

LAS OBLIGACIONES DE NO DISCRIMINACIÓN EN LOS MERCADOS EMERGENTES DE TELECOMUNICACIONES: UNA APROXIMACIÓN A LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA

Iván Santos Esteras *
Maite Vizcarra Alarcón **

A la luz del nuevo marco regulatorio europeo y bajo la premisa de que la competencia no es un fin en sí mismo, sino un medio para lograr una mayor penetración de los servicios, mejores precios, más inversión e innovación; los autores efectúan una interesante reflexión en torno a las obligaciones de no discriminación en los mercados emergentes de telecomunicaciones.

* Especialista en Telecomunicaciones. Master en Economía por el London School of Economics. Economista Principal de la Dirección de Ofertas en el Mercado de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de España-CMT.

** Especialista en Telecomunicaciones. Master en Economía por la Universidad de Barcelona. Jefe de Asuntos Legales y Regulatorios de Telefónica Multimedia S.A.C.

I. INTRODUCCIÓN

El sector de las telecomunicaciones está inmerso en un proceso de constante cambio, ya sea consecuencia de los rápidos avances tecnológicos o por la cada vez mayor creciente competencia, lo cual se traduce en la aparición de nuevas oportunidades tanto para los consumidores como para los proveedores. En una dinámica como la que hemos descrito, la regulación juega un importante papel en su correcto desarrollo.

Desde una perspectiva comparada, hasta el momento las políticas regulatorias se han centrado en la gestión de la transición de un mercado maduro, dominado por un operador establecido, a uno en competencia efectiva el cual demanda una perspectiva coherente y eficaz en entornos de rápida evolución.

Una vez superado un primer estadio de liberalización, las políticas necesitarán adaptarse a mercados muy volátiles e incorporar un nuevo enfoque en su intervención en función de un análisis dinámico de la competencia. Bajo esta nueva perspectiva no deberían valorarse tanto los elementos estructurales del propio mercado, como sí los incentivos existentes entre los agentes participantes en el mismo; de modo que se evite penalizar a los agentes innovadores que pueden llegar a alcanzar en determinados momentos posiciones aventajadas, al tiempo que se favorece una intervención más consistente en el largo plazo.

Las políticas regulatorias han tratado por todos los medios de evitar que cualquier agente alcance una posición destacada frente a sus competidores argumentando la búsqueda de la competencia efectiva, dejando a un lado un análisis detallado de las circunstancias que llevaban a determinados agentes a alcanzar esta posición. Esta perspectiva imperante, que podemos denominar estructural, prejuzga los mercados analizados y trata de proteger a los nuevos entrantes penalizando de manera sistemática al operador que asume el riesgo, prote-

giendo de esta manera más la imitación que la propia innovación.

Una perspectiva dinámica por el contrario, entiende y analiza el mercado en el largo plazo e incorpora en su análisis los incentivos y comportamientos estratégicos que se producen en él.

Los nuevos entornos tecnológicos y la innegable convergencia de servicios en las telecomunicaciones están propiciando el desarrollo de los llamados "mercados emergentes", los que necesitan de una óptica dinámica para que los beneficios de consumidores y productores no se erosionen en el corto plazo. Los procesos de innovación y estos mercados requieren de grandes esfuerzos que permitan la recuperación de las inversiones intensivas que los caracterizan; ya que de otra manera, si el agente que toma la iniciativa ve mermada su capacidad de recuperación de todo el valor añadido generado por su acción innovadora, a la larga podría optar por dejar de llevar a cabo nuevos procesos.

En ese entendido, los Estados Miembros de la Comunidad Europea han apostado por el desarrollo de una nueva política regulatoria¹ que persigue la implementación de un mecanismo de análisis capaz de adaptarse a un sector dinámico y convergente como es el que incluirá a los mencionados mercados. Dentro de esta nueva política, se ha dedicado una especial atención a situaciones, tales como el acceso a recursos y redes, que en los hechos suelen estar relacionadas con prácticas comerciales asimilables a tratamientos diferenciados.

En las siguientes páginas se pretende analizar la conveniencia o no de imponer obligaciones de no discriminación² a los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas³ que deban prestar acceso a redes y recursos asociados de acuerdo con la Directiva de Acceso⁴ y el nuevo marco regulador europeo. Asimismo, se analizarán los efectos que estas obligaciones pueden generar en entornos ajenos a servicios y mercados maduros en telecomunicaciones.

¹ El nuevo marco regulatorio europeo de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, se despliega en cuatro principales textos legales, es decir, la Directiva Marco y tres Directivas específicas que se aprobaron el 24 de abril de 2002. Estas son:

- Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.
- Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados.
- Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las autorizaciones de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.
- Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al Servicio Universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

² Las obligaciones objeto de estudio, se refieren únicamente a aquellas que afectan a las relaciones entre operadores, es decir, a las relaciones a nivel mayorista. Ello supone que en el presente estudio no se aborden problemas relacionados con la discriminación que pueda realizar un operador entre clientes finales, obligaciones que encuentran su marco lógico en el desarrollo de la Directiva de Servicio Universal y de la protección de los usuarios.

³ El nuevo marco regulatorio también asume la existencia de una convergencia tecnológica y de sectores que supera al de las telecomunicaciones propiamente y en particular el de la telefonía, por lo que su ámbito de aplicación no se limita a éste sino que se extiende a los servicios telemáticos, multimedia y de la Sociedad de la Información (fundamentalmente el correo interpersonal o *e-mail* y la telefonía vocal); por lo que se habla de comunicaciones electrónicas y ya no más de telecomunicaciones.

⁴ La Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva de Acceso), relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, en su artículo 1, declara que su intención es establecer un marco regulador para las relaciones entre los suministradores de redes y servicios que sea compatible con los principios del mercado interior, que haga posible el mantenimiento de la competencia sostenible, garantice la interoperabilidad de los servicios y redunde en beneficio de los usuarios.

