusiva de algún recurso que no pueda ser compartido, por razones de interferencia. El ejemplo más claro son determinadas radiofrecuencias o los números públicos. En este caso se acudirá a la

concesión de derechos individuales que también tienen su marco particular, con la misma filosofía de máximos, aunque en esta ocasión pueda resultar más abierto, habida cuenta de que es perfectamente posible que esa concesión se otorgue mediante concursos o subastas cuyo resultado es variable en términos de obligaciones que se ofrece a asumir el concesionario.

Con este sistema se pretende la consecución de varios objetivos: simplificar el momento de la entrada (los trámites), simplificar y reducir las condiciones de entrada (y, por lo tanto, barreras de entrada regulatorias), contar con mayor transparencia y modularizar el sistema de concesión, a partir de una base común a la que se podrán añadir módulos específicos en función de las características del servicio o de los proveedores del mismo.

En general se trata de un cambio positivo, pero al eliminar cualquier tipo de control sobre los operadores incluso los relativos a la exigencia de cierta solvencia económica puede que a la larga sea perjudicial para el mercado.

Derecho de apelar las decisiones de las ANRs a un organismo independiente

Como novedad, la *Directiva Marco* prevé una posibilidad particularmente interesante en cuanto a que las decisiones de las ANRs puedan apelarse ante un organismo independiente que puede tener un carácter no judicial. El objetivo que subyace, aparte del derecho obvio de apelación, es la idea de la eficacia de los mecanismos de apelación que sería difícilmente conseguible si esos procesos invierten del orden de dos o tres años hasta que se resuelven.

Conscientes de la limitación que ofrecen los mecanismos actuales de apelación, lo que se traduce en una situación particularmente injusta para los operadores más afectados, directa o indirectamente, por las medidas regulatorias, se ha propuesto una vía de solución alternativa.

Evidentemente está por ver qué impacto puede tener en la práctica esta disposición ya que al no mediar una obligación ni una concreción particular de plazos, no es fácil prever los cambios que se podrán producir respecto de los mecanismos actuales ni en qué sentido. Además, posiblemente sea ésta una fuente de desarmomnización en el futuro ya que la redacción del texto en la *Directiva* no ha sido todo lo exigente y afortunada que el tema merecía.

Esto abre, en todo caso, un debate importante sobre la mejor manera de ganar eficacia en los procesos de la apelación de las decisiones de las ANRs. El caso español es paradigmático en ese sentido, con una vía de apelación administrativa ante el mismo órgano que emite la resolución y una vía judicial que tarda excesivamente en pronunciarse. Se podrían explorar otras alternativas situadas al margen de la mera mejora en términos temporales del funcionamiento de los tribunales como, por ejemplo, la creación de un tribunal *ad hoc* especializado que pudiera revisar de forma rápida las decisiones de la CMT, evitándose así los conocidos retrasos de la jurisdicción ordinaria y consiguiendo, además, la revisión por un órgano también especializado.

Compartición infraestructuras

Otra de las novedades del nuevo marco regulatorio afecta al derecho de uso de la propiedad (véase artículo 12 de la *Directiva Marco*) ya que se establece que cuando las empresas no dispongan de alternativas viables debido a razones medioambientales, de salud o seguridad pública o de ordenación urbana y territorial, se podrá imponer - previa consulta pública - el uso compartido de recursos o propiedades, incluyendo las condiciones de esa compartición. El considerando 23 de la misma *Directiva* aclara que esto incluye la ubicación física, el uso compartido de conductos, edificios, repetidores, antenas o sistemas de antenas.

Pero no son únicamente éstas las razones que pueden justificar en un momento dado la imposición de la obligación de compartición de recursos. Entre las posibles obligaciones de acceso que se pueden imponer a los operadores con PSM a que se refiere el artículo 12 de la *Directiva de Acceso* se encuentran precisamente la ubicación u otras modalidades de compartición de instalaciones como conductos, edificios y mástiles. Obsérvese que es una lista no cerrada.

En este último caso se trata de obligaciones derivadas de la consideración por las ANRs sobre si la denegación de ese acceso (o unas condiciones de efecto análogo) pueden constituir un obstáculo al desarrollo de un mercado competitivo sostenible a nivel minorista. Lógicamente se trata de una decisión tomada en el marco del procedimiento regulatorio general, como un remedio, en base a una consideración previa de no existencia de competencia efectiva.

Nótese que en el marco regulatorio actual, la posibilidad de imposición de obligaciones de esta naturaleza tenía un carácter mucho más restringido que en el futuro marco

Mercado secundario de frecuencias

Otra novedad, interesante a la vez que bienvenida, del nuevo marco regulatorio europeo es el reconocimiento explícito a la posibilidad de crear mercados secundarios de radiofrecuencias. En principio, una medida dirigida a permitir mantener un alto grado de eficiencia en la gestión del espectro radioeléctrico.

Obviamente, existen limitaciones. La primera, y más importante, es que la ANR lo permita, lo que, en general, estará contemplado en el marco de los títulos a través de los cuales se conceden los derechos individuales de uso, tanto de las nuevas concesiones de frecuencias que se realicen como en el momento de transformación de las concesiones existentes en ese momento.

La segunda limitación afecta al procedimiento. No sólo tiene que estar permitido por la ANR sino que toda intención de transferir derechos de uso de radiofrecuencia debe notificarse a la ANR, realizarse siguiendo el procedimiento que ésta hubiera determinado para este caso, y hacerse pública. Una limitación que afecta directamente al procedimiento y al papel a jugar por las ANRs es la de velar por que, en ningún caso, tales transferencias de derechos falseen la competencia.

Por último, existe otra limitación que afecta al uso que se haga de las radiofrecuencias, que no puede diferir del inicialmente pretendido, cuando el uso de esas radiofrecuencias haya sido armonizado a nivel comunitario.

Salvados todos estos requisitos, los operadores que disfruten de derechos individuales de uso de radiofrecuencias podrán ejercer su derecho de transferirlas en el momento que consideren oportuno. Cabe destacar que, a diferencia de las versiones intermedias de la *Directiva Marco*, este derecho finalmente no dependería, en principio, del método utilizado –subasta o concurso– para la concesión de derechos individuales sino de la voluntad de las ANRs de permitir o no estas transferencias.

Una vez examinados los principales objetivos y novedades de este proceso de revisión de la regulación de las telecomunicaciones a nivel comunitario, pasaremos a la segunda parte de este estudio que consiste, fundamentalmente, en un análisis de una de las características principales de dicha revisión, esto es, de la convergencia entre la regulación sectorial y el Derecho de la Competencia.

CONCEPTOS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA UTILIZADOS EN EL NUEVO MARCO REGULATORIO

Una vez superada la fase de liberalización en los mercados de telecomunicaciones, se ha puesto de manifiesto la necesidad de replantear el marco regulatorio hasta ahora vigente buscando un nuevo modelo regulatorio idóneo para perseguir los nuevos objetivos que van más allá de la mera liberalización, principalmente, la competencia efectiva, el mercado interior y la protección de los consumidores.

En este afán de la Comisión por encontrar un nuevo modelo, se dirige la mirada hacia el Derecho de la Competencia, cuyos objetivos últimos son muy similares a los perseguidos por el nuevo marco regulatorio. Por lo tanto, en este proceso encontramos una tendencia a la reducción de la regulación en este sector, haciéndola únicamente posible en aquellos mercados en los que la competencia no sea efectiva, y a la convergencia entre la normativa regulatoria y la de Competencia, introduciendo conceptos y metodología de análisis de mercado, propios del Derecho de la Competencia, en el nuevo marco regulatorio. En la medida en que dichos medios (disminución de la regulación y convergencia con el ámbito de la Competencia) se configuren como los apropiados para conseguir el objetivo de la competencia efectiva en el sector de las comunicaciones electrónicas la reforma será un éxito.

Sin embargo, resulta necesario realizar un análisis crítico antes de alcanzar conclusiones acerca de las verdaderas consecuencias de este viraje en la orientación de la regulación sectorial a nivel europeo. Tanto las Directivas que forman parte de este paquete regulatorio como las Directrices sobre análisis de mercado y evaluación del peso significativo en el mercado (*Directrices*, en adelante) toman diversos conceptos y metodología del Derecho de la Competencia, pero clarificando en todo momento que las conclusiones a las que se pueden llegar en

ambos ámbitos pueden diferir dado que su perspectiva (*ex ante*, en el caso de la regulación y *ex post*, desde la perspectiva competencial) es divergente. Esta insistencia, especialmente en el texto de las *Directrices*, en poner de manifiesto las diferencias entre los dos ámbitos al mismo tiempo que se acogen planteamientos del Derecho de la Competencia plantea dudas acerca de la idoneidad de este proceso:

- Si el objetivo final, en este contexto de culminación de un proceso liberalizador, era la desregulación y fomento de una competencia efectiva en los mercados de las telecomunicaciones, la reforma podría haberse limitado a desregular aquellos aspectos que se considerara conveniente, confiando en la actuación *ex post* del Derecho de la Competencia, más aún, teniendo en cuenta que los objetivos últimos de las dos políticas, sectorial y de competencia, son básicamente los mismos.
- Teniendo en cuenta la diferencia de perspectivas, debería valorarse el riesgo de que se produjeran distorsiones no deseadas por el hecho de utilizar en un análisis estructural *ex ante* conceptos y metodologías que han sido creados para un análisis de conductas *ex post*.

En definitiva, en el presente epígrafe describiremos el modo en que los conceptos y principios del Derecho de la Competencia han sido introducidos en las diferentes fases del procedimiento regulatorio creado por el nuevo marco -definición de mercados, análisis, identificación de empresas con PSM, imposición de obligaciones regulatorias y procedimientos de cooperación entre ANRs y autoridades nacionales de regulación (ACNs, en adelante)- para, en la última parte de este documento de trabajo, analizar las consecuencias y posibles críticas de esta convergencia de regulación sectorial y normativa de Competencia.

DEFINICIÓN DE MERCADOS

Autoridades competentes para la definición de mercados y su significado en el procedimiento regulatorio

Como ya se ha descrito en la Sección I de este Documento de Trabajo, la *Directiva Marco* establece, en su artículo 15, el **Procedimiento de definición del mercado**, según el cual la Comisión emitirá una *Recomendación* en la que se enumerarán los mercados “...cuyas características pueden justificar la imposición de las obligaciones reglamentarias establecidas en las directivas específicas”. Asimismo, será competencia de la Comisión la adopción de una Decisión en la que se definan los mercados transnacionales.

Por su parte, las ANRs “definirán los mercados pertinentes apropiados a las circunstancias nacionales, y en particular los mercados geográficos pertinentes dentro de su territorio con arreglo a los principios del Derecho de la Competencia”; mientras que, para definir mercados diferentes a lo enumerados en la

Recomendación las ANRs deberán observar los procedimientos de los artículos 6 y 7 (posibilidad de veto de la Comisión).

En cuanto a este reparto de competencias entre Comisión y ANRs para la definición de mercados, las *Directrices* se limitan a reiterar, en su párrafo 36, lo ya establecido en la *Directiva Marco*, en los siguientes términos:

“Los principales mercados de productos y servicios cuyas características pudieran justificar la imposición de obligaciones reglamentarias ex ante son los enumerados en la Recomendación que deberá adoptar la Comisión [...] y en cualquier Decisión sobre mercados transnacionales que la Comisión acuerde adoptar [...]. Por lo tanto, en la práctica la tarea de las ANRs consistirá normalmente en definir el alcance geográfico del mercado pertinente, aunque [...] tendrán la posibilidad de definir mercados distintos de los enumerados en la Recomendación de conformidad con el artículo 7 de la Directiva Marco”.

Por lo tanto, la división de competencias entre la Comisión y las ANRs para la definición de mercados es clara; la primera emitirá una *Recomendación* enumerando los mercados de ámbito nacional o inferior y una Decisión con los mercados transnacionales susceptibles de ser regulados; por su parte, las ANRs determinarán la dimensión geográfica de los mercados de producto definidos en la *Recomendación* y podrán definir otros mercados, diferentes de los recogidos en la *Recomendación*; en este último caso, siguiendo el procedimiento del artículo 7.4 de la *Directiva Marco*, es decir, con la posibilidad de veto de la Comisión.

Por el contrario, en lo que se refiere al **significado de dicha definición**, es decir, a su papel en el procedimiento regulatorio, surgen ciertas dudas. En principio, la definición de mercados supone un paso previo a cualquier análisis de los mismos, ya sea desde una perspectiva del Derecho de la Competencia (tanto en el control de concentraciones como en el control de posibles conductas anticompetitivas de los artículos 81 y 82 del TCE) o desde una perspectiva regulatoria. Las propias *Directrices* comienzan su sección segunda, relativa a la definición de mercados, expresando la relevancia de esta parte del procedimiento, dado que un análisis sobre competencia efectiva únicamente puede tener lugar con referencia a un mercado previamente definido, -“la definición del mercado pertinente reviste una importancia esencial, puesto que la competencia efectiva sólo puede ser evaluada por referencia al mercado así definido”²⁰- y en ese mismo párrafo se hace una llamada a una nota a pie de página en la que se pone de manifiesto: “Se ha de admitir que el objetivo de la definición del mercado no es un fin en sí mismo, sino que forma parte de un proceso, a saber, el de la evaluación del grado de poder de mercado que tiene una empresa”.

Sin embargo, podría cuestionarse que la definición de mercados sea un paso previo a su análisis, una mera parte del proceso sin ser un fin en sí mismo, dado el planteamiento de la *Directiva Marco* y, más aún, de la *Recomendación* sobre mercados relevantes. En efecto, el artículo 15 de la *Directiva* ya plantea un primer interrogante al requerir a la Comisión la enumeración, en su *Recomendación*, de los

²⁰ *Directrices*, párrafo 34.

mercados “*cuyas características pueden justificar la imposición de las obligaciones reglamentarias*”, sin determinar cuáles habrán de ser dichas características y, aún más relevante, quién y cuándo se van a determinar las mismas y qué mercados las cumplen. En principio, se podría entender que la Comisión se va a limitar a ofrecer una lista de mercados, definidos en función de los criterios que se describen en las *Directrices* (básicamente, los utilizados en Derecho de la Competencia), sin realizar ningún análisis sobre los mismos y que, en el análisis posterior al que se refiere el artículo 16 de la *Directiva Marco*, serán las ANRs las que determinarán si cumplen las características que justifiquen la imposición de obligaciones regulatorias.

Sin embargo, el borrador de *Recomendación sobre mercados relevantes* viene a destruir esta tesis y a poner de manifiesto una interpretación más complicada del precepto. En efecto, existen unas características previamente establecidas (en la propia *Recomendación*) cuya concurrencia en un determinado mercado lo convierte en candidato a ser recogido en dicha *Recomendación* y, por tanto, a ser regulado. En definitiva, la Comisión en su *Recomendación* no se limita a ofrecer una lista de mercados aséptica, sin previo análisis de los mismos, sino una lista de mercados que, con anterioridad al análisis de las ANRs, ya se presume que “pueden” ser regulados.

El borrador de *Recomendación* (cdos. 8 a 15) establece las tres características que deben concurrir en un mercado determinado para que la imposición de obligaciones regulatorias en el mismo esté justificada. Estas características²¹, que deben concurrir de modo cumulativo, serían las siguientes:

- La existencia de barreras de entrada importantes y no transitorias, de tipo estructural o reglamentario/legal.
- Que la estructura del mercado no sea tal que se espere *a priori* que tienda hacia un resultado de competencia efectiva, pese a las barreras de entrada, sin necesidad de ninguna intervención ex ante de la regulación. Para identificar la concurrencia de esta característica será necesario realizar un análisis dinámico del mercado en cuestión.
- Que la aplicación de una solución aportada por la legislación sobre competencia no sea suficiente para rectificar la tendencia hacia un resultado que no es de competencia efectiva.

La determinación de la existencia de estos tres requisitos, de forma cumulativa, requiere un análisis en profundidad de los mercados, lo cual va más allá de la mera definición de los mismos. Se plantea la paradoja de proceder al análisis de mercados con carácter previo a su propia definición. En definitiva, existe un doble análisis sobre cada mercado: el inicial que realiza la Comisión (y las ANRs en el caso de definir otros mercado diferentes a los de la *Recomendación*), sobre la

²¹ La *Recomendación* recoge una somera descripción de las mismas. Por el contrario, el documento de trabajo elaborado para la consulta pública sobre el borrador de *Recomendación* contiene una descripción bastante más detallada, que hubiera sido de gran utilidad haber introducido en la propia *Recomendación*.

susceptibilidad de ser regulados, y el segundo análisis, que realizarán las ANRs, sobre si efectivamente debe ser regulado.

Este problema metodológico es fruto de la necesidad de ofrecer un escenario de transición a las ANRs en el paso del marco anterior al nuevo marco regulatorio. En efecto, en la *Directiva Marco* ya se recogía (Anexo I) una "Lista de mercados que deberán incluirse en la *Recomendación* inicial de la Comisión sobre mercados pertinentes de productos y servicios contemplada en el artículo 15" y esta *Recomendación*, además de fijar los criterios para que un mercado pueda ser susceptible de regular, no hace sino recoger esa misma lista de mercados, corrigiendo sus definiciones en función de los criterios establecidos en las *Directrices* y los del Derecho de la Competencia. Así, los mercados recogidos en el borrador de *Recomendación* serían los siguientes:

Al por menor

- Acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija.
- Servicios telefónicos disponibles al público prestados en una ubicación fija.
- El conjunto mínimo de líneas arrendadas.

Al por mayor

- Origenación de llamadas en la red telefónica pública facilitada en una ubicación fija.
- Terminación de llamadas en redes telefónicas públicas individuales facilitada en una ubicación fija.
- Acceso local al por mayor a efectos de la prestación de servicios de Internet de banda ancha.
- Capacidad local dedicada (segmentos locales o de terminación de líneas arrendadas al por mayor).
- Terminación de llamadas en redes móviles individuales.
- Mercado nacional al por mayor de itinerancia internacional en redes públicas de telefonía móvil.
- Servicios de transmisión de emisiones difundidas y redes de distribución, para la entrega de contenidos difundidos a los usuarios finales.
- Servicios de tránsito en la red pública de telefonía fija.
- Acceso y origenación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil.

En este contexto, la *Recomendación* sobre mercados relevantes excluye, en principio, ciertos mercados de esa posibilidad de ser regulados, los **mercados emergentes**. En su considerando 14, establece que "*los mercados nuevos y emergentes en los que pueda apreciarse que existe un poder de mercado debido a*

las ventajas asociadas al hecho de "llegar primero", no deben ser objeto en principio de regulación ex ante". Además de la *Recomendación*, son varias las disposiciones del paquete regulatorio en las que se hace referencia a los mismos:

En la Directiva Marco (cdo. 27) se dice que las Directrices deberán abordar "la cuestión de los nuevos mercados en expansión, en los que, si bien es probable que el líder del mercado posea de hecho una cuota de mercado sustancial, no debe ser sometido a obligaciones inadecuadas". Este replanteamiento de la importancia de la cuota de mercado está muy en consonancia con las últimas teorías económicas relativas a los mercados de la llamada "Nueva Economía" (muchos de ellos, mercados del sector de las telecomunicaciones), las cuales apuntan la relevancia de otros factores que reducen la importancia de las cuotas de mercado, refiriéndose principalmente a ciertas "amenazas" como la innovación que puede introducir un competidor potencial (además de las fuertes inversiones que se deben realizar en innovación para no quedarse atrás), el surgimiento de nuevos estándares, la convergencia tecnológica...y otra serie de características de dichos mercados que pueden producir cambios bruscos en las cuotas de mercado y, por lo tanto, la sucesión rápida de líderes (o tipping). En definitiva, en los mercados de la Nueva Economía es necesario corregir el cálculo de la cuota de mercado con la toma en consideración de otros factores como la competencia potencial, que significaría una fuerza competitiva muy importante en los mismos.

Por su parte, las *Directrices*, si bien parten de la base de que se deben evitar imposiciones regulatorias prematuras que puedan condicionar indebidamente las condiciones de competencia en dichos mercados, admiten la posibilidad de que las ANRs puedan intervenir, estableciendo una regulación *ex ante*, sólo en aquellos supuestos en que esté debidamente justificado, dado que, en cualquier caso, la intervención se puede retrasar a una fase posterior cuando se realice una revisión de los mercados relevantes. Literalmente, el párrafo 32 establece:

" En lo que se refiere a los mercados emergentes, el considerando 27 de la Directiva marco señala que los nuevos mercados en expansión en los que es probable que el líder del mercado posea de hecho una cuota de mercado sustancial no deben ser sometidos a obligaciones inadecuadas. Esto se debe a que la imposición prematura de obligaciones ex ante puede influir indebidamente en las condiciones en que tome forma la competencia en un mercado nuevo y emergente. Al mismo tiempo, conviene evitar que la empresa líder se apropie de estos mercados emergentes. Sin perjuicio de que proceda una intervención por parte de las autoridades de competencia en determinados casos, las ANR deben asegurarse de poder justificar plenamente cualquier forma de intervención ex ante temprana en un mercado emergente, considerando en particular que siempre tienen la posibilidad de intervenir posteriormente, en el contexto de la reevaluación periódica de los mercados pertinentes."

Por otra parte, en el párrafo 85, se vuelve a hacer referencia a los mercados emergentes, en el apartado relativo al apalancamiento, estableciéndose que la misma no se podrá aplicar a los mercados emergentes, tal y como veremos más adelante.

En conclusión, parece claro que los mercados emergentes deben quedar fuera de la regulación *ex ante*, salvo circunstancias excepcionales en las que esté debidamente justificado lo contrario.

Criterios de definición de mercados

También en el artículo 15 de la *Directiva Marco* se recoge el mandato a la Comisión para que publique las Directrices sobre análisis de mercado y evaluación del peso significativo en el mercado “...que serán acordes con los principios del Derecho de la Competencia”. En efecto, las *Directrices* básicamente recogen los criterios para la definición del mercado que ya habían sido compilados por el Derecho comunitario de la Competencia en la *Comunicación de la Comisión sobre mercados relevantes*²², posteriormente desarrollados para el sector de las telecomunicaciones en las *Directrices para la aplicación de las normas de competencia en el sector de las telecomunicaciones*²³ y la *Comunicación sobre aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso*²⁴.

La **Sección Segunda de las Directrices**, dedicada a la **Definición de Mercados**, aborda el gran cambio que en este punto concreto va a significar el nuevo marco regulatorio: el paso de la identificación de mercados pre-definidos sobre la base de aspectos específicos de las comunicaciones (en función de las características concretas de los servicios) a la definición de mercados utilizada por el Derecho de la Competencia, es decir, basada en criterios de sustituibilidad de la oferta y la demanda. La causa de dicha reforma es la necesidad de un enfoque dinámico, lejos del estático sistema anterior, un análisis que tenga en cuenta no sólo comportamientos de mercado pasados sino también una perspectiva prospectiva, de futuro, especialmente tratándose de un sector caracterizado por un acelerado y constante avance tecnológico²⁵. Para ello, se utilizará la experiencia adquirida tanto por las ANRs como por las ANCs o la propia Comisión, así como informaciones obtenidas, estudios realizados, etc.

Las *Directrices* (párrafo 37) ponen de manifiesto la posibilidad de que un análisis de mercado prospectivo puede llevar a definiciones de mercado diferentes que un análisis basado en el comportamiento pasado; sin embargo, se deberá buscar, siempre que sea posible, que la definición de mercados realizada con propósitos

²² Comunicación de la Comisión sobre la definición de mercado relevante en materia de Derecho de la Competencia (97/C 372/03).

²³ Directrices para la aplicación de las normas comunitarias sobre competencia en el sector de las telecomunicaciones (DOCE serie C núm.233, de 6 de septiembre de 1991).

²⁴ Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones (DOCE serie C núm.265, de 22 de agosto de 1998).

²⁵ Esta necesidad de dinamismo en el sector de las telecomunicaciones ya había sido detectada en la *Comunicación sobre los acuerdos de acceso* (nota núm.4), que en su párrafo 47, afirma: “Ante la velocidad con que se producen los avances tecnológicos en este sector, cualquier intento de definir mercados de producto específicos en la presente Comunicación correría el riesgo de pasar a ser, en poco tiempo, irrelevante o impreciso. La mejor forma de definir a los mercados de producto específicos [...] consiste en analizar detenidamente un caso concreto”.

regulatorios sea consistente, en cuanto a la metodología utilizada, con la definición desarrollada en aplicación de las reglas de la competencia y que, siempre, se realice "...sin perjuicio de los mercados que puedan definirse en casos concretos en virtud del Derecho de la Competencia" (artículo 15, *Directiva Marco*).

