

**REGULACIÓN DE LA EMPRESA DOMINANTE  
EN EL MERCADO DE TELEFONÍA FIJA,  
DE ACUERDO CON LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA.**

*Nicole Nehme Zalaquett*  
Abogado de la Universidad de Chile  
Especialista en Mercados Regulados

**SUMARIO:** 1.- LA LIBERALIZACIÓN DE LOS MERCADOS DE TELECOMUNICACIONES. EL MARCO JURÍDICO DE LA COMUNIDAD EUROPEA. 2.- EL PROCESO DE LIBERALIZACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES EN ESPAÑA. LA NUEVA LEY GENERAL DE TELECOMUNICACIONES ESPAÑOLA. 3.- DISPOSICIONES PRINCIPALES DE LA LGTEL EN MATERIA DE LIBERALIZACIÓN. 4.- TELEFÓNICA ESPAÑA COMO OPERADOR DOMINANTE ANTE LA LGTEL. INCENTIVO A LOS NUEVOS ENTRANTES. PRINCIPIOS DE REGULACIÓN ASIMÉTRICA Y DISCRIMINACIÓN POSITIVA. 5.- NECESIDAD DE UN RÉGIMEN JURÍDICO ESPECIAL PARA TELEFÓNICA ESPAÑA. RÉGIMEN JURÍDICO Y ECONÓMICO DE LAS TARIFAS APLICABLES A TELEFÓNICA ESPAÑA. 6.- ACTUACIONES ABUSIVAS DE TELEFÓNICA ESPAÑA Y REACCIONES DE LA AUTORIDAD ESPAÑOLA. 7.- DERECHO DE LA COMPETENCIA Y REGULACIONES ESPECIALES PREVENTIVAS.

*En este artículo se describen los fundamentos esenciales del proceso liberalizador que emprendió España en las dos últimas décadas en materia de telecomunicaciones. Ello se efectuó en cumplimiento de las Directivas de la Comunidad Europea, que establecieron la necesidad de alcanzar, en un período razonable, la efectiva competencia en los mercados de telecomunicaciones.*

*Finalidad esencial de este proceso liberalizador fue la de poner término al monopolio estatal ostentado en el mercado de telefonía fija hasta esa fecha por Telefónica de España S.A. Una vez terminado ese monopolio, e incentivada la entrada de nuevos operadores al mercado, se podría alcanzar el objetivo deseado de ofrecer mayores y más competitivas alternativas a los usuarios, a los precios más bajos posibles.*

*Para el proceso de transición desde el monopolio estatal hacia la efectiva competencia en el mercado de la telefonía fija, la legislación española previó una regulación especial de la empresa dominante, destinada precisamente a facilitar la entrada y mantenimiento de nuevos operadores en el mercado. Esto es lo que se ha llamado "regulación asimétrica".*

*Entre las normas contempladas para estos efectos, se encuentra la de fijación de los precios a público de la empresa dominante.*

*La necesidad de fijar estos precios no se origina en la aplicación de simples modelos teóricos, sino que responde a la constatación efectivamente hecha por los órganos españoles de defensa de la competencia respecto de las conductas abusivas en las que ha incurrido Telefónica de España hasta la fecha en perjuicio de sus competidores y usuarios. Entre estas conductas, encontramos, discriminación de precios, subsidios cruzados, retardo de las interconexiones, imposición de contratos atados, etc.*

*Se concluye que, una vez que se alcance la finalidad de contar con mercados de telecomunicaciones eficazmente competitivos, se pondrá término a la necesidad de regular las tarifas de la empresa dominante, y se reprimirán las conductas abusivas por medio de las reglas generales de defensa de la competencia. Sin embargo, mientras ello así no ocurra, la existencia y adecuada aplicación de la regulación tarifaria respecto de la empresa dominante aparece como una necesidad esencial para el desarrollo de la competencia en el mercado de telefonía básica.*

## 1. LA LIBERALIZACIÓN DE LOS MERCADOS DE TELECOMUNICACIONES. EL MARCO JURÍDICO DE LA COMUNIDAD EUROPEA.

El sector de las Telecomunicaciones fue tradicionalmente considerado como un ejemplo típico de monopolio natural, de manera que en todos los países europeos, durante un largo período de tiempo hubo, en cada demarcación territorial, un único operador que era titular de un exclusivo derecho para la prestación de todos los servicios de telecomunicaciones. En estos países, las telecomunicaciones eran consideradas como un servicio esencial de titularidad estatal, encomendándose normalmente su gestión y su regulación a un ente incluido dentro del propio organigrama de la Administración Estatal (siendo conocido este sistema como el de las PTTs -Post, Telegraph, Telephone-). Así, el Estado ostentaba el monopolio del derecho a explotar y gestionar todas las redes y servicios de telecomunicaciones. En España, partiéndose del mismo modelo, existía una ligera variante, puesto que siendo consideradas igualmente las telecomunicaciones un servicio público esencial de titularidad estatal, su concreta explotación era encomendada a una compañía privada (Telefónica de España, S.A.), aunque con una fuerte participación pública en su capital y sujeta, además, a una intensa intervención administrativa<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> En Estados Unidos, no se consideraba a las telecomunicaciones como un servicio público de titulari-

En la década de los ochenta, en el seno de la Comunidad Europea, se resolvió que era necesario emprender la liberalización de los mercados de las telecomunicaciones, y eliminar definitivamente la existencia de monopolios estatales que las gestionaran<sup>2</sup>. ¿Y por qué se estimó necesaria esta liberalización y la competencia? ¿Por qué se decidió cambiar las estructuras de mercado que duraron tantos años? Fundamentalmente, con el objeto de conseguir que en los mercados de telecomunicaciones existiera la mayor diversidad posible de opciones en favor de los consumidores, y a los precios más bajos.

Como se ha concluido, "la liberalización promueve la *diversidad y la capacidad de opción para el consumidor a través de la introducción de la competencia*"<sup>3 4</sup>.

En este marco de liberalización progresiva de los mercados de servicios de telecomunicaciones, en el ámbito de la Unión Europea tuvo especial trascendencia la publicación del llamado "*Libro Verde sobre el desarrollo del mercado común de los servicios y equipos de telecomunicaciones*" de la Comisión de la Comunidad Europea (la "Comisión") de 1987<sup>5</sup>. Por medio de esta normativa, se persiguió, por un lado, la liberalización de los mercados de los servicios de telecomunicaciones, y, por otro lado, la de

dad estatal, teniendo el Estado exclusivamente la competencia de regulación y de control sobre el dominio público radioeléctrico, si bien las compañías privadas sí tenían un monopolio para explotar las redes y servicios en cada uno de los ámbitos en los cuales operaban. La liberalización se inicia exclusivamente en los años 80, en Estados Unidos en virtud de una decisión judicial, con la aparición de las denominadas Baby Bells, y en Gran Bretaña por iniciativa propia a través de la creación de un segundo operador. "La nueva ley General de Telecomunicaciones", Pablo Mayor Meléndez, en "El nuevo marco jurídico de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales", Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 84 y ss.

<sup>2</sup> "El necesario y justificado afán liberalizador del sector, como objetivo último de la política comunitaria, quedó manifiestamente expresado desde el primer momento. Se trataba de abrir el mercado europeo a la libre competencia y de provocar la ruptura de los monopolios estatales que, con carácter general, organizaban y gestionaban hasta entonces los servicios de telecomunicaciones en la mayor parte de los países comunitarios". "Los servicios de telecomunicación", José Joaquín Mollinedo Chocano, en "El nuevo marco jurídico de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales", pp. 157 y 158.

<sup>3</sup> "La liberalización de las telecomunicaciones en la Unión Europea", Karel Van Miert, en "La Liberalización de las Telecomunicaciones en un mundo global", Editorial La Ley, Actualidad, España, 1999, pp. 6 y 7. Señala el autor: "El propósito de la liberalización de las telecomunicaciones es el de intentar conseguir la misma diversidad de opciones que ofrece Internet. El segundo beneficio de la liberalización es la reducción de precios de las llamadas telefónicas".

<sup>4</sup> Agregándose que, por medio de esa liberalización se persigue "desarrollar unas condiciones de mercado óptimas para ofrecer a los usuarios una mayor variedad de servicios de telecomunicaciones, de mejor calidad y a un menor costo". José Joaquín Mollinedo Chocano, op. cit., p. 158.

<sup>5</sup> "El Libro Verde supone la primera expresión sobre la necesidad de la ruptura parcial del monopolio hasta entonces existente, distinguiendo entre las redes y servicios básicos, referidos esencialmente al servicio telefónico y a su red, y otras redes, equipamientos y servicios, algunos de los cuales podrían prestarse ya en régimen de competencia fijando al mismo tiempo una serie de principios y criterios a tener en cuenta en los años sucesivos en el proceso de la liberalización", Pablo Mayor Meléndez, op. cit., p. 84.

los mercados de infraestructura donde se propició la ruptura de los monopolios, especialidades y exclusividades preexistentes<sup>6</sup>.

Los principios de liberalización se desarrollaron progresivamente, entre otras, por medio de la Resolución C 257, de 1988 sobre el desarrollo de un mercado común de servicios y equipos de telecomunicaciones hasta 1992; la Directiva 90/387/CEE de 1990 sobre establecimiento del mercado interior de los servicios de telecomunicaciones mediante la realización de un sistema de red abierta; y la Directiva 90/388/CEE del mismo año, *relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones*<sup>7</sup> <sup>8</sup>.

Entre los principios inspiradores de estas regulaciones destinadas a la liberalización progresiva del mercado de las telecomunicaciones, encontramos los siguientes<sup>9</sup>:

1. *Liberalización del acceso* a los mercados de telecomunicaciones y uso eficaz y abierto de las redes.
2. Determinación de los principios básicos en materia de regulación de las telecomunicaciones: *objetividad, transparencia y no discriminación*.

<sup>6</sup> La política de infraestructuras de la Comunidad Europea, cuyas líneas básicas se encuentran diseñadas en el "Libro Verde de Infraestructuras. I y II Parte" de 1994 y 1995 y en el "Libro Verde de la Telefonía Móvil" de 1994, no se limita a garantizar el acceso de nuevos operadores privados a las redes controladas por los sujetos públicos detentadores con anterioridad de derechos especiales o exclusivos, sino que pretende la plena liberalización del sector, incluyendo la implantación de nuevas infraestructuras, las cuales quedarán asimismo afectadas por la necesidad de facilitar a terceros el acceso a las redes.

<sup>7</sup> Las actuaciones de la Comunidad Europea, con posterioridad al Libro Verde, avanzan a un ritmo gradual y progresivo, pudiendo distinguirse en su realización tres etapas sucesivas en el tiempo: 1ª. Liberalización del mercado de los equipos terminales; 2ª. Apertura a la competencia del mercado de los servicios de valor añadido; y 3ª. Sometimiento a las reglas de libre mercado de los servicios de telefonía vocal e infraestructuras.

<sup>8</sup> Mirado este fenómeno desde la perspectiva de la legislación de defensa de la competencia, se ha sostenido que "El derecho comunitario de la competencia, inaplicado al sector durante décadas, ha constituido una herramienta fundamental en el proceso de desmonopolización del mismo. Por una parte la Comisión, gradualmente, ha declarado incompatibles con el apartado 1 del artículo 90 del Tratado de Roma (TCE), en relación, entre otros, con el artículo 86, los derechos exclusivos y especiales en el sector, en tanto que inducen a los concesionarios a abusar de su posición dominante. La desmonopolización comenzó con la declaración de incompatibilidad con el TCE de los derechos exclusivos sobre equipos terminales en 1988, y servicios de telecomunicación de valor añadido en 1990, hasta alcanzar la desmonopolización de la totalidad de los equipos, servicios e infraestructuras de telecomunicación, el primero de enero de 1998. Por otra parte, la declaración de incompatibilidad con el Tratado se ha realizado a través de un cauce procedimental encuadrado en el capítulo de normas sobre la competencia: las Directivas aprobadas exclusivamente por la Comisión, previstas en el artículo 90.3 TCE". "Telecomunicaciones y derecho de la competencia. De la desmonopolización a la competencia efectiva", Juan José Montero Pascual y Luis Soto Soubrier, en "La Liberalización de las Telecomunicaciones en un mundo global", op. cit., p. 393

<sup>9</sup> "El marco legislativo comunitario", Gloria Calvo Díaz, en "El nuevo marco jurídico de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales", op. cit., p. 45 y ss.

3. En *materia de tarifas* aplicables a los antiguos monopolios, fijación del principio orientador de "*tarifas a costos*", exigiendo que ellas sean transparentes y no discriminatorias.

4. Objetivo final de alcanzar la "*plena competencia*", por medio de la supresión definitiva de los derechos especiales y exclusivos sobre las redes de telefonía<sup>10</sup>.

Precisamente al desarrollo de estos principios se dirigió la modificación del ordenamiento jurídico español que persiguió alcanzar la liberalización de las telecomunicaciones.

## 2. EL PROCESO DE LIBERALIZACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES EN ESPAÑA. LA NUEVA LEY GENERAL DE TELECOMUNICACIONES ESPAÑOLA.

En el caso español, la recepción de las Directivas por el derecho interno comenzó tempranamente, con la aprobación de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones de 1987, pero finalmente alcanzó a la totalidad del sector con cierto retraso.

Fue recién el Real Decreto Ley N°6/1996 (el "RDL"), el que vino legalmente a poner término al monopolio detentado por Telefónica España para la prestación de la telefonía local (denominada en España "telefonía básica"). El RDL, además, autorizó a la Red Técnica Española de Televisión ("Retevisión") para prestar el servicio de telefonía básica, consagrando así un régimen transitorio de duopolio hasta la consolidación del segundo operador de telecomunicaciones, como paso previo a la definitiva liberalización en 1998. A partir de 1998, se otorgaron concesiones a terceros y cuartos operadores de telefonía básica<sup>11</sup> <sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Directiva 96/19/Comisión de 1996.

<sup>11</sup> Pablo Mayor Meléndez, op.cit., p. 88.

<sup>12</sup> En lo que respecta a la telefonía vocal fija, se previó que la plena liberalización sería precedida de una etapa estructurada en duopolio a la que posteriormente se le añadiría un tercer operador. "La idea del duopolio de apoyo en la experiencia tenida en el Reino Unido, en la que, con anterioridad a la introducción de la plena competencia, el mercado se estructuró desde 1983 como un duopolio, integrado por el operador tradicional, British Telecom, y el nuevo operador, Mercury, hasta que en 1991 se dio paso a la plena competencia. Si bien el duopolio suponía cierta protección para el nuevo operador, los comienzos no fueron fáciles y el crecimiento del recién llegado al mercado fue lento. Aun así la entrada de competencia obligó al operador dominante BT a reorganizar su estructura comercial en profundidad para poder competir de manera eficiente".

"En España, siguiendo la experiencia británica se estableció una fase de duopolio previa a la liberaliza-

Finalmente, el 24 de abril de 1998, se aprobó la Ley General de Telecomunicaciones española (LGTel) 11/1998. Su objetivo fundamental, según se estableció en su preámbulo, fue el de "promover *la plena competencia* y la prestación de los servicios de telecomunicaciones (...) con el fin de proporcionar a los usuarios una *oferta diversificada cada vez más amplia en servicios, a precios competitivos*".

Como se agregó en el mismo preámbulo, "la liberalización de las telecomunicaciones se espera que produzca una mejora en la eficiencia de la distribución de recursos, una reestructuración de los precios en beneficio de los usuarios privados y empresariales, y un incentivo para la incorporación de la innovación tecnológica, tanto para mejorar la competencia frente a los nuevos inversores, como para dar oportunidad a nuevas inversiones por parte de operadores concurrentes con los operadores tradicionales. *Punto esencial en este proceso debe ser siempre, especialmente desde el punto de vista de la autoridad reguladora, el mejor servicio a los usuarios, que tendrán que poder disfrutar de mayores y más económicas posibilidades de telecomunicación*"<sup>13</sup>.

Se puede ver entonces cómo el instrumento central del proceso liberalizador español en el campo de las telecomunicaciones, la LGTel, tuvo por finalidad básica la de incrementar las posibilidades de elección del consumidor. Como se señaló en el preámbulo de esa normativa, esta finalidad básica se concibió como un bien a ser especialmente tomado en cuenta por la autoridad administrativa, al momento de ejercer sus facultades reguladoras en el mercado.

### 3. DISPOSICIONES PRINCIPALES DE LA LGTEL EN MATERIA DE LIBERALIZACIÓN.

Entre las disposiciones más relevantes contempladas por la LGTel, destinadas a alcanzar la efectiva liberalización y competencia en el mercado de la telefonía básica, se encuentran:

ción plena. Por un lado, el operador dominante Telefónica de España S.A., titular del monopolio desde 1924, y por otro, el segundo operador de reciente creación, Retevisión. En cumplimiento de las disposiciones comunitarias, el 24 de junio de 1998, fue otorgada a Lince Telecomunicaciones la tercera licencia para la prestación de telefonía vocal fija. Estos tres operadores compiten actualmente con los nuevos operadores habilitados para prestar el servicio telefónico fijo mediante el otorgamiento de una licencia individual tipo B1. A lo largo de 1998 y principios de 1999 se han concedido 16 licencias B1 a operadores como Colt Telecom, Dynamic Telecom, S.A., RSI Communications Spain S.A., etc. "Efectos de la liberalización de las telecomunicaciones en España", Javier Cremades, en "la Liberalización de las Telecomunicaciones en un mundo global", op. cit., pp. 55 y 56.

<sup>13</sup> Pablo Mayor Meléndez, op. cit., p. 120.

• **Transparencia y no discriminación.** La explotación de los servicios de telefonía debe efectuarse de acuerdo a los principios de transparencia y no discriminación, previa autorización de la autoridad reguladora en materia de telecomunicaciones ("Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones" o "CMT"), en condiciones que impidan la distorsión de la libre competencia.

• **Libre competencia.** Los principios generales sobre el régimen jurídico de las telecomunicaciones se formulan en el artículo 2 de la LGTel, según el cual "las telecomunicaciones son servicios de interés general que se presentan en régimen de competencia". Como se ha señalado "esta capital disposición, inspirada en la interpretación jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea sobre el artículo 90 TCE, establece un régimen general de libre concurrencia en la prestación de los servicios de telecomunicación"<sup>14</sup>

• **La telefonía básica como servicio universal de telecomunicaciones.** El concepto de servicio universal de telecomunicaciones que contempla la LGTel, se refiere al "conjunto definido de servicios de telecomunicaciones con una calidad determinada, accesibles a todos los usuarios con independencia de su localización geográfica y a un precio asequible". Concretamente, según el mismo precepto, el servicio universal de telecomunicaciones "garantiza inicialmente que todos los ciudadanos puedan recibir *conexión a la red telefónica pública fija y acceder a la prestación del servicio telefónico fijo disponible para el público*. La conexión debe ofrecer al usuario la *posibilidad de emitir y recibir llamadas nacionales e internacionales y permitir la transmisión de voz, fax y datos*"<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> José Joaquín Mollinedo Chocano, op. cit., p. 178.