II. DE LOS MERCADOS EMERGENTES

La situación actual de las telecomunicaciones se caracteriza por la creciente necesidad de transmitir grandes volúmenes de datos y que además se produce desde la convergencia de sectores y de servicios. Este paradigma se resume en la distinción clara de lo que ha venido siendo el negocio tradicional (básicamente comunicaciones vocales), cuyo grado de madurez es muy alto, y lo que son los nuevos modelos de negocio asociados al desarrollo de la Sociedad y Tecnologías de la Información que, por su carácter emergente, requieren aún generar la demanda que permita asegurar el retorno de las inversiones.

En la base de estos nuevos negocios se encuentran indudablemente, ejemplos como la Banda Ancha⁵, y todas las tecnologías de acceso alternativas (tales como el Power Line Communications⁶ o PLC, el Cable-módem, entre otros). Estos nuevos servicios pueden enmarcarse dentro de lo que ha venido a denominarse como mercados emergentes⁷, para denotar aquellos que se encuentran en las primeras etapas de su ciclo de vida (fase de introducción y/o primera etapa de la fase de crecimiento), que cuentan con una cadena de valor ampliada (en la que aparecen nuevos agentes), en los que la mayoría de servicios y aplicaciones que se soporten están todavía por desarrollarse y en los que es necesario un alto nivel de innovación tecnológica.

En estos mercados, el operador que introduce el producto tiene, inicialmente, el cien por ciento del mercado (o enfrenta competencia incipiente) y la oferta se reduce a un producto (o servicio) básico. Al mismo

tiempo, este primer oferente asume los mayores riesgos del negocio porque la existencia de demanda para el producto no está garantizada en el mediano plazo. Por ello, un mercado emergente se caracteriza por incertidumbre y por la necesidad de realizar grandes inversiones para introducir el producto al mercado y generar la demanda suficiente en busca de la escala eficiente de producción⁸, como ya se indicó.

A diferencia de los negocios tradicionales, que se desarrollaron en régimen de monopolio, bajo el cual se financió el despliegue universal de las redes sobre las que se soportaron, los mercados emergentes desarrollan negocios en situación de competencia. Esto explica por qué cuando los servicios tradicionales se abrieron a la competencia, los nuevos entrantes se encontraron en una posición desventajosa dada la necesidad de invertir en la construcción de redes nuevas para captar clientes, por lo que en muchos casos la red constituía un costo hundido para aquellos. Esta situación justificaba que los operadores establecidos estuvieran obligados a brindar a sus competidores, acceso (transitorio) a sus redes para reducir barreras de entrada al mercado. En los mercados emergentes, la situación de competencia facilitará que en las áreas geográficas donde los competidores decidan invertir en red la concurrencia entre las plataformas no sea muy distinta de la que hoy se da entre los operadores de telefonía móvil.

En el análisis de los problemas de competencia que se presenten en estos mercados, tales como los casos de discriminación o trato diferenciado, será importante distinguir entre servicios nuevos (o innovadores) y servicios emergentes. Estos últimos se desarrollan en

⁵ La expresión "ancho de banda" proviene de las comunicaciones inalámbricas. El espectro radioeléctrico está dividido tradicionalmente en "bandas" y "canales" de radiofrecuencias. Cuando se concede a un operador el derecho a usar en exclusiva determinadas frecuencias, este derecho se define como una parte de las frecuencias disponibles en una banda determinada (por ejemplo, la de los 900 megahercios utilizada en la telefonía móvil GSM en Europa) de tal forma que, a mayor amplitud de las frecuencias concedidas, mayor "ancho de banda" y mayor capacidad de transmisión. De ahí la idea, generalizada a todas las telecomunicaciones, de que las conexiones de gran capacidad tienen el equivalente a un "gran ancho de banda" o simplemente son de "banda ancha" (*broadband*); por el contrario las de menor capacidad tienen poco "ancho de banda equivalente" o, lo que es lo mismo, son "de banda estrecha" (*narrowband*). Para más detalle consultar: PÉREZ MARTÍNEZ, Jorge (Coordinador). "GRETTEL 2002, Nuevo diseño Europeo de las Telecomunicaciones, el Audiovisual e Internet". Madrid, Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicaciones, 2002. p. 911.

⁶ En términos simples, esta tecnología permite replicar una red de telecomunicaciones yuxtapuesta a la red eléctrica, por lo que propicia una mutación funcional de ésta última sin alteración funcional de ninguna de las redes implicadas; convirtiéndose en una alternativa para la prestación de los servicios de telecomunicaciones que terminen en la propia casa de los abonados o usuarios (bucle local de abonado).

⁷ No existe una definición oficial, aún, de mercados emergentes, pero es posible intentar una sobre la base de las características que se predicen de ellos.

⁸ Aunque todas las redes de telecomunicaciones son negocios muy intensivos en capital que requieren fuertes inversiones, hay que destacar que al menos en los países desarrollados las redes telefónicas tienen ya penetración universal, mientras que las redes o infraestructura para los servicios emergentes no existían hace unos pocos años, y aún hoy están en las fases iniciales de su despliegue. Dicho en otras palabras, las operadoras de voz fija ya han desembolsado el importe de las inversiones necesarias para el despliegue total de sus redes, por lo que la decisión de invertir es ya irreversible y la amortización de las redes se ha convertido en un costo hundido. En cambio, las inversiones en servicios emergentes deben todavía realizarse en su mayor parte, por lo que el gestor de una empresa operadora debe interrogarse caso por caso si merece la pena acometer dicho desembolso. Estas diferencias en el análisis de la inversión se combinan con los muy diferentes objetivos estratégicos de los operadores en ambos tipos de mercados. La voz fija es un mercado maduro, e incluso en declive en muchas zonas, mientras que los servicios emergentes, como por ejemplo la Banda Ancha, reportan fuertes crecimientos anuales de usuarios, tráfico e ingresos. La única forma posible de crecimiento de ingresos en los mercados maduros es ganar una cuota de mercado arrebatando clientes a los competidores, que es el argumento con que los reguladores justifican su énfasis en relacionar el grado de rivalidad competitiva con la evolución de las cuotas de mercado. En un mercado emergente, sin embargo, el objetivo primordial de los operadores es crecer captando nuevos clientes, porque suele ser más fácil y barato que arrebatárselos a los competidores. La estrategia financiera también es muy distinta: los operadores de mercados maduros se concentran en maximizar el flujo de caja que obtienen de sus operaciones, mientras que para un operador en un mercado emergente la prioridad es financiar de modo equilibrado los consumos de caja de la fase inicial de lanzamiento. Como consecuencia, el énfasis de las operaciones es radicalmente distinto: un operador maduro buscará optimizar sus costos unitarios, aumentando su eficiencia por todos los medios, mientras que un operador emergente debe ser capaz de crecer lo más rápidamente posible y desplegando sus redes y su organización al máximo ritmo que soporte el crecimiento de la demanda y, en cualquier caso, antes que la competencia.

