



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

JAIME ALMENAR BELENGUER, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que en la Sesión número 25/07 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 12 de julio de 2007, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

SOLICITUD DE INTERPOSICIÓN POR PARTE DEL REINO DE ESPAÑA DE RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LA DECISIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA DE FECHA 4 DE JULIO DE 2007 (ASUNTO COMP/38.784- Wanadoo España contra Telefónica) ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha de 4 de julio de 2007, la Comisión Europea anunció la adopción de una decisión por la que sancionaba a Telefónica como responsable de un abuso de posición de dominio, que consiste en la fijación de precios no equitativos en forma de estrechamiento de márgenes entre septiembre de 2001 y diciembre de 2006.

SEGUNDO.- La declaración del abuso se basa en la consideración de que los precios mayoristas de acceso indirecto, nacional y regional, aplicados a los operadores competidores, habrían impedido a éstos competir con la propia Telefónica en el mercado final en condiciones equitativas.

TERCERO.- Los citados precios mayoristas de acceso indirecto en el nivel regional han venido siendo objeto de control por parte de esta Comisión (a diferencia del régimen establecido en otros Estados miembros) desde el mismo comienzo de la prestación de los servicios minoristas por parte de Telefónica, julio de 2001, sobre la base de un sistema retail minus, cuyo objeto ha sido garantizar la replicabilidad



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de los productos minoristas de Telefónica, incentivando, al tiempo, la competencia basada en infraestructuras alternativas.

Los precios del acceso indirecto de ámbito nacional no han sido objeto de regulación por la Comisión hasta el 21 de diciembre de 2006, estando Telefónica obligada hasta ese momento a respetar los principios de transparencia y no discriminación en su suministro.

CUARTO.- En aplicación del régimen descrito en el Antecedente anterior, esta Comisión ha venido analizando el cumplimiento por Telefónica de las obligaciones impuestas, paralizando, en su caso, las ofertas que pudieran constituir vulneración de tales obligaciones, en un análisis ex ante, o modificando las variables del servicio mayorista en función de las necesidades del mercado y de los objetivos establecidos por el legislador comunitario.

QUINTO.- La Decisión de la Comisión Europea se pronuncia sobre la idoneidad y la eficacia de las medidas concretas de regulación ex ante aplicadas por la CMT

En atención a los mencionados hechos, es preciso realizar las siguientes

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Primera.- Habilitación competencial

La presente solicitud se formula al amparo de lo establecido en el art. 4.2.e) de la Orden de 9 de abril de 1997 por la que aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en cuya virtud:

“El Consejo ejerce todas las funciones atribuidas a la CMT por la legislación vigente.

Para el desarrollo de dichas funciones, el Consejo tendrá, entre otras, las siguientes atribuciones:

[...]

e) Acordar lo conveniente sobre el ejercicio de las acciones y recursos que correspondan a la CMT en defensa de sus intereses ante las Administraciones Públicas y Tribunales de Justicia de cualquier orden, grado o jurisdicción”



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Segunda.- Motivos del recurso.

A juicio de esta Comisión, la citada Decisión incurre en infracción del Derecho Comunitario, originario y derivado, por motivos tanto de fondo como de procedimiento. Se enuncian a continuación, con ánimo no exhaustivo, algunos de ellos.

I.- Vulneración de la obligación de cooperación entre la Comisión Europea y las ANR, de acuerdo con lo establecido en la Directiva Marco y las Directivas específicas.

El Considerando (37) de la Directiva Marco (Directiva 2002/21/CE, de 7 de marzo) establece la necesidad de cooperación de las Autoridades Nacionales de Reglamentación entre ellas y con la Comisión Europea *“de manera transparente, con objeto de velar por la aplicación coherente, en todos los Estados miembros de las disposiciones de la presente Directiva y de las Directivas específicas”*.

En consonancia con ello el art. 7.2 de la misma Directiva establece que *“las Autoridades Nacionales de Reglamentación contribuirán al desarrollo del mercado interior cooperando entre ellas y con la Comisión, de manera transparente, con objeto de velar por la aplicación coherente, en todos los Estados miembros, de las disposiciones de la presente Directiva y de las Directivas específicas. Con tal fin intentarán, en particular, alcanzar un acuerdo sobre los tipos de instrumentos y las soluciones más apropiadas para tratar situaciones particulares de mercado”*.