<sup>15</sup> Como lo señala Rafael Arias-Salgado Montalvo, Ministro Español de Fomento, en la Presentación del libro "La Liberalización de las Telecomunicaciones en un mundo global", op. cit., p.3, "El desarrollo de la liberalización de las telecomunicaciones ha tenido, como uno de sus frentes principales, el *fomento de la competencia*. (...) En cuanto a la política de fomento de la competencia, la actividad no ha sido menor. En la actualidad España cuenta con un grado de competencia efectiva similar al que tienen los principales países comunitarios que abrieron formalmente sus mercados el pasado primero de enero. (...) Además, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha concedido ya más de 20 licencias individuales, lo que garantiza un espectacular aumento de la competencia en los meses venideros y con ello un crecimiento igualmente espectacular del mercado español de las telecomunicaciones".

<sup>16</sup> José Joaquín Mollinedo Chocano, op. cit., p. 189. "La garantía de conservación del número es un elemento básico para un mercado liberalizado, ya que el usuario del servicio difícilmente decidirá cambiar de operador si no se le garantiza la conservación de la numeración que originalmente le fue asignada, pues este número de alguna manera es una referencia para sus relaciones profesionales, comerciales o sociales".

Como se puede ver entonces, sólo la telefonía fija (y los servicios que ella presta de transmisión de voz, fax y datos) tiene el carácter de servicio público universal para los efectos contemplados en la LGTel. En esto, se diferencia de manera sustancial de la telefonía móvil.

- **Portabilidad del número.** Se estima que la numeración como medio de identificación para los usuarios, es un recurso escaso, que no puede convertirse en una barrera a la entrada de nuevos competidores al mercado. La numeración, por tanto, aparece como un elemento esencial para la prestación de los servicios de telecomunicaciones en un ámbito liberalizado, estimándose imprescindible que se posibilite el acceso de todos los operadores a este recurso público, así como la interoperabilidad de los servicios<sup>17</sup>. La LGTel establece en la materia que los operadores de redes fijas de telecomunicaciones deben garantizar que los abonados puedan conservar los números que les hayan sido asignados<sup>18</sup>.

- **Concepto de operador dominante.** La LGTel se encarga explícitamente de definir al operador relevante, y de determinar la regulación que debe aplicársele para incitar a la liberalización de las telecomunicaciones y a la progresiva entrada de nuevos competidores en el mercado de la telefonía fija. A esta materia, y, en particular, a la especial reglamentación que se aplica al operador dominante en beneficio de los nuevos entrantes, nos referiremos a continuación.

<sup>17</sup> "Convergencia Competencia y Regulación en los Mercados de las Telecomunicaciones, el Audiovisual e Internet", Grupo de Regulación de las Telecomunicaciones Gretel 2000, Ed. Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicación, Madrid, 2000, Tomo I, p.339: "Se define la portabilidad como la capacidad que tienen los usuarios finales para conservar su número de teléfono cuando cambian de operador de red, de proveedor de servicios, su ubicación o su servicio".

"La portabilidad de operador se considera una pieza clave para garantizar el régimen de competencia entre operadores que prestan el servicio de telefonía básica. El hecho de que el usuario tuviera que cambiar de número telefónico en caso de cambio de operador, se erigiría en una *barrera de entrada al mercado de los nuevos operadores concurrentes*".

"Aunque las soluciones para ofrecer portabilidad de operador son muchas y de eficiencia y costo muy diverso, las Directivas de la Unión Europea han fijado como horizonte para la disponibilidad de la portabilidad de número en los Estados Miembros, diciembre del año 2000".

<sup>18</sup> Pablo Mayor Meléndez, op. cit., pp. 119 y 120.

#### 4. TELEFONICA ESPAÑA COMO OPERADOR DOMINANTE ANTE LA LGTEL. INCENTIVO A LOS NUEVOS ENTRANTES. PRINCIPIOS DE REGULACION ASIMETRICA Y DISCRIMINACION POSITIVA.

Sabido es que Telefónica España, ha ostentado durante largo tiempo una posición de práctico monopolio en la prestación de los más importantes servicios de telecomunicaciones y, en particular, en la del servicio telefónico básico.

En el marco del proceso liberalizador de las telecomunicaciones, una de las finalidades esenciales perseguidas fue la de terminar con el carácter monopólico de Telefónica España en el mercado de telefonía básica. Como ya se ha dicho, el Real Decreto comenzó con este proceso, al consagrar formalmente la ruptura del monopolio anteriormente establecido en favor de Telefónica España para la prestación del servicio telefónico básico, y al conferir nuevos títulos habilitantes para la explotación del mismo. La tendencia liberalizadora halló su más relevante manifestación en la LGTel, la que persiguió explícitamente limitar al operador dominante con el objeto de incentivar la entrada al mercado de nuevos operadores. Ello se hizo de acuerdo con las técnicas denominadas de **discriminación positiva y regulación asimétrica**.

Como lo señala Juan José Lavilla, "donde antes existía prácticamente un solo operador en régimen de monopolio, en unos pocos años han surgido nuevos entrantes, que con mayores o menores dificultades luchan por arrancar cuotas de mercado a aquél. Airtel Móvil, S.A., Retevisión, S.A., LINCE, S.A., los operadores de cable, etc., son los ejemplos más significativos en la actualidad de estos nuevos operadores que tratan de competir con el que de operador monopolístico ha pasado a ser el denominado operador dominante. Ahora bien, a objeto de posibilitar que los nuevos operadores puedan competir efectivamente con el dominante y, en consecuencia, de que todos los ciudadanos puedan ser beneficiados de las positivas consecuencias que inicialmente se asocian a la introducción de la competencia, es imprescindible una activa intervención de los poderes públicos, que, a través de *técnicas de discriminación positiva y regulación asimétrica*, tutele especialmente a los nuevos entrantes, los cuales se hallan en una posición económica más débil que el dominante. Y es que, aunque pueda parecer paradójico en un proceso liberalizador, una experiencia ya reiterada acredita inconcusamente que la supresión de los monopolios y la desregulación de un determinado sector de la economía exigen una activísima intervención normativa y reguladora de las autoridades administrativas"<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> "El operador dominante y los nuevos entrantes ante la nueva ley general de telecomunicaciones", Juan José Lavilla Rubira, en "El nuevo marco jurídico de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales", op. cit., pp. 247 y 248.

Por esto, la LGTel contempla normas dirigidas especialmente a incitar la entrada de nuevos operadores al mercado de la telefonía fija, limitando explícitamente para esos efectos al operador dominante, según se verá a continuación.

#### 4.1. Noción jurídica del operador dominante.

● **Participación de mercado de un 25%.** Con diversos precedentes provenientes del ordenamiento jurídico español, basados por lo demás en el Derecho Comunitario europeo (así en relación con el servicio portador de alquiler de circuitos, artículo 7 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 1.558/1995; y, por lo que atañe al servicio final telefónico básico y a los servicios portadores, artículo 4 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 1.912/1997), el concepto de operador dominante se define en la actualidad en el artículo 23 de la LGTel, siguiendo para ello los criterios establecidos en los artículos 4.2 y 3 de Directiva 97/33/CE en relación con los “*organismos que tengan un peso significativo en el mercado*”. Este precepto parte de una noción general, referida a la *cuota de mercado* obtenida en el año inmediatamente precedente, de la que resulta que es operador dominante el que haya obtenido una *cuota superior al 25%* de los ingresos brutos globales generados por la utilización de redes o por la prestación de servicios<sup>20</sup>.

En consecuencia, considerando que la participación de mercado de Telefónica España era de un 93% el año 1998, fecha de entrada en vigencia de la LGTel, no cabía duda que esta empresa se consideraba el operador dominante del mercado de telefonía básica.

● **Criterios en virtud de los que se contemplan excepciones.** No obstante lo anterior, de acuerdo con el propio artículo 23.1 de la LGTel, la CMT puede negar la condición de dominante a un operador que participe en el mercado con una cuota superior al 25 por ciento en el ámbito territorial de referencia o, a la inversa, reconocer dicha condición a otro operador que disfrute de una cuota de mercado inferior al indicado porcentaje en el correspondiente ámbito territorial, atendiendo a los siguientes criterios relevantes: “*capacidad de las redes de un mismo titular o a la del servicio que éste preste para influir en las condiciones de mercado, su volumen de negocios, control sobre los medios de acceso a los usuarios finales, su acceso a los recursos financieros, su experiencia en suministrar productos y servicios o cualquier otra circunstancia que pueda afectar a las condiciones de la competencia*”.

<sup>20</sup> Juan José Lavilla Rubira, op. cit., p. 248.

Estos criterios son aquellos estructurales que deben ser tomados en cuenta para confirmar o desconocer la calidad de dominante de un determinado operador de telefonía básica.

● **Regulación especial respecto de Telefónica España.** Para mayores certezas, y al margen de la definición general de operador dominante, la LGTel establece una norma especial respecto de Telefónica España, dada su participación casi monopólica en el mercado de la telefonía fija. Señala su disposición transitoria tercera que, a efectos de la prestación del servicio universal, el operador inicialmente dominante es Telefónica España, S.A., sin perjuicio de que durante el año 2005 la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones haya de determinar si, a partir del día 1 de enero del año 2006, la citada sociedad conserva o no, en cada ámbito territorial, la consideración de operador dominante.

Considerando, entonces, lo incontrarrestablemente mayoritaria de la posición de Telefónica España, se establece que su calificación como dominante, de origen legal, no puede ser sujeta a discusión hasta el año 2006. Esto se constituye en un mecanismo de incentivo a nuevos competidores, estimándose que recién en 2006 éstos constituirán una competencia efectiva respecto de Telefónica España.