mercados emergentes y ello implica que no deben haber estado presentes en ninguno de los mercados previamente existentes. De allí que la dimensión geográfica, sea una variable de análisis importante a considerar en el análisis de competencia respectivo, pues un servicio que es maduro en una región (o país) podría ser emergente en otra.

Los problemas de competencia que se desarrollen en estos mercados, también surgirán, probablemente, cuando el primer operador en aparecer o establecerse, sea el propietario de una infraestructura básica para la prestación del servicio (o bien) emergente, la que además, no sea fácil de replicar. Considerando que estos mercados requieren de una mínima intervención externa que determine las reglas de juego, la aplicación de un análisis con esta orientación podría interpretarse *prima facie* como promotora de situaciones de poder en el mercado (PSM en adelante). Sin embargo, lo recomendable sería, aún ante esa interpretación, ir por un *minimally regulated environment*, pues las condiciones propias de los entornos emergentes tenderán a disciplinar la plaza constantemente, sin necesidad de una intervención *ex ante*⁹.

Desde otra perspectiva, los problemas de competencia en mercados emergentes podrían estar causados por un problema de competencia en un mercado maduro "aguas arriba", en tal caso la intervención regulatoria debería ocurrir en ése mercado y no en el emergente. Aun así, si fuera el caso que el mercado emergente requiere del desarrollo de infraestructura propia, no existe posibilidad de resolver el problema de competencia a partir de imponer restricciones regulatorias en el mercado maduro "aguas arriba".

Todas estas consideraciones suponen, la aplicación de una regulación apropiada que responda a las exigencias de crecimiento de nuevos servicios dentro de la evolución que las telecomunicaciones están experimentando actualmente, lo que implica una revisión de los principios ya conocidos. Esta es la motivación que se encuentra detrás de la reciente reforma regulatoria europea, en donde las obligaciones de no discriminación¹⁰ constituyen una variable relevante.

III. DE LA DISCRIMINACIÓN

Se entiende por discriminación en el acceso la aplicación de condiciones desiguales a circunstancias semejantes. Esta aplicación de condiciones desiguales puede referirse tanto a precios como a otras condiciones de prestación del servicio o al hecho de no prestar a los competidores un servicio que sí se presta a otros y especialmente a sí mismo¹¹.

Es importante destacar que esta definición implica, en primer lugar, que no se considera discriminación la aplicación de condiciones desiguales a circunstancias que no son semejantes. Asimismo como se explicará más adelante, no toda discriminación en el acceso, entendida como trato desigual a situaciones equivalentes, constituye necesariamente una práctica perniciosa dado que pueden haber razones de eficiencia económica u otras objetivas que la justifiquen.

Es decir, para que esté prohibida por el derecho de la competencia, la discriminación ha de ser injustificada y ha de tener un impacto contrario a la libre competencia.

La actual Ley General de Telecomunicaciones española así lo entiende, por lo que su artículo 13 sugiere la posibilidad de prohibir *ex ante* la discriminación en situaciones en las cuales el proveedor de acceso a nivel mayorista tiene poder de mercado (individual o colectivamente) y compite en el mercado minorista junto con los demandantes de acceso, por sí mismo o por medio de una empresa que forma parte de la misma unidad económica¹².

Dado que, en definitiva las prácticas comerciales caracterizadas por establecer tratamientos diferenciados tienen un sustrato económico, a continuación se explicarán las razones por las que tradicionalmente la teoría económica predice por qué estas son perjudiciales para el bienestar social; asimismo, se analizará el impacto de estas predicciones en los mercados emergentes.

1. Discriminación en teoría económica

Desde el punto de vista económico se entiende por discriminación cualquier diferenciación en precios que

⁹ Cuando se analizan las tendencias regulatorias respecto a estos mercados, conviene recordar que la competencia no es un fin en sí mismo, sino un medio para lograr mayor penetración de los servicios, mejores precios, más inversión y más innovación. Los servicios emergentes se encuentran en fase de desarrollo, y parece lógico que la regulación se concentre en fomentar el despliegue de infraestructuras y modelos de negocio sin preocuparse demasiado por el reparto de cuotas de mercado en un momento dado. Al fin y al cabo, los operadores buscarán "competir por el mercado" antes que "competir en el mercado".

¹⁰ En el nuevo marco regulador, como explican los considerandos 12 y 14 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas; de lo que se trata es de revisar estas obligaciones en función del grado de competencia existente en los mercados y mantener únicamente aquellas necesarias para el funcionamiento del mercado cuando la sola aplicación del derecho de la competencia se revele insuficiente.

¹¹ El artículo 10 de la Directiva de Acceso define "no discriminación" en los siguientes términos: "(que) el operador aplique condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a otras empresas que presten servicios equivalentes y proporcione a terceros, servicios e información de la misma calidad que los que proporcione para sus propios servicios o los de sus filiales o asociados y en las mismas condiciones".

