

## II

(Comunicaciones)

COMUNICACIONES PROCEDENTES DE LAS INSTITUCIONES, ÓRGANOS  
Y ORGANISMOS DE LA UNIÓN EUROPEA

## COMISIÓN EUROPEA

## COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN

**Directrices sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del  
marco regulador de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas de la UE**

(Texto pertinente a efectos del EEE)

(2018/C 159/01)

## 1. INTRODUCCIÓN

1.1. **Ámbito de aplicación y objeto**

1. La Comisión adoptó las Directrices sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado (PSM) de conformidad con el artículo 15, apartado 2, de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo <sup>(1)</sup>, tras una consulta pública cuyos resultados se tuvieron debidamente en cuenta. Las Directrices sobre PSM van acompañadas de una exposición de motivos <sup>(2)</sup>, a la luz de cuya información adicional deberán leerse.
2. Las Directrices sobre PSM están destinadas a las autoridades nacionales de reglamentación (ANR) para el desempeño de sus funciones relativas al análisis de los mercados que pueden ser objeto de regulación *ex ante* y a la evaluación del peso significativo en el mercado con arreglo al marco regulador de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas de la UE, integrado por la Directiva 2002/21/CE, las tres Directivas específicas 2002/19/CE <sup>(3)</sup>, 2002/20/CE <sup>(4)</sup> y 2002/22/CE <sup>(5)</sup>, y el Reglamento (UE) n.º 531/2012 <sup>(6)</sup> (el marco). De conformidad con el artículo 15 de la Directiva 2002/21/CE, las ANR tendrán en cuenta en la mayor medida posible la Recomendación 2014/710/UE de la Comisión <sup>(7)</sup> y las presentes Directrices sobre PSM a la hora de definir los mercados pertinentes que pueden ser objeto de regulación *ex ante*.
3. De conformidad con el artículo 8 de la Directiva 2002/21/CE, las Directrices sobre PSM se proponen contribuir al desarrollo del mercado interior en el sector de las comunicaciones electrónicas mediante, entre otras cosas, el desarrollo de una práctica reguladora coherente y la aplicación coherente del Marco.

<sup>(1)</sup> Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (DO L 108 de 24.4.2002, p. 33).

<sup>(2)</sup> Nota explicativa de las Directrices sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas de la UE (SWD(2018) 124).

<sup>(3)</sup> Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva de acceso) (DO L 108 de 24.4.2002, p. 7).

<sup>(4)</sup> Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva de autorización) (DO L 108 de 24.4.2002, p. 21).

<sup>(5)</sup> Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva de servicio universal) (DO L 108 de 24.4.2002, p. 51).

<sup>(6)</sup> Reglamento (UE) n.º 531/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2012, relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión (DO L 172 de 30.6.2012, p. 10), modificado por el Reglamento (UE) 2015/2120 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015 (DO L 310 de 26.11.2015, p. 1), y el Reglamento (UE) 2017/920 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017 (DO L 147 de 9.6.2017, p. 1).

<sup>(7)</sup> Recomendación 2014/710/UE de la Comisión, de 9 de octubre de 2014, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación *ex ante* de conformidad con la 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 (DO L 295 de 11.10.2014, p. 79).

4. Estas Directrices no limitan en modo alguno los derechos otorgados por la legislación de la UE a particulares o empresas. Deben entenderse sin perjuicio de la aplicación del Derecho de la UE en general, y más específicamente de la normativa sobre competencia, ni de su interpretación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Las Directrices no prejuzgan ninguna medida que la Comisión pueda adoptar ni ninguna orientación que la Comisión pueda publicar en el futuro con respecto a la aplicación de la legislación sobre competencia de la UE.
5. La Comisión renovará las Directrices sobre PSM cuando proceda, teniendo en cuenta la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el pensamiento económico y la experiencia real del mercado, con el objetivo de garantizar su pertinencia en unos mercados en rápida evolución.
6. Estas Directrices sobre PSM abordan explícitamente el problema de la definición de los mercados, así como del PSM individual y colectivo.
7. No abordan, sin embargo, la coordinación en el contexto de las prácticas concertadas con arreglo al artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (el Tratado). Tampoco entran en las estructuras de mercado con un número limitado de agentes cuando no se reúnen los criterios de posición dominante conjunta tal y como los aplica el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

## 1.2. Observaciones preliminares

8. Con arreglo al artículo 8 de la Directiva 2002/21/CE, las ANR procurarán, al desempeñar las funciones reguladoras con arreglo al Marco, adoptar todas las medidas razonables encaminadas a la consecución de los objetivos reglamentarios que contiene, entre otras cosas, promoviendo una inversión eficiente en nuevas y mejores infraestructuras y el acceso a ellas.
9. Con arreglo al Marco, la definición de mercados pertinentes y evaluación del PSM deben basarse en las mismas metodologías que con arreglo al Derecho sobre competencia de la UE. De este modo se garantiza que refleje la jurisprudencia aplicable del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la Comunicación de la Comisión sobre la definición de mercado de referencia a efectos de la aplicación de la normativa comunitaria de competencia (la Comunicación sobre definición de mercados de 1997)<sup>(8)</sup> y que tenga en cuenta, en la medida pertinente, la práctica decisoria de la Comisión en la imposición del artículo 102 del Tratado y del artículo 2 del Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo<sup>(9)</sup>. Cuando las ANR aplican sistemáticamente las metodologías establecidas para definir los mercados y evaluar el PSM, contribuyen a garantizar la previsibilidad de la reglamentación y a limitar la intervención reguladora a los casos de deficiencias del mercado detectadas mediante herramientas analíticas.
10. Al examinar problemas similares en circunstancias similares y con los mismos objetivos globales en mente, las ANR y las autoridades de competencia debían alcanzar, en principio, conclusiones similares. Sin embargo, dadas las diferencias en cuanto al alcance y los objetivos de su intervención, y en particular el enfoque específico y las circunstancias de la evaluación de las ANR según se expone a continuación, los mercados definidos a efectos de la legislación sobre competencia de la UE y los definidos a efectos de la regulación sectorial puede no ser siempre idénticos.
11. Análogamente, la designación de una empresa como poseedora de PSM en un mercado identificado a efectos de la regulación *ex ante* no implica automáticamente que dicha empresa sea también dominante a efectos del artículo 102 del Tratado, o a efectos de la aplicación del Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo<sup>(10)</sup> o de disposiciones nacionales semejantes. Además, la designación de empresa con PSM no guarda relación directa con el hecho de que la empresa haya abusado de una posición dominante con arreglo al artículo 102 del Tratado. Tal circunstancia implica solamente que, dentro del ámbito de aplicación del artículo 14 de la Directiva 2002/21/CE, desde una perspectiva estructural y a corto y medio plazo, en el mercado pertinente identificado el operador tiene y tendrá suficiente poder de mercado como para comportarse en medida apreciable con independencia de los competidores, los clientes y, en última instancia, los consumidores.

<sup>(8)</sup> Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (DO C 372 de 9.12.1997, p. 5) (Comunicación de 1997 sobre la definición de mercados). A efectos de la aplicación de la legislación sobre competencia, la Comunicación de la Comisión de 1997 sobre la definición de mercados explica que el concepto de mercado de referencia se encuentra estrechamente vinculado a los objetivos perseguidos con las políticas pertinentes, la vigilancia *ex post* del cumplimiento con arreglo a los artículos 101 y 102 del Tratado o la evaluación *ex ante* con arreglo al Reglamento de concentraciones de la UE.

<sup>(9)</sup> Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO L 24 de 29.1.2004, p. 1).

<sup>(10)</sup> DO L 24 de 29.1.2004, p. 1.

12. En la práctica, no puede excluirse que surjan procedimientos paralelos con arreglo a la regulación *ex ante* y a la legislación sobre competencia de la UE con respecto a distintos tipos de problemas de competencia detectados en los mercados minoristas subyacentes. A este respecto, las obligaciones *ex ante* impuestas por las ANR a las empresas designadas como poseedoras de PSM se proponen subsanar las deficiencias del mercado detectadas y alcanzar los objetivos específicos fijados en el Marco. Por otra parte, los instrumentos de la legislación sobre competencia de la UE sirven para combatir y eliminar problemas relativos a acuerdos ilegales, prácticas concertadas o comportamientos unilaterales abusivos que restringen o falsean la competencia en el mercado pertinente.

### 1.3. Enfoque regulador del análisis de mercados

13. Cuando efectúen un análisis de mercados con arreglo al artículo 16 de la Directiva 2002/21/CE, las ANR llevarán a cabo una evaluación estructural y prospectiva del mercado pertinente durante el período correspondiente.
14. La duración del período pertinente (el próximo período de revisión) es la comprendida entre el final de la revisión actual y el final de la próxima revisión del mercado <sup>(11)</sup>, dentro del cual la ANR debe evaluar las características específicas del mercado y la evolución de este.
15. El punto de partida para la identificación de los mercados mayoristas que pueden ser objeto de regulación *ex ante* debe ser siempre el análisis del mercado o los mercados minoristas correspondientes.
16. Las ANR determinarán si el mercado o los mercados minoristas subyacentes son prospectivamente competitivos en ausencia de regulación mayorista basada en una constatación de un peso significativo en el mercado individual o colectivo, y, por ende, de si la falta de competencia efectiva tiene carácter duradero <sup>(12)</sup>.
17. A tal efecto, las ANR deben tener en cuenta las condiciones existentes en el mercado, así como la evolución esperada o previsible de este a lo largo del próximo período de revisión en ausencia de regulación basada en el PSM; es lo que se conoce como enfoque «greenfield» modificado <sup>(13)</sup>. Por otra parte, el análisis debe tener en cuenta los efectos de otros tipos de regulación, decisiones o legislación (sectoriales) aplicables a los mercados minoristas pertinentes y mayoristas conexos durante el período de referencia.
18. Si el mercado o los mercados minoristas subyacentes son prospectivamente competitivos con arreglo al enfoque «greenfield» modificado, la ANR debe concluir que ya no es necesaria la regulación a nivel mayorista.
19. Las ANR deben sopesar en su análisis los datos actuales e históricos, siempre que sean pertinentes para la evolución de ese mercado en el próximo período de revisión. A este respecto, es preciso subrayar que las pruebas disponibles de una práctica anterior no sugieren automáticamente la probabilidad de que dicha práctica continúe en el próximo período de revisión. No obstante, la práctica anterior es pertinente si las características del mercado no han cambiado sensiblemente o no es probable que lo hagan durante el próximo período de revisión.
20. De lo anterior se desprende que las ANR deben reflejar consideraciones tanto estáticas como dinámicas en el análisis de mercados, con el fin de abordar las deficiencias del mercado identificadas a nivel minorista mediante la imposición de obligaciones reglamentarias adecuadas a nivel mayorista, que deben, entre otras cosas, fomentar la competencia y contribuir al desarrollo del mercado interior. Estas obligaciones deben basarse en los principios reguladores establecidos en el artículo 8 de la Directiva 2002/21/CE, como el fomento de un entorno regulador previsible, de la inversión eficiente y la innovación y de la competencia basada en las infraestructuras.
21. El análisis debe basarse en una comprensión funcional de los vínculos entre los correspondientes mercados mayorista y minorista subyacente, así como con otros mercados conexos, si las ANR lo consideran apropiado. La Comisión ha subrayado en decisiones anteriores <sup>(14)</sup> que las condiciones del mercado minorista pueden informar a una ANR acerca de la estructura del mercado mayorista, pero no son en sí mismas concluyentes por lo que se refiere a la constatación de un PSM a nivel mayorista. Según se establece en varias decisiones de la Comisión adoptadas en virtud del artículo 7 de la Directiva 2002/21/CE <sup>(15)</sup>, no es necesario probar un PSM individual o colectivo a nivel minorista para demostrar que una o más empresas disfrutaban de PSM individual o colectivo en el mercado o los mercados mayoristas pertinentes. En consonancia con el considerando 18 de la Recomendación 2014/710/UE, la regulación *ex ante* en el nivel mayorista debe ser suficiente para hacer frente a los problemas de competencia en el mercado o los mercados descendentes conexos.

<sup>(11)</sup> El artículo 16, apartado 6, de la Directiva marco establece actualmente que las ANR deben notificar a la Comisión los nuevos proyectos de medidas en un plazo de tres años a partir de la adopción de una medida anterior relativa a ese mercado.

<sup>(12)</sup> Considerando 27 de la Directiva marco.

<sup>(13)</sup> Exposición de motivos que acompaña a la Recomendación 2014/710/UE de la Comisión, SWD(2014) 298, p. 8.

<sup>(14)</sup> Asuntos FI/2004/0082, ES/2005/0330 y NL/2015/1727. Véase igualmente CZ/2012/1322.

<sup>(15)</sup> Asuntos IE/2004/0121, ES/2005/0330, SI/2009/0913 y NL/2015/1727.

22. A la hora de analizar los límites del mercado y el poder de mercado dentro del mercado o los mercados mayoristas correspondientes para determinar si es o son realmente competitivos, deben tenerse en cuenta las presiones competitivas directas e indirectas, independientemente de si estas derivan de las redes de comunicaciones electrónicas, de los servicios de comunicaciones electrónicas o de otros tipos de servicios o aplicaciones que sean comparables desde el punto de vista del usuario final <sup>(16)</sup>.
23. Con arreglo al considerando 27 de la Directiva 2002/21/CE, los mercados emergentes en los que es probable que el líder del mercado posea de hecho una cuota de mercado sustancial no deben ser sometidos a una regulación *ex ante* inadecuada. Esto obedece a que la imposición prematura de obligaciones *ex ante* podría influir indebidamente en las condiciones competitivas que toman forma en un mercado nuevo y emergente. Al mismo tiempo, conviene evitar que la empresa líder se apropie de estos mercados emergentes.

## 2. DEFINICIÓN DEL MERCADO

### 2.1. Criterios principales para definir el mercado pertinente

24. Para evaluar si una empresa tiene PSM, es decir, si «disfruta de una posición equivalente a una posición dominante, esto es, una posición de fuerza económica que permite que su comportamiento sea, en medida apreciable, independiente de los competidores, los clientes y, en última instancia, los consumidores» <sup>(17)</sup>, reviste una importancia esencial definir el mercado pertinente <sup>(18)</sup>, puesto que la competencia efectiva solo puede ser evaluada por referencia a esta definición <sup>(19)</sup>.
25. Tal como se explica en el punto 9, el mercado debe definirse de acuerdo con la metodología descrita en la Comunicación de 1997 relativa a la definición de mercados. La definición de mercados no es un proceso mecánico o abstracto, sino que exige el análisis de todos los elementos disponibles sobre el anterior comportamiento del mercado y una comprensión global de los mecanismos de un sector dado. En particular, cuando se realiza un análisis de mercados prospectivo o con vistas al futuro, se requiere un enfoque dinámico más que estático <sup>(20)</sup>.
26. El punto de partida de cualquier análisis debe constituirlo una evaluación del mercado o mercados minoristas pertinentes, teniendo en cuenta la sustituibilidad de la demanda y de la oferta desde la perspectiva del usuario final a lo largo del próximo período de revisión basándose en las condiciones de mercado existentes y su evolución probable. Una vez identificado el mercado o mercados minoristas pertinentes y determinado si, en ausencia de intervención reguladora ascendente, persistiría un riesgo de perjuicio para los consumidores debido a la falta de competencia en el mercado o mercados minoristas, las ANR deben identificar el mercado o mercados mayoristas correspondientes para evaluar si pueden ser objeto de regulación *ex ante* de conformidad con el artículo 16 de la Directiva 2002/21/CE <sup>(21)</sup>. Deben empezar por identificar y analizar el mercado mayorista más ascendente con respecto al mercado minorista en el que se han encontrado los mencionados problemas de competencia, y definir los límites del mercado teniendo en cuenta la sustituibilidad de los productos del lado de la demanda y, en la medida oportuna, del de la oferta.
27. El grado en que el suministro de un producto o la prestación de un servicio en un área geográfica dada constituye un mercado pertinente depende de la existencia de presiones competitivas sobre el prestador o los prestadores de servicios de que se trate a la hora de fijar los precios. Hay que considerar dos tipos principales de presión competitiva a la hora de evaluar el comportamiento de las empresas en el mercado: i) sustitución de la demanda y ii) sustitución de la oferta <sup>(22)</sup>. Una tercera fuente de presión competitiva sobre el comportamiento de un operador, que debe tenerse en cuenta no en la fase de definición del mercado, sino al evaluar si un mercado es realmente competitivo en el sentido de la Directiva 2002/21/CE, es la existencia de una competencia potencial <sup>(23)</sup>.

<sup>(16)</sup> Véase el punto 4 de la Recomendación 2014/710/UE de la Comisión y su exposición de motivos, así como el asunto FR/2014/1670.

<sup>(17)</sup> Artículo 14, apartado 2, de la Directiva 2002/21/CE.

<sup>(18)</sup> El uso del término «mercado pertinente» implica la descripción de los productos o servicios que componen el mercado y la evaluación del alcance geográfico de ese mercado, y los términos «productos» y «servicios» se utilizan indistintamente en este texto. Con arreglo al punto 7 de la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercados de 1997, el mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos.

<sup>(19)</sup> Asunto C-209/98: *Entreprenørforeningens Affalds*, EU:C:2000:279, apartado 57, y asunto C-242/95: *GT-Link*, EU:C:1997:376, apartado 36. Se ha de admitir que el objetivo de la definición del mercado no es un fin en sí mismo, sino que forma parte de un proceso, a saber, el de la evaluación del grado de poder de mercado que tiene una empresa.

<sup>(20)</sup> Asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95: *Francia y otros/Comisión*, EU:C:1998:148. Véase también la Comunicación de 1997 sobre la definición de mercados, punto 12.

<sup>(21)</sup> Los principales mercados de productos y servicios cuyas características podrían justificar, en principio, la imposición de obligaciones reglamentarias *ex ante* son los enumerados en la Recomendación 2014/710/UE, que las ANR están obligadas a tener en cuenta en la mayor medida posible al definir los mercados pertinentes.

<sup>(22)</sup> Como se señala también en la Comunicación de 1997 sobre la definición de mercados, desde un punto de vista económico, para la definición del mercado de referencia, la sustitución de la demanda es el medio más inmediato y eficaz de restringir el comportamiento de los suministradores de un determinado producto, especialmente por lo que se refiere a sus decisiones en materia de fijación de precios.

<sup>(23)</sup> Véase también la Comunicación de 1997 sobre la definición de mercados, punto 24.