● **Mercados relevantes en los que se calcula la participación del dominante.** Para determinar la participación de un oferente, ello debe hacerse en función de un mercado de referencia. La LGTel, establece claramente cuáles son los distintos mercados de referencia que se pueden utilizar por la autoridad.

En palabras de Juan José Lavilla, “la determinación del carácter dominante de los operadores se establecerá para los mercados de referencia de los siguientes servicios y redes”:

- (i) *Redes públicas telefónicas fijas y servicios telefónicos disponibles al público.*
- (ii) *Alquiler de circuitos.*
- (iii) *Redes públicas telefónicas móviles y servicios de comunicaciones móviles y personales disponibles al público.*
- (iv) *Servicio de interconexión*”<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> Ídem.

Se puede ver entonces, cómo la LGTel diferencia explícitamente entre los mercados relevantes de la telefonía fija y de los servicios de telefonía móvil, a efectos de determinar la participación del operador dominante.

#### 4.2. Supuestos de regulación asimétrica establecidos en la LGTel.

Como ya se ha dicho, la LGTel no definió al operador dominante para efectos simplemente teóricos, sino que lo hizo en el afán de establecer específicas regulaciones y limitaciones a su respecto, destinadas todas ellas a facilitar e incentivar la entrada de nuevos operadores al mercado de la telefonía básica, con la finalidad última de propender a la efectiva competencia en él. Los siguientes son los supuestos más importantes de regulación asimétrica contemplados en la LGTel:

- **Establecimiento de moratorias para que el operador dominante pueda comenzar la prestación de determinados servicios.**

Una primera técnica por la que la LGTel incentivó el establecimiento de una efectiva competencia, fue la de fijar un plazo dentro del cual el operador dominante no podía empezar la prestación de ciertos servicios, período durante el cual los nuevos entrantes sí podrían hacerlo<sup>22</sup>.

- **Régimen de Interconexión.**

La LGTel tuvo conciencia de que la entrada de nuevos operadores en un mercado anteriormente monopolístico sólo resultaba posible en la medida que se estableciera un régimen de interconexión obligatorio para el operador dominante. A este efecto, la LGTel estableció diversas medidas dirigidas a proteger- en términos potencialmente eficaces- a los nuevos entrantes:

- Por otra parte, los titulares de redes públicas que tengan la consideración de dominantes están obligados a facilitar el acceso a sus redes en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias (artículo 24.1 de la Ley 11/1998) y, en particular, *en las mismas condiciones técnicas y económicas en las que proporcionan los servicios de interconexión a sus propios servicios o a los de sus filiales o asociadas* (artículo 9.1 del Reglamento sobre Interconexión y Numeración)<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Con esto se espera que, cuando el dominante pueda comenzar a operar, los nuevos operadores ya hayan obtenido una cuota de mercado relativamente significativa. Este plazo de moratoria existe en diversos servicios, y en particular, en lo concerniente a las telecomunicaciones por cable.

<sup>23</sup> A efectos de garantizar la efectiva observancia de los principios de objetividad, transparencia y no discriminación, se impone al operador dominante el deber de publicar una oferta de interconexión de referencia (art. 28.1 de la Ley), que ha de ser aprobada administrativamente y cuyo contenido, ciertamente detallado, se especifica por el art. 11 del Borrador de Reglamento sobre Interconexión y Numeración.

- La capital cuestión relativa a los precios de interconexión es resuelta asimismo en sentido potencialmente favorable a los nuevos entrantes, en la medida en que el artículo 26 de la LGTel impone a los titulares de redes públicas de telecomunicaciones que tengan la consideración de dominantes el deber de atenerse en la determinación de los citados precios a los principios de transparencia y de orientación a costos<sup>24</sup>.

- **Reglas de publicidad.**

Sólo los operadores dominantes tienen la obligación de presentar anualmente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones cuentas separadas y auditadas referidas a las distintas actividades que realicen, con separación en todo caso de los servicios telefónicos disponibles al público, los servicios de interconexión, los servicios de alquiler de circuitos y cualquier otro servicio obligatorio (artículo 34.1 de la LGTel).

- **Establecimiento de un régimen más estricto en materia tarifaria para el operador dominante<sup>25</sup>.**

Finalmente, una "forma a través de la cual se discrimina positivamente a los nuevos entrantes consiste en imponer un control administrativo más estricto sobre las tarifas que puede exigir a los usuarios el operador dominante que sobre las de aquellos, con el fin de evitar que éste proceda a una bajada de las mismas con la única finalidad de excluir del mercado a sus posibles competidores, los cuales carecen, como es obvio, al menos al principio, de la posibilidad de soportar pérdidas durante un plazo dilatado en el tiempo. Manifestaciones de esta técnica pueden hallarse en los dos supuestos siguientes:

Ante todo, en relación con la *prestación del servicio final telefónico básico*. Del artículo 28 del Reglamento Técnico y de Prestación, aprobado por el Real Decreto N°1912/1997, resulta que *las tarifas del servicio telefónico básico que presten los operadores dominantes han de ser aprobadas por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos previo informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, mientras que, en principio, los operadores no dominantes pueden fijar sus tarifas libremente*, debiendo comunicarlas con al menos diez días de antelación a su entrada en vigor al Ministerio de Fomento, a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y las asociaciones de consumidores. Resulta casi ocioso señalar que la virtualidad de la técnica de regulación asimétrica de la que queda hecho mérito en las frases precedentes

<sup>24</sup> Juan José Lavilla Rubira, op. cit., pp. 258.

<sup>25</sup> Extraído íntegramente de Juan José Lavilla Rubira, op. cit., pp. 256 y 257.

ha quedado ya acreditada en los escasos meses transcurridos desde el comienzo de la prestación del servicio telefónico básico por el segundo operador del mismo ámbito nacional”<sup>26</sup>.

En lo que se refiere a la política tarifaria, entonces, mientras Telefónica España mantenga su calidad de operadora dominante (cosa que, como hemos señalado, no podrá ser alterada hasta el año 2005, con vigencia en 2006) verá necesariamente fijadas sus tarifas a público en el mercado de telefonía fija. Al análisis más detallado del régimen tarifario aplicable a Telefónica España nos abocamos a continuación.

## 5. NECESIDAD DE UN REGIMEN JURIDICO ESPECIAL PARA TELEFONICA ESPAÑA. REGIMEN JURIDICO Y ECONOMICO DE LAS TARIFAS APLICABLES A TELEFONICA ESPAÑA.

Hemos visto que la LGTel otorga a Telefónica España la calidad de empresa dominante en el mercado de la telefonía fija. Hemos visto también cómo ello implica que Telefónica España está sujeta a disposiciones especialmente estrictas, destinadas a facilitar el ingreso de nuevos competidores al mercado. Pero no sólo la LGTel, sino que también la constatación empírica de la cuota de mercado de Telefónica España y de los abusos en que ésta ha incurrido en el pasado, así como la aplicación del derecho general de protección de la libre competencia, llevan a la natural conclusión de que Telefónica España es dominante en el mercado de la telefonía fija y de que sus tarifas deben fijarse de acuerdo a la ley.

A esta constatación, y al análisis más detallado de las finalidades perseguidas con la tarificación de Telefónica España, nos dedicamos a continuación.

### 5.1. Posición dominante de Telefónica España.

Los artículos 86 del Tratado de la Comunidad Europea y 6 de la Ley de Defensa de la Competencia española prohíben la explotación abusiva de una posi-

ción dominante en el mercado común que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros. Según la posición clásica del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la posición dominante se define como “la situación de poder económico que ostenta una empresa que le da la *facultad de oponerse al mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante, permitiéndole actuar, en gran medida, de manera independiente a sus competidores, a sus clientes y, en definitiva, a los consumidores*”<sup>27</sup>.

Los antiguos monopolios estatales, como es el caso de Telefónica España mantienen una incontrarrestable posición de dominio en los mercados en que fueron monopolistas. De acuerdo con la jurisprudencia constante de los organismos europeos de defensa de la competencia “cuotas de mercado que alcanzan o superan el 80%, demuestran por sí mismas la existencia de una posición dominante”<sup>28</sup>. En 1998, cuando entró en vigencia la LGTel, Telefónica España ostentaba el 93,47% del mercado de la telefonía fija o básica<sup>29</sup>, y en cuanto al tráfico cursado, en el ejercicio de 1999 alcanzó una participación de un 94,7%<sup>30</sup>. El carácter de dominante de Telefónica España, de acuerdo con las reglas de la libre competencia, es indubitado.

Se ha señalado por eso que “los antiguos monopolios de telecomunicaciones disponen de una posición dominante en todos los mercados tradicionales y en la mayoría de los mercados de servicios avanzados. Este dominio no se extingue inmediatamente con la desmonopolización, como se ha demostrado en el caso inglés. Tanto la cuota de mercado del monopolista, como la de los nuevos competidores, como las condiciones del mercado (altas barreras de entrada, altos costos irrecuperables, altas economías de escala), sirven de indicadores para determinar la existencia de una posición de dominio. Así lo ha afirmado, por lo demás, la misma Comisión de la Comunidad Europea”<sup>31 32</sup>.

<sup>27</sup> Asunto United Brands c. Comisión, 27/76 (1978).

Ha agregado este Tribunal que “la constatación de que una empresa tiene una posición dominante no es sí misma un reproche. Solamente supone que [...] la empresa tiene la especial responsabilidad de no actuar de modo que obstaculice la existencia de una competencia genuina y no distorsionada en el mercado común” (Asunto Michelin c. Comisión, 322/81 1983). En la misma línea, el Tribunal de Defensa de la Competencia ha afirmado en repetidas ocasiones que “una empresa en posición de dominio no puede poner en práctica conductas que pueden estar permitidas a empresas que no orientan tal posición” (Tribunal de Defensa de la Competencia Español, Airtel/Telefónica, 18 de julio de 1996).

<sup>28</sup> Asunto Hoffmann La-Roche, 85/76 (1979).

<sup>29</sup> Grupo de Regulación de las Telecomunicaciones Gretel 2000, op. cit., p. 50.

<sup>30</sup> Telefónica de España (www.telefonica.es).

<sup>31</sup> Juan José Montero Pascual y Luis Soto Spubrier, op. cit., p. 399.

<sup>32</sup> Comunicación sobre la aplicación de las normas de la competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones. Marco jurídico, mercados de referencia y principios, DOCE C 265/2 de 22.8.98.

<sup>26</sup> Por lo que se refiere, en segundo lugar, al servicio portador de alquiler de circuitos, la situación es similar a la expuesta en relación al servicio final telefónico básico. En efecto, el artículo 22 del Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio Portador de Alquiler de Circuitos, aprobado por Real Decreto N°1558/1995, resulta que las tarifas correspondientes al alquiler de circuitos de los operadores dominantes han de ser aprobadas por el Gobierno con el carácter de máximas (...) mientras que, por el contrario, las tarifas de los operadores no dominantes pueden ser libremente fijadas por éstos.

En efecto, la Comunicación de la Comisión DOCE C 265/2 de 22 de agosto de 1998 sobre "la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones. Marco jurídico, mercados de referencia y principios", dice expresamente que "El hecho de que una empresa mantenga una posición dominante no depende exclusivamente de los derechos legales de que disponga, puesto que el mero hecho de acabar con los monopolios legales no pone fin a la situación de dominio. Ni que decir tiene que, a pesar de las Directivas de liberalización, *el desarrollo de una competencia efectiva por parte de proveedores alternativos de red con capacidad y alcance geográfico adecuados llevará su tiempo*".

Dado el mantenimiento de la posición de poder de los antiguos monopolistas, la aplicación de normas de incentivo a la competencia en el sector de las telecomunicaciones, materializadas, entre otras, por las Directivas comunitarias que hemos mencionado precedentemente y la LGTel, alcanza una enorme importancia<sup>33</sup>.

A ello tiende el ejercicio de la potestad tarifaria por parte de la autoridad<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Se ha dicho al respecto: "Las normas de la competencia tienen la nueva misión de fomentar el desarrollo del mercado hasta alcanzar un régimen de competencia efectiva en el mismo. Es decir, un mercado con libertad de entrada, en el que un número significativo de empresas compiten, de acuerdo con las leyes del mercado y en igualdad de condiciones, por satisfacer la demanda. La desmonopolización ha supuesto el desmantelamiento del principal mecanismo de funcionamiento del sector (intervención pública a través del monopolista), con el fin de sustituirlo por las leyes de oferta y demanda del mercado. Si no se desarrolla una competencia efectiva, esos mecanismos no funcionarían, y el monopolio público será sustituido por un monopolio privado incontrolado. La consecución de un marco competitivo efectivo requiere una aplicación firme del derecho de la Competencia, tal y como se recoge en las Directrices aprobadas por la Comisión, que evite, principalmente, abusos de las posiciones de dominio de los antiguos monopolistas, pero también comportamientos colusorios, o concentraciones ilegítimas de las empresas del sector, e incluso intervenciones anticompetitivas de las autoridades públicas". Juan José Montero Pascual y Luis Soto Soubrier, op. cit., pp. 399 y 400.

<sup>34</sup> "Se entiende por regulación la intervención de los poderes públicos para influir en el comportamiento de las empresas y del mercado, en razón del interés público, así como para corregir deficiencias del mercado que impidan la competencia eficaz entre los agentes.

Las principales "fallas del mercado" que justifican la regulación económica son:

- La existencia de economías de escala y externalidades que justifican la existencia de monopolio u oligopolio. Las infraestructuras de telecomunicación, en particular las redes de acceso, son muy costosas, requiriendo períodos de amortización muy largos que producen estas situaciones de mercado. En estos casos el regulador debe fijar los precios y las condiciones en que se prestan los servicios o garantizar que no existen acuerdos de precios y condiciones en caso de oligopolio.

- La existencia de "externalidades" de red que hace que la gestión de un operador condicione a otros operadores. El caso más típico en telecomunicaciones es la interconexión de las redes de distintos operadores. En este caso, el regulador debe garantizar a cada operador el derecho de acceso a la red de los demás operadores, y velar por unas tarifas de interconexión justas.

- El regulador debe defender los derechos de los usuarios cuando existe un gran desequilibrio entre estos y el operador que presta el servicio". Grupo de Regulación de las Telecomunicaciones Gretel 2000, op. cit., p. 50.

En general, cuando la Administración ejerce su potestad tarifaria en la fijación de los precios de los servicios prestados por la empresa dominante, persigue: i) la protección del usuario final, al ser éste parte contractual con muy poco poder de negociación frente al operador dominante; ii) el mantenimiento de la competencia en el mercado, evitando comportamientos abusivos en materia de precios de los operadores de telecomunicaciones; y iii) el incentivo a la entrada de nuevos competidores al mercado: "no es menos importante el hecho de que el mercado de las telecomunicaciones, debido a que procede de un régimen de monopolio, es en cuanto a la competencia completamente asimétrico, es decir, cuenta con un operador de telecomunicaciones con capacidad para controlar la mayor parte del mercado y una serie de pequeños operadores incapaces de hacer la competencia por sí mismos (sin ayuda de la Administración) al operador anterior, esto es, el operador dominante"<sup>35</sup>.

A la manera cómo la fijación tarifaria se implementa en la LGTel, y se aplica a Telefónica España, y a los objetivos que con ella se persigue nos referimos a continuación<sup>36</sup>.

## 5.2. La pregunta por la necesidad de la fijación tarifaria al operador dominante.

El primer planteamiento del regulador español, al enfrentarse a la necesidad de tarificar a la empresa dominante fue: ¿Son las condiciones actuales de mercado suficientes para garantizar un régimen de libertad tarifaria?

<sup>35</sup> "La liberalización y régimen jurídico y económico de las tarifas de telecomunicaciones", Antonio Jesús Sánchez Rodríguez, en "La Liberalización de las Telecomunicaciones en un mundo global", op. cit., 1999, pp.315 y 316.

<sup>36</sup> Incluso en un ámbito de convergencia, como el que caracteriza hoy a los mercados de telecomunicaciones, se hace necesaria la regulación y, particularmente, la fijación tarifaria. Se ha afirmado al respecto que "Otro de los aspectos significativos para la regulación de la convergencia y donde se presentan problemas con el enfoque actual del sector de las comunicaciones es en la traslación del concepto de operador dominante al entorno convergente. La existencia de operadores dominantes es inevitable dado que las condiciones de partida del propio sector convergente incluyen monopolios que se encuentran en el paso a competencia plena. También hay que considerar que la figura del operador dominante facilita la consecución de una competencia rápida en condiciones conocidas para el mercado. De esta manera la conclusión es que, cuando se trata de regular el sector convergente es necesario introducir la figura del operador dominante, y de esta forma se puede tratar de forma homogénea a los operadores que en razón de su posición de partida exigen unas obligaciones específicas con el fin de facilitar la convergencia y la competencia. Una cuestión fundamental más para la regulación del mercado convergente la constituye la fijación de precios y tarifas en los diferentes sectores. Desde el punto de vista de la convergencia, la fijación de precios es un instrumento crítico para la aparición de nuevos servicios y la disparidad de procedimientos actuales da notoria ventaja a los operadores procedentes de unos sectores frente a otros". Grupo de Regulación de las Telecomunicaciones Gretel 2000, op. cit., p. 755

La respuesta que el legislador se dio a esta pregunta fue indiscutida: no son suficientes las condiciones actuales para garantizar la libertad tarifaria; es indispensable fijar tarifas al dominante mientras no se alcance una real y efectiva competencia en el mercado de la telefonía fija o básica. Las razones por las que alcanzó esta respuesta, detalladas en el texto de Antonio Jesús Sánchez, se recogen a continuación<sup>37</sup>:

“Apenas hay en Derecho comparado ejemplos en los que haya existido una total y absoluta libertad en la fijación de todas las tarifas de los servicios de telecomunicaciones por los operadores, especialmente cuando no hay competencia plena. *Y la competencia plena en el servicio telefónico básico no existe en ningún país del mundo.* En el mejor de los casos se ha establecido tal libertad para ciertos servicios básicos pero a cambio de que se realicen unas inversiones en extensión de infraestructuras solicitadas por la Administración”.

“Lo que sí existe es una liberalización paulatina atendiendo a determinados servicios, según condiciones que tiene que supervisar en todo momento la administración independiente o el órgano administrativo competente. *Esto significa que tiene que haber una condición de libre mercado lo suficientemente perfecta para cada tipo de servicios como para que la Administración pueda liberar completamente la fijación tarifaria,* o bien tratarse de servicios que no sean imprescindibles para el uso de los servicios públicos telefónicos (las líneas 903, por ejemplo). *El problema con el que nos encontramos es que la mayoría de los servicios básicos de telecomunicaciones no se prestan en condiciones de mercado de plena competencia que permitan una libertad tarifaria. En consecuencia, tienen que ser regulados por la Administración mientras se llega a la competencia*”.

“Consciente, entonces, de que las condiciones actuales de mercado no son suficientes para garantizar un régimen tarifario desregulado en los principales servicios de telecomunicaciones, concretamente *en el servicio telefónico básico (como en todos los países del mundo) la normativa de liberalización establece que la determinación de las tarifas al dominante corresponde, mientras tanto no estemos en un mercado plenamente en competencia, a los poderes públicos.* Es la CMT quien tiene la competencia para la fijación de las tarifas, pudiendo ser éstas fijas, máximas o mínimas, y para el establecimiento de criterios para su fijación así como los mecanismos de control de los mismos, y encargándose también la CMT de la vigilancia de su cumplimiento. Además, la CMT también informará las propuestas de tarifas de los servicios de telecomunicación prestados en exclusiva o en los casos en que exista una posición de dominio

<sup>37</sup> Las respuestas a esta pregunta han sido extraídas íntegramente de Antonio Jesús Sánchez Rodríguez, op.cit., pp. 329 a 331.

de mercado, de modo que salvaguarde el principio de *competencia efectiva*<sup>38</sup>.

“De este modo, la normativa de liberalización entiende que, efectivamente, no es conveniente desregular las tarifas debido a que las condiciones de mercado no garantizan los tres grandes objetivos tarifarios que se ha impuesto el legislador con la LGTel (disposición transitoria cuarta):

**Primero:** Mantenimiento de la competencia.

**Segundo:** Consecuencia del anterior, control de las situaciones de abuso de posición de dominio.

**Tercero:** La accesibilidad a los servicios públicos de telecomunicaciones por los ciudadanos a precios asequibles”.

“El Tribunal Español de Defensa de la Competencia, en su Informe de 1993, aun estando presidido por un espíritu fuertemente liberalizador, remarca dos grandes límites a la liberalización: El primero es el mantenimiento de un monopolio de hecho en la telefonía vocal local (bucle local), y el segundo es el, en propias palabras del Tribunal, “reforzamiento” sobre el control de precios. *La justificación dada por el Tribunal al necesario control de precios en un sistema liberalizado se expresa en las siguientes líneas*”:

*“En todos los países es usual que, en los sectores en que hay monopolio, los precios estén controlados y sea el poder público el que los determine. El régimen de monopolio permite a las empresas tales posibilidades de subir los precios que los gobiernos nunca les dejan en libertad para fijar los precios.*

*Por el contrario, cuando hay una situación de competencia efectiva, el control de precios es innecesario e incluso puede ser perjudicial. Por tanto es coherente que cuando la competencia es total no haya ningún sistema de autorización de precios sino que los precios se determinen libremente a partir de los deseos de los oferentes y demandantes.*

<sup>38</sup> En el mismo sentido, la Comunicación de la Comisión DOCE C 265/2 de 22 de agosto de 1998 sobre “la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones. Marco jurídico, mercados de referencia y principios”, expresa que “Aún en los casos en los que se han eliminado las restricciones, o en los que se eliminarán en breve, la competencia en los mercados descendentes seguirá dependiendo de la fijación de tarifas y de las condiciones de acceso a los servicios ascendentes de red que sólo irán reflejando gradualmente las presiones competitivas del mercado”.

*Pero en la fase de transición del monopolio a la competencia, el control de precios sigue siendo necesario...*<sup>39</sup>.

Se concluyó por la LGTel, en consideración a antecedentes como los expuestos, que era indispensable que Telefónica España tuviera fijadas sus tarifas, mientras no existieran en el mercado de la telefonía fija condiciones de real y efectiva competencia. En efecto, “de acuerdo con la LGTel y la aplicación que de ella han hecho las autoridades españolas, ‘en tanto dure el duopolio- o su equivalente la situación de absoluto dominio de un solo operador que se espera para los primeros tiempos de la competencia –las tarifas telefónicas deben seguir estando bajo control público’. Esta intención fue refrendada cuando se pudieron constatar las actitudes de abuso de posición dominante que Telefónica emprendió contra su primer competidor Retevisión”<sup>40</sup>.

Revisaremos, entonces, los objetivos de la fijación tarifaria, para examinar luego, los abusos de posición dominante de Telefónica España que justificaron la imposición de tarifas a su respecto por la autoridad.

### 5.3. Objetivos tarifarios en la LGTel.

Ahora bien ¿qué persigue específicamente la fijación tarifaria contemplada en la LGT? Entre otros, dos objetivos básicos: el incentivo a la entrada de nuevos operadores al mercado, y la prevención de los abusos de posición dominante del monopolista y, particularmente, el abuso en el establecimiento de subsidios cruzados.

#### 5.3.1. Incentivar la entrada de nuevos actores al mercado.

Si la política pública de liberalización de las telecomunicaciones ha tenido como norte la universalización de los servicios esenciales extendiéndolos a determinados sectores de la población con las mayores opciones posibles y tarifas razonables, “el régimen tarifario de los servicios de telecomunicaciones se presenta como vital para mantener estos objetivos y para *impedir que, por efecto de un comportamiento de los operadores centrado en el lucro particular, se pueda dañar al interés general mediante una subida de tarifas que limite el acceso a los servicios y que restrinja la competencia en el mercado*”<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> “Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios”, Tribunal de Defensa de la Competencia, Madrid, 1994, p. 54.

<sup>40</sup> “Algunos conflictos – resueltos y pendientes – planteados en las telecomunicaciones en España”, Juan Miguel de la Cuétara Martínez, en “La Liberalización de las Telecomunicaciones en un mundo global”, op. cit., p.218.

<sup>41</sup> Antonio Jesús Sánchez Rodríguez, op.cit., p. 326.

Como lo hemos adelantado, entonces, la fijación tarifaria a la empresa dominante, en el marco de la LGTel, actúa como un método de regulación asimétrica, destinado a incentivar la entrada de nuevos operadores al mercado de la telefonía fija o básica, durante el proceso de transición entre el monopolio y la completa competencia.

#### 5.3.2. Evitar los abusos de posición dominante en materia de precios y, en particular, los subsidios cruzados del monopolista.

Ahora bien, ¿cómo regular al dominante para que la fijación tarifaria sea suficientemente eficaz como para cumplir con su finalidad de incentivo a la entrada de nuevos actores?

Para responder a esta pregunta, se constató por la LGTel que “*los comportamientos anticompetitivos de los que han tenido que conocer las autoridades españolas en el sector, están frecuentemente asociados a la política de precios de los operadores. Los precios predatorios, o la imposición de precios excesivamente altos a clientes, o a competidores para la interconexión, son supuestos de comportamientos abusivos para cuya determinación resulta necesario analizar los costes de los operadores*”<sup>42 43</sup>.

Y es por ellos que establece la LGTel, contrariamente a lo que sucedía en la regulación del monopolio legal<sup>44</sup>, que las tarifas de los operadores dominantes deben reflejar sus costos operacionales y que estos operadores deben respetar la transparencia de las tarifas.

<sup>42</sup> Al concebir la fijación tarifaria en el marco del proceso de liberalización, la LGTel recogió la experiencia desarrollada en la tarificación de Telefónica España en su calidad de monopolio natural. Mientras Telefónica España gozaba del monopolio local, la fijación tarifaria a la que estaba sujeta perseguía en gran medida hacer frente a la llamada “opacidad tarifaria” que caracterizaba a los servicios públicos monopolísticos. Con esto se refiere al hecho que “los operadores de servicio público de telecomunicaciones han tendido a ofrecer tarifas opacas, con suplementos extras u ocultos. De ese modo, al ser las tarifas no transparentes, era imposible predecir los costes asignables a esas tarifas. A su vez, la ausencia de competencia conllevaba que los operadores no realizaran la planificación racional necesaria para controlar los costes de operatividad. Como consecuencia, los costes de operatividad siempre han sido excesivos. Ese exceso de costes operativos se trasladaba no sólo a los usuarios sino a los posibles operadores que querían utilizar las capacidades excedentarias de las redes o alquilar líneas. Con la liberalización, al intentar impedir todo esto, los operadores públicos de telecomunicaciones tuvieron que realizar reformas muchas veces traumáticas”. Antonio Jesús Sánchez Rodríguez, op.cit., p. 322.

<sup>43</sup> El Tribunal de Defensa de la Competencia Español, reconoció esta circunstancia en la sentencia de 21 de enero de 1999 recaída en el caso BT/Telefónica.

<sup>44</sup> Con el monopolio, al ser las tarifas opacas, los costos operacionales no influían en su establecimiento. El resultado solía ser un mal funcionamiento y una mala contabilidad. El operador público se financiaba por sí mismo pero mantenía artificialmente las tarifas.

Estos requerimientos se contemplan también como fruto de la experiencia española y comparada, que mostró al legislador español que los antiguos monopolistas, al enfrentarse a la amenaza de una incipiente competencia, presionaban a la Administración por mantener los subsidios cruzados que solían establecer entre las distintas partes o los elementos de sus tarifas (subsidios en atención al tipo de servicio, la localización geográfica y la naturaleza del usuario), y mantener así tarifas altas respecto de los servicios prestados en régimen de competencia<sup>45</sup>. Se estima así que “*Es necesario evitar que el operador que procede de una situación monopolística subvencione sus actividades en que no se encuentra en situación de dominio con los ingresos de los sectores donde sí tiene esa posición*”. El caso evidente es el del operador de telefonía básica que, tras la reforma de liberalización, ha dejado de ostentar el monopolio de *iure*, aunque sí ejerce sobre el servicio un monopolio de *ipso*, y mantiene intactas las tarifas del servicio en que ostenta el monopolio para subvencionar otras actividades en las que hay mayor competencia<sup>46</sup>.

En el marco de la liberalización, se persigue, del mismo modo, mantener el equilibrio en el mercado de tal manera que no haya de parte del dominante “sobredimensión en las tarifas y que no se busque la satisfacción únicamente de las necesidades de los grupos *mejores clientes*”<sup>47</sup>.

Por esto, se ha señalado que la LGTel, en lo que concierne a la política tarifaria, “ha eliminado los grandes desequilibrios existentes en las *tarifas de los servicios finales de Telefónica, desapareciendo así los subsidios cruzados típicos de situaciones de monopolio*”<sup>48</sup>.

#### *En general, evitar los abusos de posición dominante de Telefónica España.*

Como se ha señalado, “la liberalización actúa sobre los elementos o partes económicos de la tarifa intentando reducirlos como consecuencia de la introducción de la competencia, pero teniendo en cuenta que en las primeras fases de la liberalización, en las que la competencia aún no es todo lo amplia que se precisa para evitar comportamientos

<sup>45</sup> “El operador que procede de un monopolio de *iure* en el momento en que se realiza la reforma, gracias a su mayor poder de negociación, hace valer ante la Administración competente su pérdida como consecuencia de la introducción de la competencia y la necesidad de reformar al alza el régimen tarifario de los servicios que se encontraban bajo un sistema de subvención cruzada. Así lo hizo BT en el Reino Unido, donde, una vez reformada la legislación, fue capaz de mantener las tarifas de los servicios locales de telecomunicación cuando en realidad tendrían que haber bajado por efecto de la competencia. En nuestro ordenamiento, tendrá que ser la CMT quien vigile que el operador dominante no haga valer la situación anterior de subvención cruzada vigente en el régimen de monopolio para mantener artificialmente altas las tarifas de los servicios que se prestan”. Antonio Jesús Sánchez Rodríguez, op.cit., p. 338.

<sup>46</sup> Antonio Jesús Sánchez Rodríguez, op.cit., pp. 328 y 329.

<sup>47</sup> Antonio Jesús Sánchez Rodríguez, op.cit., p. 324.

<sup>48</sup> Rafael Arias-Salgado Montalvo, Ministro Español de Fomento, op.cit., p.3.

*abusivos de los operadores que ocupan una posición de dominio en el mercado, es necesaria la intervención decidida de los poderes públicos para controlar a la baja esas tarifas*”<sup>49</sup>.

La preocupación de la legislación por prevenir las conductas abusivas de Telefónica España no tuvo un carácter meramente teórico. Por el contrario, se basó en la constatación empírica efectuada por las autoridades reguladoras, de su carácter monopolístico, y de los continuos abusos en los que normalmente incurría esta empresa, que ellas estaban llamadas a reprimir. Fue en consideración a esta experiencia, precisa y extensa, que se estimó preferible prevenir conductas de abuso antes que meramente reprimirlas, para lo cual, entre otros instrumentos, se acudió a la fijación tarifaria del dominante.

A continuación conoceremos entonces algunas conductas abusivas de Telefónica España, de las que acostumbraron a conocer las autoridades españolas, y que justificaron la adopción de medidas tales como la fijación tarifaria del dominante.

## 6. ACTUACIONES ABUSIVAS DE TELEFONICA ESPAÑA Y REACCIONES DE LA AUTORIDAD ESPAÑOLA.

### 6.1. Discriminación de precios por clientes y por zonas.

Hemos señalado anteriormente que la decisión de sujetar a Telefónica a fijación tarifaria se refrendó cuando se pudieron constatar las actitudes de abuso de posición dominante que Telefónica emprendió contra su primer competidor Retevisión<sup>50</sup>.

Se han descrito algunas de estas actuaciones de Telefónica en los siguientes términos:

“Tras la privatización de Retevisión, Telefónica quiso prepararse para la competencia con un plan de *fidelización de clientes* que consistió en lo siguiente: A comienzos de septiembre Telefónica anunció una oferta de tarifas “a la carta” a sus abonados, que accederían a una tarifa plana en las llamadas interprovinciales si aceptaban una elevación entre el 10 y el 25% de su facturación actual. También se ofrecerían según esta oferta importantes descuentos en las llamadas internacionales a tres números preestablecidos, a cambio de una cuota fija mensual de 300 pesetas. La oferta, lógicamente

<sup>49</sup> Antonio Jesús Sánchez Rodríguez, op.cit., p. 318.

<sup>50</sup> Juan Miguel de la Cuétara Martínez, op. cit., p.218.

tc, se centró en los segmentos (interprovincial e internacional) donde el nuevo operador podría jugar sus mejores bazas. Retevisión reaccionó argumentando de una parte que, si Telefónica puede ofrecer estas rebajas, lo que sucede es que está ganando mucho dinero en estos segmentos, por lo que deberían bajar las tarifas de interconexión; y de otra parte, que las tarifas telefónicas son responsabilidad del Gobierno y no son manipulables unilateralmente por el operador dominante. Así las cosas, Telefónica lanzó de todas maneras su campaña promocional que dio comienzo el 3 de octubre de 1997. En ese momento la CMT tomó cartas en el asunto y, con una celeridad destacable, el 10 de octubre siguiente intimó a Telefónica a cesar en dicha campaña, sobre las siguientes bases: *"falta de autorización previa para la aplicación de dichos descuentos selectivos y riesgo de fidelización de los segmentos de mercado en los que están implantando, con el consiguiente riesgo de exclusión de la competencia"*. La intimación fue obedecida y la campaña cesó. Pero con ello no se resuelven todos los problemas pendientes, puesto que en tanto la competencia no sea efectiva- y tardará años- es claro que los poderes públicos deben ser especialmente sensibles a actuaciones como la reseñada<sup>51 52</sup>.

Conductas como éstas deben ser reprimidas porque "el gran riesgo en los mercados desmonopolizados consiste en la perpetuación de la posición de dominio del ex monopolista debido a su comportamiento excluyente, dirigido a perjudicar a los competidores a fin de mantener la propia posición del mercado o incluso reforzarla. Los abusos excluyentes son variados, comprendiendo fundamentalmente comportamientos dirigidos a perpetuar la fidelidad de los clientes (así como de los proveedores) a fin de obstaculizar que éstos y aquellos contraten con los competidores"<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> Juan Miguel de la Cuétara Martínez, op. cit., p. 219.

<sup>52</sup> Otro ejemplo: "El Tribunal de Defensa de la Competencia condenó a principios de 1999 a Telefónica por la imposición de condiciones de exclusividad a sus clientes en el mercado de arrendamiento de circuitos, así como por la imposición de una cantidad mínima de circuitos, a fin de garantizar que la totalidad de la contratación de sus clientes se realizase con Telefónica como medio para beneficiarse de las ventajosas condiciones ofrecidas por el ex monopolista. En la misma resolución, el Tribunal de Defensa de la Competencia consideró que Telefónica cometió abuso excluyente al introducir precios discriminatorios por la prestación del servicio de alquiler de circuitos. Telefónica proporcionó importantes descuentos en la prestación de dichos servicios a los principales clientes, descuentos que, sin embargo, no reconoció a sus competidores en dichos mercados. Tal conducta excluyó del mercado a los nuevos operadores, ya que el coste principal (el alquiler de los circuitos) para la prestación de sus servicios (tecnológicamente superiores) se situó automáticamente por encima del precio final de Telefónica, de modo que los precios de los nuevos operadores jamás podrían ser competitivos, práctica conocida como price squeeze". Juan José Montero Pascual y Luis Soto Soubrier, op. cit., pp. 400 a 401.

<sup>53</sup> Las empresas en posición dominante, debido a su "especial responsabilidad", están en la obligación de evitar estrategias dirigidas a obstaculizar que sus clientes y proveedores contraten con los nuevos competidores. El ejemplo más claro de dicho comportamiento excluyente es la imposición de la condición de exclusividad en las relaciones contractuales entre el operador y sus clientes y proveedores, pero en la misma línea se enmarcan las discriminaciones en los plazos de instalación y reparación a

## 6.2. Precios predatorios.

En España se han producido acusaciones relacionadas con la imposición de precios predatorios en el mercado de las telecomunicaciones. El Servicio de Defensa de la Competencia o SDC, en su informe en el expediente BT/Telefónica, se pronunció a favor de la declaración por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia o TDC de la existencia de un comportamiento contrario a las normas de defensa de la competencia por la aplicación de precios predatorios en la prestación del servicio de voz internacional, en cuanto la prestación de dicho servicio a determinados clientes se realizaba por un precio inferior al costo del arriendo de las líneas internacionales necesarias para ello. El TDC, sin embargo, concluyó que no podía realizar dicha declaración, en cuanto el SDC no comunicó ningún análisis de costos para sustentarla. No obstante, el TDC aceptó que dada la posición de dominio de Telefónica, su dimensión y capacidad financiera y la situación de liberalización incipiente (caracterizada por la coexistencia de segmentos de mercado más abiertos a la competencia que otros), se podría considerar una práctica económicamente rentable el retrasar al máximo la entrada de nuevos operadores mediante una política de descuentos selectivos aplicada a los principales clientes a los que pueden acudir los nuevos competidores<sup>54 55</sup>.

## 6.3. Subsidios cruzados.

Como ya hemos visto, Telefónica España goza de una posición dominante en la prestación del servicio de telefonía vocal básica. Esta posición ha sido aprovechada para confirmar ilegítimamente su posición de dominio en mercados de servicios de telecomu-

favor de los clientes que contraten todos los servicios de telecomunicaciones con el operador dominante, o las rebajas y descuentos dirigidos a asegurarse la totalidad de la demanda de un cliente.

<sup>54</sup> Juan José Montero Pascual y Luis Soto Soubrier, op. cit., p. 403. Los principales competidores de Deutsche Telekom DT interpusieron una denuncia contra dicha empresa ante la Comisión, a principios de 1996. Alegaron que la nueva propuesta de tarifas del operador dominante alemán incurría en un abuso de dicha posición dado su carácter predatorio. DT retiró finalmente su propuesta de tarifas, pero la conclusión de la Comisión fue que aun apoyando las reestructuraciones de precios, "hasta que la liberalización completa sea conseguida la Comisión debe prestar una atención particular a los efectos y motivaciones de las reformas tarifarias".

<sup>55</sup> Y ello no es extraño. Porque en el sector de las telecomunicaciones, los problemas de precios predatorios se han vinculado tradicionalmente a las subvenciones cruzadas desde sectores monopolizados a sectores competitivos. La coexistencia de mercados de producto más dinámicos y con mayor competencia con mercados donde el ex monopolista mantiene en la práctica un monopolio de hecho, unido a la posibilidad de que las empresas en posición dominante, con "bolsillos profundos", puedan bajar drásticamente el precio de alguno de sus servicios, para desincentivar la entrada de competidores o, cuanto menos, lanzar mensajes confusos sobre la rentabilidad del sector, ha generado la respuesta de los reguladores que han intentado atajar el problema a través de la fijación de precios mínimos, price caps, sistemas detallados de asignación de costos o separación contable de actividades. Juan José Montero Pascual y Luis Soto Soubrier, op. cit., p. 403.

nicaciones más abiertos a la competencia, e incluso para extender dicha posición a otros sectores, en especial al audiovisual e informático, gracias al proceso de convergencia tecnológica<sup>56</sup>. Por esto, la legislación española ha hecho imperativa la separación de la actividad del dominante relativa al servicio básico y su actividad comercial, pero sin tener en cuenta la variadísima casuística que podrá producirse en aspectos como la promoción, publicidad, marketing y demás técnicas comerciales que un grupo de empresas puede utilizar conjuntamente.

*Así, el apoyo que las empresas del grupo Telefónica han buscado en los servicios generales de la compañía (esencialmente en el servicio básico) ha dado ya lugar a conflictos en los que ha tenido que intervenir el Tribunal de Defensa de la Competencia español.*

“Sólo a modo de ejemplo, en junio de 1996, Intertrace Centro S.L. interpuso denuncia en el servicio de Defensa de la Competencia contra Telefónica por la utilización de los números 002 y 004 para la promoción y venta de un terminal telefónico competidor de los que vendía el denunciante. Invocaba como precedente un caso similar producido en terminales móviles y solicitaba medidas cautelares. Poco más tarde, en agosto de 1996 fue Servicom quien interpuso denuncia ante el mismo Servicio contra Telefónica y sus empresas, entre otras cosas por la publicidad conjunta de sus servicios y la utilización del número 022 para la promoción del servicio Infovía, servicio de acceso a la información producido en el mismo segmento comercial de Servicom. Solicitaba también medidas cautelares. El TDC en su resolución de 4 de febrero de 1997 aceptó la propuesta del Servicio y ordenó las medidas cautelares propuestas para, según expresó “*impedir que la posición dominante de Telefónica pueda trascender a aquellas actividades que se prestan en régimen de competencia*”, apreciando la existencia de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) y del periculum in mora necesarios para ello<sup>57</sup>.”

Por otro lado, el TDC impuso medidas cautelares al grupo Telefónica en el mercado de servicios de información en el mercado de las telecomunicaciones, consistentes en la prohibición temporal de realizar publicidad conjunta de sus servicios, a fin de distinguir claramente entre los mismos e identificar la empresa del grupo que los presta. El objetivo de estas medidas cautelares ha sido “*impedir que la posición dominante de Telefónica*

<sup>56</sup> La extensión de la posición dominante del mercado de servicios básicos al de servicios avanzados es uno de los mayores riesgos del sector, debido a la sinergia producida por la consecución de economías de escala. La imposición de redes conjuntas de distribución, publicidad conjunta, etc., posibilitan una entrada rápida y efectiva a nuevos mercados, estableciendo al mismo tiempo importantes barreras de entrada.

<sup>57</sup> Juan Miguel de la Cuétara Martínez, op.cit., p. 221.

pueda trascender a aquellas actividades que se prestan en régimen de competencia, con lo que en definitiva, se protegerá tanto el interés público del mercado como el particular<sup>58</sup>. En la misma dirección se enmarcan las medidas cautelares impuestas a Telefónica Móviles consistentes en la diferenciación de los servicios analógicos prestados en régimen monopolístico, y los digitales, prestados en régimen de competencia.

#### 6.4. Contratos atados.

El artículo 86. d del TCE define como abuso la conducta consistente en “subordinar la celebración de contratos a la aceptación [...] de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos”. A través de cláusulas atadas, Telefónica España ha impuesto condiciones abusivas a los clientes, pero al mismo tiempo ha afectado a sus competidores en sectores diferentes, al utilizar la posición dominante para restarle cuota de mercado y trasladar el dominio al nuevo sector.

En la resolución en el asunto BT/Telefónica, el TDC declaró que *Telefónica incurrió en prácticas anticompetitivas al vincular la contratación de servicios abiertos a la competencia (voz internacional) a la contratación de servicios donde la competencia era escasa inexistente por la existencia de derechos exclusivos (servicios de voz nacional)*<sup>59</sup>.

#### 6.5. Otros abusos.

Siguiendo a Cuétara Martínez, “para no sobrecargar la exposición me limitaré a mencionar algunos de los muchos roces a que da lugar la actual dinámica regulatoria de las telecomunicaciones. Telefónica es protagonista inevitable de la mayoría de ellos, y, así podemos mencionar los conflictos que mantiene con las empresas de “call back” por esta práctica, conflictos que desaparecerán a medida que disminuye el diferencial de tarifas internacionales; o los que la enfrentan con los proveedores de Internet a cuenta de Infovía; y en general, con cualquiera de sus competidores, en cuanto vislumbren que Telefónica abusa de sus muchas ventajas; de estos últimos, cabe recordar, por ejemplo, la sanción del Tribunal de Defensa de la Competencia a Telefónica por haber hecho marketing específico con su base de datos de abonados, que no facilitó a sus competidores, con lo que creó una situación competitiva diferencial que motivó la sanción<sup>60</sup>.”

<sup>58</sup> Tribunal de Defensa de la Competencia Español, Servicom/Telefónica, 4 de febrero de 1997.

<sup>59</sup> Tribunal de Defensa de la Competencia Español, BT/Telefónica, 21 de enero de 1999.

<sup>60</sup> Juan Miguel de la Cuétara Martínez, op. cit., p. 226.

## 7. DERECHO DE LA COMPETENCIA Y POREGULACIONES ESPECIALES PREVENTIVAS.

Hemos visto, a partir de la experiencia de la autoridad española en relación a Telefónica España y de las decisiones que ha adoptado, que el Derecho de la Competencia, aunque útil para evitar conductas colusorias y abusos del monopolista, entre ellos el reforzamiento de su posición dominante, tiene una eficacia limitada cuando el objetivo de la autoridad es fomentar activamente el desarrollo veloz de competencia efectiva en el sector. El éxito de la liberalización de las telecomunicaciones depende de la firme aplicación del Derecho de la competencia, pero *éste debe necesariamente ser complementado*<sup>61</sup>.

Es por esta necesidad de complementación que, en el período transitorio hasta la consecución de competencia efectiva en el sector, se ha considerado necesaria la adopción de una legislación específica, en ciertos aspectos asimétrica —como lo hemos visto—, que favorezca la entrada de nuevas empresas y su posición frente a los antiguos monopolistas. Fruto de esta necesidad es la aprobación de legislación comunitaria y española en lo relativo a la interconexión, los principios de incentivos de la competencia y la no discriminación, la numeración y, fundamentalmente, las tarifas a los usuarios finales. Esta legislación supone un avance de la línea de intervención pública. La intervención *ex post* propia del Derecho de la competencia es complementada con una intervención *ex ante*, a menudo paralela a las normas de defensa de la competencia. La regulación de precios se relaciona así con las figuras de los precios predatorios y los abusos de explotación, la regulación de la interconexión avanza las grandes líneas de las figuras de la negativa de suministro y las *essential facilities* y las normas relativas a numeración y selección del operador responden al principio de igualdad entre operadores. La regulación no sustituye al Derecho de la competencia, que permanece en vigor como red de seguridad para aquellos casos en los que la regulación falle, bien por sus lagunas, bien por la incorrecta aplicación por parte de las autoridades públicas<sup>62</sup>.

La regulación sectorial tiene una naturaleza transitoria y será paulatinamente eliminada para dar paso a la mera aplicación de las normas de defensa de la competencia, pero ello, sólo en el momento que *exista en el mercado regulado una efectiva y real competencia que permita a los consumidores el ejercicio de su libertad de elección*. Tal y como establece la Directiva 97/33/CE de la Comunidad Europea en el párrafo 25 de su Exposición de Motivos, “cuando se haya alcanzado en el mercado una *competencia realmente efectiva*, las

<sup>61</sup> Juan José Montero Pascual y Luis Soto Soubrier, op. cit., p. 429.

<sup>62</sup> Ídem.

normas en materia de competencia del Tratado serán en general suficientes para desarrollar un control *a posteriori* de la lealtad de la competencia, de manera que deberá reconsiderarse la necesidad de la presente Directiva”<sup>63</sup>.

<sup>63</sup> Juan José Montero Pascual y Luis Soto Soubrier, op. cit., p. 429.