¹² Existe una tendencia jurisprudencial en el derecho de la competencia comunitario a imputar en la sociedad matriz, el comportamiento abusivo de una filial cuando se actúa como unidad económica. Entre otras la Sentencia del TPI del 1 de abril de 1993, BPB Industries plc y British Gypsum contra Comisión.

un oferente realice entre los consumidores de un mercado. Por tanto, la teoría económica define discriminación de una forma más amplia que el derecho de la competencia y la regulación sectorial que reducen la discriminación a las diferenciaciones en precios que no tengan una justificación objetiva y tenga efectos anticompetitivos. Ahora bien, también cabe decir que desde el punto de vista económico, la diferenciación no es sinónimo de un mercado monopolístico sino que puede deberse a multitud de factores, entre ellos la estructura del mercado, y no siempre es anticompetitiva.

La teoría económica predice que la discriminación en precios (cuando no se basa en diferencias en los costos) es negativa porque aleja el resultado del mercado del paradigma competitivo. En un mercado perfectamente competitivo¹³, el resultado esperado es que el precio de un bien sea igual al costo marginal de su producción. Esta solución es óptima porque no hay ningún consumidor que valore más el bien que el costo de producirlo y que no consuma. Y por otra parte, consumidores que valoran el bien en menor medida que el costo de producirlo no lo consumen.

Dicho lo anterior, es claro que la discriminación de precios implica una distorsión en el mercado dado que incrementa el precio para algunos consumidores sin que se produzca un incremento del costo de producir ese bien. Ahora bien, los resultados anteriores cambian sensiblemente cuando las premisas del modelo cambian. A continuación se analizan dos cambios en este sentido: la presencia de costos fijos en la industria y el poder de mercado desde el lado de la oferta.

Presencia de costos fijos en la industria

El principal problema práctico al que se enfrenta la aplicación del modelo competitivo es que, en general, las industrias enfrentan costos fijos para la producción de los bienes del mercado. Bajo estas circunstancias, en el corto plazo, el precio igual al costo marginal implicaría la pérdida de los costos fijos (área A del gráfico). Por tanto, la solución competitiva no es viable en este escenario.

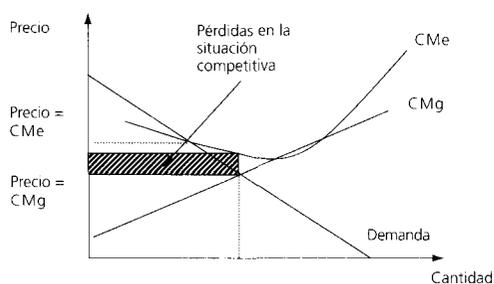


Gráfico. Modelo competitivo en presencia de costos fijos.

En presencia de costos fijos, los oferentes del mercado deben imponer precios superiores a los costos marginales dado que en otro caso, no tendrían incentivos a proveer el servicio. Por tanto, para la aplicación de los preceptos del derecho de la competencia, debe tenerse en cuenta que no todas las divergencias del precio con respecto al costo marginal son sinónimo de abuso de poder de mercado. En particular, la discriminación en función de las diferencias de demanda puede ser óptima a la hora de repartir la carga de los costos fijos entre los consumidores.

Un ejemplo claro de este tipo de prácticas es la diferenciación de precios en los horarios pico y valle en los servicios de telecomunicaciones. En general, durante el horario comercial, el tráfico es cursado en su mayor parte por los clientes empresariales. La demanda de estos es más inelástica dado que no pueden elegir el momento en que cursan dicho tráfico. Esta inelasticidad de la demanda hace que sea más eficiente imponer precios más altos durante este periodo que en el horario valle, cuyos clientes, en general residenciales, tienen una sensibilidad al precio mayor.

Poder de mercado en el lado de la oferta: monopolio

El análisis del caso extremo del monopolista tiene interés dado que aporta los principios sobre cuándo la discriminación es socialmente más eficiente que los precios uniformes. El monopolista maximiza sus beneficios consciente de que su decisión sobre la cantidad afecta al precio final en el mercado. En estas condiciones, restringirá la cantidad producida para incrementar los precios hasta el punto de hacer máximos los beneficios. Es claro que el nivel de precios divergirá sensiblemente del costo marginal y, por tanto, consumidores que valoran más el bien que el costo de producirlo no acabarán consumiendo.

Ahora bien, si el monopolista fuera capaz de discriminar precios en función de factores fácilmente observables y en ausencia de reventa, podría disminuir sus precios de forma selectiva de forma rentable para él. Bajo esta premisa, la teoría económica identifica tres formas de discriminación básicas:

- Discriminación de primer grado. En este caso, el monopolista es capaz de cargar precios diferentes a cada consumidor individual. De esta forma, aunque a un precio mayor, la cantidad comerciada es igual a la cantidad de la solución competitiva¹⁴.

¹³ En el que se cumplen las hipótesis de ausencia de poder de mercado en la oferta, información perfecta de los consumidores, rendimientos decrecientes de escala (ausencia de costos fijos) y preferencias homogéneas.

¹⁴ Ejemplos de este tipo de discriminación suelen encontrarse en el contexto de la negociación bilateral, donde el oferente decide, en función de la reacción del consumidor, el precio final.

- Discriminación de segundo grado. El monopolista decide precios diferentes en función de la cantidad consumida. Este caso es típico y suele implicar descuentos por volumen.
- Discriminación de tercer grado. En este caso el precio es fijado en función del tipo de consumidor. El monopolista decide un rasgo del consumidor que esté correlacionado con su demanda y decide el precio de venta, igual para todos los componentes de ese grupo¹⁵.

Las anteriores prácticas serán socialmente más eficientes si consiguen aumentar el número de unidades comerciadas. Por tanto, este principio también debe ser tenido en consideración a la hora de prohibir de forma general las prácticas discriminatorias, incluso si son practicadas por un oferente con PSM.

A. Discriminación en un entorno de competencia efectiva

Una vez que se han considerado los efectos de la discriminación monopolística, es relevante analizar la discriminación en un entorno más o menos competitivo. A este respecto es necesario hacer algunas puntualizaciones generales, propias del contexto español, pero extensivas a otros.

En principio, las prácticas discriminatorias llevadas a cabo por una empresa no dominante estarían fuera de las prácticas abusivas penadas por el artículo 82 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea¹⁶. Sin embargo, la regulación sectorial de las telecomunicaciones vigente en España, permite imponer obligaciones generales a los operadores, tengan o no tengan PSM. Estas obligaciones de no discriminación no habrán de imponerse con carácter general en mercados en competencia imperfecta¹⁷ a los operadores no dominantes puesto que existen razones de eficiencia económica que pueden justificar la discriminación, y la hacen compatible con un mercado en competencia efectiva.

Como ya se indicó, empresas productoras de diferentes bienes que enfrentan costos fijos requieren de la discriminación para determinar los precios de cada uno

de los bienes que producen, así como distribuir los costos fijos. En este contexto, la teoría económica previene de obligaciones que reduzcan la libertad de las empresas para decidir el precio del producto, dado que son menos eficientes.

Por tanto y en general, cuando el mercado está en un contexto de competencia efectiva, existen razones de peso para concluir que la discriminación no es ineficiente. Así, la competencia probablemente hará que la discriminación se base en diferencias de costos: la discriminación en precios es factible en mercados en competencia efectiva y, en este caso, en general es pro competitiva.

B. Discriminación con mercados conexos

Líneas arriba, se analizó el comportamiento de una empresa dominante en el mercado en el que ostentaba esa posición. Ahora bien, la política de la competencia también previene de las conductas de estas empresas en mercados en los que no tienen esta posición.

Existe un consenso general en que las empresas dominantes tienen la capacidad y los incentivos para ejercer su poder de mercado en las plazas que dominan. Ahora bien, este hecho no es tan claro en el supuesto de mercados conexos, dado que la presencia en estos puede deberse a la simple complejidad de la actividad y a la multitud de interacciones que tienen las empresas modernas en el despliegue de sus diferentes actividades. Siendo que sobre este supuesto no existen posiciones pacíficas, conviene observar algunas consideraciones en el análisis.

En primer lugar, es relevante describir qué se entiende por mercado conexo. El gráfico siguiente muestra, de forma esquemática, el tipo de situaciones que se pretende analizar.

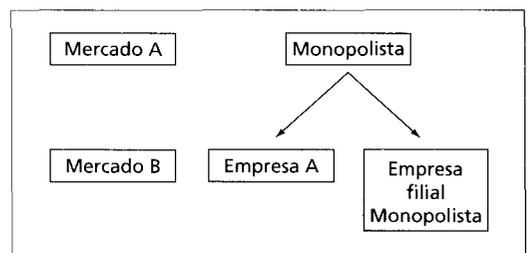


Gráfico. Esquema mercados conexos

¹⁵ Ejemplos clásicos de este tipo de discriminación son los descuentos a los menores de edad, cuya elasticidad de la demanda es mucho mayor que la del resto de consumidores, con mayor renta.

¹⁶ "Artículo 82: Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

a) Imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;

b) Limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;

c) Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

d) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos."

¹⁷ Se entiende como mercados en competencia imperfecta aquellos que no cumplen las hipótesis del modelo de competencia perfecta (ver nota 13).

El modelo que se examinará cuenta con dos mercados, A y B. El mercado B, que enfrenta competencia, requiere del producto vendido en el mercado A para su producción. En el mercado A existe una empresa con poder de mercado que está también presente en el mercado B¹⁸.

Dado el modelo anterior, el monopolista del mercado A debe decidir sobre dos cuestiones principales que llevarán a dos situaciones diferentes en el mercado. En primer lugar, debe decidir si estar activo en el mercado B. En segundo lugar, debe decidir si comercializa conjuntamente el producto A y B, o bien si los debe vender por separado para que los consumidores finales los integren. Las anteriores decisiones llevan a los resultados de mercado reflejados por la tabla siguiente:

	Activo en mercado B	No activo en mercado B
Oferta integrada (A+B).	Bienes empaquetados y producción integrada.	Bienes empaquetados y producción subcontratada.
Oferta no integrada (A+B).	Bienes vendidos separadamente.	Únicamente vende bien A.

La decisión que tome la empresa monopolista en el mercado A será función de diferentes factores económicos de producción y mercado. En general, el monopolista tendrá en cuenta si mediante la producción integrada se obtienen economías de escala y de especialización y se producen ahorros en costos¹⁹. Asimismo, si son necesarios conocimientos específicos (*know how*) para la provisión del bien B y que son costosos de adquirir, el monopolista puede optar por la subcontratación de esta provisión. Finalmente, si no hay una demanda diferenciada para la oferta integrada por parte de los consumidores finales, la decisión del monopolista puede encaminarse a la comercialización individualizada de los bienes.

De todo lo anterior, debe concluirse que la empresa dominante en un mercado minorista, en determinadas circunstancias, puede tomar la decisión de estar activa en los mercados conexos no con el fin de trasladar su poder de mercado sino para conseguir una producción más eficiente tanto del bien A como del B.

Ahora bien, también es posible que la presencia de una empresa con posición de dominio en el

mercado de un *input* esencial para la producción de un determinado bien y en el minorista de dicho bien tenga incentivos trasladar dicho poder de mercado mediante prácticas contrarias a la competencia.

Así, el monopolista tendrá incentivos a extender su dominancia desde el mercado intermedio al minorista cuando:

- La empresa dominante puede impedir la entrada de competidores en el mercado minorista.
- La empresa dominante impide la entrada en el mercado minorista porque la competencia en dicho segmento minorista facilita la entrada en el mercado intermedio.

Discriminación para impedir la entrada en el mercado minorista

En un modelo como el descrito anteriormente, en el que existe una empresa dominante en la provisión de un bien intermedio A y que enfrenta competencia potencial en el mercado B, que a su vez requiere del bien A para su producción, la discriminación puede ser utilizada por la empresa dominante para desincentivar la entrada en el mercado B y trasladar así su posición.

Así, supongamos que la disponibilidad máxima a pagar por el consumidor es 6 para el producto B. Por otra parte, los costos de producción de los bienes A y B ascienden a 2. Supongamos la situación de partida en la que los precios de A y B son iguales a 3. En este escenario es evidente que la empresa dominante puede detener la entrada de los competidores potenciales en B mediante prácticas discriminatorias que hagan no rentable la producción de únicamente el bien B. Por ejemplo, si el monopolista ofreciera de forma integrada A y B a un precio igual a 4,5 no sería rentable entrar en el mercado minorista B²⁰.

¹⁸ Puede comprobarse que esta situación es bastante común en los casos de abuso de posición dominante (entre otros Decisión de la Comisión Europea Sea Containers vs. Stenalink del 21 de diciembre de 1993, Sentencia del TJCE de 1981 IBM c. Comisión, STJCE del 5 de abril de 1995 Magill, STPI del 6 de octubre de 1994, Tetra Pack International S.A. contra Comisión de las Comunidades Europeas, confirmada por la STJCE del 14 de noviembre de 1996 Tetra Pak, STJCE Oscar Bronner del 26 de noviembre de 1998). Asimismo, esta situación es bastante común en los mercados de telecomunicaciones, para los que el mercado A puede corresponderse, entre otros, al bucle del abonado, mientras que el mercado B podría asimilarse al mercado telefónico fijo.

¹⁹ Estos costos deben ser entendidos en sentido amplio y no únicamente monetario. Una de las fuentes más importantes de ahorro en costos viene derivada del uso de la información. Así, la demanda del bien A del monopolista es función del precio del bien B.

²⁰ En este escenario, los beneficios de la empresa dominante ascenderían a $4,5 - 2 - 2 = 0,5$; por otra parte, los beneficios de un competidor potencial en B que quisiera emular el citado paquete sería $4,5 - 3 - 2 = -0,5$.

Finalmente, cabe decir que la anterior estrategia sería beneficiosa para la empresa dominante si consigue incrementar la cantidad vendida, esto es, incrementar su cuota en B, dado que el margen por unidad ha disminuido desde 2 a 0,5.

Discriminación para proteger la posición en el mercado mayorista

La anterior situación implicaba que la empresa dominante pretendía extender su posición a los mercados conexos al que domina. Ahora bien, también es posible encontrar situaciones en las que, la empresa dominante pretenda mantener su posición en el mercado mayorista. Si la entrada de un competidor en el mercado B permite que, con el tiempo, este competidor entre también en el mercado A, la empresa dominante en A puede pretender eliminar la competencia en B para eliminar las amenazas sobre su posición en el futuro.

De las anteriores consideraciones, debe concluirse que la discriminación no es *per se* contraria al beneficio de los consumidores sino que puede ser beneficiosa si se consigue incrementar la cantidad de producto vendido. Ahora bien, el anterior análisis cambia sensiblemente cuando el modelo de análisis se complica para introducir mercados con dos eslabones, en los que un bien se utiliza como bien intermedio en la provisión de uno final. En este contexto, una empresa dominante en el mercado mayorista puede tener incentivos a extender su posición al mercado minorista para apropiarse de todas las rentas en dicho mercado o bien para proteger su posición mayorista.

IV. DEFINICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN MERCADOS EMERGENTES: LA DIRECTIVA DE ACCESO Y LA NUEVA LEY GENERAL DE TELECOMUNICACIONES

A diferencia del antiguo marco, los cambios establecidos en el nuevo marco regulador europeo (transpuestos en la nueva Ley General de Telecomunicaciones española) establecen que la obligación de no discriminación en las condiciones de acceso no se predica, salvo excepciones que las Autoridades Nacionales de Regulación (en adelante ANRs) deberán determinar, respecto de todos los operadores con carácter general sino únicamente de aquellos que tienen PSM²¹. Esto

supone una visión más acorde con la necesidad de asegurar el desarrollo de mercados emergentes sobre la base de la libre concurrencia. Estas obligaciones de no discriminación se dicen dirigidas a garantizar, “en particular que el operador aplique condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a otros operadores que presten servicios equivalentes y proporcione a terceros servicios e información de la misma calidad que los que proporcione para sus propios servicios o los de sus filiales o asociados, y en las mismas condiciones”. Esta redacción recoge literalmente la definición del artículo 10 de la Directiva de Acceso.

En el considerando 17 de la Directiva de Acceso se explica que el principio de no discriminación garantiza que las empresas con PSM no falseen la competencia, en particular cuando se trata de empresas integradas verticalmente que prestan servicios a empresas con las que compiten en mercados descendentes. Si bien el considerando 14 establece que sólo a título excepcional puede resultar oportuna la imposición de obligaciones de acceso o interconexión a todos los agentes del mercado.

No obstante ello, hay que matizar que no se aplica automáticamente a todos los operadores declarados con PSM, sino sólo en aquellos casos en que esta discriminación fuera contraria a la competencia y, además, cuando los remedios del derecho de la competencia no fuesen suficientes para evitar estos efectos anticompetitivos.

Es en estos casos cuando deben imponerse condiciones de no discriminación *ex ante*, sin perjuicio de su consideración como conducta abusiva en el caso por caso si es que no se ha impuesto expresamente la obligación en el marco.

1. Cuestiones que plantea la aplicación del principio de no discriminación en el nuevo marco

El nuevo marco plantea una aplicación más flexible de la obligación de no discriminación que entendemos se debe aplicar únicamente allí donde la discriminación pueda tener efectos anticompetitivos y no, en todos los casos. Es decir, a la hora de valorar la imposición de tales obligaciones habrá que estar al remedio que a largo plazo resulte más pro competitivo.

²¹ Es importante destacar que por operador con poder significativo de mercado (PSM) se entiende aquél que sería dominante a efectos del derecho de la competencia y reglas *ex post*, lo que implica un cambio importante respecto del marco actual que determina *ex ante* tal condición en función a un determinado porcentaje de ingresos de cuota de mercado (mayor a 25%). Este cambio en la determinación de PSM, se condice con un análisis dinámico de competencia, en el que características estructurales del mercado como el grado de concentración, dejan de ser determinantes, más aún dentro de contextos emergentes en los que las posiciones de dominio, dejan de ser permanentes o estables al soportar constantes amenazas vía innovación y nuevos estándares. Al existir un alto grado de vulnerabilidad (“*tipping*”) en estos mercados, los criterios para la determinación de la existencia de PSM necesariamente se alejarán de parámetros como cuotas de mercado, adquiriendo así mayor relevancia otros factores como la competencia potencial o la innovación que puede producir un rival. En consecuencia, en estos mercados se cuestiona el tratamiento tradicional que el derecho de la competencia ha realizado tanto de las posiciones de dominio como de eventuales conductas abusivas de las empresas que disfrutaban de tal posición. Esto ha llevado a algunos autores a concluir que en estos mercados tecnológicos se deban evitar las prohibiciones “*per se*”, analizando todas las conductas en función de posibles daños a los consumidores.

La aplicación del principio de no discriminación en las condiciones de acceso para operadores sin peso significativo en el mercado

En principio, la discriminación que se ejerce sin poder de mercado no tiene efectos anticompetitivos o es pro competitiva. De ahí, que la imposición de obligaciones de no discriminación sólo será necesaria cuando los operadores estén controlando un elemento esencial del servicio como puede ser el acceso al usuario final.

La aplicación del principio de no discriminación en las condiciones de acceso para operadores dominantes

De este principio se derivan las siguientes cuestiones:

1. Un operador que presta un servicio minorista puede verse obligado a ofrecer a terceros operadores el correspondiente servicio mayorista en el que es dominante en condiciones no discriminatorias respecto de las que se presta a sí mismo o a terceros.

El problema que este tipo de obligación plantea radica en que si el operador dominante en el mercado mayorista, cada vez que ofrece un servicio minorista, se ve obligado a ofrecer un acceso no discriminatorio a terceros en el nivel mayorista tendrá pocos incentivos para prestar sus propios servicios y especialmente para innovar.

Por ello, esta obligación deberá imponerse únicamente cuando sirva para introducir competencia a largo plazo a nivel minorista teniendo en cuenta las condiciones del mercado. Por ejemplo, cuando no sea posible replicar la infraestructura necesaria para prestar el servicio por tratarse de una instalación esencial²². Además, el precio aplicado deberá permitir recuperar adecuadamente las inversiones realizadas.

En cuanto a los mercados emergentes, en principio se recomienda la no imposición de condiciones de no discriminación, excepto que se llegue a la conclusión que es mejor permitir a los terceros operadores el acceso que les garantice la posibilidad de comenzar a prestar los servicios para de este modo impulsar el desarrollo de la demanda (junto con el dominante en el servicio mayorista) y permitir al mismo tiempo el tendido de infraestructura alternativa propia²³.

2. El principio de no discriminación permite que aunque no se regulen todas las condiciones de un servicio minorista los competidores puedan solicitar un acceso que les permita ofrecer un servicio equivalente en condiciones no discriminatorias. El precio a que deba

ofrecerse este acceso debe permitir un margen suficiente para poder competir, es decir, no puede provocar un estrangulamiento de márgenes.

La consecuencia de todo ello es que aunque no se regulen los precios finales de un servicio (como sucede en el nuevo marco), se puede tomar como referencia el precio final del servicio minorista aplicado por el operador dominante para calcular el precio máximo al que se están cobrando los servicios mayoristas internos o intragrupo y solicitar un tratamiento similar y no discriminatorio del acceso. Lo mismo aplicaría para el resto de las condiciones de prestación del servicio.

El problema que se plantea es que el operador obligado a dar acceso no discriminatorio, si tiene posición dominante también en el mercado minorista (y por lo tanto margen de maniobra sobre los precios minoristas) podría perder incentivos para aplicar precios más bajos o mejores condiciones a usuarios finales, puesto que unos y otros se tomarán como referencia para el acceso al servicio mayorista.

Por ello, el nuevo marco y su flexibilidad, permite analizar antes de imponer una obligación de acceso en condiciones no discriminatorias, la situación del mercado minorista relacionado para evaluar la fijación del precio final del operador dominante y demás condiciones de prestación y si es un referente válido para la formación de precio mayorista.

3. Relacionado con las cuestiones 1 y 2, queda pendiente una adicional y es que un operador dominante no tiene, en principio, obligación de ofrecer servicios que él mismo no ofrece ni está dando a terceros²⁴.

Este planteamiento puede provocar situaciones de rigidez en el mercado puesto que se ofrecerán sólo condiciones "estándar" en perjuicio de la libre negociación o ni si siquiera se ofrecerá acceso para evitar tener que generalizar la oferta a terceros. En este caso la única vía posible para un solicitante de otro tipo de acceso sería demostrar que se trata de acceso a una instalación esencial.

Por ejemplo, si existieran servicios basados en una tecnología para la que ya existe una regulación, en principio el operador no tendría obligación de atender solicitudes de acceso que excedan del servicio regulado.

Para evitar este tipo de inconvenientes, las obligaciones impuestas por el nuevo marco ofrecen la posibilidad de regular flexiblemente los servicios mayoristas en la

²² Instalación esencial tal y como se ha recogido en la sentencia del TJCE del 26 de noviembre de 1998 Oscar Bronner.

²³ Solución de la Decisión de la Comisión Europea Nº Comp m.1795 del 14 de abril de 2000 sobre la adquisición de Mannesman por Vodafone/Airtouch. A través de esta decisión se autoriza la fusión sujetándola a obligaciones de no discriminación en el acceso a determinados elementos de la red durante un periodo de tiempo para evitar la creación de un monopolio en un nuevo mercado de servicios y favorecer la construcción de una infraestructura de red alternativa. Asimismo se incorporan obligaciones de transparencia para verificar el cumplimiento de las obligaciones impuestas.

²⁴ A menos que lo que se solicita sea un acceso a una instalación esencial en condiciones razonables.

línea de la vigente Oferta de Interconexión de Referencia (OIR) por capacidad y la posible modificación de la oferta GigADSL, entre otros.