Del anterior párrafo parece deducirse que la Comisión está identificando el análisis prospectivo, sobre la base del futuro desarrollo del mercado, con el análisis regulatorio, mientras que asocia el análisis basado en comportamientos pasados con la normativa de competencia, sin tener en cuenta que, como muy bien se pone de manifiesto en la Sección Primera (párrafo 26), existe parte del análisis para la definición de mercados en Derecho de la Competencia que se realiza también desde una perspectiva a futuro, como ocurre con el control de las concentraciones. Entendemos que en este punto las *Directrices* únicamente tratan de hacer suyos los razonamientos que la *Comunicación sobre mercados relevantes* realiza en cuanto a la posibilidad de diferentes perspectivas del análisis de la definición de mercados (párrafo 12, *in fine*): "*La diferente perspectiva temporal considerada en cada caso podría llevar al resultado de que se definan distintos mercados geográficos para los mismos productos según que la Comisión examine un cambio en la estructura de la oferta, como, por ejemplo, la creación de una concentración o de una empresa en participación de carácter cooperativo, o cuestiones relativas a determinados comportamientos pasados*".

En cuanto a los **criterios** recogidos por las *Directrices*, reproducen los establecidos en la citada *Comunicación sobre mercados relevantes*, así como los indicados en la *Comunicación sobre acuerdos de acceso* y las *Directrices sobre aplicación de normas de competencia al sector de las telecomunicaciones*, complementándolos con ciertos matices recogidos de la práctica decisonal de la Comisión y de la jurisprudencia del TJ y del TPI. Por lo tanto, a continuación, examinaremos los criterios que, en aplicación de estas normas y decisiones, serán finalmente utilizados.

Para la determinación de los principios básicos para la definición de mercados, la Comisión se fija en las dos principales fuentes de presiones desde el punto de vista de la competencia: la sustituibilidad de la demanda y la sustituibilidad de la oferta. Aunque las *Directrices* no recojan esta matización, la *Comunicación sobre mercados relevantes* establece que el elemento más significativo es la sustituibilidad de la demanda, dado que, desde una perspectiva económica, es el más eficaz e inmediato para restringir el comportamiento de los competidores.

Además, existe una tercera fuente, la competencia potencial, que se diferencia de la sustituibilidad de la oferta en que ésta última responde rápidamente a un incremento de precios y no implica significantes costes adicionales, mientras que los potenciales entrantes necesitan más tiempo para introducirse en el mercado y tienen que soportar significativos costes hundidos. Este tercer elemento no se examinará hasta el momento del análisis del mercado, tal y como ya establecía la *Comunicación de mercados relevantes*²⁶.

²⁶ "La tercera fuente de presiones, la competencia potencial, no se tiene en consideración para la definición de los mercados [...] En caso necesario, este análisis no se lleva a cabo hasta una fase posterior, una vez que se haya determinado la posición de las empresas que participan en el

En cuanto al análisis de la sustituibilidad de la demanda, consiste en la determinación de la serie de productos o servicios que el consumidor considera sustitutivos. En lo que se refiere a la sustituibilidad de la oferta, se requiere que los proveedores puedan pasar a proveer los productos o servicios de referencia y comercializarlos a corto plazo, sin incurrir en costes o riesgos adicionales significativos. Como medio para valorar estos conceptos se propone el llamado "*hypothetical monopolist test*" o "*SSNIP (small but significant non transitory increase in price) test*", es decir, la medición de la elasticidad cruzada de la oferta y de la demanda para determinar la sustituibilidad de productos y servicios²⁷.

En materia regulatoria no se puede partir, como en el examen *ex post* del Derecho de la Competencia, de precios aplicados por la empresa en posición de dominio (en un supuesto del artículo 82) o por las partes que participan en una operación de concentración, sino que se tomarán como precios de partida el "precio promedio" del sector ("*industry average price*")²⁸. En cuanto a productos y servicios que tengan sus precios regulados, éstos se tomarán como precios de partida, presumiendo que, al tratarse de precios orientados a costes, están fijados a unos niveles competitivos, salvo que se demuestre lo contrario. Éste sería el caso de los precios regulados cuyo nivel se establece, en vez de con el objetivo de la orientación a costes, con la finalidad de asegurar una oferta asequible en el contexto del Servicio Universal; en estos casos, los precios regulados no pueden ser utilizados como punto de partida en la aplicación del test. La Comisión establece la necesidad de que las ANRs tengan en cuenta estas dificultades para fijar el precio que será tomado como punto de partida, pero no se establecen mecanismos concretos para ello.

En cuanto al **mercado del producto**, comprende todos los productos o servicios suficientemente intercambiables en función de sus características objetivas, las necesidades de los consumidores, su utilidad, sus precios, las condiciones de competencia en el mercado y la estructura de la oferta y la demanda²⁹. Todos estos criterios deberán ser valorados, de manera que una diferencia en cuanto a la naturaleza del producto o servicio no significa una separación de mercados; así, el cable y el satélite, son considerados pertenecientes al mismo mercado cuando ambos son utilizados por los usuarios para un mismo fin, el acceso a Internet. En este sentido cobra gran relevancia la apuesta por la convergencia tecnológica que realiza la Revisión 99, aceptándose la sustituibilidad entre las diferentes tecnologías utilizadas para la transmisión de contenidos televisivos, la tecnología xDSL, el cable, los satélites o las plataformas terrestres de transmisión (analógica o digital). Por otra parte, la existencia de diferentes grupos de consumidores, producida por una lógica

mercado de referencia y dicha posición plantee problemas desde el punto de vista de la competencia".

²⁷ Comunicación sobre mercados relevantes, párrafos 17-18 y Comunicación sobre los acuerdos de acceso, párrafo 46.

²⁸ Directrices, nota nº 29.

²⁹ Directrices sobre análisis de mercado y PSM, párrafo 44, Comunicación sobre acuerdos de acceso, párrafo 43 y Directrices sobre la aplicación de las normas de competencia al sector de las telecomunicaciones, párrafo 26.

diferenciación en precios y ofertas, puede también provocar la separación de un mismo producto o servicio en mercados diferenciados.

Los elementos concretos que se deberán valorar para determinar la sustituibilidad de la demanda, además de los establecidos en la *Comunicación sobre mercados relevantes*³⁰, serían: elementos de prueba sobre el comportamiento de consumidores, registro histórico de fluctuaciones de los precios en productos/servicios potencialmente competitivos, movimientos de precios, información sobre tarifas, costes de cambio, etc. En cuanto a la sustituibilidad de la oferta, se mencionan los requisitos legales o regulatorios que supongan un coste temporal para la entrada en el mercado, como los obstáculos o retraso en la conclusión de acuerdos de interconexión, la negociación de acceso a redes, la obtención de derechos para la extensión de una red, etc. En este sentido, se debe tener en cuenta que, si bien no se poseen datos relativos al comportamiento de las empresas en un análisis *ex ante*, las ANRs sí disponen de muchos datos procedentes de su experiencia pasada y que podrán utilizar.

El **mercado geográfico**, definido como el área donde las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas³¹, también exigirá el examen de la sustituibilidad de la demanda, para cuyo análisis se mencionan elementos como las preferencias de los consumidores y los hábitos de compra distinguibles por áreas geográficas, y la sustituibilidad de la oferta, para cuyo análisis se considerarán elementos³² como: los requisitos de ubicación para realizar actividades en una determinada área, las condiciones de acceso a los canales de distribución, los costes relativos al establecimiento de una red de distribución y la existencia o ausencia de obstáculos reglamentarios vinculados a la contratación pública, las regulaciones de precios, los contingentes o derechos de aduana, las normas técnicas, los monopolios, la libertad de establecimiento, los requisitos para obtener autorizaciones administrativas, los flujos comerciales, etc. Asimismo, se pone de

³⁰ Comunicación sobre mercados relevantes, párrafos 37 a 43:

- Los elementos de prueba de una sustitución en un pasado reciente.
- Ensayos cuantitativos para delimitar mercados, basados en diversos enfoques estadísticos y econométricos: elasticidad cruzada de la demanda, evolución de los precios, similitud de niveles de precios, convergencia de los mismos, etc.
- Opiniones de los clientes y los competidores.
- Las preferencias de los consumidores a través de estudios de mercadotecnia sobre: actitudes y hábitos de consumo, características de las compras, opiniones de los minoristas, importancia de las marcas para los consumidores, etc.
- Obstáculos y costes relacionados con el desplazamiento de la demanda hacia productos sustitutivos: obstáculos reglamentarios u otras formas de intervención estatal, restricciones en fases posteriores de la cadena de producción, inversiones específicas, localización de los consumidores, inversiones en formación o capital humano, costes de reequipamiento, incertidumbres, etc.
- Diferentes categorías de clientes y discriminación de precios.

³¹ Comunicación sobre mercados relevantes, párrafo 8, Comunicación sobre los acuerdos de acceso, párrafo 54, y Directrices, párrafo 56.

³² Comunicación sobre mercados relevantes, párrafos 30 y 31.

manifiesto cómo tradicionalmente han existido dos principales criterios para determinar el mercado geográfico: el área cubierto por una red y la existencia de instrumentos legales o regulatorios (por ejemplo, las licencias).³³

Además, se plantea la posibilidad de que, en casos excepcionales, los mercados se definan en referencia a una determinada ruta, por ejemplo, por pares de ciudades o de países, que formen mercados separados. También, se establece la posibilidad de la existencia de cadenas de sustitución³⁴, entendiéndose por tal la definición de un mercado de referencia en el que los productos o zonas que se encuentren en los límites del mercado no sean directamente sustituibles. Por ejemplo, el producto B es sustituto de los productos A y C, de manera que, aunque los productos A y C no sean directamente sustituibles entre sí, puedan pertenecer al mismo mercado de referencia, dado que la tendencia de sus respectivos precios pueda resultar limitada por el carácter sustitutivo de B.

Por último, las *Directrices* tratan de inducir criterios aplicables al sector de las telecomunicaciones, derivados de la práctica decisional de la Comisión en materia de competencia³⁵. Así, tomando como base la *Comunicación sobre acuerdos de acceso*, identifica dos principales mercados de referencia que se pueden considerar: los mercados de servicios, destinados a usuarios finales, y los mercados de acceso a las redes o infraestructuras, necesarias para proveer dichos servicios³⁶. No se toma

³³ Por su parte, la *Comunicación sobre mercados relevantes* (párrafos 44 a 50) considera relevantes para definir el mercado geográfico los siguientes:

Elementos de prueba en el pasado de desvío de pedidos a otras zonas.

Características básicas de la demanda: preferencias nacionales, preferencias por las marcas, el idioma, la cultura y el estilo de vida nacionales, la necesidad de una presencia local, etc.

Opiniones de clientes y competidores.

Localización geográfica de las compras.

Flujos comerciales y estructura de compra.

Barreras y costes asociados al desvío de pedidos hacia empresas localizadas en otras zonas: costes de transporte, restricciones al transporte resultantes de la legislación o de la naturaleza de los productos considerados, posible compensación con otro tipo de costes (por ejemplo laborales), el acceso a redes de distribución, los obstáculos reglamentarios, los contingentes y derechos de aduana, costes por el cambio de abastecimiento, etc.

³⁴ *Comunicación sobre mercados relevantes*, párrafo 57.

³⁵ Incluso, se enumera una lista de los mercados que la Comisión ha definido en este sector, entre los que se mencionan los siguientes (nota n° 51): servicios internacionales de telefonía vocal, servicios avanzados de telecomunicaciones para usuarios empresariales, servicios de comunicaciones de datos por conmutación de paquetes de bajo nivel normalizados, reventa de capacidad de transmisión internacional, audioconferencia, servicios por satélite, servicios de telecomunicaciones mundiales (mejorados), servicios de asistencia-guía, servicios de acceso a Internet para usuarios finales, conectividad Internet de nivel superior o universal, servicios paneuropeos completos de telecomunicaciones móviles a clientes internacionalmente móviles, servicios de itinerancia al por mayor, y mercado de conectividad a la red internacional de señalización.

³⁶ No se trata únicamente de acceso físico sino de acceso a cualquier instalación necesaria para prestar el servicio, como por ejemplo, la necesidad de acceder a información, en el caso de las guías telefónicas (*Comunicación sobre los acuerdos de acceso*, párrafos 49 y 50).

en consideración, sin embargo, la diferenciación realizada por las *Directrices sobre aplicación de la normativa de competencia al sector de las telecomunicaciones*³⁷, entre mercados de servicios y de equipos, siendo este último completamente obviado por las *Directrices*³⁸. En el siguiente esquema se pueden observar los mercados diferenciados en cada una de estas categorías, que las *Directrices* recogen, según la práctica de la Comisión:

Acceso a redes o infraestructuras

- Bucle local / larga distancia / internacional
- Mayorista / minorista (residencial / empresa)
- En redes móviles: origen / terminación de llamada en redes individuales / conjunto de todas las redes

Servicios

- Fijos
 - servicios telefónicos conmutados de voz (local / larga distancia / internacional) (residencial / empresa) (servicios telefónico tradicional / comunicaciones a alta velocidad)
 - acceso de operadores a las redes (local / larga distancia / internacional)
 - transmisión de datos para empresas
- Móviles
 - Mismo mercado para GSM 900, GSM 1800 y plataformas análogas

Sin embargo, este esquema no es más que una lista de ejemplos de los mercados que pueden ser definidos; en cualquier caso, tanto la Comisión como las ANRs deberán realizar el análisis completo según los criterios establecidos.