28. La sustituibilidad de la demanda se utiliza para medir hasta qué punto los consumidores están dispuestos a sustituir el servicio o producto en cuestión por otros servicios o productos<sup>(24)</sup>, mientras que la sustituibilidad de la oferta indica si unos proveedores distintos a los que ofrecen los productos o servicios en cuestión cambiarían su línea de producción en un plazo inmediato o corto<sup>(25)</sup> para ofrecer esos productos o servicios sin contraer costes adicionales significativos<sup>(26)</sup>. La sustituibilidad de la oferta es particularmente pertinente para las industrias de redes, tales como la de comunicaciones electrónicas, en las que una misma red puede utilizarse para prestar diferentes tipos de servicios<sup>(27)</sup>. La diferencia entre competencia potencial y sustitución de la oferta reside en que esta última responde con presteza a un aumento de los precios, mientras que los entrantes potenciales pueden necesitar más tiempo para empezar a suministrar al mercado. La sustitución de la oferta no implica costes adicionales importantes cuando la entrada potencial puede producirse con costes irrecuperables significativos<sup>(28)</sup> y, por este motivo, no se tiene en cuenta en la fase de definición del mercado<sup>(29)</sup>.
29. Una posible forma de evaluar la existencia de sustituibilidad de la demanda y de la oferta es aplicar la denominada «prueba del monopolio hipotético»<sup>(30)</sup>. Con arreglo a esta prueba, la ANR debe plantearse lo que sucedería si hubiese un aumento pequeño, pero significativo y no transitorio, del precio de un producto o servicio determinado, suponiendo que los precios de los demás productos o servicios se mantuvieran constantes («incremento relativo del precio»). Aunque la importancia de un incremento relativo del precio dependerá de cada caso concreto, las ANR deberían estudiar las reacciones de los clientes (consumidores o empresas) ante un incremento del precio pequeño, de entre un 5 % y un 10 %, pero no transitorio. Las respuestas de los consumidores ayudarán a determinar si existen productos sustituibles y, en caso afirmativo, dónde deberían establecerse las fronteras del mercado de productos pertinente<sup>(31)</sup>.
30. Como punto de partida, la ANR debe, en primer lugar, identificar un servicio o producto de comunicaciones electrónicas ofrecido en una zona geográfica dada y que podría estar sujeto a la imposición de obligaciones reglamentarias. Posteriormente, la ANR podrá añadir otros productos o zonas en función de que la competencia de estos limite el precio del producto o servicio principal en cuestión. Dado que es probable que un incremento relativo del precio de una serie de productos haga que algunos clientes se pasen a productos o servicios alternativos y ocasione cierta pérdida de ventas, lo fundamental es determinar si las ventas perdidas por los operadores bastarían para compensar el mayor beneficio que se obtendría tras el incremento del precio. Evaluar la sustitución de la demanda y de la oferta constituye una manera de medir la «pérdida crítica» de ventas (que haga que un incremento relativo del precio no resulte rentable) y, en consecuencia, de determinar el alcance del mercado pertinente. La ANR debe, por tanto, aplicar esta prueba hasta el punto en que pueda determinarse que un incremento relativo de los precios en los mercados geográficos y de productos definidos será rentable, es decir, no causará ya una pérdida crítica de ventas ante sustitutos fácilmente disponibles o ante proveedores situados en otras zonas.
31. En la legislación sobre competencia, la prueba del monopolio hipotético se aplica con respecto a productos o servicios cuyos precios se determinan libremente y no están sujetos a regulación. En el ámbito de la regulación *ex ante*, es decir, cuando un producto o servicio se ofrece ya un precio regulado basado en los costes, se supondrá que el precio regulado se ha fijado en niveles competitivos<sup>(32)</sup> y debería tomarse como punto de partida para la prueba del monopolio hipotético.

<sup>(24)</sup> No es necesario que todos los consumidores se pasen a un producto competidor; basta con que se pase un número suficiente para que no resulte rentable un incremento relativo del precio. Este requisito se corresponde con el principio de la «posibilidad de intercambio suficiente» establecido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia; véase la nota 27.

<sup>(25)</sup> La noción de «corto plazo» depende de las características del mercado y de las circunstancias nacionales. En COMP/39.525: Telekomunikacja Polska, la Comisión estableció, en el punto 580, que «existe sustituibilidad de la oferta cuando los proveedores pueden pasar a fabricar los productos de referencia y comercializarlos a corto plazo en respuesta a pequeñas variaciones permanentes de los precios relativos». Con arreglo a la nota 4 del punto 20 de la Comunicación de 1997 sobre la definición de mercados, el período pertinente es «un período que no suponga un ajuste significativo de los activos materiales e inmateriales».

<sup>(26)</sup> Véase también la Comunicación de 1997 sobre la definición de mercados, punto 20.

<sup>(27)</sup> Véase COMP/39.525: Telekomunikacja Polska, punto 580.

<sup>(28)</sup> Véanse asimismo la Comunicación de 1997 sobre la definición de mercados, puntos 20 a 23, y el asunto IV/M.1225: Enso/Stora (DO L 254 de 29.9.1999), apartado 39.

<sup>(29)</sup> Véase también la Comunicación de 1997 sobre la definición de mercados, punto 24.

<sup>(30)</sup> Véase el asunto T-83/91: Tetra Pak/Comisión, EU:T:1994:246, apartado 68. Esta prueba se conoce también por las siglas inglesas «SSNIP» (*small but significant non transitory increase in price*, aumento pequeño, pero significativo y no transitorio, de los precios). Aunque la prueba SSNIP no es más que un ejemplo de método utilizado para definir el mercado pertinente, y pese a su carácter econométrico formal y a su margen de error (la llamada «falacia del celofán»), su importancia reside principalmente en su empleo como herramienta conceptual para evaluar los indicios de competencia entre diferentes productos o servicios.

<sup>(31)</sup> Es decir, cuando la elasticidad cruzada de la demanda entre dos productos es alta, se puede concluir que los consumidores consideran a ambos productos sustitutos cercanos. Cuando las posibilidades de elección del consumidor se ven influidas por consideraciones distintas de los incrementos de precio, puede que la prueba SSNIP no constituya una medida adecuada de la sustituibilidad de un producto. Véase el asunto T-25/99: Colin Arthur Roberts y Valérie Ann Roberts/Comisión, EU:T:2001:177. Véase también la Comunicación de 1997 sobre la definición de mercados, punto 17.

<sup>(32)</sup> Esta presunción puede refutarse si hay fuertes indicios de que el precio regulado previamente no se ha fijado en niveles competitivos. En estas circunstancias puede ser apropiado utilizar como punto de partida un precio resultante de un modelo de costes actualizado o de una evaluación comparativa.

32. Probablemente será difícil aplicar la prueba SSNIP de forma empírica cuando no exista un producto fácilmente disponible a un precio adecuado. Si no existe tal producto, comercial o regulado, en una red, pero técnica y comercialmente puede (potencialmente) ofrecerse, las ANR deben considerar el autosuministro de dicha red para la delimitación de los mercados y construir un mercado virtual que incluya el autosuministro, cuando exista perjuicio para los consumidores en el mercado minorista y existe una demanda potencial de tal producto<sup>(33)</sup>.

## 2.2. Definición del mercado de productos

33. Según jurisprudencia consolidada, el mercado de productos pertinente abarca todos los productos o servicios que son suficientemente intercambiables o sustituibles, no solo por sus características objetivas, sus precios o su uso previsto, sino también por las condiciones de competencia o la estructura de la oferta y la demanda en el mercado de que se trate<sup>(34)</sup>. Los productos o servicios que solo son intercambiables en medida limitada o relativa no forman parte del mismo mercado<sup>(35)</sup>. Por tanto, las ANR deben comenzar el ejercicio de definición del mercado de productos o servicios pertinente agrupando los productos o servicios utilizados por los consumidores para el mismo propósito (uso final).
34. Aunque el uso final de un producto o servicio está íntimamente ligado a sus características físicas, pueden utilizarse diversos tipos de productos o servicios para conseguir un mismo fin.
35. La sustituibilidad de productos entre diferentes servicios puede surgir debido al aumento de la convergencia de diversas tecnologías, que a menudo permite a los operadores ofrecer paquetes de productos minoristas similares. El uso de sistemas de transmisión digital, por ejemplo, puede desembocar en semejanzas en el comportamiento y las características de servicios de red que utilizan tecnologías diferentes.
36. Además, los denominados servicios de transmisión libre (*over-the-top*, OTT) u otras vías de comunicaciones relacionadas con internet se han erigido en una posible fuerza competidora para los servicios de comunicaciones minoristas establecidos. Como consecuencia de ello, las ANR deben evaluar si dichos servicios pueden, de cara al futuro, servir parcial o totalmente de sustitutos de los servicios de telecomunicaciones tradicionales<sup>(36)</sup>.
37. Por lo tanto, además de considerar los productos o servicios cuyas características objetivas, precios y uso previsto los haga suficientemente intercambiables, las ANR deben examinar también, en caso necesario, las condiciones prevalentes de la demanda y, en su caso, la sustitución de la oferta mediante la aplicación de una prueba de monopolio hipotético SSNIP a fin de completar su análisis para la definición de mercados.

### *Sustitución de la demanda*

38. La sustitución de la demanda permite que las ANR determinen los productos o gamas de productos sustituibles a que los consumidores podrían acogerse fácilmente en respuesta a un hipotético aumento relativo de los precios pequeño, pero significativo y no transitorio. Para determinar la existencia de sustituibilidad de la demanda, las ANR deberán recurrir a eventuales testimonios del comportamiento previo de los clientes, así como evaluar la respuesta probable de los consumidores y proveedores a tal aumento del precio del servicio en cuestión.
39. Ahora bien, la posibilidad de que los consumidores sustituyan un producto o servicio por otro a causa de un aumento relativo del precio pequeño, pero significativo y no transitorio, puede verse obstaculizada, entre otros motivos, si el cambio lleva asociados costes considerables. Los consumidores que han invertido en tecnología específica o realizado otro tipo de inversiones necesarias para recibir un servicio o utilizar un producto pueden no estar dispuestos a sufragar el coste adicional que suponga el cambio a un servicio o producto en principio sustituible, o pueden considerar prohibitivamente elevados los costes asociados al cambio. Del mismo modo, es posible que los clientes de proveedores existentes estén atrapados por contratos a largo plazo. Por consiguiente, en una situación en la cual los clientes se enfrentan a unos costes significativos para pasar de un producto A a un producto B, estos dos productos podrían no pertenecer al mismo mercado pertinente.

<sup>(33)</sup> Exposición de motivos que acompaña a la Recomendación 2014/710/UE de la Comisión, SWD(2014) 298, p. 18. Asunto NL/2015/1727, C(2015) 3078. Véase igualmente CZ/2017/1985.

<sup>(34)</sup> Asunto C-333/94 P: Tetra Pak/Comisión, EU:C:1996:436, apartado 13; asunto 31/80: L'Oréal, EU:C:1980:289, apartado 25; asunto 322/81: Michelin/Comisión, EU:C:1983:313, apartado 37; asunto C-62/86: AkzoChemie/Comisión, EU:C:1991:286, apartado 51; asunto T-504/93: Tiercé Ladbroke/Comisión, EU:T:1997:84, apartado 81; asunto T-65/96: Kish Glass/Comisión, EU:T:2000:93, apartado 62; asunto C-475/99: Ambulanz Glöckner y Landkreis Südwestpfalz, EU:C:2001:577, apartado 33. La prueba de la intercambiabilidad o sustituibilidad suficiente fue establecida por vez primera por el Tribunal de Justicia en el asunto 6/72: Europemballage y Continental Can/Comisión, EU:C:1973:22, apartado 32, y en el asunto 85/76: Hoffmann La-Roche/Comisión, EU:C:1979:36, apartado 23.

<sup>(35)</sup> Asunto C-333/94 P: Tetra Pak/Comisión, EU:C:1996:436, apartado 13; asunto 66/86: Ahmed Saeed, EU:C:1989:140, apartados 39 y 40; asunto 27/76: United Brands/Comisión, EU:C:1978:22, apartados 22, 29 y 12; asunto T-229/94: Deutsche Bahn/Comisión, EU:T:1997:155, apartado 54. En el asunto Tetra Pak, el Tribunal confirmó que el hecho de que la demanda de envases utilizados para envasar zumo de fruta fuera marginal y estable en el tiempo en comparación con la demanda de envases utilizados para envasar leche demostraba que existía una intercambiabilidad muy baja entre los sectores de envases para leche y envases para otros productos, ídem, apartados 13 y 15.

<sup>(36)</sup> En caso de que no puedan establecerse patrones de sustituibilidad suficientes para justificar la inclusión de tales servicios OTT en el mercado de productos pertinentes, las ANR deben, no obstante, considerar la posible presión competitiva ejercida por estos servicios en la fase de evaluación del PSM (véanse también los asuntos CZ/2017/1985 y CZ/2012/1322, y más adelante).

40. A nivel minorista, los avances tecnológicos se han traducido generalmente en competencia entre plataformas, ya que se ha constatado que los servicios al por menor son equivalentes y cada vez más intercambiables<sup>(37)</sup>. Para determinar si las diferentes plataformas mayoristas, como el cobre, la fibra y el cable, deben incluirse en un único mercado mayorista, debe aplicarse la prueba SSNIP. Dado el carácter prospectivo del análisis, esta evaluación debe tener en cuenta que los potenciales solicitantes de acceso que aún no estén prestando servicios basados en el acceso no tienen que tener en cuenta los costes de cambio al elegir su plataforma de acceso. Dicha evaluación debe abordar la importancia de esta entrada, caso por caso, teniendo en cuenta que la magnitud de la futura entrada es intrínsecamente difícil de predecir. Por otra parte, tal análisis debería asumir un hipotético régimen de acceso competitivo facilitado por la regulación, sin tener en cuenta las trabas para el cambio que no se puedan justificar objetivamente y que puedan haber sido artificialmente incrementadas por los operadores de red para impedir el abandono de una determinada plataforma, o la incorporación a ella.

#### *Sustitución de la oferta*

41. Para evaluar el margen de sustitución de la oferta, las ANR también pueden tomar en consideración la probabilidad de que empresas no activas en ese momento en el mercado de productos pertinente decidan entrar en el mercado en plazo breve tras un aumento relativo de los precios pequeño, pero significativo y no transitorio. El período de referencia exacto que se utilice para evaluar las posibles respuestas de otros proveedores en caso de aumento relativo de los precios dependerá inevitablemente de las características de cada mercado y debe decidirse caso por caso. Cuando los costes globales de la adaptación de la producción al producto en cuestión sean relativamente despreciables, el producto podrá incluirse en la definición del mercado de productos. Las ANR tendrán que determinar si un proveedor dado utilizaría o cambiaría realmente sus medios de producción para fabricar el producto en cuestión u ofrecer el servicio de que se trate (por ejemplo, si su capacidad está comprometida en virtud de acuerdos de suministro a largo plazo, etc.).

42. También se deberán tener en cuenta los eventuales requisitos legales o reglamentarios existentes que puedan obstaculizar la entrada en el mercado pertinente en plazo útil y, como resultado de ello, desalentar la sustitución de la oferta.

#### *Cadena de sustitución*

43. Las fronteras del mercado pertinente pueden ampliarse para tomar en consideración productos o zonas geográficas que, aunque no sean directamente sustituibles, convenga incluir en la definición del mercado a causa de la sustitución en cadena<sup>(38)</sup>. La sustitución en cadena se da cuando puede demostrarse que, a pesar de que los productos A y C no son directamente sustituibles, el producto B es un producto sustitutivo tanto del producto A como del producto C, de tal modo que los productos A y C pueden figurar en el mismo mercado de productos, porque sus precios pueden estar condicionados por la sustituibilidad del producto B. El mismo razonamiento se aplica también a la definición del mercado geográfico. Dado el riesgo inherente de que se amplíe indebidamente el ámbito del mercado pertinente, las conclusiones sobre sustitución en cadena han de estar convenientemente probadas<sup>(39)</sup>.

44. En caso de que los precios de anteriores o actuales generaciones de tecnologías puedan condicionar los precios de generaciones futuras, es probable que exista una cadena de sustitución, lo que justificaría la agrupación de todas las generaciones de tecnologías en el mismo mercado pertinente de productos. Como tales presiones sobre los precios serán normalmente observables para distintas generaciones de tecnología, se considera generalmente que forman parte del mismo mercado.

45. Una vez que la mayoría de los clientes se ha pasado a una infraestructura de mayor rendimiento, es posible que un grupo de usuarios siga utilizando la tecnología heredada. En este caso, las ANR deben adoptar un enfoque regulador que no perpetúe indebidamente el ciclo de cautividad mediante la definición de mercados demasiado restrictiva.

### **2.3. Definición del mercado geográfico**

46. Una vez identificado el mercado de productos pertinente, el siguiente paso consiste en definir su dimensión geográfica. Solo cuando se haya definido la dimensión geográfica del mercado de productos o servicios podrá la ANR evaluar correctamente las condiciones de competencia efectiva en dicho mercado.

47. El proceso de delimitación de mercados geográficos sigue los mismos principios expuestos en la sección precedente en relación con la evaluación de la sustitución de la demanda y de la oferta en respuesta a un incremento relativo del precio.

<sup>(37)</sup> Aun cuando las ANR han considerado generalmente que los servicios al por menor prestados a través de redes fijas forman parte del mismo mercado minorista, independientemente de la plataforma de transmisión subyacente (es decir, independientemente de si el servicio al por menor se presta a través de cable coaxial, fibra o hilo de cobre), también han considerado generalmente que los servicios al por menor prestados a través de redes fijas y móviles forman parte de mercados distintos.

<sup>(38)</sup> Véase la Comunicación de 1997 sobre definición de mercados, puntos 57 y 58. Por ejemplo, puede darse la sustituibilidad en cadena cuando una empresa que presta servicios a nivel nacional presiona sobre los precios aplicados por las empresas que prestan servicios en mercados geográficos distintos. Tal puede ser el caso cuando los precios aplicados por las empresas que suministran redes de cable en determinadas zonas se ven influidos por una empresa dominante que opera a nivel nacional. Véase también: asunto COMP/M.1628: TotalFina/Elf, apartado 188.

<sup>(39)</sup> Las pruebas deben demostrar una clara interdependencia de los precios en los extremos de la cadena. El grado de sustituibilidad entre los productos o zonas geográficas pertinentes deberá ser suficientemente sólido.

48. Según jurisprudencia consolidada, el mercado geográfico pertinente comprende un área en la cual las empresas afectadas participan en la oferta y la demanda de los productos o servicios pertinentes, las condiciones de la competencia son suficientemente homogéneas y puede distinguirse de las zonas vecinas por ser significativamente distintas las condiciones de competencia prevalentes<sup>(40)</sup>. Las zonas en las que las condiciones de competencia son heterogéneas no constituyen un mercado uniforme<sup>(41)</sup>.
49. En lo que respecta a la elección de la unidad geográfica a partir de la cual debe iniciar la ANR su evaluación, la Comisión ha expresado a menudo<sup>(42)</sup> que las ANR deben asegurarse de que dichas unidades: a) son del tamaño apropiado, es decir, suficientemente pequeñas para evitar variaciones significativas de las condiciones competitivas dentro de cada unidad, pero suficientemente grandes para evitar microanálisis onerosos y exigentes en recursos que podrían conducir a la fragmentación del mercado, b) son capaces de reflejar la estructura de red de todos los operadores pertinentes, y c) tienen fronteras claras y estables a lo largo del tiempo.
50. Si se encuentran diferencias regionales, pero no se consideran suficientes para justificar mercados geográficos diferentes o constataciones de PSM, las ANR pueden buscar soluciones diferenciadas desde el punto de vista geográfico<sup>(43)</sup>. La estabilidad de la diferenciación, y concretamente el grado en que se puede identificar claramente la frontera de la zona competitiva y permanece constante en el tiempo, es la clave para distinguir entre una segmentación geográfica a nivel de definición de mercado y una segmentación como medida correctora.
51. En el sector de las comunicaciones electrónicas, el alcance geográfico del mercado pertinente se ha delimitado tradicionalmente sobre la base de dos criterios principales<sup>(44)</sup>:
- la zona cubierta por una red<sup>(45)</sup>, y
  - la existencia de instrumentos legales y otros instrumentos reglamentarios<sup>(46)</sup>.

### 3. EVALUACIÓN DEL PSM

52. Con arreglo al artículo 14, apartado 2, de la Directiva 2002/21/CE, se considerará que una empresa tiene PSM si, individual o conjuntamente con otras, disfruta de una posición equivalente a una posición dominante, esto es, una posición de fuerza económica que permite que su comportamiento sea, en medida apreciable, independiente de los competidores, los clientes y, en última instancia, los consumidores<sup>(47)</sup>.

#### 3.1. PSM individual

53. La existencia de PSM individual se comprueba mediante una serie de criterios, la apreciación de los cuales, a la luz de los requisitos especificados en el artículo 16 de la Directiva 2002/21/EC a que se refiere el punto 13 de las presentes directrices, se comenta a continuación.
54. A la hora de considerar el poder de mercado de una empresa, es importante tener en cuenta su cuota de mercado<sup>(48)</sup> y sus competidores, así como la presión ejercida por los competidores potenciales a medio plazo. Las cuotas de mercado pueden ofrecer una primera indicación útil para las ANR sobre la estructura del mercado y la importancia relativa de los diferentes operadores activos en el mismo. Sin embargo, la Comisión interpretará las cuotas de mercado a la luz de las condiciones pertinentes del mercado y, en particular, de su dinámica y del grado en que los productos están diferenciados<sup>(49)</sup>.

<sup>(40)</sup> United Brands, *op. cit.*, apartado 44, Michelin, *op. cit.*, apartado 26; asunto 247/86: Alsatel/Novasam, EU:C:1988:469, apartado 15; Tiercé Ladbroke/Comisión, *op. cit.*, apartado 102.

<sup>(41)</sup> Deutsche Bahn/Comisión, *op. cit.*, apartado 92; asunto T-139/98: AAMS/Comisión, EU:T:2001:272, apartado 39.

<sup>(42)</sup> Véase, por ejemplo, la sección 2.5 de la exposición de motivos que acompaña a la Recomendación 2014/710/UE de la Comisión, SWD(2014) 298.

<sup>(43)</sup> Exposición de motivos que acompaña a la Recomendación 2014/710/UE, SWD(2014) 298, p. 14. Véase igualmente CZ/2012/1322.

<sup>(44)</sup> Véanse, por ejemplo, el asunto IV/ML.1025: Mannesmann/Olivetti/Infostrada, apartado 17 y el asunto COMP/JV.23: Telefónica/Portugal Telecom/Médi Telecom.

<sup>(45)</sup> En la práctica, esta zona corresponderá a los límites de la zona en la que el operador esté autorizado a operar. En el asunto COMP/M.1650: ACEA/Telefónica, la Comisión señaló que, puesto que la empresa en participación tendría una licencia limitada al área de Roma, el mercado geográfico podía definirse como de dimensión local (apartado 16).

<sup>(46)</sup> Por ejemplo, los operadores móviles pueden prestar servicios móviles únicamente en las zonas geográficas en las que se les hayan concedido autorizaciones para el uso del espectro radioeléctrico, contribuyendo de este modo a la dimensión geográfica de los mercados pertinentes; véanse el asunto IV/M.1439: Telia/Telenor, apartado 124, el asunto IV/M.1430: Vodafone/Airtouch, apartados 13-17, y el asunto COMP/JV.17: Mannesmann/Bell Atlantic/Omnitel, apartado 15.

<sup>(47)</sup> Esta definición corresponde a la que la jurisprudencia atribuye al concepto de posición dominante del artículo 102 del Tratado. Véase United Brands, *op. cit.*, apartado 65; Hoffmann-La Roche/Comisión, *op. cit.*, apartado 38.

<sup>(48)</sup> En términos de valor, volumen, líneas de conexión, número de abonados, según proceda en un mercado determinado.

<sup>(49)</sup> Véase el punto 13 de la Comunicación de la Comisión «Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes».



55. Según jurisprudencia reiterada, si una empresa mantiene durante cierto tiempo una cuota de mercado muy elevada -superior al 50 %- ello demuestra por sí mismo, salvo en circunstancias excepcionales, la existencia de una posición dominante <sup>(50)</sup>. La experiencia demuestra que, cuanto mayor es la cuota de mercado y más prolongado el período durante el cual se mantiene, más probable es que constituya una importante indicación preliminar de PSM <sup>(51)</sup>.
56. No obstante, incluso una empresa con una cuota de mercado elevada puede no ser capaz de actuar con un grado apreciable de independencia frente a clientes con suficiente poder de negociación <sup>(52)</sup>. Además, el hecho de que una empresa con una posición de fuerza en el mercado sufra una merma paulatina de su cuota puede ser un indicio de que el mercado se está haciendo más competitivo, pero ello no excluye que se constate la existencia de un PSM. Una fluctuación importante de la cuota de mercado a lo largo del tiempo puede ser indicio de una falta de poder en el mercado pertinente. La capacidad de un nuevo entrante para incrementar su cuota de mercado con rapidez puede también apuntar a que el mercado pertinente en cuestión es más competitivo, y a que se pueden superar <sup>(53)</sup> las barreras de entrada en un plazo razonable <sup>(54)</sup>.
57. Si la cuota de mercado es elevada <sup>(55)</sup>, pero por debajo del 50 %, las ANR deben basarse en otras características estructurales claves del mercado para evaluar el PSM. Deben llevar a cabo una evaluación estructural minuciosa de las características económicas del mercado pertinente antes de sacar ninguna conclusión sobre la existencia de PSM.
58. La siguiente lista no exhaustiva de criterios resulta indicada a efectos de medir el poder de mercado de una empresa para comportarse en medida apreciable con independencia de sus competidores, clientes y consumidores <sup>(56)</sup>:
- obstáculos a la entrada en el mercado,
  - obstáculos a la expansión,
  - tamaño absoluto y relativo de la empresa,
  - control de una infraestructura no reproducible fácilmente,
  - ventajas o superioridad tecnológica y comercial,
  - poder compensatorio bajo o inexistente,
  - acceso fácil o privilegiado a los mercados financieros o recursos de capital,
  - diversificación de productos o servicios (por ejemplo, productos o servicios agrupados),
  - economías de escala,
  - economías de alcance,
  - efectos de red directos e indirectos <sup>(57)</sup>,

<sup>(50)</sup> AKZO Chemie/Comisión, *op. cit.*, apartado 60; asunto T-228/97: Irish Sugar/Comisión, EU:T:1999:246, apartado 70, asunto Hoffmann-La Roche/Comisión, *op. cit.*, apartado 41; asunto AAMS y otros/Comisión, *op. cit.*, apartado 51. Sin embargo, una elevada cuota de mercado solo puede constituir un indicador preciso si se parte del supuesto de que los competidores no están en condiciones de ampliar su producción en un grado suficiente para cubrir el desplazamiento de la demanda resultante del incremento de precios de un rival. Irish Sugar/Comisión, *op. cit.*, apartados 97 a 104.

<sup>(51)</sup> Véase el punto 15 de la Comunicación de la Comisión «Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes».

<sup>(52)</sup> Véase el punto 18 de la Comunicación de la Comisión «Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes».

<sup>(53)</sup> Los obstáculos a la entrada en este sector pueden ser de carácter estructural, legal o reglamentario. Los obstáculos estructurales derivan de una situación original de la demanda o de los costes que crea unas condiciones asimétricas entre los operadores históricos y los nuevos, dificultando o impidiendo la entrada en el mercado de estos últimos. Los obstáculos legales o reglamentarios no se basan en la situación económica, sino que se derivan de medidas legislativas, administrativas o de otro tipo que repercuten directamente sobre las condiciones de entrada y/o el posicionamiento de los operadores en el mercado pertinente. Véase la Recomendación 2014/710/UE de la Comisión.

<sup>(54)</sup> Asunto COMP/M.5532: Carphone Warehouse/Tiscali UK.

<sup>(55)</sup> La experiencia de la Comisión indica que la posición dominante no es probable si la cuota de mercado de la empresa se sitúa por debajo del 40 % en el mercado de referencia. Sin embargo, puede haber casos concretos por debajo de ese umbral en los que los competidores no estén en condiciones de condicionar efectivamente el comportamiento de una empresa en posición dominante. Véase la sentencia United Brands/Comisión, *op. cit.*, y el asunto COMP/M.1741: MCI WorldCom/Sprint.

<sup>(56)</sup> Asuntos NL/2017/1958-59 y NL/2017/1960. Véase el asunto PT/2017/2023.

<sup>(57)</sup> Se dan efectos de red directos cuando el valor de un bien o servicio para un consumidor se deriva del aumento del uso de tal bien o servicio por otros. Se producen efectos de red indirectos cuando el aumento del valor se deriva del aumento del uso de un bien o servicio complementario.

- integración vertical,
- red de distribución y venta muy desarrollada,
- celebración de acuerdos de acceso sostenibles y a largo plazo,
- participación en relaciones contractuales con otros agentes del mercado que podrían conducir a la apropiación del mercado <sup>(58)</sup>,
- ausencia de competencia potencial.

Tomados por separado, los criterios mencionados no necesariamente han de ser determinantes para constatar la existencia de PSM. Dicha constatación debe basarse en una combinación de factores.

59. Una constatación de PSM depende de una evaluación de la facilidad para entrar en el mercado. En el sector de las comunicaciones electrónicas, las barreras de entrada al mercado son a menudo más elevadas a causa, en particular, de la existencia de barreras tecnológicas, tales como la escasez del espectro, que pueden limitar la cantidad de espectro disponible, o en los casos en que, para resultar rentable, la entrada en el mercado pertinente requiere amplias inversiones en infraestructuras y la programación de capacidades a largo plazo <sup>(59)</sup>.
60. No obstante, unos elevados obstáculos a la entrada pueden perder importancia en mercados caracterizados por un progreso tecnológico permanente, en particular, debido a la aparición de nuevas tecnologías que permitan a los nuevos entrantes ofrecer servicios cualitativamente diferentes que pueden desafiar al operador con PSM <sup>(60)</sup>. En los mercados de comunicaciones electrónicas, pueden ser fuente de presiones competitivas las amenazas de innovación de competidores potenciales aún no presentes en el mercado.
61. Por ello, las ANR deben tener en cuenta la posibilidad de que empresas no activas actualmente en el mercado de productos pertinente tomen, a medio plazo, la decisión de entrar en el mercado. Las empresas que, en el supuesto de un incremento de precios, estén en condiciones de cambiar o ampliar su línea de producción o sus servicios para acceder al mercado, deben ser tratadas por las ANR como participantes potenciales en el mercado, incluso si en ese momento no producen el producto o no prestan el servicio de que se trate.
62. La entrada en el mercado es más probable cuando nuevos entrantes potenciales están ya presentes en mercados vecinos <sup>(61)</sup> o prestan servicios que son pertinentes para prestar los servicios al por menor pertinentes o desafiarlos <sup>(62)</sup>. La capacidad de alcanzar la escala de operaciones rentables mínima puede ser fundamental para determinar si la entrada es probable y sostenible <sup>(63)</sup>.
63. Las ANR deben asimismo tener muy en cuenta las economías de escala y de alcance, los efectos de red, la importancia del acceso a los recursos escasos y los costes irrecuperables relacionados con el despliegue de la red.
64. Deben analizar igualmente si el poder de mercado de un operador tradicional puede verse limitado (en precios) por productos o servicios procedentes de fuera del mercado pertinente y los mercados minoristas subyacentes, como los operadores OTT que actúan sobre la base de la prestación de servicios de comunicaciones en línea. Así, incluso cuando una ANR haya considerado que las restricciones procedentes de estos productos y servicios a nivel minorista no son lo suficientemente fuertes para que exista competencia efectiva en el mercado minorista o no son lo suficientemente fuertes para ejercer una presión indirecta en la prestación de servicios mayoristas (a efectos de la definición del mercado mayorista), deben evaluarse las restricciones potenciales en la fase de evaluación del PSM <sup>(64)</sup>. Dado que, en la actualidad, los proveedores OTT no pueden prestar servicios de acceso por sí mismos, en general no ejercen presión competitiva sobre los mercados de acceso.

<sup>(58)</sup> En particular, acuerdos de itinerancia, acuerdos de uso compartido de las redes, así como acuerdos de inversión conjunta no abiertos a terceros, que podrían, entre otras cosas, eliminar un socio comercial independiente con quien pudiera negociar el operador de menor tamaño. Véase el asunto COMP/M.7612: Hutchison 3G UK/Telefónica UK.

<sup>(59)</sup> Hoffmann-La Roche/Comisión, *op. cit.*, apartado 48. Los tipos más importantes de barreras que dificultan la entrada son las economías de escala y los costes irrecuperables. Estas barreras son de particular importancia en el caso del sector de las comunicaciones electrónicas dadas las grandes inversiones necesarias para crear, por ejemplo, una red de comunicaciones electrónicas eficiente para la prestación de servicios de acceso: si un nuevo operador decide abandonar el mercado, es probable que pueda recuperar muy poco.

<sup>(60)</sup> Asunto COMP/M.5532: Carphone Warehouse/Tiscali UK, asunto COMP/M.7018: Telefónica Deutschland/E-Plus y asunto COMP/M.7612: Hutchinson 3G UK/Telefónica UK.

<sup>(61)</sup> Asunto COMP/M.1564: Astrolink JV.

<sup>(62)</sup> Asunto COMP/M.1564: Astrolink JV.

<sup>(63)</sup> Asunto COMP/M.1741: MCI WorldCom/Sprint.

<sup>(64)</sup> Asunto FR/2014/1670.

### 3.2. PSM conjunto

65. La definición de lo que constituye una posición de dominio conjunto en Derecho de la competencia la aporta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y ha evolucionado a lo largo del tiempo. El concepto de PSM conjunto debe deducirse de la misma manera. Una posición dominante la pueden ocupar varias empresas, jurídica y económicamente independientes entre sí, siempre que, desde un punto de vista económico, se presenten o actúen juntas en un mercado específico, como una entidad colectiva<sup>(65)</sup>. En el asunto Gencor<sup>(66)</sup>, el Tribunal examinó de qué manera las características adecuadas del mercado podrían dar lugar a una relación de interdependencia entre las partes, permitiendo a cada una prever el comportamiento de la otra. Como se expone claramente en el asunto Airtours<sup>(67)</sup>, la existencia de un acuerdo o de otras relaciones jurídicas no es indispensable para afirmar que existe una posición dominante colectiva. Tal afirmación podría resultar de otros factores de correlación y dependería de una apreciación económica y, en especial, de una apreciación de la estructura del mercado<sup>(68)</sup>.
66. Existe una posición dominante colectiva cuando, habida cuenta de las características reales del mercado pertinente, cada miembro del oligopolio dominante en cuestión, en la medida en que tenga conocimiento de la existencia de intereses comunes, considera que es posible, económicamente racional y, por tanto, preferible adoptar de manera duradera una política común para su comportamiento en el mercado, con el fin de vender por encima de los precios competitivos, sin necesidad de celebrar un acuerdo o recurrir a una práctica concertada en el sentido del artículo 101 del Tratado y sin que los competidores, los clientes o los consumidores reales o potenciales puedan reaccionar de manera efectiva<sup>(69)</sup>.
67. El Tribunal General estimó en la sentencia Airtours que para la afirmación de una posición dominante colectiva así definida son necesarias tres condiciones acumulativas<sup>(70)</sup>:
- En primer lugar, todos los miembros del oligopolio dominante deben tener la posibilidad de conocer el comportamiento de los demás miembros para comprobar si están adoptando o no una política común. No basta con que cada uno de ellos sea consciente de que un comportamiento interdependiente en el mercado resulta beneficioso para todos, sino que deben tener un modo de saber si los demás operadores adoptan la misma estrategia y si la mantienen. Debe haber, por lo tanto, bastante transparencia en el mercado para que todos los miembros del oligopolio dominante conozcan de manera suficientemente precisa e inmediata la manera en que evoluciona el comportamiento en el mercado de los otros miembros.
  - En segundo lugar, la situación de coordinación tácita debe poder mantenerse en el tiempo, es decir, debe existir un incentivo para no apartarse de la línea de conducta común en el mercado. Únicamente si todos los miembros del oligopolio dominante mantienen el comportamiento paralelo podrán salir beneficiados. La noción de represalia por lo que respecta al comportamiento que se aparte de la política común es, pues, inherente a esta condición. Para que una situación de posición dominante colectiva sea viable, debe haber mecanismos de disuasión adecuados que garanticen que existe un incentivo a largo plazo para no apartarse de la política común, lo que significa que todos los miembros del oligopolio dominante deben ser conscientes de que una actuación altamente competitiva por su parte, dirigida a incrementar su cuota de mercado, provocaría actuaciones idénticas en otros, de manera que su iniciativa no le reportaría beneficio alguno.
  - En tercer lugar, para demostrar la existencia de una posición dominante de modo suficiente con arreglo a Derecho, debe demostrarse asimismo que la reacción previsible tanto de los competidores actuales y futuros como de los consumidores no cuestionaría los resultados esperados de la línea de acción común.
68. En el asunto Impala II<sup>(71)</sup> el Tribunal de Justicia confirmó dichos criterios estableciendo las condiciones en cuya presencia es más probable que surja la coordinación tácita. Según el Tribunal de Justicia, dicha colusión tácita es más probable si los competidores pueden adquirir fácilmente una percepción común de la forma en que debe funcionar la coordinación, y, en particular, de los parámetros que se prestan a erigirse en punto focal de la coordinación que se propone<sup>(72)</sup>. Al mismo tiempo, el Tribunal indicó la necesidad de evitar un planteamiento mecánico consistente en la verificación de cada uno de dichos criterios de forma aislada, sin tener en cuenta el mecanismo económico global de una hipotética coordinación tácita<sup>(73)</sup>. Las características del mercado deben evaluarse en referencia a este mecanismo de coordinación hipotética.

<sup>(65)</sup> Asunto C-395/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, EU:C:2000:132, apartados 35 y 36.

<sup>(66)</sup> Asunto T-102/96: *Gencor Ltd/Comisión*, EU:T:1999:65, apartado 163.

<sup>(67)</sup> Asunto T-342/99: *Airtours plc/Comisión*, EU:T:2002:146.

<sup>(68)</sup> *Compagnie Maritime Belge*, apartado 45.

<sup>(69)</sup> Asunto T-342/99: *Airtours plc/Comisión*, EU:T:2002:146, apartado 61. Asunto C-413/06: *Impala II*, EU:C:2008:392, apartado 122.

<sup>(70)</sup> *Ibidem*, apartado 62.

<sup>(71)</sup> *Impala II*, apartado 123.

<sup>(72)</sup> Lo que se entiende por acuerdo tácito sobre las condiciones de la coordinación entre las empresas en posición dominante conjunta, una solución que los operadores que entran en colusión tácita tenderán a adoptar en las circunstancias específicas del mercado y que exige la existencia de transparencia en el mercado. Véase el apartado 123 de la sentencia *Impala II*.

<sup>(73)</sup> *Ibidem*, apartado 125.

69. En este contexto, para determinar si dos o más empresas en un mercado pertinente poseen conjuntamente PSM, a efectos de determinar si procede imponerles obligaciones reglamentarias *ex ante*, las ANR deben llevar a cabo un análisis de la evolución probable durante el próximo período de revisión <sup>(74)</sup>. Deben plantearse si, a la luz del conjunto de consideraciones, la situación del mercado conduciría a un mecanismo de coordinación tácita, sobre la base de la prueba económica establecida por el Tribunal de Justicia. Según lo establecido en el considerando 26 de la Directiva 2002/21/CE, puede concluirse que dos o más empresas ocupan una posición dominante no solo cuando existen vínculos estructurales o de otro tipo entre ellas, sino también cuando la estructura del mercado pertinente propicia los efectos coordinados.
70. Un análisis prospectivo debe tener en cuenta la evolución esperada o previsible del mercado a lo largo del próximo período de revisión para determinar si el resultado probable es una práctica colusoria tácita. La probabilidad de los elementos de la prueba económica establecida por el Tribunal de Justicia debe determinarse teniendo en cuenta las estructuras del mercado y toda la información disponible sobre el comportamiento del mercado que facilite el desarrollo del mecanismo hipotético de coordinación y el establecimiento un equilibrio de colusión tácita. El mecanismo postulado debe analizarse como parte de una teoría verosímil de coordinación tácita <sup>(75)</sup>, incluidas consideraciones por lo que se refiere a los datos y pruebas disponibles, así como consideraciones hipotéticas. Como se desprende de la jurisprudencia citada, debería evitarse todo planteamiento de lista de control.
71. Al igual que en las orientaciones de la Comisión sobre las concentraciones horizontales <sup>(76)</sup>, en un análisis prospectivo debe tenerse en cuenta toda la información pertinente disponible sobre las características de los mercados en cuestión, incluidas tanto las características estructurales como el comportamiento previo de los participantes en el mercado.
72. Llegar a un entendimiento común del comportamiento coordinado suele resultar más sencillo en entornos económicos menos complejos y más estables. Dado que la coordinación suele resultar más sencilla entre un menor número de operadores, parecería pertinente en particular examinar el número de participantes en el mercado. Además, puede resultar más fácil alcanzar un entendimiento común sobre las condiciones de la coordinación si se observa una relativa simetría, especialmente en cuanto a estructuras de costes, cuotas de mercados, niveles de capacidad, incluida la cobertura, niveles de integración vertical y capacidad para reproducir los paquetes.
73. La existencia de transparencia en los precios puede suponerse más fácilmente en los mercados de masas minoristas, y la homogeneidad de los productos puede aumentar el nivel de transparencia, pero incluso la complejidad de las tarifas y los productos a nivel minorista puede reducirse estableciendo unas normas de fijación de precios más simples, como la identificación de un pequeño número de productos de referencia emblemáticos. En los mercados de comunicaciones electrónicas móviles y fijas con penetración casi completa, la volatilidad de la demanda tiende a ser escasa y solo se pueden adquirir nuevos clientes arrebatándoselos a otros agentes del mercado, lo que aumenta la transparencia en lo que respecta a las cuotas de mercado <sup>(77)</sup>.
74. Al hacer una previsión de los datos actuales y de la evolución futura más probable, las ANR deben utilizar un enfoque «greenfield» modificado, según lo establecido en el punto 17, que exige que los efectos de cualquier reglamentación vigente basada en el peso significativo en el mercado queden excluidos de la evaluación <sup>(78)</sup>.
75. El tipo de pruebas a disposición de las ANR en los mercados que están regulados en el momento del análisis será de carácter diferente al disponible en mercados no regulados. No obstante, las ANR aún podrían estar en condiciones de aportar pruebas sobre la estructura y el comportamiento del mercado, por ejemplo en los casos en que la reglamentación en vigor no haya corregido plenamente las deficiencias del mercado observadas. Esto no significa que la exigencia de la prueba deba ser menor, ni que el mecanismo de coordinación tácita postulado deba ser diferente.
76. En relación con el punto 15, a la hora de apreciar la existencia de PSM conjunto para determinar si debe imponerse regulación *ex ante*, las ANR pueden, en consecuencia, tener en cuenta todas las circunstancias del mercado para establecer que es probable emerja como resultado de ellas un comportamiento de colusión tácita en ausencia de regulación *ex ante* si i) estas circunstancias son coherentes con la economía de la teoría de la colusión tácita propuesta por la ANR, y si ii) una vez evaluadas, se consideran pertinentes para explicar que el mercado propicia el comportamiento hipotético de colusión tácita descrito, sobre la base de un análisis integrado apoyado en los criterios expuestos en el asunto *Airtours* y posteriormente confirmados y aclarados en los asuntos *Impala*.

<sup>(74)</sup> *Ibidem*, apartado 123.

<sup>(75)</sup> *Ibidem*, apartado 130.

<sup>(76)</sup> Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO C 31 de 5.2.2004, p. 5).

<sup>(77)</sup> En el contexto de las concentraciones, estas consideraciones fueron objeto de un debate en profundidad en relación con el mercado de las comunicaciones electrónicas, por ejemplo en el asunto COMP M.7758: *HUTCHISON 3G ITALY/WIND/JV*.

<sup>(78)</sup> Véase el asunto SI/2009/0913, en el que la Comisión aclaraba que este enfoque es muy adecuado para evaluar la proclividad de un mercado hacia una práctica colusoria tácita en presencia de regulación existente basada en un PSM individual, indicando que lo importante en el presente caso es la situación que prevalecería en ausencia de las obligaciones reglamentarias impuestas a *Mobitel* en este mercado específico (enfoque «greenfield» modificado).

77. El análisis de PSM conjunto ha de tener en cuenta las particularidades del sector de las comunicaciones electrónicas, y en especial el hecho de que, dados los vínculos que suelen existir entre los mercados mayoristas y minoristas, el mecanismo económico de una colusión tácita no se limita al nivel mayorista, sino que debe evaluarse teniendo en cuenta la interacción de ambos niveles. A este respecto, pueden identificarse puntos focales al nivel mayorista o al minorista y las represalias pueden tener lugar dentro de los mercados mayorista y minorista descendente funcionalmente conectados, así como en mercados minoristas conexos, o incluso fuera de estos mercados si los oligopolios están presentes e interactúan en ellos.
78. Según lo expuesto por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Impala II*, además de por la transparencia del mercado, una estructura de mercado conducente a la práctica colusoria tácita también se puede caracterizar por la concentración del mercado y la homogeneidad del producto<sup>(79)</sup>. Otras características conducentes a la misma conclusión pueden extrapolarse de la jurisprudencia o de las decisiones reguladoras anteriores. En una lista no exhaustiva de las características del mercado que las ANR pueden tener en cuenta en su evaluación caso por caso figurarían, por ejemplo, las cuotas de mercado, la elasticidad de la demanda, la integración vertical, el coste y las compatibilidades de la producción, la cobertura global de la red, la rentabilidad y los ingresos medios por usuario (ARPU), la simetría relativa del operador y la similitud conexas de las operaciones al por menor. Sin embargo, no se propone ninguna lista exhaustiva. Además, la pertinencia de estos parámetros debe determinarse y evaluarse caso por caso y teniendo en cuenta las circunstancias nacionales. Si las ANR desean utilizar parámetros inspirados en la práctica de la competencia *ex post* o el control de operaciones de concentración, deben hacerlo teniendo en cuenta las peculiaridades de la regulación *ex ante* en el sector de las comunicaciones electrónicas<sup>(80)</sup>, con el fin de determinar, en el caso concreto, si las características del mercado pertinente son tales que cada uno de los miembros del oligopolio dominante considera posible, económicamente racional y, por tanto, preferible adoptar de manera duradera una política común para su comportamiento en el mercado<sup>(81)</sup>.

#### Transparencia

79. Sobre la base de las orientaciones expuestas en los puntos 72, 73 y 77, una base de partida para encontrar un PSM conjunto es el establecimiento de una política común que sirva de referencia para la conducta futura.
80. Al investigar si un mercado es lo suficientemente transparente como para permitir una coordinación tácita, debe examinarse si los operadores tienen un incentivo importante para converger hacia unos resultados coordinados identificables y abstenerse de confiar en una conducta competitiva. Así ocurrirá cuando los beneficios a largo plazo de un comportamiento anticompetitivo superen con creces las ganancias a corto plazo resultantes de una conducta competitiva. Tal como se indica en el punto 78, la aplicación y el mantenimiento de la coordinación tácita se ven facilitados por determinadas características del mercado que pueden hacer que un determinado mercado sea más propenso a la coordinación.
81. En el caso concreto de las comunicaciones electrónicas, que cuentan con grandes obstáculos a la entrada y elevados costes hundidos, los recién llegados tienen un incentivo para aumentar su cuota de mercado a fin de garantizarse la recuperación de los costes. Por otra parte, la simetría en la cuota de mercado no es necesaria para incentivar la colusión tácita, siempre que se haya alcanzado una escala mínima<sup>(82)</sup> o las estructuras de costes sean comparables<sup>(83)</sup>.
82. En el marco de la apreciación de la existencia de un PSM colectivo, y sin perjuicio de los criterios descritos en el anterior punto 67, una estrecha alineación de los precios durante un largo período, sobre todo si están por encima del nivel competitivo, unida a otros factores típicos de una posición dominante colectiva, podría bastar, a falta de explicación alternativa razonable, para demostrar la existencia de una posición dominante colectiva, incluso si no hay pruebas directas firmes de una gran transparencia en el mercado, pues en tales circunstancias la transparencia puede presumirse<sup>(84)</sup>. La investigación de estas circunstancias debe llevarse a cabo con esmero y, sobre todo, debe adoptarse un enfoque basado en el análisis de estrategias de coordinación plausibles que puedan existir dadas las circunstancias<sup>(85)</sup>. En particular, a efectos de la regulación *ex ante* en el sector de las comunicaciones electrónicas, la constatación de una coordinación preexistente tal y como se ha descrito anteriormente no es un requisito previo, pero puede ser pertinente, en particular si las características del mercado no han cambiado sensiblemente o no es probable que lo hagan en el próximo período de revisión.

<sup>(79)</sup> *Impala II*, apartado 121.

<sup>(80)</sup> La evaluación a efectos de la regulación *ex ante* requiere un marco de análisis específico en determinados aspectos, como la citada necesidad de hacer caso omiso de la regulación actualmente en vigor, la necesidad de tener en cuenta un plazo específico de la regulación o la falta de una hipótesis de contraste binaria específica que está presente en un análisis sobre las concentraciones.

<sup>(81)</sup> *Airtours plc/Comisión*, *op. cit.*, apartado 61; asunto C-413/06: *Impala II*, EU:C:2008:392, apartado 122.

<sup>(82)</sup> Esto debe evaluarse con arreglo a las circunstancias nacionales y al mercado pertinente en cuestión, teniendo en cuenta la necesidad de promover una entrada eficiente en el mercado. Véase, por ejemplo, el anexo de la Recomendación 2009/396/CE de la Comisión, de 7 de mayo de 2009, sobre el tratamiento normativo de las tarifas de terminación de la telefonía fija y móvil en la Unión Europea (DO L 124 de 20.5.2009, p. 67).

<sup>(83)</sup> Asunto ES/2005/0330.

<sup>(84)</sup> Asunto T-464/04: *Impala II*, EU:C:2006:216, apartado 252.

<sup>(85)</sup> *Impala II*, apartado 129.

83. Aunque el comportamiento pasado pueda informar la evaluación prospectiva de la probable dinámica del mercado en el próximo período de revisión efectuada por las ANR, estas deben ser conscientes del hecho de que, incluso en presencia de regulación, la mera imposición de precios controlados a productos de acceso mayorista puede no ser explicación suficiente del ajuste de los precios observado durante un largo período a nivel minorista. Tal ajuste, a falta de explicación alternativa razonable, pueden ser indicio de una práctica colusoria tácita, si están presentes otros factores típicos de una posición dominante colectiva. Las explicaciones alternativas razonables, aparte de las obligaciones reglamentarias que establecen los niveles de precios, pueden ser, por ejemplo, de naturaleza económica, si los niveles de precios pueden justificarse dadas las estructuras de costes en un mercado competitivo.
84. Por otra parte, a efectos de la apreciación del criterio de transparencia, en las circunstancias específicas de la regulación *ex ante* de los mercados de comunicaciones electrónicas, donde las barreras de entrada para los nuevos entrantes suelen ser elevadas, una negativa de los propietarios de la red a proporcionar acceso mayorista en condiciones razonables puede ser un posible punto focal de una política común adoptada por los miembros de un oligopolio. Dicha negativa por parte de los operadores de redes puede, por lo tanto, apuntar a la existencia de una política común, que conviene tener en cuenta, junto a otros factores, al efectuar un análisis de PSM conjunto. Se puede observar un punto focal basado en la denegación de acceso en el caso de los operadores que no están sometidos a obligaciones de acceso *ex ante*, o preverlo en el caso de los sí sometidos a tales obligaciones en el momento de efectuar el análisis, siempre que concurren determinadas condiciones. Entre estas condiciones figuran un incentivo compartido para mantener unas ganancias (beneficios) significativas o anormalmente altas en los mercados minoristas descendentes o conexos, que la ANR comprueba no guardan proporción con las inversiones efectuadas y los riesgos asumidos<sup>(86)</sup>, u otros tipos de política común en un mercado no relacionados con los precios que propician una coordinación tácita incompatible con un mercado minorista que funciona correctamente, según expuso el Tribunal de Justicia en la sentencia *Impala II*<sup>(87)</sup>, que pueden aducirse también como prueba de que la denegación de acceso constituye un punto focal creíble. También procede evaluar si el operador en cuestión posee una escala suficiente para justificar la prestación de un servicio mayorista a terceros.

#### Sostenibilidad

85. Con el fin de lograr que la política común resulte sostenible con el paso del tiempo, debe existir un incentivo para que ningún miembro del oligopolio se desvíe de las condiciones de la coordinación. Esto se deriva del hecho de que los miembros del oligopolio dominante solo pueden beneficiarse en caso de que todos ellos mantengan el comportamiento paralelo. La existencia de una amenaza de represalias real, que disuada de cualquier desviación, es un requisito necesario para garantizar que el mecanismo de coordinación sigue siendo creíble a lo largo del tiempo.
86. Por lo que se refiere a la necesidad de recurrir al ejercicio de una sanción, el Tribunal General aclaró que basta, en principio, la mera existencia de un mecanismo de disuasión eficaz, dado que si los miembros del oligopolio se ajustan a la política común, no hay necesidad de recurrir al ejercicio de una sanción. El mecanismo de disuasión más eficaz es el que no se ha utilizado<sup>(88)</sup>.
87. Esta aclaración es especialmente oportuna, por ejemplo, en casos en los que una ANR considera que el punto focal de una colusión tácita en el nivel mayorista se compone de una denegación (implícita) de acceso al por mayor<sup>(89)</sup>, y cuando las transacciones mayoristas suelen ser escasas. En tales casos, las ANR no necesitan demostrar que las represalias consistirían en la celebración de otro acuerdo de acceso por los otros operadores en colusión tácita, sino que pueden señalar un mecanismo de retorsión creíble diferente<sup>(90)</sup> en mercados minoristas descendentes o conexos (por ejemplo, una guerra de precios a corto plazo)<sup>(91)</sup>. Consideraciones relacionadas con la portabilidad y la tasa de abandono<sup>(92)</sup> en circunstancias específicas podrían fundamentar aún más la supuesta sensibilidad del consumidor a las variaciones de los precios y ayudar a las ANR a predecir la probabilidad de que las represalias a nivel minorista resultasen eficaces<sup>(93)</sup>.
88. La credibilidad de una amenaza de sanción (mecanismo) o su ejercicio debe ser considerada por las ANR en el análisis caso por caso.

<sup>(86)</sup> Asunto ES/2005/0330.

<sup>(87)</sup> *Impala II*, apartado 121. Véase también la presente exposición de motivos, sección «deficiencias del mercado a nivel minorista».

<sup>(88)</sup> *Impala I*, apartado 466.

<sup>(89)</sup> El acceso que permitiría a un demandante de acceso competir eficazmente en el nivel minorista.

<sup>(90)</sup> Si bien el segundo criterio de la prueba *Airtours* requiere «una actuación idéntica por parte de los demás», esta debe interpretarse como una actuación altamente competitiva por parte de uno de los miembros del oligopolio dominante en respuesta a la actuación altamente competitiva de otro miembro del oligopolio dominante que puede, sin embargo, tener una forma diferente; véase la sentencia *Airtours*, *op. cit.*, apartado 62.

<sup>(91)</sup> Esto es importante, ya que una sanción contra el oligopolista 1 por conceder acceso a un competidor mediante la concesión de acceso a otros competidores por el oligopolista 2 podría tener efectos a largo plazo en el mercado, socavando aún más los beneficios del autor de la represalia, por lo que no constituiría un factor disuasorio creíble de los comportamientos oportunistas. Véase también el asunto ES/2005/0330.

<sup>(92)</sup> La portabilidad del número es la posibilidad de que los usuarios finales conserven su número en el plan nacional de numeración telefónica con independencia de la empresa que preste el servicio, y la tasa de abandono es el porcentaje de abonados a un servicio que anulan su abono a lo largo de determinado período.

<sup>(93)</sup> Asunto ES/2005/0330.

*Factores externos*

89. La evaluación de factores compensatorios a la teoría de la colusión tácita incluye consideraciones económicas en cuanto a si los operadores actualmente presentes en el mercado y no pertenecientes al oligopolio de la colusión tácita actúan como competidores marginales o pueden llegar a convertirse en «disidentes», o a si los clientes tienen suficiente poder de compra compensatorio como para poner en peligro el mecanismo colusorio.
90. En el marco de la regulación *ex ante* en el sector de las comunicaciones electrónicas, la posición en el mercado y el vigor de los competidores pueden evaluarse en función de varios factores, vinculados a los obstáculos para la entrada de competidores potenciales y a la situación competitiva de los operadores ya establecidos en dicho mercado y las barreras para su expansión. Los parámetros pertinentes en dicha evaluación incluirán la cuota de mercado en el mercado evaluado, las economías de alcance conexas, el potencial para atender a todos los productos solicitados por los clientes a nivel minorista, su peso relativo en el área principal de actividad, la existencia de competidores marginales o disidentes, etc. A este respecto, las ANR deben incluir en su proyecto de medida una evaluación de si los competidores marginales tienen o no capacidad para cuestionar el resultado anticompetitivo de la coordinación <sup>(94)</sup>.
91. Como se ha mencionado en el punto 59, los mercados de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas tienen elevadas barreras a la entrada, en particular de carácter económico, ya que el despliegue de una red, a falta de acuerdo de acceso mayorista, es dilatado y costoso, pero también de carácter jurídico, ya que, en particular, la política del espectro puede limitar el número de operadores de redes móviles <sup>(95)</sup>. Por esta razón, es probable que un hipotético nuevo entrante que pudiera perturbar un equilibrio de colusión tácita tuviera que utilizar, por lo menos en parte, la infraestructura de otros. En ausencia de intervención reguladora, de acuerdos comerciales sostenibles o de innovación tecnológica perturbadora, puede considerarse habitualmente que la probabilidad de una entrada perturbadora es en general baja a corto y medio plazo.
92. En lo referente a los clientes, en mercados de masas es improbable que sean capaces de ejercer individualmente un poder de compra relevante. Por otra parte, algunos usuarios finales empresariales que compran productos para empresas o a medida podrían ser capaces de ejercer un poder de compra compensatorio, por lo que debe analizarse su reacción potencial, si procede, en el mercado concreto.
93. Los destinatarios de la presente Comunicación son los Estados miembros.

*Por la Comisión*

Mariya GABRIEL

*Miembro de la Comisión*

---

<sup>(94)</sup> Asunto IE/2004/0121.

<sup>(95)</sup> Véase la nota 52 y la Exposición de motivos que acompaña a la Recomendación 2014/710/UE, SWD(2014) 298, p. 4.