4. Por otra parte y en línea con lo anterior la aplicación del principio de no discriminación puede tener por efecto una excesiva rigidez en las condiciones de acceso, que impiden que terceros puedan innovar en servicios o conseguir condiciones diferentes y mejores de las generalmente ofrecidas²⁵.

Entendemos que en este caso debe prevalecer la solución con efectos más pro competitivos evitando una aplicación excesivamente formal del principio de no discriminación.

5. La discriminación en las condiciones de acceso tiene mayores consecuencias anticompetitivas cuando se practica conjuntamente con otras prácticas contrarias a la libre competencia como puede ser la aplicación de precios predatorios y el empaquetamiento de servicios²⁶.

Así por ejemplo siendo dominante en un mercado y existiendo competencia en el otro, si intenta hacer precios predatorios selectivos en el segundo es menos eficaz si hay una obligación *ex ante* que le prohíbe discriminar.

6. Asimismo, puede plantear dificultades la imposición de la obligación de no discriminación *ex ante* a aquellas empresas que ocupen una posición dominante conjunta en un mercado, obligación que sólo podrá imponerse cuando la existencia de tal posición de dominio implique la ausencia de competencia en dicho mercado.

El problema surge a la hora de determinar si la obligación de no discriminación, ha de imponerse al conjunto de empresas identificadas como una entidad colectiva respecto de sus competidores, terceros contratantes, o consumidores, o bien individualmente a aquellas cuyo comportamiento pudiera resultar abusivo de tal posición de dominio conjunta.

En aplicación de la propia definición de posición de dominio colectivo, parece que los mismos incentivos para la coordinación anticompetitiva están presentes en cada una de las empresas, por lo tanto *a priori* resulta difícil distinguir una de ellas con mayor capacidad de

abuso, puesto que para poder entender que existe una posición de dominio colectivo la forma de coordinación ha de ser sostenible sin que ninguno deba tener interés en desviarse del resultado coordinado.

La imposición unilateral de obligaciones a una empresa del conjunto no parece coherente, si tenemos en cuenta además que el análisis que se realiza es *ex ante*. No obstante, tal y como se pone de manifiesto en la Comunicación de Acceso, "en el caso de posición dominante conjunta, el comportamiento de una entre varias empresas que gocen de una posición dominante conjunta puede ser abusivo, aunque las demás no se comporten de la misma forma", lo cual justificaría la imposición de obligaciones a esta única empresa. Además la imposición a una única empresa en el mercado podría romper las condiciones que hacen posible la existencia de una posición dominante colectiva.

Por lo tanto, *a priori*, lo normal será que, de considerarse necesaria su imposición, se predique la obligación de todos los operadores.

V. CONCLUSIONES

La conveniencia de imponer obligaciones de no discriminación, en los términos de la Directiva de Acceso, a los agentes que se desarrollen dentro de los llamados mercados emergentes debe considerar un análisis en el que se superen los paradigmas tradicionales de regulación conocidos hasta hoy. Esta es la motivación que refleja el nuevo paquete regulatorio europeo, que persigue incentivar la inversión en nuevas redes antes que la obsesiva introducción de competencia en la prestación de servicios. La temprana crisis del sector de las comunicaciones electrónicas, y el consiguiente pinchazo de la "burbuja financiera" han permitido una relectura del modelo de regulación económica aplicado, incluyendo las conductas estratégicas que en la concurrencia por la plaza despliegan los agentes.

El caso de los tratamientos diferenciados, profusamente documentados por la economía y el derecho de la competencia son una de las prácticas estratégicas que

²⁵ Así por ejemplo se ha planteado este problema ante la CMT en relación con la oferta de interconexión por capacidad. En la Resolución del 10 de octubre de 2002, sobre el conflicto de interconexión entre UNIZ y Telefónica de España - TESAU, interpuesto por UNIZ sobre la incorporación de un modelo de interconexión por capacidad al Acuerdo General de Interconexión entre ambas entidades, según lo establecido en la Oferta de Interconexión de Referencia vigente (expediente DT 2002/5954), se planteaba una contradicción entre el principio de libre negociación y el de no discriminación. En conflicto de interconexión por capacidad se negó a UNIZ el derecho a obtener automáticamente unas condiciones mejores que las de la OIR que sí había conseguido British Telecom - BT en su AGI. Prevaleció en este caso la libre negociación.

²⁶ No obstante ello, una parte de la doctrina económica, sobre todo en los Estados Unidos; ha puesto en entredicho la idea misma de que la vinculación de productos y servicios pueda constituir un abuso de posición de dominio sobre la base de simples cálculos matemáticos que demuestran que esta práctica carece de sentido económico para un monopolista. Esa parte de la doctrina económica, principalmente representada por la Escuela de Chicago, se pregunta por qué hay que prohibir las ofertas conjuntas si el vendedor nunca podrá obtener un precio mayor (rentas monopolistas) vendiendo conjuntamente sus productos o servicios que haciéndolo por separado. En definitiva, las ofertas empaquetadas pueden resultar absolutamente lícitas, incluso desde una posición de dominio, y se debe favorecer su práctica en la medida en que pueden proporcionar a los consumidores importantes ventajas, económicas o de otro tipo, al tiempo que posibilita su acceso al disfrute de determinados servicios o productos probablemente inaccesibles. Para mayor detalle ver: LE BLANC, Gilles. "Bundling Strategies, Competition and Market Structure in the Digital Economy". LSE, Marzo, 2001.

han merecido una nueva interpretación, en la que se empieza a desechar el supuesto de ineficiencia, imputado a las empresas con PSM, dado que la discriminación puede favorecer la recuperación de inversiones en innovación e I+D permitiendo a la empresa en posición de dominio producir mayor *output* sin necesidad de hundir los precios como consecuencia de esos elevados costos fijos y reducidos costos variables.

Finalmente y para el caso de España, la nueva Ley General de Telecomunicaciones, se aparta de los criterios de análisis tradicionales basados en el análisis *ex ante*, admitiendo una supervisión/regulación *ex post* basada en los principios generales de la competencia; tendencia que por lo demás será la propia de este sector en los próximos tiempos.