La propia Comisión Europea señala en las Directrices sobre análisis de mercado y designación de operadores con poder significativo de mercado (2002/C 165/03, de 11 de julio de 2002) que *“para evitar cualquier efecto adverso sobre el funcionamiento del mercado interior, las ANR deben garantizar una aplicación coherente de las disposiciones a que son aplicables estas directrices. Tal coherencia sólo se podrá lograr mediante una coordinación y colaboración estrechas con otras ANR, con las ANC y con la Comisión, tal y como establece la Directiva marco y recomienda la Sección 5.3 de las presentes directrices”. (Apdo. 23)*

Estas Directrices no son sino reiteración de los principios largamente aplicados por la propia Institución, que ya se recogían en la Comunicación sobre aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones (98/C 265/02, de 22 de agosto de 1998) en cuyos apartados 12 y 14 se prevé, para los casos de intervenciones de órganos y autoridades de regulación y/o competencia y la propia Comisión, la necesidad de evitar la duplicación de procedimientos, señalando además que las normas comunitarias de competencia no bastan para resolver la multitud de problemas de todo tipo que se



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

plantean en el sector de las telecomunicaciones, reconociendo a las ANR un ámbito de actuación más amplio en el desempeño de “una función importante y de gran trascendencia en la reglamentación del sector”.

Pues bien, en el procedimiento seguido por la Comisión Europea se han ignorado las previsiones anteriores, sin que haya sido requerida formalmente en ningún momento la cooperación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Por tanto, en la medida en que la Decisión adoptada se inscribe claramente en el ámbito de la interacción y relaciones entre la normativa sectorial y las normas horizontales de competencia, a juicio de esta Comisión se ha producido vulneración de los principios y preceptos transcritos, así como del principio de cooperación leal con las Administraciones nacionales que el Derecho originario y la Jurisprudencia comunitaria exigen a las Instituciones comunitarias, entre sí y con los Estados miembros (según la interpretación que del Artículo 10 del Tratado CE ha hecho el Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

II.- Infracción de las normas comunitarias que constituyen el marco jurídico de las comunicaciones electrónicas en la Unión Europea.

Y la infracción del deber de cooperación señalado en el apartado anterior tiene consecuencias especialmente graves en el presente caso, en el que sólo la aplicación coordinada de la normativa sectorial ex ante y de las normas del Derecho de la Competencia permiten abordar adecuadamente los problemas planteados en los mercados.

Las singularidades competitivas de los mercados de comunicaciones electrónicas requieren de un tratamiento que no puede garantizarse mediante la simple aplicación de las normas horizontales de competencia. Son mercados que todavía están evolucionando desde un régimen tradicional de monopolio, y en los que la relación entre la competencia en infraestructuras determina el grado de sostenibilidad en el medio y largo plazo de la competencia en servicios.

Por ello, el legislador comunitario ha optado por un marco jurídico sectorial específico (la regulación ex ante) que se asienta sobre la combinación de principios, objetivos y herramientas que difieren de los tradicionales del derecho de la competencia (intervención ex post). Véase a tal efecto el artículo 8 de la Directiva Marco (Directiva 2002/21/CE, de 7 de marzo) en sus apartados 1 y 2, y la Directiva de Acceso (Directiva 2002/19/CE, de 7 de marzo) en su Considerando 19 y en sus artículos 5.3 y 5.4 y 12.1.

En este sentido, la aplicación de la regulación sectorial que realicen las Autoridades Nacionales de Reglamentación debiera garantizar que el desarrollo de la competencia en servicios finales lo sea sin perjuicio del incentivo al desarrollo



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de infraestructuras, en la medida en que éstas resultan esenciales para asegurar una competencia sostenible en el medio y largo plazo. El Considerando 19 de la Directiva de Acceso señala que *“la imposición por parte de las Autoridades Nacionales de Reglamentación de conceder acceso a las infraestructuras, de la que se deriva un incremento de la competencia a corto plazo, no debe ser en detrimento del incentivo de los competidores a invertir en instalaciones alternativas que garantizarán una mayor competencia a largo plazo”*.

La consecución de dichos objetivos a través de las medidas adoptadas ex ante por las Autoridades Nacionales de Reglamentación, en el marco de las Directivas citadas, no puede quedar comprometida por la aplicación incondicionada, en los mismos mercados, de las normas e instrumentos que el derecho de la competencia provee, sin grave riesgo para la eficacia de dicha regulación ex ante.

En el caso objeto de la decisión analizada, esta interrelación aparece como pieza clave.