³⁷ Así, en el párrafo 27, se distingue, sin perjuicio de poder determinar mercados más reducidos, entre:

- Mercados de servicios, dentro del cual se distinguiría entre: suministro de redes terrestres, comunicación de voz, comunicación de datos y satélites.
- Mercados de equipos: conmutadores públicos, conmutadores privados, sistemas de transmisión y terminales (teléfonos, modems, terminales de télex, terminales de transmisión de datos y teléfonos móviles).

³⁸ En este sentido, el cdo. Octavo de la *Directiva Marco* excluye del ámbito de aplicación de la misma a los equipos radioeléctricos y equipos y terminales de telecomunicación regulados por la Directiva 1999/5, pero no a los equipos de consumo utilizados para la televisión digital.

COMPETENCIA EFECTIVA EN EL MERCADO Y PSM

La competencia para realizar el análisis de mercado corresponderá a las ANRs y, según establece el artículo 16 de la *Directiva Marco*, lo deberán realizar teniendo en cuenta las *Directrices* en la mayor medida posible. Por lo tanto, las ANRs contarán con cierta discrecionalidad, que, sin embargo será matizada por las facultades de supervisión de la Comisión y los procedimientos de consulta y transparencia.

Una cuestión, constante objeto de confusión y de debate a lo largo de las sucesivas modificaciones que se iban produciendo en el paquete regulatorio, ha sido la existencia de un análisis de mercado tendente a determinar si en el mismo existía competencia efectiva y su posible, y finalmente patente, identificación con la propia valoración de la existencia de una empresa con PSM.

En efecto, el procedimiento regulatorio parecía en un principio, según la interpretación literal de anteriores borradores de la *Directiva Marco*³⁹, contar con tres pasos diferentes: la definición de los mercados, el análisis de la competencia efectiva en los mismos y, en el caso de que el resultado de este último fuera negativo, la valoración de la existencia de una empresa con PSM a la que se le impondrían unas determinadas obligaciones regulatorias. Sin embargo, el análisis de la competencia efectiva ha ido asimilándose al del PSM, de manera que, tal y como actualmente se concibe el paquete regulatorio, y salvo ciertas disposiciones que podrían ponerlo en duda, se trata de un mismo y único análisis.

La *Directiva Marco* no ofrece una interpretación clara sobre este punto concreto, al menos, si tenemos en cuenta anteriores versiones de la propuesta. Así, en el artículo 16, de la versión finalmente aprobada, se recoge la obligación de las ANRs de realizar un análisis de los mercados pertinentes (los previamente definidos según el procedimiento y los criterios anteriormente descritos). Si un mercado se considera realmente competitivo, no se impondrán obligaciones regulatorias y se suprimirán las que ya existieran. En el caso de que un mercado sea hallado no realmente competitivo, se "*establecerá qué empresas tienen un peso significativo*" en el mismo y se les impondrán obligaciones reglamentarias o se mantendrán/modificarán las ya existentes. En la versión anterior, la consecuencia de identificar la inexistencia de competencia efectiva en el mercado, era la imposición de obligaciones regulatorias o el mantenimiento de las ya existentes, pero no se establecía directamente el paso de determinar qué empresas tienen PSM. Por lo tanto, si inicialmente se concibió la existencia de dos análisis sucesivos (competencia efectiva-PSM), en la última versión de la *Directiva Marco* se establece una asociación indisoluble entre ambos al afirmarse que en el caso de que la competencia no sea efectiva siempre existirá una empresa con PSM.

Por su parte, las *Directrices* unifican definitivamente ambos análisis, pasando directamente de la definición de los mercados (sección segunda) al análisis de la

³⁹ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. COM (2000) 393 final. Versión de 12 de julio de 2000.

PSM (sección tercera). Sin embargo, en algún punto de las mismas aún parece poder diferenciarse dos pasos distintos, como, por ejemplo, en el párrafo 9, en el que se describen los usos que las ANRs deberán hacer de las *Directrices* y, separadamente, se mencionan los dos siguientes:

“Llevar a cabo, utilizando la metodología establecida en la sección 3 de las *Directrices*, un análisis de mercado de las condiciones de competencia prevalentes en los mercados definidos en la Recomendación y la Decisión y por las ANR;

[...]

- Designar, tras el análisis del mercado, las empresas con PSM en el mercado pertinente e imponer medidas ex ante proporcionadas y coherentes con las condiciones del marco regulador, tal como se describe en las secciones 3 y 4 de las *Directrices*;

Si con la expresión “*tras el análisis del mercado*” se pretendía establecer que el análisis de mercado es un mero medio para realizar el análisis sobre la PSM, entendemos que así se debería haber expresado, para evitar confusiones o interpretaciones contradictorias.

Más adelante, en el párrafo 19, se pone de manifiesto que la conclusión de que existe competencia efectiva en un mercado será equivalente a la conclusión de que no existe en el mismo un operador que disfrute de PSM, mientras que la conclusión contraria, que no existe competencia efectiva en el mercado, conllevará asimismo que la ANR designe una empresa con PSM y le imponga obligaciones. En definitiva, existirá un único análisis, basado en los mismos criterios de la Sección 3, tendente a concluir si existe competencia efectiva en el mercado, lo cual equivaldría a la inexistencia de una empresa con PSM, o si no existe dicha competencia efectiva y, por lo tanto, se designaría una/s empresa/s con PSM.

Esta confusión del análisis de la competencia efectiva con la designación de empresas con PSM, niega la posibilidad de que mercados en los que existieran empresas en posición de dominio existiera una competencia efectiva. De esta manera, se está contradiciendo el principio del Derecho de la Competencia consistente en que la posición de dominio puede disminuir la competencia en el mercado, pero no eliminarla⁴⁰. Las *Directrices* expresamente advierten que las ANRs no tienen que identificar un abuso para designar que una empresa tiene PSM (y, por tanto, imponerle obligaciones regulatorias); aquí está la ruptura entre ambos regímenes. Un mercado puede ser efectivamente competitivo aunque exista una empresa en posición de dominio porque, en el propio funcionamiento del mercado, existan restricciones a la actuación de esa empresa que le impidan el abuso.

⁴⁰ Como es reconocido por la Comisión en el párrafo 72 de las *Directrices*: “la conclusión de la existencia de una posición dominante no impide que haya cierta competencia en el mercado”. Ante estas palabras de la propia Comisión nos preguntamos dónde está el límite, la barrera a partir de la cual esa competencia que permanece en el mercado podría ser considerada efectiva.

Esta realidad es especialmente cierta en los mercados de la llamada Nueva Economía, muchos de los cuales son mercados del sector de las comunicaciones electrónicas, en el que necesariamente existen posiciones de dominio derivadas de las propias características de los mercados: altamente concentrados para conseguir eficiencias, con fuertes economías de escala y externalidades de red, así como elevadas inversiones iniciales (redes, infraestructura, innovación, etc.); mientras que, a la vez, existen otras características, como la innovación, la convergencia tecnológica, la posibilidad de la implantación de nuevos estándares o el alto ritmo de cambio que constantemente amenazan dichas posiciones de dominio y produce liderazgos efímeros (vulnerabilidad o *"tipping"*). Todas estas características, al producir bruscos e inesperados cambios en las cuotas de mercado, cuestionan la importancia de dicho parámetro para determinar la existencia de posiciones de dominio, adquiriendo así mayor relevancia otros factores como la competencia potencial y produciéndose un efecto según el cual las empresas a competir "por el mercado" en vez de "en el mercado", dado que el éxito de una empresa frecuentemente significa la expulsión de otra, lo cual a su vez fomenta la concentración. En definitiva, se produce en estos mercados un replanteamiento del tratamiento que debería otorgarse a las posiciones de dominio, llegándose, incluso, a cuestionar la propia idea de dominancia. En efecto, dado que las propias características de estos mercados ocasionan esa tendencia concentrativa y que la concentración beneficia al consumidor (precios, efecto de red, etc.), no se debería penalizar la dominancia dado que la fragmentación del mercado no es beneficiosa para ninguno de los participantes en el mismo.

Además, se debería tener en cuenta que un operador con PSM no es necesariamente el responsable de la inexistencia de una competencia efectiva en el mercado, sino que puede haber conseguido de forma completamente respetuosa de la competencia dicha posición. En este sentido, se debería recordar que es un principio general del Derecho de la Competencia que el mero disfrute de una posición de dominio no equivale a su abuso, es decir, que no es ilícito disfrutar de una posición de dominio sino abusar de ella. Así, se considera que un comportamiento es abusivo cuando se recurre a *"medios diferentes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios sobre la base de las prestaciones de los agentes económicos"*⁴¹. Esta es la doctrina de la llamada "competencia basada en las prestaciones" (*"competition on the merits"*), que trata de distinguir un comportamiento anti-competitivo de un comportamiento pro-competitivo dependiendo de que la práctica que excluye a los competidores del mercado sea resultado de una competencia basada en las prestaciones o no. Una empresa no abusará de su posición de dominio cuando la exclusión de competidores se produzca como resultado de un incremento de su grado de eficiencia en ese mercado. En definitiva, la empresa que incrementa su cuota de mercado gracias a una mayor eficiencia no actúa de forma anti-competitiva sino pro-competitiva y, por lo tanto, no comete un abuso. Este concepto se debería haber trasladado a las *Directrices*, de forma que no se penalizara a las empresas que aun disfrutando de una posición de dominio o PSM lo hayan conseguido gracias a su eficiencia y no

⁴¹ Sentencia del TJCE Hoffmann-La Roche, de 9 de junio de 1976, caso 85/76.

como consecuencia de la existencia de un menor grado de competencia efectiva en el mercado.

Esta consideración de que, incluso antes de identificarse algún comportamiento anticompetitivo, los mercados deben ser regulados, supone una presunción de culpabilidad para los operadores con PSM, que va muy en contra de los principios del Derecho de la Competencia y del objetivo general del nuevo marco de eliminar la regulación innecesaria.

PODER O PESO SIGNIFICATIVO EN EL MERCADO

Reforma del concepto: criterios barajados y abandono del doble criterio

Uno de los principales retos de la Revisión 99 ha sido la superación del rígido concepto de PSM vigente⁴² y su adaptación a la convergencia de tecnologías y a mercados dinámicos que cuestionan cada día de forma más patente el criterio del 25% de cuota de mercado. Así, la Comisión tenía que buscar nuevos criterios que fueran capaces de responder a una necesidad de flexibilidad, de adaptación a estos mercados en continua innovación y convergencia.

Una primera propuesta⁴³ consistió en mantener un doble criterio: utilizar el concepto de posición de dominio del Derecho de la Competencia para la imposición de las obligaciones *ex ante* más restrictivas (por ejemplo, la obligación de proveer interconexión a precios orientados a costes o las obligaciones relativas a la no-discriminación), mientras que, al mismo tiempo, se mantendría vigente el concepto de PSM, con el umbral del 25%, para la exigencia de otras obligaciones (negociar acceso, transparencia, etc.). Se recogía también la posibilidad de intervención de la regulación si la negociación comercial entre las partes fracasaba, asegurando en todo caso el respeto al principio de proporcionalidad entre las posibles intervenciones y el nivel de competencia en el mercado.

Esta propuesta permitía un acercamiento entre los conceptos de la regulación *ex ante* y los provenientes del Derecho de la Competencia, a la vez que permitiría reducir la regulación, aplicando las medidas menos gravosas posibles a los participantes en el mercado. Sin embargo, aunque algunos agentes en el sector apoyaron esta propuesta⁴⁴, la gran mayoría de comentarios en el proceso de

⁴² “La definición de peso significativo en el mercado contenida en la Directiva 97/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, [...], ha demostrado su eficacia en las primeras fases de la apertura del mercado en tanto que umbral de las obligaciones *ex ante*, aunque ahora debe ser adaptada para ajustarla a unos mercados más complejos y dinámicos.” (Directiva Marco, párrafo 25)

⁴³ “The New European Regulatory Regime for Electronic Communications Networks and Associated Services: The Proposed Framework and Access/Interconnection Directives”, Nikos Th. Nikolidakos, [2001] ECLR, Issue 3.

⁴⁴ Principalmente, las ANRs, que efectuaron grandes presiones para mantener el concepto de SMP. Sobre sus motivaciones cfr.: “Significant market power and dominance in the regulation of telecommunications markets”, Andrew Tarrant, [2000] ECLR, Issue 7.

consulta pública realizada por la Comisión destacaron las limitaciones del concepto de PSM, principalmente su falta de flexibilidad, su incapacidad de adaptación a un mercado dinámico en el que las cuotas varían con rapidez y sus limitaciones a la hora de reflejar una verdadera situación de poder en el mercado. Otro problema añadido consistía en la falta de seguridad jurídica que la obligación sólo de negociar podía producir, ante la falta de incentivos de las partes para llegar a un acuerdo y la facultad de las ANRs para intervenir.

Fruto de todos los comentarios recibidos a lo largo de la consulta pública, la Comisión decidió no introducir el doble criterio:

“...a la luz de los comentarios recibidos, la Comisión considera la introducción de dos umbrales (SMP y posición dominante) para la regulación ex ante probablemente no será efectiva.

Considera que es necesario un mecanismo más flexible que el concepto actual de PSM para determinar en qué casos es indispensable aplicar la reglamentación ex ante, basado en el análisis económico del mercado y en la identificación del verdadero origen del peso que tienen los operadores en determinados mercados o segmentos de mercado. [...]

Por lo tanto, la Comisión propone modificar el concepto de peso significativo en el mercado y utilizarlo como base para imponer las obligaciones ex ante relacionadas con los servicios de acceso e interconexión. En especial, la cuota del 25% del mercado dejará de formar parte de su definición y ésta pasará a basarse en el concepto de posición dominante en determinados mercados, calculada de manera coherente con la práctica legal comunitaria en materia de competencia, como detonante para la imposición de las obligaciones ex ante, más rigurosas, incluyendo en ella todos los aspectos de la cuestión, como la posición dominante conjunta y el aprovechamiento del peso en el mercado para dominar mercados asociados.”⁴⁵

Asimilación del concepto de posición de dominio del Derecho de la Competencia

En efecto, la propuesta de la Comisión finalmente aprobada abandona el doble criterio y opta por redefinir el concepto de PSM asimilándolo al concepto de posición de dominio del Derecho de la Competencia, que se define en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (TJ, en adelante) y del Tribunal de Primera Instancia (TPI, en adelante)⁴⁶. Así, el artículo 14 de la *Directiva Marco*, recogiendo

⁴⁵ “Resultados de la consulta pública sobre la Revisión de 1999 del sector de las comunicaciones y las orientaciones para el nuevo marco regulador”, Comunicación de la Comisión, COM (2000) 239 final, 26 de abril de 2000, para. 3.3, p. 25.

⁴⁶ Directiva Marco, cdo. 25.

la definición de posición de dominio de la sentencia del TJ *United Brands*⁴⁷, establece:

*“Se considerará que una empresa tiene peso significativo en el mercado si, individual o conjuntamente con otras, disfruta de una posición equivalente a una posición dominante, esto es, una posición de fuerza económica que permite que su comportamiento sea, en medida apreciable, independiente de los competidores, los clientes y, en última instancia, los consumidores.”*⁴⁸

Por su parte, las *Directrices*, que comienzan reiterando esa asimilación del concepto de posición de dominio del Derecho de la Competencia (de acuerdo con la práctica de la Comisión y la jurisprudencia del TJ y TPI), ya advierten de los necesarios ajustes metodológicos que será necesario realizar al utilizar un concepto en el análisis *ex ante* que siempre ha sido utilizado en la aplicación *ex post* del artículo 82 del TCE. Así, mientras que en un análisis *ex post* de las autoridades de competencia se basa en comportamientos pasados, las autoridades regulatorias deberán limitarse a realizar una valoración puramente prospectiva, apoyada en las expectativas que el mercado les ofrece, es decir, desde la perspectiva de lo que probablemente ocurra en el mercado, según las presunciones que se puedan establecer.

Este análisis, por lo tanto, estará condicionado por los datos e informaciones de los que se disponga en el momento de la adopción de la medida que se trate. Si posteriormente esas predicciones iniciales sobre el mercado no se cumplen, no significa que el análisis no haya sido el correcto; pero se le deberá ofrecer a las ANRs la posibilidad de revisar regularmente dicho análisis en función de los desarrollos del mercado, dándole las facultades discrecionales correspondientes a las situaciones complejas, desde un punto de vista económico, fáctico y legal, que deben evaluar. En este sentido, resulta extraño no encontrar ninguna disposición en estos artículos (14 a 16) de la *Directiva Marco* que exijan un cumplimiento mínimo de estas facultades de revisión, de forma expresa, a las ANRs, facultades que, por lo tanto, deberán ser reguladas por la normativa nacional. El artículo 15 únicamente establece que la Comisión revisará periódicamente la *Recomendación sobre mercados relevantes*, pero no se menciona esta misma obligación para el análisis de mercado realizado por las ANRs.

En cuanto al tratamiento de los concretos criterios para la determinación del PSM que recogen las *Directrices*, entendemos que no se ha aprovechado la ocasión para sistematizar los criterios ofrecidos por la práctica decisional de la Comisión y la jurisprudencia del TJ y TPI sobre el concepto de posición de dominio, sino que se ha partido de dos criterios claves, la cuota de mercado y la independencia en la

⁴⁷ Case 27/76 *United Brands v. Commission* [1978] ECR 207: “65. The dominant position referred to in this article relates to a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by giving it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately of its consumers.”

⁴⁸ Esta definición es posteriormente recogida en numerosas sentencias: *Hoffmann-LaRoche (Vitamines)*, de 13 de febrero de 1979; *L’Oréal*, de 11 de diciembre de 1980; *Michelin*, de 9 de noviembre de 1983; *Bodson v. Pompes Funèbres*, de 4 de mayo de 1988; etc.

fijación de los precios, para después admitir la existencia de otros criterios que también juegan su papel. Así, sin realizar ningún esfuerzo de estructuración y sin ofrecer una metodología clara sobre el modo de realizar el análisis, se han lanzado diferentes criterios que las ANRs deberán tener en cuenta para determinar la existencia de un PSM, ente ellos:

a. Independencia en la fijación de precios

Se reitera la distinción entre análisis *ex post* y análisis *ex ante*, al afirmar que el poder de mercado en un ámbito *ex ante* no puede basarse en comportamientos, sino que es valorado esencialmente por la capacidad de la empresa de incrementar los precios, restringiendo la producción, sin incurrir en significantes pérdidas de ventas o ingresos. Entendemos que en un análisis *ex ante*, se deben buscar criterios para determinar el PSM diferentes de las pautas de comportamiento observadas, pero la segunda parte del razonamiento es desacertada:

- En primer lugar, porque la capacidad de comportamiento independiente en cuanto a los precios no es más que una de las múltiples manifestaciones de la independencia que caracteriza a las empresas con posición de dominio; por lo tanto, restringir ese concepto “esencialmente” al factor precios es simplificar demasiado el análisis y las consecuencias de una perspectiva *ex ante*.
- En segundo lugar, porque el análisis del comportamiento en el mercado aunque puede ser un criterio para medir el poder de mercado, no es ni el único criterio utilizado en un examen *ex post* de una posición de dominio, ni siquiera el más importante. Así, la doctrina⁴⁹ sistematiza los criterios para determinar la existencia de una posición de dominio en tres tipos diferentes: los estructurales (cuotas de mercado, barreras de entrada, integración vertical, situación financiera, poder de compra compensador, etc.), los de comportamiento y la dependencia económica, de manera que los criterios sobre el comportamiento de las empresas no son más que una parte de dicho análisis.

b. Potenciales Competidores

El tratamiento que en el párrafo 74 se realiza sobre los potenciales competidores es confuso, dado que se contradice con la explicación anteriormente ofrecida en el párrafo 38 (sobre la definición de mercados) acerca de la diferencia entre competencia potencial y sustituibilidad de la demanda. Como ya ha sido objeto de un comentario anterior, la Comisión afirmaba en aquella parte de las *Directrices* que la sustituibilidad de la oferta responde rápidamente a un incremento de precios y no implica significantes costes adicionales, mientras que los potenciales entrantes necesitan más tiempo para introducirse en el mercado y tienen que soportar

⁴⁹ M. Waelbroeck: “Derecho Europeo de la Competencia”. Volúmen 4 del Comentario Mégret, Bosch, 1998.

significativos costes hundidos. Sin embargo, en el momento de analizar la competencia potencial para determinar la existencia de PSM (párrafo 74), se dice precisamente todo lo contrario: *“...las ANRs deberán tener en cuenta la posibilidad de que una empresa que no opera en el mercado de productos pertinentes tome, a medio plazo, la decisión de entrar en el mercado como consecuencia de un pequeño pero significativo incremento duradero de los precios”*. Al hablar del SSNIP test, no parece que la Comisión se esté refiriendo al concepto de competencia potencial para determinar la existencia de posición de dominio/PSM, sino al de sustituibilidad de la oferta para definir el mercado. Sin embargo, la nota que aparece en desarrollo de este párrafo le otorga aún mayor oscuridad, al afirmar que la ausencia de un servicio/producto sustituible puede justificar la consideración de una situación de dependencia económica, característica propia de la existencia de una posición de dominio. En definitiva, consideramos que esta confusión de conceptos debería ser eliminada, asumiendo que el análisis de los potenciales competidores (o competencia potencial) es un factor del análisis de mercado, que el análisis de la sustituibilidad de la oferta se ubica en la definición de mercados y que la dependencia económica es un elemento del análisis de la existencia de PSM.

c. Cuota de mercado

Este criterio, que era con la regulación anterior el único a tener en cuenta para la determinación del PSM (cuota del 25%), ha sufrido una evolución en cuanto a su análisis a lo largo del procedimiento de revisión. Así, si en versiones anteriores de las Directrices⁵⁰ se consideraba como el “prime surrogate”, en la última versión (febrero 2002) es sólo considerado, aunque relevante, un criterio más: *“Interesa subrayar que la existencia de una posición de dominio no puede determinarse exclusivamente sobre la base de una elevada cuota de mercado. Como ya se ha dicho, una alta cuota de mercado significa simplemente que el operador podría ocupar una posición dominante. Por consiguiente, las ANRs deben acometer un análisis global y pormenorizado de las características económicas del mercado pertinente antes de sacar conclusiones en cuanto a la existencia de peso significativo en el mercado”*. En cuanto a las reglas que las *Directrices* recogen para la valoración de la cuota de mercado:

- Se considera que una elevada cuota de mercado no es un elemento suficiente para establecer la existencia de PSM, pero una empresa sin una cuota significativa difícilmente será identificada como empresa con PSM. El límite se establece en el 25%, no sólo porque la anterior regulación estableciera este tope, sino que se hace mención al considerando 15 del *Reglamento de Concentraciones*⁵¹, que presume que una cuota de mercado de las empresas afectadas que no supere el 25% no supone un obstáculo para una competencia efectiva. Según la práctica de la Comisión, no existirá

⁵⁰ Versión de 28 de marzo de 2001, párrafo 71.

⁵¹ Reglamento 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas.

posición de dominio por debajo del 40%, aunque la diferencia de cuotas con respecto a los competidores debe ser tenido en cuenta.

- Amplias cuotas de mercado, por encima del 50%, pueden ser consideradas en sí mismas, evidencias de la existencia de posición de dominio, salvo circunstancias excepcionales; así, sólo podrán ser valoradas adecuadamente si los competidores son incapaces de aumentar la producción en suficiente volumen para capturar la demanda perdida por el aumento de precios de la empresa susceptible de encontrarse en posición de dominio. Además, para que se presuma el PSM como consecuencia de elevadas cuotas de mercado éstas deberán permanecer estables en el tiempo. Esto no significa que si una empresa con PSM pierde gradualmente cuota de mercado no se pueda concluir que continua disfrutando de PSM, pero la fluctuación en el tiempo de las cuotas puede indicar inexistencia de PSM.
- En cuanto a los métodos para medir el tamaño y las cuotas de mercado, se mencionan el volumen y el valor de las ventas, siendo el primero preferible en mercados de productos muy homogéneos y el segundo en el supuesto de productos diferenciados, tal y como ya establecía la *Comunicación sobre mercados relevantes*. Sin embargo, la decisión de qué criterios utilizar dependerá de las características del mercado relevante y será competencia de las ANRs. Por último, se ofrecen varios ejemplos del sector de las telecomunicaciones, como el mercado de las líneas alquiladas, cuyas cuotas se podrían medir en función de los ingresos, de la capacidad de las líneas o del número de los puntos de terminación.

Si bien es cierto que la cuota de mercado es uno de los factores fundamentales para determinar la existencia de PSM, en ningún caso se debería presumir su existencia porque una empresa disfrutara de una elevada cuota de mercado, sino que se deben tener en cuenta todos los criterios citados para realizar un análisis de mercado completo. Así, varios son los ejemplos de empresas con cuotas de mercado superiores al 50% que no fueron declaradas dominantes, como el conocido caso de ATT⁵² en USA en 1995.

Más recientemente, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones determinó, en abril de 1999, cuando Telefónica Servicios Móviles tenía una cuota de mercado superior al 60%, que “en cuanto a la posición de Telefónica Servicios Móviles, no es posible determinar taxativamente la existencia de una situación de dominio... su liderazgo no equivale necesariamente a una posición de dominio entendiendo por tal aquella que permite impedir el mantenimiento de una competencia efectiva, posibilitándole comportarse en una medida apreciable independiente de sus competidores y clientes”⁵³.

⁵² Federal Communications Commission, Motion of AT&T Corp. to be reclassified as a Non-dominant Carrier, (FCC 95-427), 12.10.95.

⁵³ Acuerdo del Consejo de la CMT, de 15 de abril de 1999, por el que se aprueba Informe preceptivo al SDC.

También en 1999, en el caso Bacardí⁵⁴, el Tribunal de Defensa de la Competencia determinó que el 70% de cuota de mercado que Bacardí disfrutaba en ese momento no constituía base suficiente para atribuir a esta empresa una posición de dominio, dado que según el citado Tribunal “una determinada cuota de mercado de una empresa no determina necesariamente una posición de dominio para la misma”.

d. Barreras de entrada

Se considera que se trata uno de los elementos a tomar en consideración, dado que su inexistencia puede evitar que una empresa pueda comportarse de forma independiente en el mercado. El examen de las barreras de entrada no es otro que el análisis de la competencia potencial, sobre el que, como hemos observado, existe un tratamiento confuso a lo largo de las *Directrices*. Éste debe ser el momento en el que se analice la posibilidad de la existencia de los potenciales competidores de los que hablaba la Comisión en párrafos anteriores. También éste es el momento de realizar el análisis que la *Recomendación sobre mercado relevantes*, según comentábamos anteriormente, trata de realizar incluso antes de definir el mercado. Pues bien, el análisis de las barreras de entrada, o de la competencia potencial, no debe servir para definir el mercado sino para determinar las características del mismo y para, en definitiva, determinar la existencia de PSM.

La Comisión reconoce que el sector de las comunicaciones electrónicas suele contar con elevadas barreras de entrada, principalmente derivadas de los requisitos legales y regulatorios exigidos para ejercer actividades, los costes hundidos, las elevadas inversiones y la planificación a largo plazo para obtener beneficios. Sin embargo, se admite que las barreras de entrada deben ser analizadas de modo diferente a como se hace en otros mercados, dado que, al tratarse de mercados marcados por un rápido y constante progreso tecnológico, una de las fuerzas competitivas más significantes es la amenaza de innovaciones que pueden provenir de competidores que actualmente no están en el mercado; en tales casos, el análisis competitivo del mercado se debe realizar con perspectivas de futuro, debe ser un análisis prospectivo. Por lo tanto, debería utilizarse preferiblemente el concepto de barreras de entrada superables y no tanto el de simples barreras de entrada.

e. Otros

En relación con esa necesidad de que las ANRs realicen un análisis en profundidad de las características del mercado para determinar la existencia de PSM, se mencionan los siguientes criterios para valorar la capacidad de una empresa para comportarse de forma independiente en el mercado:

- tamaño de la empresa
- ventaja o superioridad tecnológica
- ausencia de poder compensador de la demanda

⁵⁴ Resolución de 30 de septiembre de 1999 (Expte. R 362/99).

- acceso fácil o privilegiado a mercados de capitales/ recursos financieros
- diversificación de productos/servicios
- economías de escala
- economías de alcance
- integración vertical
- red de distribución y ventas altamente desarrollada
- ausencia de competencia potencial
- barreras a la expansión

Finalmente, en cuanto a la **doctrina de los recursos esenciales**, las *Directrices* establecen que es menos relevante para la aplicación de la regulación *ex ante* que para la aplicación de la posición de dominio (artículo 82) del Derecho de la Competencia. En efecto, la Comisión entiende que la doctrina de los recursos esenciales es complementaria a las obligaciones regulatorias impuestas a las empresas dominantes para los casos de denegación de acceso o negativa de suministro en los que no existe un tratamiento discriminatorio. Por lo tanto, la regulación ya garantiza estas obligaciones cuando se trate de una empresa con PSM. Toda empresa que posee o gestiona un recurso esencial es considerada empresa con posición de dominio, pero no al contrario, no toda empresa en posición de dominio controla un recurso esencial. Así, en materia regulatoria lo que importa es identificar que una determinada facilidad otorga PSM, sin necesidad de determinar si ésta es esencial o indispensable, en el sentido del Derecho de la Competencia. De esta manera, consecuencias que el Derecho de la Competencia sólo podría aplicar a los recursos esenciales, se aplican por la regulación a cualquier posición de dominio o PSM, sin necesidad de demostrar que se trata de un recurso esencial. Por lo tanto, la doctrina de los recursos esenciales no aporta nada nuevo a la regulación. Si bien este planteamiento es perfectamente lógico, la consecuencia debería haber sido que la doctrina de los recursos esenciales hubiera sido completamente obviada en las *Directrices* y no sólo destacar su escasa relevancia para la regulación.

En definitiva, la Comisión ofrece una amplia lista de criterios para la determinación de la existencia de PSM, aunque todavía otorga especial importancia a las cuotas de mercado, que debería ser limitada por el resto de criterios, y sobre todo, se debería eliminar la presunción de PSM ante elevadas cuotas, como se ha manifestado anteriormente. Así, salvo ciertos criterios que se podrían añadir a la lista (madurez del mercado, factores psicológicos de los usuarios, evolución de calidades...y, en general, indicadores –a falta de datos– sobre el comportamiento del mercado, la demanda y la oferta) y la sistematización que se podría haber realizado de los que se mencionan, entendemos que las ANRs contarán con suficientes puntos de referencia a la hora de realizar su análisis, dado, además, que se cuentan con la ayuda de toda la jurisprudencia comunitaria y la práctica de la Comisión para recoger criterios adicionales o su metodología de aplicación. Sin embargo, entendemos que, al no haberse diferenciado dos análisis referentes a

competencia efectiva y PSM, se debería haber aclarado que estos criterios no son únicamente para la determinación de la existencia de PSM sino que se trata de un análisis más amplio que incluye un detallado análisis de la competitividad del mercado⁵⁵.

Apalancamiento en el PSM

El artículo 14. 3 de la Directiva Marco establece que: “Cuando una empresa tenga un peso significativo en cierto mercado, podrá también considerarse que lo tiene en un mercado estrechamente relacionado con el anterior cuando los vínculos entre ambos mercados sean tales que resulte posible hacer que el peso que se tiene en un mercado se deje sentir en el otro, reforzando de esta manera el peso en el mercado de la empresa”.

Las *Directrices*, que explican el modo de aplicación de este artículo, recogen tanto la jurisprudencia Tetra Pak⁵⁶ como la *Comunicación sobre acuerdos de acceso* (párrafos 65 a 67), que se refieren a esta misma situación. Se trata de supuestos en los que una empresa en posición de dominio en un determinado mercado, y que disfruta de una posición significativa en un mercado directamente relacionado, se sitúa en una posición que es considerada equivalente al mantenimiento de una posición dominante en los mercados en su conjunto. Esta situación no sólo es aplicable en mercados horizontales (como es el caso de Tetra Pak) sino también en mercados verticales (tal y como ya admitía la *Comunicación sobre acuerdos de acceso*).

En este segundo caso, en mercados verticales estrechamente relacionados, las *Directrices* restringen la aplicación de esta figura del “apalancamiento” únicamente a aquellos supuestos en los que la imposición de obligaciones *ex ante* a los mercados mayoristas o ascendentes no sean efectivas. En efecto, cuando la empresa disfruta de posición de dominio en un mercado mayorista o de acceso, las ANRs pueden evitar que se produzca tal “apalancamiento” en mercados descendentes o minoristas imponiendo las obligaciones que se especifican en la *Directiva sobre el Acceso*. Sólo cuando la imposición de obligaciones *ex ante* a una empresa dominante en el mercado mayorista o de acceso haya fracasado a la hora de crear o mantener una competencia efectiva en el mercado minorista o descendente, las ANRs pueden examinar la aplicación del artículo 14.3.

Además, se añaden dos consideraciones: que ambos mercados sean del sector de las comunicaciones electrónicas y que en ambos concurren las características

⁵⁵ Como ha sido manifestado tanto por la doctrina como la propia jurisprudencia en materia de Competencia; así, Valentine Korah afirma: “It seems that a thorough analysis of the market is necessary if the Commission is to apply its own test of dominance” (“*Interpretation and application of article 86 of the Treaty of Rome: abuse of a dominant position within the common market*”. *Notre Dame Lawyer* 768, 1978). Por otra parte, la propia jurisprudencia del TJ aclaró en *UNITED BRANDS* que el examen de la existencia de una posición de dominio en el mercado “debe hacerse examinando en primer lugar su estructura y después la situación competencial en dicho mercado”.

⁵⁶ Caso C-333/94, *Tetra Pak v. Comisión* [1996] ECR I-5951.

necesarias para justificar la imposición de obligaciones regulatorias *ex ante*, de manera que, también en estos casos, se aplica la norma de la no regulación de mercados emergentes; éstos se excluyen expresamente, de manera que una posible conducta de apalancamiento para extender una posición de dominio a dichos mercados deberá ser analizada en virtud del artículo 82.

Un punto sin aclaración en el nuevo marco y que, al recoger conceptos del Derecho de la Competencia, debería haber sido definido, es el concepto de empresa que debe entenderse asumido en el mismo. Desconocemos si el concepto de empresa como unidad económica del Derecho de la Competencia debe considerarse recogido por la nueva regulación o no, lo cual tendrá gran relevancia para la aplicación de determinadas figuras como esta del apalancamiento. En efecto, dependiendo de la recepción o no de dicho concepto de empresa, se podrá admitir el apalancamiento entre empresas de un mismo Grupo que realizan actividades en diferentes mercados o únicamente entre los diferentes mercados en los que actúe una misma empresa, entendida ésta desde el punto de vista del Derecho Mercantil tradicional. Consideramos que en lógica jurídico-competencial, debería entenderse acogido el concepto de empresa como unidad económica, pero se trata de una cuestión que debería haber sido aclarada de forma expresa en el proceso de revisión.

Dominancia colectiva

La posibilidad de declarar la dominancia conjunta de varias empresas en un determinado mercado, se recoge en el artículo 14 de la *Directiva Marco*, cuando, al definir el concepto de PSM, hace referencia a “*una empresa...individual o conjuntamente con otras*”. Además, en el párrafo siguiente, la Comisión establece ciertas obligaciones para las ANRs para evaluar la existencia de una posición dominante conjunta, que si bien eran ya aplicables a las dominancias individuales, se trata de hacer un especial hincapié en el examen de las dominancias conjuntas. Se recoge la obligación de actuar de conformidad con el Derecho Comunitario, que entendemos referida al Derecho de la Competencia (dado que es esta rama del Derecho Comunitario la que hasta el momento ha generado el concepto de posición de dominio colectiva) y la obligación de tener en cuenta “*en la mayor medida posible*” las *Directrices* sobre análisis de mercado y PSM.

Probablemente, esta insistencia de la Comisión responda precisamente a la introducción de un nuevo concepto en la regulación que anteriormente no existía y que, utilizado de una forma poco rigurosa por las ANRs, podría fomentar el aumento de la regulación, en sentido contrario a los objetivos del nuevo marco. De esta forma, la Comisión trata de establecer límites a las ANRs a la hora de determinar la existencia de dominancias colectivas y, para ello, establece en la propia *Directiva* los criterios para desarrollar dicha evaluación, que serán recogidos posteriormente en las *Directrices*, además de mencionar expresamente la exigencia de respetar el Derecho Comunitario y las *Directrices*.

Efectivamente, en el análisis que las *Directrices* recogen sobre la dominancia colectiva, en primer lugar, sorprende la extensa regulación que sobre la misma se

realiza, que describe la jurisprudencia que sobre este concepto ha sido desarrollada por el TJ y el TPI, así como la práctica decisional de la Comisión y una descripción de los casos existentes en el sector de las telecomunicaciones.

Las *Directrices* parten del concepto de dominancia colectiva recogido en la *Comunicación sobre acuerdos de acceso* que, anterior a los últimos desarrollos realizados por la jurisprudencia y la práctica de la Comisión, consideraba la posición dominante conjunta como la situación en la que dos o más empresas presentan básicamente la misma posición en relación con sus clientes y competidores que una única compañía que se encuentre en posición dominante; siendo necesario, aunque no suficiente, que dichas empresas no compitan entre sí en el mercado afectado, lo cual podría ser debido a la existencia de vínculos económicos entre ellas (vínculos que, sin embargo, no deben considerarse un prerequisite para la identificación de una posición dominante conjunta).

El examen de la jurisprudencia comunitaria en materia de posición de dominio colectivo se centra en dos sentencias, *Gencor*⁵⁷ y *Compagnie Maritime Belge*⁵⁸, que han superado la exigencia del requisito de la existencia de vínculos económicos, en el sentido de vínculos estructurales, para determinar la existencia de una posición de dominio colectiva.

En efecto, en *Gencor*, el TPI afirmó que la noción de “vínculo económico” no se debía restringir a la noción de vínculo estructural entre las empresas, extendiendo el concepto, tal y como recogen las *Directrices*, en los siguientes términos:

“...no existe ninguna razón, en el plano jurídico o económico, para excluir del concepto de vínculo económico la relación de interdependencia que existe entre los miembros de un oligopolio estrecho dentro del cual, en un mercado con las características apropiadas, en especial en términos de concentración del mercado, de transparencia y de homogeneidad del producto, pueden prever sus comportamientos recíprocos y se ven, por lo tanto, en gran medida impulsados a coordinar su comportamiento en el mercado, para, en particular, maximizar sus beneficios comunes, restringiendo la producción con el fin de aumentar los precios. En efecto, en tal contexto, cada operador sabe que una actuación altamente competitiva por su parte, dirigida a incrementar su cuota de mercado (por ejemplo, una reducción de precios), provocaría una actuación idéntica por parte de los demás, de manera que no obtendría ningún beneficio de su iniciativa. Todos los operadores tendrían por lo tanto que soportar el descenso del nivel de precios.

[...] cada operador puede tomar conciencia de los intereses comunes y, en particular, hacer subir los precios sin tener que celebrar un acuerdo o recurrir a una práctica concertada.”⁵⁹

⁵⁷ T-102/96, *Gencor v. Commission* [1996] ECR II-753.

⁵⁸ Joined cases C-395/96 P and C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge and others v. Commission* [2000] ECR I-1365.

⁵⁹ *Gencor v. Comision*, cdo. 277.

Posteriormente, el TJ, en *Compagnie Maritime Belge*, mantiene el criterio establecido en *Gencor*, ofreciendo además criterios para determinar que varias empresas constituyen una unidad colectiva frente a sus competidores y clientes. Se requiere que en el mercado de referencia no exista competencia entre las empresas en cuestión y que adopten una conducta uniforme en el mismo. Sin embargo, el TJ considera que estos criterios, que son esenciales a la hora de realizar un análisis en el marco del artículo 81.1, no son necesarios para la identificación de una posición de dominio colectiva, que también puede basarse en otros puntos de conexión y que dependerá de una valoración económica y estructural del mercado en cuestión.

En resumen, de estas decisiones se deriva que la identificación de una posición de dominio colectiva no sólo se desprende de la existencia de vínculos estructurales entre las empresas, sino que también se puede deducir en relación con mercados oligopolísticos o altamente concentrados cuya estructura, sin necesidad de dichos vínculos entre las empresas, conduce por sí misma a la producción de efectos de coordinación en el mercado.

En cuanto a la práctica decisional de la Comisión, se toman como base sus decisiones en materia de concentraciones, las cuales realizan un análisis consistente en determinar si la estructura de mercados oligopolísticos induce a la generación de efectos de coordinación en dicho mercado. Así, se recogen dos exámenes que las ANRs deben llevar a cabo para determinar si un mercado es, o se puede convertir en, propicio a la existencia de una dominancia colectiva:

- si las características del mercado pueden conducir a una coordinación tácita; y
- si dicha coordinación es sostenible, es decir:
 - si los oligopolistas pueden y tienen incentivos para apartarse de dicha coordinación, considerando las capacidades e incentivos de los que no se aparten para tomar represalias y
 - si los clientes, competidores y/o potenciales entrantes tienen capacidades e incentivos para enfrentarse a esa conducta anticompetitiva de coordinación.

Para realizar dicho análisis, la Comisión ofrece una sistematización de criterios en el Anexo II de la *Directiva Marco*, que son asimismo desarrollados en las *Directrices*, siempre partiendo de la base de que puede existir una posición de dominio si la estructura del mercado es tal que pueda conducir a la creación de efectos de coordinación, de manera que "*la existencia de vínculos estructurales entre las empresas afectadas no es un requisito imprescindible*". Se trata de criterios extraídos de la propia experiencia de la Comisión en el análisis *ex ante* que realiza en los expedientes de concentraciones, por lo que su aplicación al ámbito regulatorio resulta mucho más coherente que otros conceptos utilizados en examen *ex post* que se realiza en aplicación de los artículos 81 y 82 del TCE. Los criterios que se mencionan son los siguientes:

- mercado que ha alcanzado la madurez

- crecimiento estancado o moderado por parte de la demanda
- baja elasticidad de la demanda
- producto homogéneo
- estructuras de costes similares
- cuotas de mercado similares
- falta de innovación tecnológica, tecnología próxima a la obsolescencia
- ausencia de exceso de capacidad
- fuertes obstáculos al acceso al mercado (elevadas barreras de entrada)
- ausencia de poder compensatorio de los compradores
- falta de competencia potencial
- diversos tipos de vínculos informales o de otra naturaleza entre las empresas afectadas
- mecanismos de retorsión
- ausencia o insuficiencia de competencia de precios

Esta lista no es exhaustiva y no se trata de criterios cumulativos, como expresamente indica la *Directiva Marco*, sino que se pretende ofrecer ejemplos ilustrativos del tipo de características que se deben buscar en dichos mercados. Se trata de un análisis altamente casuístico y, por lo tanto, en cada mercado se deberán tener en cuenta los criterios que sean significativos para ese mercado en concreto. Por ello, la Comisión finaliza estas reglas relativas a las posiciones dominantes ofreciendo una serie de ejemplos que se han producido en el sector de las telecomunicaciones (*MCI WorldCom/Sprint*⁶⁰, *BT/Esat*⁶¹, *Vodafone/Airtouch*⁶² y *France Telecom/Orange*⁶³), explicando los criterios utilizados en todos ellos para determinar existencia o no de una posición de dominio colectiva.

OBLIGACIONES REGULATORIAS

El nuevo marco regulatorio, en cuanto a la imposición de obligaciones regulatorias, presenta una doble tendencia. Por una parte, se elimina la rigidez del marco anterior, permitiendo que las ANRs impongan obligaciones proporcionadas y adecuadas al caso concreto, obligándoles a justificarlas, estableciendo unos máximos que sólo podrán ser superados en circunstancias excepcionales, etc. Sin embargo, por otra parte, se establece la exigencia de imponer obligaciones (por lo

⁶⁰ Case No COMP/M.1741 – *MCI WorldCom/Sprint*, par. 263.

⁶¹ Case No COMP/M.1838 – *BT/Esat*.

⁶² Case No IV/M.1430 – *Vodafone/Airtouch*.

⁶³ Case No COMP/M.2016 – *France Telecom/Orange*, at par. 26.

menos una) a todas las empresas con PSM e, incluso, se recogen obligaciones aplicables a empresas sin PSM.

El artículo 16 de la *Directiva Marco* establece que las ANRs, tras realizar el análisis del mercado definido, determinen si el mismo es competitivo o no. En caso afirmativo, se retirarán las obligaciones regulatorias vigentes y no se podrán imponer otras nuevas; en el caso contrario, se designará/n la/s empresa/s con PSM y, o bien se mantendrán/modificarán las obligaciones existentes, o bien se impondrán unas obligaciones nuevas.

Las ANRs deben encontrar la medida regulatoria apropiada para solucionar el problema concreto hallado en el mercado que se ha identificado como no competitivo. Por lo tanto, serán las ANRs las encargadas de elegir la medida a aplicar a la/s empresa/s con PSM entre todas las obligaciones regulatorias recogidas en las Directivas, salvo dos excepciones:

- Cuando derivado de tratados internacionales exista el compromiso de aprobar o las Directivas prescriban unas obligaciones regulatorias determinadas, en cuyo caso las ANRs no tendrán capacidad de elección.
- También se les permite a las ANRs imponer obligaciones no recogidas en las Directivas, concretamente obligaciones relativas al acceso y la interconexión, que no se encuentren recogidas en la *Directiva de Acceso*; en tal caso, la Comisión deberá otorgar su aprobación.

Por lo tanto, las ANRs cuentan con cierta discrecionalidad a la hora de imponer/mantener/modificar obligaciones regulatorias, la cual se ve limitada tanto por las propias Directivas, que establecen el menú de obligaciones, como por la supervisión de la Comisión. En este sentido, existen dos requisitos que las obligaciones regulatorias que se impongan deberán cumplir, estar justificadas y ser proporcionadas.

En cuanto a la justificación, ésta deberá entenderse en relación con los objetivos recogidos en el artículo 8 de la *Directiva Marco* (competencia, mercado interior e intereses de los ciudadanos). En este sentido, se les exige a las ANRs que motiven sus decisiones de imposición/mantenimiento/modificación de tales medidas cuando éstas sean comunicadas a la Comisión y al resto de ANRs. En este punto, de nuevo, se deben tener en cuenta los procedimientos de transparencia y consulta (artículo 7 *Directiva Marco*), en cuyo marco se materializa esta obligación de las ANRs de justificar sus medidas, al establecer que deberán informar a la Comisión y el resto de ANRs.

Otro límite a la discrecionalidad de las ANRs se encontraría en el uso por parte de la Comisión de estos procedimientos (transparencia y consulta), que la propia Comisión reconoce que utilizará para perseguir que las medidas aplicadas en todos los Estados Miembros sean similares para solucionar problemas semejantes, de manera que se minimice el impacto en el mercadeo común y se armonicen las situaciones. En cuanto a los mercados transnacionales, el análisis será realizado conjuntamente por las ANRs afectadas, a través del Grupo de Reguladores Europeos, y siguiendo los mismos criterios que las ANRs actuando individualmente.

La proporcionalidad de las obligaciones también se medirá en función de los objetivos perseguidos y del problema que se trata de solucionar. Se trata del principio de proporcionalidad, desarrollado por el Derecho Comunitario, que exige que el medio utilizado para conseguir el fin legítimo sea el menos gravoso posible.

Sin embargo, como contrapeso a estas garantías exigidas a las ANRs, la Comisión les hace una concesión al establecer que en las fases iniciales de implementación del nuevo marco regulatorio *“la Comisión no esperaría que las ANR suprimiesen las obligaciones reglamentarias anteriormente impuestas a operadores con PSM que haya sido ideadas para satisfacer necesidades reglamentarias legítimas y sigan siendo pertinentes sin aducir pruebas claras de que dichas obligaciones han conseguido su propósito y, por tanto, no resultan ya necesarias por considerarse que existe competencia efectiva en el mercado pertinente”*. En otras palabras, si bien es cierto que como regla general serán las ANRs las que tengan que justificar y demostrar proporcionales las nuevas obligaciones regulatorias, en cuanto a las obligaciones existentes en el marco anterior, para poder eliminarlas, se deberá demostrar que ya han cumplido el fin para el que fueron impuestas y que la competencia se considera efectiva en el mercado en cuestión. No se especifica si dicha prueba (de que las obligaciones han cumplido su finalidad) correrá a cargo de las ANRs o de las empresas con PSM, aunque, dado que éstas serán las más interesadas en demostrarlo, probablemente serán las empresas las que se vean obligadas a demostrarlo.

Como consecuencia de lo anterior se podría producir un aumento de la regulación, en sentido contrario de los objetivos del nuevo marco. Sin embargo, la Comisión recuerda en las *Directrices* que cada obligación regulatoria se debe imponer para resolver un problema determinado y ajustarse para dicho problema; probablemente, con ello, se quiera llamar la atención sobre la posibilidad de que obligaciones antiguas no puedan resolver problemas nuevos o detectados en el nuevo análisis, poniendo así freno a una posible utilización en exceso de este párrafo por las ANRs.

Por otra parte, tampoco parece adecuado y podría perjudicar el objetivo de reducir la regulación, el hecho de asociar obligatoriamente la identificación de una empresa con PSM con la imposición de un remedio u obligación regulatoria. Aunque de la literalidad del artículo 16 (*Directiva Marco*) se pudiera deducir que a las empresas designadas con PSM siempre se les deben imponer/mantener obligaciones regulatorias, no se afirma de forma expresa la existencia de ese vínculo indisoluble entre PSM y obligación regulatoria. Sin embargo, las *Directrices* (párrafo 114) son contundentes en este sentido y expresamente establecen: *“la mera designación de una empresa como poseedora de PSM, sin que vaya acompañada de las obligaciones reglamentarias apropiadas, no es coherente con las disposiciones del nuevo marco regulador, y en particular con el apartado 4 del artículo 16 de la Directiva marco. En otras palabras, las ANR deberán imponer al menos una obligación reglamentaria a las empresas designadas como poseedoras de PSM. Cuando una ANR determine la existencia de más de una empresa en posición dominante, es decir, la existencia de una posición dominante conjunta, deberá asimismo determinar cuáles son las obligaciones reglamentarias que procede imponer, sobre la base del principio de proporcionalidad”*.

Por lo tanto, las ANRs deberán ser conscientes de que la identificación de una empresa con PSM va a acarrear siempre una imposición de obligaciones regulatorias, lo cual es perfectamente coherente con el planteamiento general del procedimiento regulatorio que, como hemos observado, parte de la percepción consistente en que la no concurrencia de competencia efectiva en un mercado es siempre fruto de la existencia de una empresa con PSM. Sin embargo, esta regulación se aparta completamente de los principios del Derecho de la Competencia que no considera ilícitas ni penaliza las posiciones de dominio *per se*, sino el abuso de las mismas. Así, lo mismo que no es cierto que la ausencia de competencia efectiva siempre se deba a la existencia de una empresa con PSM ni que el PSM siempre produzca la eliminación de la competencia efectiva, tampoco puede aceptarse que a una empresa con PSM siempre le sea aplicable, al menos, una obligación regulatoria. En este sentido, consideramos necesario poner de manifiesto la posible incoherencia de una regulación que partiendo de similares métodos, conceptos y principios que el Derecho de la Competencia, e incluso, persiguiendo objetivos análogos, llegue a resultados opuestos.

Más aún, entendemos que la exigencia de imponer al menos una obligación regulatoria en cada empresa designada con PSM es poco compatible con la exigencia de justificación de la medida y de proporcionalidad de la misma. En este sentido, es cierto que la generalidad de los casos exigirán imposición de obligaciones al designar empresas con PSM, sin embargo, las ANRs se podrían encontrar en la paradójica situación de tener que justificar la imposición de una medida que, si bien no es necesaria según el análisis de mercado realizado, no tienen más remedio que imponer, dado que ha sido designada una empresa con PSM.

Por último, de forma excepcional, se admite la imposición de obligaciones regulatorias a empresas sin PSM. Se trata de una serie de casos expresamente recogidos en el artículo 8.3: obligación de acceso a sistemas de acceso condicional, compartición de infraestructuras, separación de cuentas cuando se disfrute de derechos especiales o exclusivos en otros sectores, etc. Estas medidas responden no tanto a un análisis de mercado, que se halla no competitivo, sino a otro tipo de consideraciones como, por ejemplo, en el caso de la compartición de infraestructuras, la protección del medio ambiente, la salud o la seguridad pública u objetivos de ordenación urbana o territorial. Por lo tanto, no pueden considerarse obligaciones regulatorias del tipo de las impuestas a empresas con PSM y son, también en este sentido, excepcionales.

PROCEDIMIENTO DE COOPERACIÓN ENTRE ANRS Y ANCS

La conexión que el nuevo marco regulatorio establece con el Derecho de la Competencia no se va a limitar a la utilización de principios y conceptos provenientes de esta rama del Derecho, sino que va a abarcar también la cooperación entre las autoridades responsables de cada una de estas áreas.

Así, el artículo 16.1 de la *Directiva Marco* establece la obligación de los Estados Miembros de velar por que el análisis de los mercados se realice por las ANRs “en

colaboración con las ANRs responsables en materia de competencia" y las *Directrices* tampoco ofrecen mayor concreción al respecto, estableciendo que "como las ANR efectúan sus análisis del mercado conforme a la metodología del derecho de competencia, el criterio de las ANC en lo relativo a la evaluación de la competencia resulta sumamente pertinente. La cooperación entre las ANR y las ANC resultará esencial, pero las ANR seguirán siendo jurídicamente responsables de la realización del análisis". En definitiva, la forma en que dicha colaboración se materialice queda en manos de los Estados Miembros y, probablemente, si no se concreta más en la transposición de las Directivas, en la forma que las ANRs quieran hacer uso de la misma.

Por su parte, el artículo 3.5 de la *Directiva Marco* establece la obligación de transmitirse mutuamente información necesaria para la aplicación de las Directivas que conforman el nuevo marco regulatorio, garantizando la autoridad receptora el mismo nivel de confidencialidad de la información que la autoridad de origen. Las *Directrices* matizan al respecto:

- que la información se deberá limitar a la relevante y proporcional a los fines del intercambio;
- y que dicha información no podrá ser utilizada como prueba por la autoridad receptora, aunque sí podrá conseguir la misma información, u obtener la renuncia a los derechos sobre la misma, de acuerdo con sus normas de procedimiento.

VALORACIÓN DE LA REFORMA: SIGNIFICADO Y ALCANCE DE LA CONVERGENCIA ENTRE REGULACIÓN Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

Como hemos podido observar a lo largo de los anteriores apartados, la Revisión 99 empapa de conceptos, principios y métodos del Derecho de la Competencia al nuevo marco regulatorio: el procedimiento y los criterios para la definición de mercados, el análisis de mercados, el concepto de PSM asimilado al de posición de dominio, la dominancia colectiva, la figura del apalancamiento, la imposición de obligaciones regulatorias sólo donde el mercado no sea competitivo o la cooperación de las autoridades de regulación con las autoridades de competencia.

Esta convergencia entre ambos ámbitos, regulación y competencia, aporta una gran dosis de dinamismo y flexibilidad a la regulación de las comunicaciones electrónicas, permitiéndole adaptarse a la evolución rápida y constante de los mercados de este sector, fuertemente marcado por el progreso tecnológico. Por lo tanto, no puede, en principio, valorarse sino positivamente; más aún en la medida en que el nuevo marco suponga una reducción de la regulación justificada por el correcto funcionamiento de los mercados.

Sin embargo, no se deben tampoco olvidar las limitaciones de dicha convergencia. En primer lugar, por la diferente perspectiva del ámbito regulatorio, *ex ante*, y del ámbito de Competencia, generalmente *ex post*. Como hemos comprobado en cada apartado concreto, la propia Comisión ha puesto de manifiesto esta divergencia, que se ha tratado de superar de diversas formas.

Así, en las *Directrices*⁶⁴, la propia Comisión, aunque mantiene que la definición de mercados y la designación de PSM debe ser coherente con la práctica y jurisprudencia en materia de Competencia, admite que, aun utilizando una misma metodología, los resultados pueden no ser los mismos. La Comisión justifica esta posible divergencia, esencialmente, por la diferencia de perspectivas *ex ante/ex post* y por la posibilidad de las autoridades regulatorias de revisar regularmente sus conclusiones, lo cual no les es posible a las autoridades de Competencia. Por último, la Comisión admite la posibilidad de que la existencia de procedimientos paralelos ante ambas autoridades, regulatorias y de competencia, pueda provocar conflictos; ante esta realidad, se afirma que los problemas que se trata de solucionar por una y otra instancia son diferentes, dado que las obligaciones regulatorias persiguen objetivos específicos de las Directivas, mientras que el Derecho de la Competencia trata de sancionar acuerdos o prácticas abusivas que restringen o distorsionan la competencia. Teniendo en cuenta que uno de los objetivos básicos del nuevo marco es precisamente el fomento de la competencia, no entendemos muy bien cual es esa diferencia a la que se refiere la Comisión.

Así, no se puede obviar la identidad de objetivos de ambas políticas, la regulatoria y la de defensa de la Competencia, que podrían encontrarse definidos, en ambos casos, en el artículo 8 de la *Directiva Marco*: fomentar mercados abiertos y competitivos, desarrollar el mercado interior y promover los intereses de los ciudadanos europeos. En este sentido, surge la duda acerca de los posibles conflictos entre dos ámbitos que persiguen objetivos similares y acerca de los límites entre los mismos; pero, sobre todo, acerca de la necesidad de una regulación de mercados que podrían regularse por sí mismos, siempre bajo el control del Derecho de la Competencia.

En segundo lugar, no se pueden tampoco pasar por alto algunas incongruencias con el Derecho de la Competencia que han sido ocasionadas al trasladar al marco regulatorio sus principios:

- La identificación de mercados susceptibles de ser regulados, previamente a su propia definición; lo cual plantea el problema metodológico de analizar mercados con carácter previo a su definición y podría plantear un problema de fondo al condicionar el análisis de mercado de las ANRs.
- La confusión del análisis de la competencia efectiva con la designación de empresas con PSM, que elimina la posibilidad de que mercados en los que existen empresas en posición de dominio haya una competencia efectiva, contradiciendo así un principio del Derecho de la Competencia consistente en que la posición de dominio puede disminuir la competencia en el mercado, pero no eliminarla.
- La automática imposición de, al menos, una obligación regulatoria, por el hecho de ser designada una empresa con PSM. Esta premisa contradice de forma manifiesta uno de los principios fundamentales del Derecho de la

⁶⁴ Relaciones con la legislación sobre competencia, párrafos 24 a 32.

Competencia, que no se castiga o se penaliza la posición de dominio *per se* sino el abuso de la misma.

Estas incoherencias plantean la cuestión de la posibilidad de crear distorsiones en el mercado. En efecto, cuando el análisis *ex ante* era completamente divergente del análisis *ex post* y sus métodos y objetivos eran diversos, parecía coherente la existencia de divergencias en cuanto a sus resultados. Sin embargo, una vez que sus métodos y objetivos convergen produce, al menos, cierta inquietud que sus resultados puedan ser diferentes. Así, por ejemplo, carece de sentido penalizar a una empresa con PSM imponiéndole obligaciones tras un análisis *ex ante* si posteriormente, en un análisis *ex post*, se reconocerá que no ha abusado de su posición de dominio y, por lo tanto, no se le debe penalizar.

Estas reflexiones acercan otro problema que podría plantearse con la aplicación del nuevo marco, la mutua influencia de las autoridades regulatorias y de competencia, dados los mecanismos de cooperación que se recogen. Este riesgo se agrava aún más por la falta de concreción acerca de dichos mecanismos, que serán desarrollados en el ámbito nacional. Así, si bien puede inquietar una divergencia de resultados entre ambas autoridades, más preocupante aún podría resultar un excesivo acercamiento.

Ante toda esta problemática nos preguntábamos al inicio de este análisis, y reiteramos ahora la reflexión, si no sería preferible desregular completamente; es decir, una vez admitido que el proceso liberalizador ha culminado, dejar que el mercado funcione por sí mismo, quedando como último resorte de control, para evitar distorsiones en el mercado, el Derecho de la Competencia. No se debe olvidar que la competencia es un elemento connatural al mercado mientras que la regulación es un factor artificial, en el que convergen otras motivaciones y condicionantes, que puede distorsionar el normal funcionamiento del mercado. Más aún, teniendo en cuenta que la regulación únicamente está justificada cuando aporte una serie de beneficios, principalmente a los consumidores, que sean superiores a los costes que de la misma se puedan derivar, básicamente la distorsión artificial de las condiciones de mercado. En definitiva, la regulación deberá quedar únicamente para aquellos casos en los que el balance entre sus perjuicios y sus beneficios sea claramente a favor de éstos últimos.

Otra cuestión que ha venido discutiéndose en la formulación del nuevo marco ha sido la tendencia a una menor seguridad jurídica, que podemos comprobar a través de varios ejemplos: la multitud de criterios para el análisis de mercado, el menú de posibles remedios u obligaciones regulatorias dejados a la discrecionalidad de las ANRs, la utilización de instrumentos de *soft law* como las *Directrices*, la *Recomendación*, etc. Esta disminución en el grado de seguridad jurídica ha sido en parte ocasionada por la introducción de conceptos del Derecho de la Competencia, también caracterizado por ser un Derecho casuístico, con un alto grado de análisis económico y principalmente basado en los precedentes, es decir, un ámbito no precisamente caracterizado por la seguridad jurídica. Se trata del precio que se debe pagar a cambio de un marco regulatorio, como decíamos al inicio, dinámico, flexible y capaz de adaptarse al continuo proceso de evolución tecnológica; por ello, entendemos que, en la medida en que estos objetivos se vean cumplidos, habrá compensado ese menor grado de seguridad jurídica.