En efecto, la misma versa sobre conductas producidas en un mercado, el mayorista de acceso indirecto a la banda ancha, declarado por las normas comunitarias como susceptible de regulación ex ante e intervenido por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. La intensidad de la intervención en ese mercado y la clase de obligaciones apropiadas a los objetivos del marco comunitario, deben ser muy cuidadosamente valorados en cada momento de su desarrollo, por el impacto que tienen en la configuración final del mercado de infraestructuras y servicios de banda ancha.

Es preciso señalar las diferencias entre la Regulación sectorial ex ante y el Derecho de la Competencia ex post, que afectan a:

- a. Normativa de aplicación.
- b. Objetivos: la regulación sectorial tiene por objeto promover/incentivar la competencia de manera prospectiva en mercados en los que se ha declarado la insuficiencia de la normativa de competencia, mientras que ésta tiene por objeto evitar que se impida o restrinja dicha competencia en mercados básicamente competitivos.
- c. Instrumentos: por ello, la regulación sectorial permite y prevé instrumentos, como obligaciones de acceso a precios regulados, que están totalmente fuera del alcance de las Autoridades de Competencia.
- d. Autoridades de aplicación (Autoridades Nacionales de Competencia vs Autoridades Nacionales de Reglamentación).

En la medida en que la decisión de la Comisión afecta directamente al régimen de intervención ex ante acordado por la CMT (tanto en lo que se refiere al mecanismo de control de precios para el servicio de acceso indirecto regional como en la



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

decisión de no establecer medida alguna respecto de los precios de acceso indirecto nacional), se produce una colisión en los ámbitos de intervención de la regulación ex ante y la intervención ex post, colisión que sólo puede resolverse bien por la vía de la cooperación entre autoridades, bien por la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Y ello es aún más relevante en la medida en que se trata de un servicio, el de acceso indirecto mayorista, inexistente en muchos Estados Miembros, sin que la Comisión Europea haya considerado que ello sea determinante para el desarrollo competitivo de sus mercados.

Así, mientras que la CE no ha considerado necesario exigir la regulación, en todos los Estados Miembros, de un servicio de acceso indirecto -de hecho, esta figura no existe en muchos de ellos-, entendiendo suficiente la disponibilidad del servicio mayorista de acceso directo al bucle, en este caso, y por la vía de un procedimiento ex artículo 82, revisa, de facto, las condiciones regulatorias que la CMT, en el ejercicio de su potestad de apreciación, ha venido administrando desde 2001.

En este sentido, hay que señalar que la CE, en su función de “guardiana de los Tratados”, tiene encomendado el control de legalidad de las decisiones adoptadas por los Estados Miembros, pero se trata de una función que debe ejercer de acuerdo con los mecanismos que los propios Tratados le atribuyen. Consecuentemente, al pronunciarse sobre las medidas adoptadas por la CMT en su ámbito discrecional de decisión, y en el seno de un procedimiento exclusivamente seguido respecto de una persona jurídica privada, y en el ámbito del Artículo 82 del Tratado CE, la Comisión Europea habría actuado total y absolutamente al margen del procedimiento establecido.

Tercera.- Acción a ejercitar.

De acuerdo con lo expuesto, esta Comisión entiende que la decisión adoptada por la Comisión Europea infringe el Derecho Comunitario, y por tanto, es susceptible del recurso de anulación previsto en el artículo 230 del TCE, de acuerdo con el cual:

“El Tribunal de Justicia controlará la legalidad de los actos [...] de la Comisión [...] que no sean recomendaciones o dictámenes [...].”

A tal fin, será competente para pronunciarse sobre los recursos por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del presente Tratado o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder, interpuestos por un Estado Miembro, el Consejo o la Comisión.”



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este punto, es preciso señalar que el interés de la CMT en la interposición del recurso responde estrictamente a la defensa de la legalidad comunitaria, en salvaguarda de las potestades, objetivos y principios de intervención propios de la regulación sectorial ex ante, trascendiendo las consecuencias que la decisión haya tenido para los intereses privados del operador afectado, que de ninguna manera son asumibles por esta Comisión.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

SOLICITA

ÚNICO.- La interposición por el Reino de España y ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea del recurso de anulación previsto en el art. 230 del Tratado CE contra la decisión de la Comisión Europea dictada el 4 de julio de 2007, en el expediente COMP/38.784, en el caso “Wanadoo España contra Telefónica”.

Esta Comisión queda a su entera disposición a los efectos de colaborar en la formulación y preparación del recurso, en su caso.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera