



RESOLUCIÓN (Expte. 12/2009, Telefónica)

Pleno

D. Javier Berasategi Torices, Presidente

D. Joseba Andoni Bikandi Arana, Vicepresidente

D. Juan Luis Crucelegui Gárate, Vocal

Secretario: José Antonio Sangroniz

En Vitoria-Gasteiz, a 11 de febrero de 2010

El Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia, con la composición ya expresada y siendo Ponente D. Javier BERASATEGI TORICES, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente 12/2009, Telefónica, incoado por el Servicio Vasco de Defensa de la Competencia contra Telefónica de España S.A.U. y Telefónica Móviles España, S.A.U., por la realización de una supuesta conducta prohibida en el artículo 2 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, consistente en la aplicación de una tarificación discriminatoria a las llamadas dirigidas a los clientes de telefonía móvil de Euskaltel, S.A.



1	ANTECEDENTES DE HECHO	3
2	HECHOS PROBADOS	6
2.1	El denunciante y las empresas imputadas.....	6
2.2	Conflicto de interconexión Euskaltel c. TESAU y TME	7
2.3	Precios minoristas de TESAU y TME.....	9
2.4	Conflicto comercial y regulatorio Euskaltel-Orange.....	11
2.5	Evolución comercial de Euskaltel en 2007.....	12
3	FUNDAMENTOS JURÍDICOS	12
3.1	Ley sustantiva aplicable	13
3.2	El marco regulatorio	13
3.2.1	Unión Europea.....	14
3.2.2	España.....	19
3.2.2.1	Telefonía fija minorista: Resolución Acceso Fijo 2006	20
3.2.2.2	Telefonía fija minorista: Resolución Tráfico Fijo 2006	20
3.2.2.3	Telefonía móvil mayorista: Resolución OMVs.....	21
3.2.2.4	Telefonía móvil mayorista: Resolución de Terminación ORMs.....	25
3.2.2.5	Telefonía móvil mayorista: Resolución de Terminación OMVs.....	26
3.2.2.6	Telefonía móvil mayorista: Resolución de Terminación Móvil.....	26
3.3	Competencia del TVDC	27
3.4	Confianza legítima.....	30
3.5	Mercados relevantes	32
3.5.1	Mercado nacional de tráfico telefónico fijo.....	32
3.5.2	Mercado nacional de telefonía móvil	32
3.6	Posición dominante	33
3.6.1	Posición dominante de TESAU en el mercado nacional de llamadas de telefonía fija.....	34
3.6.2	Posición dominante colectiva de TME, Vodafone y Orange en el mercado nacional de telefonía móvil.....	38
3.7	Abuso.....	57
3.7.1	Discriminación anticompetitiva.....	58
3.7.2	Ausencia de justificación objetiva.....	62
3.7.3	Conclusión.....	69
4	SANCIÓN ECONÓMICA	70
5	PARTE DISPOSITIVA	72
6	ANEXO	74
7	SIGLAS Y ABREVIATURAS	77



1 ANTECEDENTES DE HECHO

(1) El 17 de diciembre de 2007 tuvo entrada en el registro del Servicio Vasco de Defensa de la Competencia (“SVDC”) una denuncia de EUSKALTEL, S.A. (“Euskaltel”) contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (“TESAU”) por un abuso de posición dominante contrario al artículo 2 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (“LDC”), consistente en la fijación de precios superiores a las llamadas dirigidas a clientes de Euskaltel con respecto a las llamadas dirigidas a otros operadores de telefonía móvil (*folios 1 a 266*)¹.

(2) El 20 de diciembre de 2007 tuvo entrada en el registro del SVDC otra denuncia de Euskaltel contra TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. (“TME”) por una conducta análoga a la denunciada el 17 de diciembre de 2007 (*folios 883 a 1163*)².

(3) El 16 de enero de 2008, el SVDC remitió a la Comisión Nacional de la Competencia (“CNC”) sendas notas sucintas descriptivas de las conductas detectadas junto con su documentación soporte, de conformidad con lo previsto en el artículo 2.1 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia (“Ley 1/2002”), asumiendo la competencia para investigar las conductas denunciadas (*folios 277 a 280 y 1166 a 1169*).

(4) El 31 de enero de 2008 el SVDC recibió sendos oficios de la CNC en los que se reclamaba la competencia para conocer de ambos asuntos (*folios 285 a 291 y 1174 a 1179*), oficios que fueron contestados el 21 de febrero de 2008 por el SVDC (*folio 303 y 1190*).

(5) El 3 de marzo de 2008, la CNC solicitó la convocatoria de la Junta Consultiva en Materia de Conflictos (“Junta Consultiva”), prevista en el artículo 3 de la Ley 1/2002. La Junta Consultiva se reunió el 6 y el 19 de mayo de 2008 y adoptó su Dictamen en esta última fecha. El Dictamen reconoció la competencia de los órganos de defensa de la competencia de Euskadi para tramitar y resolver el presente procedimiento: “En conclusión, tal y como queda reflejado en el informe, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1 de la Ley 1/2002, esta Junta Consultiva entiende que en el presente caso no existen efectos de la conducta de carácter supraautonómico.” (*folios 343 a 359 y 1233 a 1249*).

(6) El 20 de mayo de 2008 el Director del SVDC acordó la incoación de expedientes sancionadores contra TESAU (Exp. 18/2007) y TME (Exp. 20/2007) por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en la LDC (*folios 305 a 307 y folios 1192 a 1194*).

¹ El 11 de febrero de 2008, Euskaltel envió al SVDC un escrito complementario de su denuncia (*folios 301-302*)

² El 20 de febrero de 2008, Euskaltel envió al SVDC un escrito complementario de su denuncia (*folios 1188-1189*).



(7) El 3 de junio de 2008, el SVDC solicitó información a TESAU (*folios 333 a 337*) y TME (*folios 1222 a 1226*). El 2 de julio de 2008, TESAU remitió escrito de contestación al requerimiento de información (*folios 771 a 789*), mientras que TME hizo lo propio el 28 de julio de 2008 (*folios 1664 a 1681*).

(8) El 13 de junio de 2008, tuvo entrada en el registro del SVDC un escrito del Director de Investigación de la CNC en el que solicitaba se admitiera a la Dirección de Investigación como parte interesada en los expedientes 18/2007 y 20/2007 (*folios 360 y 1251*). El 17 de junio de 2008, la Dirección de Investigación de la CNC fue admitida como parte interesada en los mismos (*folios 376 a 377 y 1252 a 1253*).

(9) El 18 de junio de 2008, de acuerdo con lo establecido en el artículo 17.2.d) del la LDC, se solicitó a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (“CMT”) el correspondiente informe no vinculante, suspendiéndose el transcurso del plazo de instrucción del procedimiento desde la fecha de salida del oficio de solicitud de informe citado hasta la recepción de la información solicitada (*folios 385 a 386 y 1261 a 1262*). El informe emitido por la CMT (“Informe CMT”) fue recibido el 15 de septiembre de 2008 (*folios 816 a 841 y 1707 a 1732*), levantándose la suspensión decretada el 16 de septiembre de 2008 (*folios 842 y 1737*). El Informe CMT presentó las siguientes conclusiones:

“- La conducta investigada guarda una estrecha relación con la actividad llevada a cabo por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en lo concerniente a la determinación de los precios mayoristas por la terminación de llamadas en la red de EUSKALTEL, por lo que será conveniente atender a dichas resoluciones y restante normativa relevante (en particular, la relativa a la definición y análisis de los mercados susceptibles de regulación *ex ante*) a efectos de la resolución del procedimiento en curso;

- La fijación de los precios minoristas de llamadas por parte de TME y TESAU es una actividad liberalizada, aun cuando obviamente está sometida al respeto de la normativa sectorial vigente y la normativa horizontal de competencia. Durante una parte relevante del período en que tuvo lugar la política diferenciada de precios respecto de EUSKALTEL, tampoco existía una regulación mayorista de los precios de terminación de llamadas en la red de dicho operador que pudiera servir como base para la determinación de los precios minoristas;

- Los mercados relevantes son los mercados minoristas de tráfico telefónico fijo y tráfico telefónico móvil. En la aplicación de la regulación *ex ante* de mercados, la CMT ha considerado que la dimensión geográfica de ambos mercados es nacional;

- TME no ha sido declarado como operador con PSM - concepto equivalente a la posición de dominio según la normativa de competencia - en ningún mercado minorista de telefonía móvil. Por su parte, TESAU ha sido declarado como operador con PSM en los mercados de tráfico telefónico fijo.

- A efectos de valorar la conducta de TESAU, conviene distinguir dos períodos temporales, delimitados por la Resolución del conflicto de interconexión entre TESAU y EUSKALTEL de 26 de julio de 2007. En opinión de esta Comisión, no existen indicios que permitan concluir que la conducta de TESAU pueda calificarse como una conducta abusiva en ninguno de estos dos hitos temporales.



- En todo caso, en opinión de esta Comisión no han quedado acreditados los posibles efectos negativos sobre el mercado derivados de la conducta de TESAU.”

(10) El 30 de octubre de 2008 el Director del SVDC dictó Resolución por la que disponía la acumulación de los expedientes 18/2007 y 20/2007, mediante la incorporación íntegra del expediente 20/2007 en el 18/2007, al haberse observado la existencia de una conexión directa entre ellos (*folios 861 a 863*).

(11) El 11 de noviembre de 2008 el SVDC adoptó el correspondiente Pliego de Concreción de Hechos (*folios 1843 a 1862*). El 4 de diciembre de 2008, la Dirección de Investigación de la CNC presentó alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos (*folios 1970 a 1973*), mientras que TESAU y TME lo hicieron conjuntamente el 22 de diciembre de 2008 (*folios 1975 a 2086*).

(12) El 30 de marzo de 2009, se solicitó información complementaria a TME en relación a su volumen de negocios en el País Vasco, solicitud que fue respondida el 30 de abril de 2009 (*folios 2214 a 2216*).

(13) El 8 de junio de 2009, el Director del SVDC dictó Resolución por la que se ampliaba el acuerdo de incoación de expediente sancionador, aceptando su personación como interesados a CABLEEUROPA, S.A.U., TENARIA, S.A. y FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A (“Orange”³).

(14) El 23 de julio de 2009 el SVDC adoptó una Propuesta de Resolución (*folios 2438 a 2530*), a la que presentaron alegaciones la Dirección de Investigación de la CNC (*folios 3249-3253*), TESAU y TME de forma conjunta (“Alegaciones de TESAU/TME”, *folios 3257-3596*) y Orange (*folios 3597-3612*).

(15) El 8 de septiembre de 2009 el SVDC remitió al TVDC el expediente acompañado de un informe que incluía la Propuesta de Resolución.

(16) El 15 de septiembre de 2009, el Pleno del TVDC acordó numerar el Expediente, nombrar Ponente al Sr. BERASATEGI TORICES. El 25 de septiembre de 2009 el TVDC admitió las pruebas documentales presentadas en las Alegaciones de TESAU/TME.

(17) El 11 de febrero de 2010, el Pleno del TVDC, a propuesta del Ponente, adoptó por unanimidad la presente Resolución.

(18) Son interesados en este expediente las siguientes empresas o instituciones:

- EUSKALTEL,S.A.
- TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.
- TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U.

³ France Telecom España, S.A. adquirió Retevisión Móvil, S.A. (que operaba en la telefonía móvil con el nombre comercial “Amena”), pasando a operar con el nombre comercial “Orange”. A efectos de esta Resolución se utiliza el nombre de “Orange” para identificar a ambas empresas.



- FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.
- CABLEEUROPA, S.A.U.
- TENARIA, S.A.
- COMISIÓN NACIONAL DE COMPETENCIA

2 HECHOS PROBADOS

(19) Esta Resolución considera probados los siguientes hechos:

2.1 El denunciante y las empresas imputadas

(20) El denunciante, Euskaltel, es “un operador global de telecomunicaciones del País Vasco, ofrece servicios de Telefonía Fija, Móvil, Internet y Televisión Digital”⁴. Euskaltel es el “cuarto operador a nivel del Estado por ingresos tanto en Telefonía Fija como Telefonía Móvil, operando en un mercado que supone menos del 5% de la población del Estado”.

(21) En el ámbito de la telefonía móvil, Retevisión Móvil, S.A. (“Orange”) y Euskaltel suscribieron en 1998 un Acuerdo Marco de Colaboración para la comercialización del servicio DCS 1800 en la Comunidad Autónoma de Euskadi (“Acuerdo Marco de Colaboración”). Desde 1999 hasta finales de 2006, Euskaltel era el único comercializador de servicios de telefonía móvil en el mercado, junto a los tres operadores de redes móviles (“ORMs”) que disponían de una concesión sobre el espectro radioeléctrico: TME, Vodafone y Orange.

(22) El 6 de febrero de 2006, la CMT adoptó la “Resolución por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil, la designación de los operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión europea” (“Resolución OMVs”)⁵. Esta Resolución consideró que los tres ORMs presentes en España (TME, Vodafone y Orange) conjuntamente tienen poder significativo de mercado y les obligó a poner a disposición de terceros (conocidos como Operadores Móviles Virtuales u “OMVs”) todos los elementos necesarios para la prestación de servicios de telefonía móvil minorista, a precios razonables.

(23) El 14 de junio de 2006, Euskaltel se inscribió en el Registro de Operadores y Servicios de Comunicaciones Electrónicas de la CMT como persona autorizada para la prestación del servicio telefónico móvil disponible al público en la modalidad OMV. El 19 de octubre de 2006, la CMT asignó a Euskaltel dos bloques de cien mil números para la prestación del servicio telefónico móvil disponible al público comprendidos en los rangos 6886 y 6888, identificados por los dígitos NXYA de la secuencia NXYABMCDU⁶.

⁴ Presentación de Euskaltel en su página web (consultada el 15.01.2010):

http://www.euskaltel.com/CanalOnline/homes/home_corporativo.jsp

⁵ Resolución de 6 de febrero de 2006, Expediente AEM2005/933.

⁶ Resolución sobre la solicitud de Euskaltel de asignación de numeración para servicio telefónico móvil disponible al público, DT 2006/1132. Este hecho tuvo una amplia repercusión mediática. Véase por



(24) Los denunciados, TESAU y TME, son filiales al 100% de Telefónica, S.A., empresa cabecera del Grupo Telefónica, una de las mayores compañías de telecomunicaciones del mundo por capitalización bursátil, cuya actividad se centra principalmente en los negocios de telefonía fija y móvil, con la banda ancha como la herramienta clave para el desarrollo de ambos negocios⁷. TESAU es la empresa líder de telefonía fija y banda ancha en España mientras que TME lidera el mercado español de telefonía móvil y servicios asociados.

2.2 Conflicto de interconexión Euskaltel c. TESAU y TME

(25) En septiembre de 2006 Euskaltel llegó a un acuerdo de acceso con el ORM Vodafone (operador *host* u anfitrión) para ofrecer servicios minoristas de telefonía móvil como OMV completo con numeración propia y capacidad para llegar a acuerdos de interconexión de redes con otros operadores fijos y móviles. Inmediatamente, Euskaltel entabló negociaciones bilaterales con TESAU y TME, entre otros operadores, con el fin de firmar un Acuerdo General de Interconexión de sus redes.

(26) El 11 de octubre de 2006, Euskaltel envió a TESAU y TME una propuesta de precio medio de terminación de 15,4 céntimos/minuto, que suponía un diferencial favorable (“mark-up”) a Euskaltel de un 45,21% con relación al precio medio de terminación de su operador anfitrión (Vodafone)⁸.

(27) Ante el rechazo por parte de TESAU y TME de su primera oferta, el 27 de noviembre de 2006, Euskaltel revisó su propuesta de precios a la baja, pese a que aún recogía un diferencial positivo de un 33,7% respecto a los precios medios de terminación de su operador anfitrión (Vodafone)⁹.

(28) Ante la ausencia de acuerdo entre las partes, el 13 de marzo de 2007, TESAU interpuso ante la CMT un conflicto de interconexión con Euskaltel en relación con los precios de terminación de llamadas en la red de esta última. En paralelo, el 20 de marzo de 2007 Euskaltel planteó ante la CMT un conflicto de interconexión con TESAU, TME y Orange. Ambas solicitudes fueron tramitadas conjuntamente en un mismo expediente.

(29) El 26 de julio de 2007, la CMT dictó la Resolución sobre el conflicto de interconexión interpuesto por TESAU contra Euskaltel (“Resolución Interconexión Euskaltel”)¹⁰. Según se recoge en ella, las posiciones de Euskaltel y TESAU/TME durante las negociaciones y ante la CMT eran las siguientes:

“Así en el caso del conflicto de interconexión de Euskaltel con TESAU y TME, la diferencia de posturas estaría entre la demanda de Euskaltel, cuantificada en un precio

ejemplo, Revista Consumer, 24 de octubre de 2006, “La CMT concede a Euskaltel 200.000 nuevos números para sus nuevas altas de móvil” (se cita que “todos comenzarán por las siglas 688-”).

⁷ Presentación de Telefónica en su página web (consultada el 15.01.2010):

http://www.telefonica.com/es/about_telefonica/html/quienessomos/quienessomos.shtml

⁸ Informe CMT, página 16.

⁹ Informe CMT, página 15, nota al pie nº 15.

¹⁰ Resolución de 26 de julio de 2007, Expediente MTZ 2007/303.



de terminación que incluya un mark-up del 33,7% sobre el precio medio de su operador host, y el máximo aceptable por TESAU y TME, que serían unos precios de terminación que incluyeran un mark-up inicial del 15% sobre el precio medio del operador host con un compromiso de convergencia de los precios en abril de 2009, fecha del último ajuste de la actual regulación de terminación”¹¹.

(30) La CMT consideró que Euskaltel no debía gozar de ningún mark-up en relación a su operador anfitrión. Sin embargo, la CMT decidió aceptar el precio de terminación aceptado por TESAU/TME durante las negociaciones con Euskaltel porque estimó que en la resolución de un conflicto de interconexión, son las pretensiones de las partes las que fijan su objeto¹². De esta forma la CMT reconoció a Euskaltel un mark-up de un 15% respecto a su operador anfitrión con una senda decreciente hasta converger con el precio de terminación de éste en abril de 2009.

(31) Habiendo concluido que Euskaltel no era merecedor de ningún mark-up, la CMT obligó a Euskaltel a aplicar a Orange el precio medio de terminación de su operador anfitrión, porque Orange no había aceptado voluntariamente ningún mark-up en beneficio de Euskaltel. En todo caso, la CMT adelantó que el mark-up reconocido a Euskaltel se aplicaría “sin perjuicio de que en el marco de un proceso de declaración a Euskaltel como operador con PSM en el mercado de terminación de llamadas en redes móviles individuales, la presente determinación de precios pudiera ser modificada de acuerdo con consideraciones mas apropiadas a dicho proceso regulatorio”¹³.

(32) El 22 de noviembre de 2007, la CMT adoptó una Resolución desestimatoria del recurso potestativo de reposición contra la Resolución Interconexión Euskaltel (“Resolución Recurso Interconexión Euskaltel”)¹⁴. Una de las razones esgrimidas por la CMT para justificar el diferencial de precios de terminación reconocido a Euskaltel era la aplicación por parte de TESAU y TME de precios más elevados a las llamadas dirigidas a clientes de Euskaltel desde prácticamente el inicio de la interconexión física de sus redes, siendo este diferencial minorista sustancialmente mayor que el diferencial de precios de terminación reconocido a Euskaltel¹⁵.

¹¹ Resolución Interconexión Euskaltel, páginas 15-16.

¹² En opinión de Euskaltel, dicho mark-up era “absolutamente necesario para compensar de alguna manera la situación más ventajosa en que se encuentran los operadores ya establecidos, que han sido declarados con poder significativo de mercado (en adelante, PSM), y que pueden beneficiarse de economías de escala significativas al disponer de un número sustancial de clientes” (Resolución Interconexión Euskaltel, páginas 2-3).

¹³ Resolución Interconexión Euskaltel, página 17.

¹⁴ Resolución por la que se resuelve el recurso potestativo de reposición interpuesto por las operadoras EUSKALTEL, VODAFONE ESPAÑA, S.A. y TME contra la Resolución de 26 de julio sobre el conflicto de interconexión interpuesto por TESAU contra EUSKALTEL, Expediente AJ 2007/1024.

¹⁵ Resolución Interconexión Euskaltel, páginas 17-18: “Tampoco se ha de pasar por alto el hecho de que TESAU y TME esté aplicando mayores tarifas minoristas a sus usuarios a sus llamadas con destino a abonados de Euskaltel desde prácticamente la interconexión física de ambas redes y justificando esta práctica en el mayor coste de interconexión. Es razonable creer, además, que dichas tarifas descuentan un mark-up muy superior, pues coinciden con las aplicadas a las que terminan en la red de Xfera, con un mark-up reconocido muy superior. Por eso, de no proceder al reconocimiento de cierto margen a Euskaltel, se estaría beneficiando económicamente a ambos operadores, pues, si finalmente no hubiera un sobrecoste para esas llamadas, nada justificaría la discriminación en sus tarifas subvencionada por sus usuarios, pero con posibles efectos perjudiciales para Euskaltel [nota a pie: Desde el punto de



2.3 Precios minoristas de TESAU y TME

(33) El 15 de noviembre de 2006, TESAU comunicó a las CMT las nuevas tarifas aplicables a partir del 13 de diciembre de 2006 a las llamadas a los clientes de telefonía móvil de Euskaltel, cuyos precios medios eran los siguientes:

TESAU	Precio medio (céntimos/m.)
TME	21,1605
VODAF.	21,6060
ORANGE	21,2103
EUSKALTEL	26,8444

Coste de establecimiento de llamada (12 céntimos/m.) no incluido

(34) Asimismo, el 21 de noviembre de 2006 TME comenzó a comunicar a sus clientes las nuevas tarifas aplicables a partir del 1 de enero de 2007 a las llamadas a Euskaltel, que incluían un recargo de 6 céntimos por minuto en la tarifa habitual.

(35) TESAU/TME notificaron el incremento del precio de las llamadas fijas y móviles a Euskaltel a todos sus clientes individualmente (bien mediante comunicación en la factura, bien mediante SMS a los clientes de prepago en telefonía móvil). Asimismo, las nuevas tarifas se dieron a conocer en sus páginas web, en los servicios de atención telefónica automatizada (VRU) y en la Red de Distribución (*folio 1698 a 1700*).

(36) Si bien TME ha afirmado que no ha “realizado ninguna acción comercial específica en relación a los precios de las llamadas con origen en clientes de [la empresa] y destino a la red móvil de Euskaltel”, lo cierto es que el día 24 de noviembre de 2006 diversos medios nacionales publicaron reportajes sobre los incrementos de los precios de las llamadas de TME a Euskaltel (*folios 949 a 952*): “Movistar cobrará un recargo en las llamadas a Xfera y a móviles virtuales” (Cinco Días); “Movistar cobrará más por llamar a Yoigo y Euskaltel” (Expansión); “Movistar subirá sus llamadas dirigidas a Yoigo y Euskaltel” (La Gaceta); “Movistar aplicará un recargo desde enero a las llamadas a Yoigo y otras nuevas compañías de telefonía móvil” (El País); “Movistar cobrará más por llamar a Yoigo y Euskaltel” (El Mundo). Estos artículos, coincidentes en fecha y contenido, citaban como fuente de algunos datos y opiniones recogidos en ellos a la propia operadora. En particular, el artículo del Cinco Días reflejaba de esta forma las causas de esta política tarifaria:

“Movistar ha levantado la primera barrera contra los nuevos rivales del mercado. La filial de Telefónica cobrará a sus clientes un recargo de seis céntimos por minuto a partir del 1 de enero cuando llamen a teléfonos de Xfera o de algunas compañías de móvil virtual. ¿El objetivo? Desincentivar este tráfico y recuperar parte del alto coste de terminación que le aplican a ella. (...). Ante este escenario, las operadoras establecidas están diseñando estrategias de protección y la primera en mover ficha ha sido Telefónica. (...). La consecuencia inmediata de este encarecimiento es que el tráfico de los clientes de Movistar hacia los operadores virtuales y Xfera se verá penalizado, lo que supondrá una traba para el desarrollo de estas firmas. Pero ésta es sólo una reacción

vista del usuario llamante, los factores a considerar serían, por un lado, el gasto asociado al consumo de dicho servicio, y por otro, el nivel de información]”.



indirecta, ya que el motivo real de la subida de precio es recuperar parte del sobrecoste que le suponen a Telefónica las llamadas a estas compañías.”

(37) Los medios de comunicación del País Vasco también se hicieron eco del incremento de tarifas aplicado por TME a las llamadas a clientes de Euskaltel. Por ejemplo, el diario de mayor difusión del País Vasco (El Correo) analizó esta noticia en sus ediciones del 27 y 30 de enero de 2007 (*folios 43-44 y 953*).

(38) TESAU finalizó la aplicación de precios elevados a las llamadas el 1 de enero de 2008, mientras que TME lo hizo el 18 de octubre de 2007.

(39) En suma, TESAU aplicó a sus 15.222.418 clientes un precio medio de 26,84 céntimos por minuto en las llamadas a los clientes de Euskaltel desde el 13 de diciembre de 2006 al 1 de enero de 2008¹⁶. Este precio medio suponía un diferencial de más de 5 céntimos por minuto en relación a los precios medios aplicados a las llamadas dirigidas a los 21.342.393 clientes de TME, a los 13.672.644 clientes de Vodafone y a los 11.114.158 clientes de Orange. En particular, el precio medio de la llamada a Euskaltel era prácticamente un 27% más caro que el precio medio de la llamada a TME.

(40) Por otra parte, desde el 1 de enero de 2007 hasta el 18 de octubre de 2007, TME aplicó a sus 21.342.393 clientes unas tarifas en las llamadas a los clientes de Euskaltel que equivalían a un recargo de 6 céntimos por minuto con respecto a todas las tarifas nominales aplicables a los 13.672.644 clientes de Vodafone y a los 11.114.158 clientes de Orange¹⁷. Por ejemplo, en la Tarifa 24 Horas de TME, vigente del 1 de enero al 28 de febrero de 2007, las llamadas a la red Euskaltel eran un 33% más caras que las llamadas a las redes de TME, Vodafone y Orange en la modalidad postpago y un 20% más caras en la modalidad prepago, como consecuencia del recargo aplicado por TME. Asimismo, en la Tarifa CLUB, que tuvo el mismo periodo de vigencia, las llamadas a la red Euskaltel eran un 20,68% más caras que las llamadas a las redes Vodafone y Orange en la modalidad postpago y un 12,5% más caras en la modalidad prepago. Por otra parte, en la Tarifa Tu Tiempo, vigente del 1 de marzo al 18 de octubre de 2007, las llamadas a la red Euskaltel en la modalidad postpago eran un 20% más caras que las llamadas a las redes de TME, Vodafone y Orange en horario normal y un 55,5% más caras en horario reducido, mientras que en la modalidad prepago eran un 9,34% más caras en horario normal y un 41,6% más caras en horario reducido.

Tarifa 24 Horas (1.01.2007-28.02.2007)	Postpago (céntimos/m.)	Prepago (céntimos/m.)
TME, Vodafone, Orange	18	30
Euskaltel	24	36

No se incluye el consumo mínimo (modalidad postpago) ni el coste de establecimiento de llamada.

¹⁶ Se ha tenido en cuenta el número de líneas de cada operador a 31 de diciembre de 2006, según información disponible en el Informe Anual 2006 de la CMT (“Memoria CMT 2006”). Lógicamente, el número de líneas/clientes varió durante la vigencia de la conducta.

¹⁷ Véase planes tarifarios de TME (*folios 1.627 a 1.632*). En una Presentación interna de 5 de octubre de 2006 (*folios 1.620 a 1.624*), TME afirmó que contaba con más de [CONFIDENCIAL] millones de líneas suscritas a planes tarifarios que no discriminaban entre llamadas off-net/on-net, equivalentes a aproximadamente un [CONFIDENCIAL]% del parque de TME.



Tarifa CLUB (1.01.2007-28.02.2007)	Postpago (céntimos/m.)	Prepago (céntimos/m.)
Precio TME	8	12
Precio Vodafone / Orange	29	48
Precio Euskaltel	35	54

No se incluye el consumo mínimo (modalidad postpago) ni el coste de establecimiento de llamada.

Tarifa Tu Tiempo (Postpago) (1.03.2007-18.10.2007)	Horario normal (céntimos/m.)	Horario reducido (céntimos/m.)
TME, Vodafone, Orange	30	10,8
Euskaltel	36	16,8

No se incluye el consumo mínimo ni el coste de establecimiento de llamada.

Tarifa Tu Tiempo (Prepago) (1.03.2007-18.10.2007)	Horario normal (Céntimos/m.)	Horario reducido (Céntimos/m.)
TME, Vodafone, Orange	64,2	14,4
Euskaltel	70,2	20,4

No se incluye el coste de establecimiento de llamada.

2.4 Conflicto comercial y regulatorio Euskaltel-Orange

(41) El acuerdo de Euskaltel con Vodafone para operar como OMV dio lugar a la rescisión del Acuerdo Marco de Colaboración entre Euskaltel y Orange. Ambos operadores se acusaron mutuamente de su incumplimiento, lo que dio lugar a (1) un arbitraje para determinar la responsabilidad de cada empresa en la terminación del contrato y (2) un procedimiento ante la CMT iniciado en septiembre de 2006 para determinar la titularidad de los contratos de telefonía móvil firmados al amparo del Convenio Marco de Colaboración.

(42) El 9 de noviembre de 2006, la CMT adoptó una Resolución (“Resolución Conflicto Euskaltel-Orange”) obligando a Euskaltel a utilizar el mecanismo jurídico de la portabilidad de números de Orange a Euskaltel para obtener la titularidad de los clientes contratados al amparo del Acuerdo Marco de Colaboración, a fin de “preservar la libertad de los usuarios para decantarse por una u otra compañía”. Por otra parte, se obligó a Orange a garantizar hasta el 31 de enero de 2007 la prestación del servicio a todos los clientes contratados al amparo del Acuerdo Marco de Colaboración y de forma indefinida para los clientes que, habiendo solicitado la portabilidad a Euskaltel no hubiesen culminado el proceso antes de esa fecha¹⁸. Asimismo, la CMT levantó la prohibición cautelar de campañas comerciales individualizadas o generales sobre los clientes del Acuerdo Marco de Colaboración.

(43) La Resolución de 9 de noviembre de 2006 fue recurrida en reposición por Euskaltel. En su Resolución de 18 de enero de 2007¹⁹, la CMT decidió ampliar el plazo para llevar a cabo la portabilidad de los clientes desde Orange a Euskaltel hasta el 31 de

¹⁸ Resolución de 9 de noviembre de 2006, MTZ 2006/1141.

¹⁹ Resolución relativa al recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad Euskaltel, S.A. contra la Resolución de fecha 9 de noviembre de 2006, relativa al conflicto formulado por dicha entidad frente a France Telecom España, S.A., solicitando la transmisión de recursos de numeración y el acceso al servicio telefónico móvil y a elementos específicos de dicho servicio de Orange, Expediente AJ 2006/1522.



marzo de 2007 (y más allá de dicha fecha respecto de aquellos clientes cuya solicitud de portabilidad estuviesen en curso) por la “complejidad” del proceso²⁰.

2.5 Evolución comercial de Euskaltel en 2007

(44) Según los datos aportados por el Informe CMT (*folio 1710*), en diciembre de 2006, Euskaltel comenzó el proceso de portabilidad de clientes de la red Orange a su propia red con una cifra de 421.000 clientes activos (350.000 con consumo) bajo el Acuerdo Marco de Colaboración, cifra que representaba aproximadamente un 20% de las líneas de telefonía móvil del País Vasco. A 31 de diciembre de 2007, Euskaltel contaba con 260.000 clientes. Por el camino, la empresa había perdido un 34% de los clientes del Acuerdo Marco de Colaboración: un 20% se habían decantado por Orange antes del plazo fijado por la CMT para llevar a cabo la portabilidad, y un 14% no se habían decidido por Euskaltel u Orange antes de dicho plazo. Asimismo, el proceso de portabilidad supuso a Euskaltel una pérdida del 20% de los ingresos generados por los clientes, mientras que los ingresos desde el final de la portabilidad hasta el 31 de diciembre de 2007 aumentaron un 12,5%. De ello, se concluye que en 2007 Euskaltel sufrió una pérdida de clientes y de ingresos en telefonía móvil con respecto a 2006. Asimismo, esta pérdida de clientes se reflejó en una disminución de su cuota del total de líneas de telefonía móvil en el País Vasco, que descendió a un 12% aproximadamente²¹. Los ingresos de telefonía móvil de Euskaltel representaron un 0,4% de los ingresos totales del mercado de telefonía móvil en 2007²².

3 FUNDAMENTOS JURÍDICOS

(45) Esta Resolución debe dilucidar si la tarificación selectiva aplicada por TESAU/TME a las llamadas a clientes de telefonía móvil de Euskaltel, en respuesta a la oferta de precios de terminación formulada por esta última el 11 de octubre de 2006, constituye un abuso de posición dominante prohibido por el artículo 2 de la LDC²³, tal como defiende el SVDC en su Propuesta de Resolución. En particular, el Tribunal debe pronunciarse sobre la conformidad con la LDC de: (1) la decisión de TESAU de aplicar a las llamadas de sus clientes a la red Euskaltel una tarifa superior a la aplicada a las llamadas de sus clientes a los ORMs (TME, Vodafone y Orange); y (2) la decisión de TME de aplicar a las llamadas de sus clientes a la red Euskaltel una tarifa superior a la aplicada a las llamadas de sus clientes a los restantes ORMs (Vodafone y Orange).

²⁰ Nota de prensa CMT, “La CMT amplía el plazo para solicitar la portabilidad en el conflicto entre Euskaltel y Orange”, 18.01.2007.

²¹ El Informe Anual 2007 de la CMT “Penetración de servicios finales y de infraestructuras de Telecomunicación. Parámetros seleccionados por Comunidades Autónomas” asignaba a la rúbrica “resto operadores” (entre las que se encuentra Euskaltel) una cuota de las líneas postpago de telefonía móvil del 12,5% (*folio 1533*). Asimismo, la Memoria del año 2007 de la CMT (“Memoria CMT 2007”) asigna a Euskaltel una cuota del 12% del mercado vasco de telefonía móvil (página 72).

²² Memoria 2007 CMT, página 257.

²³ El artículo 2.1 de la LDC prohíbe “la explotación abusiva por parte de una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del territorio nacional”. El artículo 2.2 señala que “en particular, el abuso podrá consistir, en particular, en: (...) d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.



(46) Las Alegaciones de TESAU/TME niegan la existencia de una conducta incardinable en el artículo 2 de la LDC. Los argumentos desplegados por TESAU/TME en sus Alegaciones pueden agruparse en cuatro categorías: (1) falta de jurisdicción del TVDC; (2) conformidad de la conducta con el marco regulatorio y confianza legítima de TESAU/TME; (3) ausencia de una posición dominante individual o colectiva; y (4) ausencia de conducta abusiva.

(47) Las alegaciones de Orange respaldan la Propuesta de Resolución y consideran que las conductas de TESAU/TME constituyen un abuso de sus respectivas posiciones dominantes en el País Vasco, prohibido por el artículo 2 de la LDC.

(48) Las alegaciones de la Dirección de Investigación de la CNC no se pronuncian sobre el fondo del asunto si bien insisten en que el TVDC “debería ceñir su análisis a la ‘discriminación selectiva’ sobre Euskaltel, de acuerdo con la terminología de la Propuesta de Resolución, utilizando como dato la aplicación por parte de TME de un esquema tarifario con discriminación de precios minoristas off-net/on-net dirigido a todos sus competidores, incluido Euskaltel, sin pronunciarse sobre si el mismo tiene carácter abusivo, y a partir de esta situación de hecho limitarse a analizar si la fijación de precios minoristas en las llamadas a Euskaltel tiene un efecto discriminatorio de carácter abusivo con respecto a los precios fijados frente a otros operadores”.

(49) Después de un análisis minucioso de la Propuesta de resolución, el Informe CMT y todas las alegaciones formuladas, este Tribunal considera que es el órgano competente para enjuiciar la tarificación selectiva aplicada por TESAU/TME a las llamadas con destino en la red Euskaltel, conductas que constituyen sendos abusos de posición dominante, prohibidos por el artículo 2 de la LDC.

(50) En los Fundamentos Jurídicos siguientes se desgranán estas conclusiones detenidamente.

3.1 Ley sustantiva aplicable

(51) Las conductas enjuiciadas se iniciaron durante la vigencia de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia y terminaron durante la vigencia de la Ley 15/2007. La Propuesta de Resolución ha considerado que la ley sustantiva aplicable es la Ley 15/2007. Este Tribunal considera que, a priori, la aplicación de la Ley 15/2007 puede resultar más favorable para TESAU y TME que la aplicación de la Ley 16/1989 porque, si bien el concepto de abuso de posición dominante y el límite máximo de la sanción son idénticos en ambas leyes, la Ley 15/2007 delimita con mayor precisión las infracciones y los criterios sancionadores, reduciendo así la discrecionalidad sancionadora²⁴. En todo caso, en el apartado correspondiente de esta Resolución se detalla que el importe económico de la sanción hubiera sido el mismo aun si se hubiera aplicado la Ley 16/1989.

3.2 El marco regulatorio

(52) TESAU/TME han insistido en la relevancia del marco regulatorio y las

²⁴ Asimismo, los criterios para la cuantificación de las sanciones son análogos en ambas leyes, por lo que un abuso de posición dominante como el aquí juzgado podría llevar al mismo resultado sancionador en ambas leyes.



actuaciones regulatorias de la Comisión Europea (“Comisión”) y la CMT para justificar, en mayor o menor medida, la falta de competencia de este Tribunal, la existencia de una confianza legítima a su favor, la inexistencia de una posición dominante y, sobre todo, la inexistencia de una conducta abusiva.

(53) Por ello, este Tribunal considera necesario analizar con cierto detalle el marco regulatorio y las actuaciones relevantes de la Comisión y la CMT, de las que TESAU/TME pretenden extraer unas conclusiones que no pueden ser compartidas en esta Resolución.

3.2.1 Unión Europea

(54) La Directiva 2002/21 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 (“Directiva Marco”), estableció un marco armonizado para la regulación de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas²⁵. La Directiva Marco contiene disposiciones horizontales relativas al ámbito de aplicación y los principios generales, las definiciones básicas, las disposiciones generales sobre las autoridades nacionales de reglamentación (ANR) y un nuevo concepto de poder significativo en el mercado (“PSM”)²⁶.

(55) Asimismo, la Directiva Marco encomendó a la Comisión la adopción de una recomendación sobre mercados pertinentes de productos y servicios en el sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante y unas Directrices que faciliten a las ANR la definición del mercado y el análisis competitivo.

(56) En virtud de este mandato legal, la Comisión adoptó una Recomendación en 2003, 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 Marco (“Recomendación de Mercados Relevantes 2003”)²⁷ y unas Directrices sobre análisis del mercado y evaluación del peso

²⁵ Diario Oficial, L 108/33, 24.4.2002. La Directiva Marco ha sido modificada por la Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, DOCE L 337/37, 18.12.2009.

²⁶ La Directiva Marco define expresamente el PSM de forma equivalente a la posición dominante en su artículo 14: “una empresa tiene peso significativo en el mercado si disfruta de una posición que permite que su comportamiento sea independiente de los competidores, los clientes y, en última instancia, los consumidores”.

²⁷ Recomendación de la Comisión, de 11 de febrero de 2003, 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, Diario Oficial L 114 de 8.5.2003. La Recomendación de mercados relevantes ha sido sustituida por una nueva Recomendación de la Comisión, de 17 de diciembre de 2007, 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 (“Recomendación de Mercados Relevantes 2007”), Diario Oficial L 344 de 28.12.2007.



significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (“Directrices PSM”)²⁸.

(57) En la Recomendación de Mercados Relevantes 2003 se establecía que las ANR debían definir y analizar 18 diferentes mercados del sector de las comunicaciones electrónicas con carácter periódico, para determinar si dichos mercados se desarrollaban en un entorno de competencia efectiva e imponer, en caso contrario, las obligaciones específicas que resultasen necesarias.

(58) En relación al análisis de estos mercados, el párrafo 6 de la Recomendación de Mercados Relevantes 2003 diferenciaba entre mercados al por menor (minoristas) y mercados al por mayor (mayoristas). La diferenciación entre mercados minoristas y mayoristas también era relevante a los efectos de la imposición de obligaciones regulatorias. El Memorando explicativo de la Recomendación de mercados relevantes (“Memorando explicativo”) priorizaba la regulación en el mercado mayorista conexo frente a la regulación del mercado minorista relevante²⁹.

(59) Si bien el párrafo 24 de las Directrices PSM establece que la definición de los mercados y el análisis del peso significativo de mercado a los efectos de la imposición de obligaciones regulatorias debe hacerse con arreglo a los principios de la legislación sobre competencia, el párrafo 14 reconoce expresamente que la legislación sectorial se aplica por las ANR de manera concurrente con la legislación sobre competencia aplicada por la Comisión y las autoridades nacionales de competencia (“ANC”)³⁰. El Memorando explicativo también prevé expresamente la aplicación concurrente de

²⁸ Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, Diario Oficial C 165 de 11.7.2002.

²⁹ Memorando Explicativo de la Recomendación de mercados relevantes, páginas 15-16: “Las ANR están facultadas para imponer, como último recurso y tras la debida consideración, una regulación en el segmento al por menor a una empresa con peso significativo en el mercado. Sin embargo, sólo deben imponerse controles reguladores a los servicios al por menor cuando las ANR consideren que las medidas aplicadas al mercado al por mayor o conexo no harían posible alcanzar el objetivo de garantizar la competencia efectiva. En principio, la ausencia de competencia efectiva puede darse tanto al por menor como al por mayor o en ambos segmentos. Esto significa que las ANR pueden verse obligadas a examinar el grado de poder de mercado general de las empresas y su repercusión sobre la competencia efectiva. La identificación de un mercado al por menor a efectos del análisis de mercado *ex ante* no implica, cuando una ANR llega a la conclusión de que no existe competencia efectiva, la aplicación a dicho mercado de soluciones reguladoras. Los controles reguladores sobre servicios al por menor sólo pueden imponerse cuando las medidas aplicadas al mercado por mayor o conexo no harían posible alcanzar el objetivo de garantizar la competencia efectiva”.

³⁰ Directrices PSM, párrafo 14: “Estas Directrices...se entenderán sin perjuicio de la aplicación del Derecho comunitario, y en particular de la normativa sobre competencia, por la Comisión y por las autoridades nacionales competentes, y de su interpretación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal de Primera Instancia. Las presentes Directrices no prejuzgan ninguna medida que la Comisión pueda adoptar ni ninguna directriz que la Comisión pueda publicar en el futuro con respecto a la aplicación de la legislación europea sobre competencia”. Asimismo, párrafo 31: “En la práctica, no puede excluirse que surjan procedimientos paralelos con arreglo a la regulación *ex ante* y a la legislación sobre competencia con respecto a distintos tipos de problemas en los mercados pertinentes. Por consiguiente, las autoridades de competencia podrán efectuar sus propios análisis del mercado e imponer las soluciones adecuadas con arreglo a la legislación sobre competencia en paralelo con las medidas sectoriales que pueden aplicar las ANR”.



ambos ordenamientos jurídicos (el sectorial y el de defensa de la competencia)³¹.

(60) Por otra parte, el artículo 19 de la Directiva Marco prevé la adopción por la Comisión de Recomendaciones dirigidas a los Estados miembros para la aplicación armonizada de las disposiciones de la Directiva Marco y las Directivas específicas en este campo e impone a los Estados miembros la obligación de velar “por que las autoridades nacionales de reglamentación tengan en cuenta en la máxima medida posible dichas recomendaciones en el cumplimiento de sus misiones”.

(61) En virtud del artículo 19 de la Directiva Marco, la Comisión ha adoptado una “Recomendación sobre Precios de Terminación”³². La Recomendación establece los factores de costes que deberían tener en cuenta todos los reguladores nacionales de telecomunicaciones de la UE a la hora de fijar las tarifas de terminación que no sean a precios de mercado, sino objeto de regulación, con el fin de reducir significativamente las tarifas de terminación hasta 1,5-3 céntimos de euro por minuto para finales de 2012. En particular, las tarifas de terminación deben basarse en los costes de un operador eficiente y aplicarse a todos los operadores al mismo nivel, si bien caben excepciones en determinadas condiciones y por tiempo limitado, si se justifican por diferencias de costes que escapen al control de un operador³³.

(62) La Comisión considera que la situación actual de precios elevados de terminación de llamadas en las redes de telefonía móvil benefician a los ORMs con cuotas elevadas de mercado y discriminan a los operadores de telefonía fija y los pequeños operadores de telefonía móvil (remitentes netos de tráfico hacia los ORMs grandes), todo ello en perjuicio de la competencia y el bienestar de los consumidores³⁴.

³¹ Memorando explicativo de la Recomendación de Mercados Relevantes 2003, página 15: “La existencia de una solución dentro de la legislación sobre competencia que se corresponda con la que podría imponer la ANR no impide a ésta imponer una solución semejante. Cuando, por ejemplo, una empresa esté en posición dominante con arreglo a la legislación sobre competencia, el artículo 82 del Tratado la obliga a comportarse de manera no discriminatoria. Acaso resulte conveniente que una ANR imponga además a esa empresa unos requisitos específicos *ex ante* de transparencia e información con el fin de facilitar el control de la mencionada no discriminación (por ejemplo, en lo que se refiere a los plazos de entrega). Por otra parte, la imposición de una solución *ex ante* significaría que, en caso de plantearse problemas en dicho mercado, además del recurso a las autoridades competentes en materia de competencia podría hacerse uso de las disposiciones del nuevo marco regulador sobre resolución de litigios e intervención de las ANR”.

³² Recomendación 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 UE, L 124/67, 20.5.2009. La Recomendación fue acompañada de un Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión, que incluía una Nota Explicativa (“Nota Explicativa del Documento de Trabajo”) y una nota sobre las “Implicaciones para la Industria, la Competencia y los Consumidores” (“Documento de Trabajo: Implicaciones para la Industria, la Competencia y los Consumidores”).

³³ Comisión, nota de prensa IP/09/710 de 7.5. 2009, “Telecomunicaciones: la Comisión actúa sobre las tarifas de terminación para impulsar la competencia”.

³⁴ Comisión, nota de prensa IP/09/710 de 7.5. 2009: “Para la Comisión, las diferencias en cuanto a costes subyacentes, redes o características nacionales no pueden justificar estas discrepancias. Se trata de una subvención indirecta que beneficia a los operadores móviles con elevada cuota de mercado en detrimento de los operadores móviles más pequeños y de los operadores fijos. Además, desvían fondos que serían necesarios para inversiones críticas, como la mejora de las redes para hacer posible la Internet de alta velocidad, y obstaculizan la aparición de servicios innovadores como los productos de convergencia de las telefonías fija y móvil y las ofertas combinadas de llamadas a precios competitivos. Las tarifas de terminación constituyen para los operadores tanto un ingreso como un gasto: cuando un



(63) En particular, en la Nota Explicativa del Documento de Trabajo, la Comisión afirma que la acción conjunta de los precios elevados en la terminación de llamadas en las redes de telefonía móvil y una tarificación minorista que diferencia entre las redes de destino puede impedir que los nuevos operadores desarrollen una competencia efectiva en el mercado³⁵. Asimismo, la Comisión menciona que la literatura económica reciente ha sacado a la luz los incentivos estratégicos que las principales empresas de telefonía móvil tienen para reducir el número de llamadas destinadas a las redes de los nuevos operadores, disminuyendo así su atractivo y su capacidad para competir³⁶. Por último, la Comisión constata que las tarifas minoristas, al no ser a priori objeto de regulación, son adoptadas libremente por las empresas³⁷.

(64) En el Documento de Trabajo: Implicaciones para la Industria, la Competencia y los Consumidores, la Comisión ahonda en esa cuestión y menciona la oferta tarifaria

operador gana menos con ellas, otro tiene menos costes. Durante el cuatrienio 2009-2012, a medida que los reguladores se vayan ajustando al enfoque más coherente expuesto en la Recomendación, es de esperar que los pequeños operadores móviles (que son remitentes netos de tráfico de llamadas a otras redes) paguen menos a sus competidores de más envergadura, que los operadores fijos obtengan al menos 2.000 millones de euros de ingresos adicionales al pagar unas tarifas de terminación basadas en los costes más baratas para llamadas de fijo a móvil, y que los consumidores ahorren al menos 2.000 millones de euros. El impacto a plazo más largo será todavía mayor, al generar los operadores nuevos ingresos, contar los nuevos operadores con incentivos para incorporarse al mercado y crecer, y beneficiarse los consumidores de unos precios más bajos y una mayor innovación en los servicios.”

³⁵ Nota Explicativa del Documento de Trabajo, página 7: “Allocative efficiency suggests that one group of customers should not subsidise another group of customers. Apart from the fixed-to-mobile cross-subsidisation outlined above, this is also relevant within markets (e.g. in mobile markets). Late entrants argue that due to large traffic imbalances and on-net/off-net price differentiation they cannot compete effectively at the retail level. A large proportion of calls originated on late entrant networks is terminated on other networks, i.e. offnet. If new entrants pay a regulated termination charge in excess of actual costs they effectively give a transfer to the large network. As a result, their ability to offer retail rates comparable to the retail rates of an established operator, which terminates a majority of its calls on-net, is impeded.”

³⁶ Nota Explicativa del Documento de Trabajo, página 18: “It has been further indicated in recent economic literature [nota a pie: Armstrong and Wright (2007) [versión actualizada: “Mobile Call Termination” Economic Journal, Royal Economic Society, vol. 119(538), pages F270-F307, 06], Hoernig (2007) [“On-net and off-net pricing on asymmetric telecommunications networks” Information Economics and Policy, Elsevier, vol. 19(2), pages 171-188, June], Calzada and Valletti (2007) [“Network Competition and Entry Deterrence” Economic Journal, Royal Economic Society, vol. 118(531), pages 1223-1244, 08], Harbord and Pagnozzi (2008) [“On-Net/Off-Net Price Discrimination and 'Bill-and-Keep' vs. 'Cost-Based' Regulation of Mobile Termination Rates” MPRA Paper 14540, University Library of Munich, Germany]] that in the presence of call externalities mobile networks have strong incentives to implement on-net/off-net price differentials due to: (i) high mobile-to-mobile termination charges which exceed marginal costs; and (ii) their strategic incentives to reduce the number of calls that subscribers on rival networks receive, reducing the attractiveness of rival networks and hence their ability to compete. This theory suggests that mobile call termination charges above marginal costs can lead to permanent net payments by smaller networks and, since off-net prices are set above costs, also implies that smaller networks receive relatively fewer calls. According to some of this literature, termination charges which are above the marginal costs of termination result in strategically-induced network effects which may be detrimental to smaller networks.”

³⁷ Nota Explicativa del Documento de Trabajo, página 10: “The Commission has also commented upon traffic imbalances in the context of mobile termination markets by stating that such traffic imbalances may in fact be caused by the current asymmetric level of mobile termination rates, as well as by an on-net/off-net retail price differentiation which is within the control of the operators”.



MoviStar lanzada por TME en 2007 para sus clientes de postpago³⁸. El documento también menciona literatura económica sobre los incentivos estratégicos que las principales empresas de telefonía móvil tienen para aplicar tarifas que impidan o retrasen la entrada en el mercado de los nuevos operadores de telefonía móvil³⁹.

(65) En relación a los precios de terminación de llamadas en las redes de telefonía fija y móvil, también debe destacarse la Posición Común sobre Terminación de Llamadas (“Posición Común”) adoptada por el Grupo de Reguladores Europeos (conocido por sus siglas en inglés, “ERG”)⁴⁰, organismo creado por la Comisión que agrupa a los Presidentes de las ANRs (incluyendo la CMT)⁴¹. La Posición Común describe el efecto red del que se benefician los grandes operadores de telefonía frente a los pequeños operadores. En particular, si los consumidores no conocen la red de telefonía en la que terminan la mayor parte de sus llamadas o si estas llamadas tienen una distribución más o menos equilibrada entre las diferentes redes de telefonía, el diferencial de precios off-net/on-net genera un efecto red (la red de un operador resulta más atractiva para sus usuarios a medida que se incorporan nuevos usuarios) a favor de los operadores de telefonía con mayores cuotas de mercado. Estos operadores pueden explotar el diferencial de precios off-net/on-net en beneficio propio y en perjuicio de los pequeños operadores de dos formas. Por una parte, el usuario que hace llamadas obtiene un precio más favorable en un mayor número de llamadas si pertenece a la red del operador con mayor cuota de mercado (precio on-net). Por otra parte, el usuario tendrá menores incentivos para contratar con un operador de telefonía pequeño porque recibirá menos llamadas de usuarios de los operadores de telefonía principales debido a su precio elevado (precio off-net)⁴².

³⁸ Documento de Trabajo: Implicaciones para la Industria, la Competencia y los Consumidores, página 19: “On-net tariffs are frequently below the price of off-net calls and in some cases even below the level of the off-net termination tariffs [nota a pie: For example, according to Harbord and Pagnozzi (2008), average on-net call charges in the UK were 3.5 ppm in 2006 and were below Ofcom’s estimates of LRIC which exceeded 5 ppm for all of the incumbent operators. In Spain, the largest mobile operator also offered an on-net tariff for contract customers in 2007 at 3 eurocents/minute while the corresponding tariff for off-net calls was 30 eurocents/minute. The Portuguese regulator (ANACOM) also considered in a 2007 consultation that on the basis of on-net prices, termination costs may be closer to 3.6 eurocents/minute, compared to the regulated rate of 11 eurocents for 2007.]”.

³⁹ Documento de Trabajo: Implicaciones para la Industria, la Competencia y los Consumidores, páginas 34-35: “There is also empirical evidence on tariff-mediated network effects which support the theory that strategically-induced networks effects can be a profitable strategy for attracting and maintaining market share and for pre-empting entry or retarding the growth of smaller networks [nota a pie: See Birke, D. and G.M.P. Swann, 2006, “Network Effects and the Choice of Mobile Operator”, Journal of Evolutionary Economics, 16(1-2), 65-84.]”.

⁴⁰ ERG’s Common Position on symmetry of fixed call termination rates and symmetry of mobile call termination rates, ERG (07) 83 final, 28.02.2008.

⁴¹ Decisión de la Comisión 2002/627/EC de 29.07.2002.

⁴² Posición Común, página 97: “The attractiveness of on-net offers depends on both the structure of retail prices and the factors which consumers take into account when deciding which network to subscribe to. For example, where customers do not know which network the people they call the most are on, or where those call recipients are evenly spread across networks, the attractiveness of on-net offers depends on the market shares of operators. Depending on the structure of retail prices, this can lead to a network effect by which the membership of a large network is more attractive to customers. Depending on the structure of retail prices, this can lead to a network effect by which the membership of a large network is more attractive to customers. Large operators can strengthen the related network effect they benefit from (and the attractiveness of their on-net offers) via two means: (1) The first one is related to originating calls: when a customer makes a call to someone that is subscriber of the larger network (which happens



(66) La Posición Común distingue entre las medidas regulatorias relacionadas con la terminación de llamadas, que deberían ir encaminadas a garantizar unos precios orientados a costes, y las medidas regulatorias relacionadas con el diferencial de precios minoristas de las llamadas off-net/on-net, que podría ser abordado mediante una prohibición de discriminación⁴³. Asimismo, también deja abierta la posibilidad de aplicar alternativamente el Derecho de la Competencia en lugar de medidas regulatorias⁴⁴.

3.2.2 España

(67) La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (“LGTel”), incorpora al ordenamiento español el nuevo marco regulador de las comunicaciones electrónicas; y el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración (“Reglamento de Mercados”), detalla el procedimiento para su aplicación.

(68) El artículo 10 de la LGTel atribuye a la CMT la competencia relativa al análisis y la definición de los mercados de referencia relativos a redes y servicios de comunicaciones electrónicas. El Reglamento de mercados desarrolla en sus artículos 2 a 5 el procedimiento a seguir por la CMT para la identificación y análisis de los mercados de referencia en la explotación de redes y en el suministro de servicios de comunicaciones electrónicas, y delimita su facultad para imponer obligaciones específicas apropiadas a los operadores con PSM en cada mercado considerado. El artículo 3 del Reglamento de Mercados dispone que “la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones llevará a cabo, como mínimo cada dos años y, en todo caso, tras la adopción de las recomendaciones de la Comisión Europea relativas a mercados pertinentes de comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación “ex ante”, un análisis de los mercados de referencia”.

(69) De conformidad con la Directiva Marco y la legislación nacional, la CMT ha adoptado diversas Resoluciones relevantes al objeto del presente Expediente:

with higher probability, depending on how that customer’s calling circle is distributed across different networks), he will pay the on-net price if he is also subscriber of that network, or will pay an off-net price if he is subscriber of the smaller network. All else equal, his decision would then more often be to join the larger network, because the average or expected price is lower. (2) The second one is related to the incoming calls, and exists because customers can be assumed to derive some utility from receiving calls. If a larger network charges a high off-net price, then customers are less willing to make calls to the other network than otherwise. Therefore, the value of a customer belonging to the smaller network is reduced, because he will be concerned that less people would call him. In summary, an on-net/off-net retail price differential, combined with significantly above-cost MTRs, can, in certain circumstances, tone down competition to the benefit of larger networks.”

⁴³ Posición Común, página 5: “The ERG recognizes that it is worth to investigate further if some issues related to on-net /off-net offers may be addressed through a more effective regulation of the non-discrimination obligation, while others resulting directly of TRs [Termination Rates] levels should be addressed through an adequate regulation of TRs.”

⁴⁴ Posición Común, página 36: “If a NRA considered that the current differential between the on-net and off-net retail prices of the incumbent could harm competition, it may have two ways to proceed. It may consider whether it is appropriate to address this under Competition Law, or alternatively it may, should this be appropriate, consider the issue in a possible market review of fixed retail markets 3 and 5.”



3.2.2.1 Telefonía fija minorista: Resolución Acceso Fijo 2006

(70) A efectos regulatorios, la definición del mercado relevante en la telefonía fija minorista ha diferenciado entre el mercado de acceso a los recursos necesarios para ofrecerla y el mercado de las llamadas de telefonía realizadas gracias a dichos recursos.

(71) En el ámbito del acceso telefónico, la CMT adoptó la Resolución por la que se acuerda notificar a la Comisión europea y a las autoridades nacionales de reglamentación el proyecto de medida relativo a la definición y análisis de los mercados de acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija para clientes residenciales y acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija para clientes no residenciales, la designación de los operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas (“Resolución Acceso Fijo 2006”)⁴⁵. Esta Resolución definió el servicio de acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija como la puesta a disposición de los usuarios finales de los recursos que hacen posible el disfrute del servicio telefónico disponible al público, desde un punto de terminación no móvil. Dicho servicio permite necesariamente tanto la recepción como el envío de llamadas vocales, pero también puede utilizarse para disfrutar de otro tipo de servicios, como es el acceso a redes de datos o el envío y/o recepción de fax. La CMT concluyó que TESAU disfrutaba de PSM y le impuso diversas obligaciones regulatorias.

(72) La Resolución Acceso Fijo 2006 ha sido sustituida por la Resolución por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado minorista de acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija para clientes residenciales y no residenciales, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión europea (“Resolución Acceso Fijo 2008”)⁴⁶. La Resolución Acceso Fijo 2008 ha mantenido la definición de mercado con algunas matizaciones (ha agrupado el segmento de clientes residenciales y no residenciales en un mismo mercado), las conclusiones sobre el PSM de TESAU y, con pequeñas variaciones, las obligaciones impuestas a TESAU.

3.2.2.2 Telefonía fija minorista: Resolución Tráfico Fijo 2006

(73) En el ámbito de las llamadas de telefonía fija, la CMT adoptó la Resolución por la que se aprueba la definición y análisis de los mercados de servicios telefónicos locales y nacionales disponibles al público prestados desde una ubicación fija a clientes residenciales, servicios telefónicos internacionales disponibles al público prestados desde una ubicación fija a clientes residenciales, servicios telefónicos locales y nacionales disponibles al público prestados desde una ubicación fija a clientes no residenciales y servicios telefónicos internacionales disponibles al público prestados desde una ubicación fija a clientes no residenciales, la designación de los operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión europea (“Resolución Tráfico Fijo 2006”)⁴⁷. La CMT concluyó que TESAU disponía de PSM y le impuso diversas obligaciones.

⁴⁵ Resolución de 25 de enero de 2006, Expediente AEM 2005/1442.

⁴⁶ Resolución de 5 de marzo de 2009, Expediente MTZ 2008/1085.

⁴⁷ Resolución de 9 de febrero de 2006, Expediente AEM2005/1411.



(74) La Resolución Tráfico Fijo 2006 ha sido sustituida por la Resolución por la que se aprueba la revisión de los mercados minoristas de tráfico telefónico disponibles al público prestados desde una ubicación fija, y se acuerda su notificación a la Comisión europea (Resolución Tráfico Fijo 2008)⁴⁸. Esta Resolución ha mantenido la definición de mercado recogida en la Resolución Tráfico Fijo 2006, si bien la ha ampliado para incluir las llamadas con destino internacional y las llamadas equivalentes a las del servicio telefónico disponible al público (STDP) y que se prestan mediante telefonía IP. Asimismo, en línea con la propuesta de la Recomendación de Mercados Relevantes 2007 de excluir este mercado de la regulación *ex ante* realizada por las ANR, la CMT ha concluido que las obligaciones regulatorias impuestas a TESAU en mercados conexos (principalmente, el mercado de acceso telefónico fijo) facilitan que el mercado de tráfico telefónico fijo tienda hacia una competencia efectiva⁴⁹ y que la aplicación del Derecho de la Competencia sea suficiente para prevenir y sancionar las conductas anticompetitivas que TESAU pudiera llevar a cabo. Por ello, este mercado ha sido excluido de la regulación *ex ante* llevada a cabo por la CMT.

3.2.2.3 Telefonía móvil mayorista: Resolución OMVs

(75) Hasta 2006, los únicos operadores en el mercado nacional de telefonía móvil eran TME, Vodafone y Orange. Asimismo, Euskaltel actuaba como revendedor de los servicios de Orange en el País Vasco. La empresa Xfera disponía de una concesión desde el año 2000 pero por diversos problemas no había entrado en el mercado⁵⁰. Este escenario sufrió una alteración importante a raíz de la Resolución OMVs. Esta Resolución analizó el mercado mayorista de telefonía móvil, aquél en el que cualquier ORM con licencia para operar en el territorio español, facilita a un OMV el acceso y la originación de llamadas de voz y datos en su red. La Resolución OMVs consideró que los ORMs TME, Vodafone y Orange conjuntamente tienen poder significativo de mercado y les obligó a poner a disposición de terceros todos los elementos necesarios para la prestación de servicios de acceso y originación móvil minorista y ofrecer precios razonables por la prestación de dichos servicios mayoristas.

(76) La Resolución OMVs vino precedida de unas observaciones de la Comisión, adoptadas en el marco de sus prerrogativas reconocidas por el artículo 7(3) de la Directiva Marco, en el que se avalaban las conclusiones de la CMT (“Informe OMVs de la Comisión”)⁵¹.

(77) La Resolución OMVs fue recurrida por TME y Vodafone. La Audiencia Nacional (AN) desestimó los recursos y respaldó en su totalidad la Resolución OMVs

⁴⁸ Resolución de 18 de diciembre de 2008, Expediente MTZ 2008/1079.

⁴⁹ Véase, por ejemplo, página 37 de la Resolución Tráfico Fijo 2008: “En definitiva, con un enfoque prospectivo, existen elementos suficientes que permiten concluir que la competencia introducida en los mercados minoristas de tráfico telefónico es sostenible gracias a las medidas reglamentarias propuestas en los mercados 1 y 2 (preselección y acceso y originación de llamadas en ubicaciones fijas) así como por la propia evolución del mercado (previsible aumento de la proporción del tráfico cursado desde conexiones de banda ancha mediante técnicas IP)”.

⁵⁰ Xfera comenzó a operar gracias a un acuerdo de roaming nacional con Vodafone, por lo que en esta Resolución no es identificado como ORM.

⁵¹ Comentarios de la Comisión Europea, Caso ES/2005/0330, Acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil en España, 30.1.2006, SG-Greffe (2006) D/200402.



en sus Sentencias de 12 de enero de 2009⁵² y 16 de marzo de 2009⁵³. La AN constató que si bien el mercado objeto de la Resolución OMVs era el de acceso y originación de llamadas en la red de un ORM (mercado mayorista), se trataba de “un mercado verticalmente integrado, cuyos servicios no se comercializan a terceros”, por lo que “con carácter instrumental y como mejor aproximación para el análisis de la estructura y situación del mismo, la CMT procedió a detenerse en el análisis de las condiciones existentes en el mercado minorista”⁵⁴. En relación al mercado minorista, la AN citó un párrafo de las conclusiones de la Resolución OMVs - “el mercado minorista de originación y tráfico móvil se desarrolla en un entorno competitivo a tenor de la evolución de la portabilidad, que ha experimentado un gran crecimiento en el año 2004, no exento de algunos problemas y deficiencias”- y sintetizó dichas deficiencias competitivas:

“- Existencia de un número limitado y permanente de competidores, con licencia para el uso del espectro y, debido a ello, con estrategias competitivas muy similares. Como consecuencia de tal situación el mercado encuentra dificultades para disciplinar a dichos operadores y empujar la transferencia de las mejoras de productividad hacia los usuarios.

- Tampoco el constatable nivel de competencia alcanzado ha sido suficiente para mejorar la transparencia en facturación ni para adaptar las ofertas a las necesidades de un amplio horizonte de usuarios.

- Parece que la estructura similar de los operadores, todos ellos con licencias de espectro para distintas generaciones tecnológicas, se ha orientado principalmente, primero, a la captación de nuevos usuarios y su fidelización y, después, a la introducción de las nuevas tecnologías.

- Esta estructura y homogeneidad tiene más influencia que la propia posición que, en términos de cuota, disfrutaban los agentes en el mercado.

- Todo ello ha producido una situación de precios relativamente estables en el tiempo con una tendencia a la baja que aparentemente no se corresponde con el muy superior incremento de actividad, las indudables economías de escala y alcance asociadas a la evolución del mercado, y la evolución de los costes.

- En ese sentido los usuarios no estarían recibiendo dichas mejoras de productividad que estarían (debido a deficiencias de funcionamiento del mercado) siendo retenidas por los operadores o transmitidas exclusivamente a aquellos usuarios con demandas asociadas a los nuevos servicios y terminales.

- Falta de transparencia en precios y en el modo de facturar sobre los servicios de tráfico de voz y, aunque en menor medida, datos (básicamente, SMS). Dicha falta de transparencia limita la capacidad de los usuarios para elegir de entre las ofertas aquellas que se ajusta más a sus intereses.

- Dificultad experimentada por los operadores sin recursos espectrales para competir en las actividades convergentes con los operadores móviles lo que está permitiendo, cada

⁵² Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de enero de 2009, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 8ª, rec. 307/2006 interpuesto por TME.

⁵³ SAN de 16 de marzo de 2009, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 8ª, rec. 305/2006 interpuesto por Vodafone. Los hechos y fundamentos jurídicos de esta sentencia son prácticamente idénticos a los de la Sentencia de 12 de enero de 2009 por lo que en esta Resolución sólo se analiza esta última.

⁵⁴ SAN, 12 de enero de 2009, FJ 2º, apartado 2º (“Condiciones de competencia en el mercado definido y presencia en él de operadores con poder significativo (PSM)”).



vez con más intensidad, que los operadores móviles hayan capturado gran parte de tráfico de dichos operadores. Dicha dificultad perjudica a los usuarios ya que limita la presencia de ofertas integradas de servicios fijos, móviles de datos y de contenidos.

- El desarrollo de un sistema de precios con abundancia de fenómenos de subvención cruzada entre los distintos servicios móviles, especialmente entre los servicios de tráfico hacia los terminales y los servicios de acceso y de los servicios off-net a los on-net. Subvenciones que limitan la capacidad de elección de aquellos usuarios, a los que no les interesan nuevos servicios, los nuevos y terminales más sofisticados o a los que sus hábitos o sus condiciones les impulsan a mantener correspondencias en distintas redes móviles y fijas.⁵⁵

(78) La existencia o no de deficiencias competitivas en el mercado minorista constituyó un elemento “nuclear” del litigio⁵⁶. La Sentencia sintetizó los argumentos de la CMT y las alegaciones contrarias de TME⁵⁷ y concluyó que la Resolución OMV había probado satisfactoriamente que el mercado de telefonía móvil se caracterizaba por la existencia de un “oligopolio estrecho” que favorecía una colusión tácita o comportamiento paralelo entre los tres ORMs⁵⁸.

⁵⁵ SAN, 12 de enero de 2009, FJ 2º, apartado 2º, Sección A (“Situación del mercado minorista como elemento referencial para el análisis del mayorista”).

⁵⁶ SAN, 12 de enero de 2009, FJ 7º, apartado 1º (“Existencia y declaración expresa de la presencia de adecuados niveles de competencia en el mercado minorista”): “El motivo que ahora pasamos a resolver ostenta carácter nuclear en el presente litigio ya que el reconocimiento en su momento, por la misma Administración, de la existencia de un «entorno competitivo» en el mercado minorista es esgrimido por la actora como motivo básico e impediendo de la posterior actuación administrativa (ya que pasaría a ser injustificada) en su conjunto y, al propio tiempo, como argumento concreto y parcial de oposición a precisos juicios o decisiones alcanzados a lo largo de la resolución impugnada.(...). Pues bien, como decimos, aquella parcial afirmación de existencia de entorno competitivo en el mercado minorista va seguida de la enumeración siguiente de problemas y deficiencias (de efecto directo sobre la competencia). (...). La cuestión central a decidir ahora pasa ser en este momento la determinación de si todos esos problemas y deficiencias están acreditados en el expediente y tienen entidad suficiente como para legitimar luego, traducidos a la situación del mayorista, la declaración de Operadores con Poder Significativo de Mercado, de manera colectiva o conjunta”.

⁵⁷ SAN, 12 de enero de 2009, FJ 7º, apartado 1º (“Existencia y declaración expresa de la presencia de adecuados niveles de competencia en el mercado minorista”): “La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones llega a tales conclusiones a partir de: a) las cuotas de mercado de cada operador por líneas e ingresos totales; por cuotas de alza y abono; por ingresos por tráfico y minutos cursados; por ingresos por SMS y por número de SMS y sus evoluciones; b) los índices de concentración; c) por determinados indicadores económico-financieros; o por ciertos fallos competitivos. Telefónica Móviles opone frente a ello: a) las cuotas de mercado propias -como primer operador- y su evolución; b) el crecimiento experimentado por la demanda; c) la inexistencia de barreras de entrada al mercado, en especial ya que en abril de 2005 fue convocado un concurso para la adjudicación de espectro al que no concurrieron más operadores que los ya presentes; d) la entrada de Yoigo (antes Xfera) en el mercado; e) la competencia en precios, servicios, calidad y captación de clientes; f) los niveles de satisfacción de éstos”.

⁵⁸ SAN, 12 de enero de 2009, FJ 7º, apartado 1º (“Existencia y declaración expresa de la presencia de adecuados niveles de competencia en el mercado minorista”): “No puede darse la razón a la recurrente en este trascendente punto, pues, aunque ciertamente los argumentos expuestos por ella van en beneficio de la consideración de un determinado nivel de competencia, no alteran, sin embargo, aquellas deficiencias y problemas expuestos por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Y así, por ejemplo, en modo alguno tales argumentos impiden admitir la singularidad oligopolística y transparente del mercado que nos ocupa, de modo que la existencia de un número limitado y permanente de competidores, con licencia para el uso del espectro, debe entenderse acreditado y no discutido. Los defectos de transparencia en la facturación no han sido tampoco contradichos. Con respecto a los índices



(79) Posteriormente, la AN evaluó si existía un PSM conjunto de TME, Vodafone y Orange en el mercado mayorista. Para ello, si bien la AN señaló que el PSM y la posición dominante contemplada en la normativa de competencia “no coinciden estrictamente en sus premisas y efectos”, también afirmó que la existencia de un PSM debe valorarse de acuerdo a los criterios aplicados a la posición dominante⁵⁹. En relación a la PSM conjunta, la AN señaló que tanto el artículo 82 del Tratado de las Comunidades Europeas (“TCE”)⁶⁰ como la LDC prevén que los oligopolios estrechos pueden dar lugar a una posición dominante colectiva⁶¹ y concluyó que el mercado mayorista de telefonía móvil cumplía los tres criterios exigidos por la jurisprudencia comunitaria para constatar la existencia de una posición dominante colectiva (limitado número de operadores, transparencia y barreras de entrada legales, económicas y estratégicas)⁶².

de concentración, éstos son admitidos por la actora pero se vinculan a la realidad del mercado como «oligopolio», con un grupo de agentes limitado, con lo que, en realidad, se da la razón al primero de los argumentos. La efectividad de la integración vertical de actividades y la autoprestación de los servicios de red no es objeto de controversia. En suma, aunque ciertamente la recurrente alega y argumenta con suficiencia ciertos hechos que permiten afirmar la existencia de algunas buenas condiciones de competencia, eso no impide que haya otros aspectos - «problemas y deficiencias»- que legitiman la intervención pública.”

⁵⁹ SAN, 12 de enero de 2009, FJ 7º, apartado 3º (“Legislación y jurisprudencia aplicables a la declaración de PSM y en especial a su declaración con carácter colectivo”), Sección A (“Poder Significativo de Mercado”): “De la transcripción de tales Directrices obtenemos: a) que la calificación de Operador con Poder Significativo de Mercado ha de hacerse con arreglo a los criterios establecidos por el Derecho de la Competencia; y b) que el concepto jurisprudencial de «operador dominante» coincide con el de Poder Significativo de Mercado del art. 14 de la Directiva Marco. Ello no obstante, debe añadirse ahora que uno y otro concepto no coinciden estrictamente en sus premisas y efectos ya que la posición de dominio, y por tanto la declaración de tal, tienen un carácter actual o de presente, mientras que el de Poder Significativo de Mercado ostenta un carácter más prospectivo, de futuro y ligado al establecimiento de obligaciones ex ante.

⁶⁰ El TCE ha sido sustituido por el Tratado de Funcionamiento de la UE (también conocido como “Tratado de Lisboa”) a partir del 1 de diciembre de 2009. El artículo 102 del nuevo Tratado reproduce casi literalmente el artículo 82 TCE. En esta Resolución se ha referenciado al artículo 82 TCE por motivos de conveniencia.

⁶¹ SAN, 12 de enero de 2009, FJ 7º, apartado 3º (“Legislación y jurisprudencia aplicables a la declaración de PSM y en especial a su declaración con carácter colectivo”), Sección B (“Poder Significativo Colectivo y Dominancia Conjunta”): “No es objeto de debate en el presente litigio la legitimidad de que esa condición de Operador con Poder Significativo de Mercado alcance conjunta o colectivamente a diversas empresas. Tal cosa es permitida tanto por el art. 82 del Tratado CE («una o varias empresas») como por el art. 2.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia («Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas [las cursivas son nuestras] de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional»).

⁶² SAN, 12 de enero de 2009, FJ 7º, apartado 3º (“Legislación y jurisprudencia aplicables a la declaración de PSM y en especial a su declaración con carácter colectivo”), Sección A (“Poder Significativo de Mercado”): “Pues bien, tal cosa concurre en el mercado de autos, el cual, por su estructura de «oligopolio estrecho» (Sentencia Gencor, del TPI), limitación de operadores, escasez de espectro y fuerte transparencia, merece la consideración de un mercado que favorece los efectos coordinados. Para ello no es necesaria la existencia de acuerdo o pacto de clase alguna entre operadores que, de producirse, nos llevaría a una calificación de las conductas producidas como colusorias y a la aplicación de un régimen jurídico distinto al realizado en este caso, sino sólo, como decimos, la existencia de condiciones tales en un oligopolio estrecho que favorezca los efectos coordinados”.



3.2.2.4 Telefonía móvil mayorista: Resolución de Terminación ORMs

(80) En otro ámbito mayorista, el de la interconexión de redes para la terminación de llamadas, la CMT adoptó la Resolución por la que se aprueba la definición y análisis de los mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión europea (“Resolución de Terminación ORMs”)⁶³. La CMT definió los mercados relevantes de esta forma: “La terminación de una llamada telefónica en una red telefónica móvil, es un servicio que se presta entre operadores de redes: cada operador de red móvil lo ofrece a los demás operadores, tanto fijos como móviles para que puedan completar las llamadas telefónicas que gestionan y que tienen como destino a un abonado conectada a dicha red móvil”⁶⁴.

(81) La Resolución de Terminación ORMs consideró que TME, Vodafone y Orange tenían poder significativo de mercado en la terminación de llamadas en su propia red y les impuso las siguientes obligaciones: proporcionar servicios de terminación a todos los operadores que lo soliciten, ofrecer dichos servicios de terminación a precios orientados en función de los costes de producción, separación de cuentas en relación con las actividades de acceso e interconexión y no discriminación. La CMT estableció los precios medios máximos que TME, Vodafone y Orange podían aplicar en diferentes espacios temporales, precios que seguían una senda descendente (“glide-path”):

	Precio actual	octubre de 2006 - marzo de 2007	abril de 2007 - septiembre de 2007	octubre de 2007 - marzo de 2008	abril de 2008 - septiembre de 2008	octubre de 2008 - marzo de 2009	abril de 2009 - septiembre de 2009
TME	0,1197	0,1114	0,1031	0,0948	0,0866	0,0783	0,07
Vodafone	0,1221	0,1135	0,1048	0,0961	0,0874	0,0787	0,07
Amena	0,1315	0,1213	0,111	0,1008	0,0905	0,0803	0,07

Fuente: Nota de prensa CMT, “La CMT fija los precios de terminación de voz en las redes de Telefónica Móviles, Vodafone y Amena”, 28 septiembre 2006.

(82) En esta Resolución, la CMT abordó los incentivos de los ORMs para fijar precios de terminación de llamadas excesivos, con el objetivo de dificultar la entrada en el mercado de los nuevos OMVs⁶⁵.

⁶³ Resolución de 23 de febrero de 2006, Expediente AEM2005/1200. Esta Resolución recogía el mercado número 16 de la Recomendación de Mercados Relevantes 2003: “Terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales”.

⁶⁴ Web de la CMT, “Mercado 16: Terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales”: http://www.cmt.es/cmt_ptl_ext/SelectOption.do?nav=mercados_mayoristas&detalles=090027198004ae76&pagina=1&categoria=revisión_1

⁶⁵ Resolución de Terminación ORMs, páginas 14-15: “Sin embargo, debido al diferente tamaño de la base de clientes y la distinción de los precios entre llamadas on-net y off-net, TME tendría incentivos para fijar precios excesivos y, así, encarecer el coste de las llamadas salientes de Vodafone y Amena. De esta manera, TME impondría a sus competidores móviles una seria desventaja competitiva a partir de su posición en el mercado de referencia y en el mercado minorista de servicios móviles. (...). Para el caso de un operador entrante, como Xfera y/o los OMV este problema se agravaría aún más. En las fases iniciales, la dependencia de los entrantes con respecto a los servicios de terminación de los ORM incumbentes se acrecienta ya que su base de clientes es muy reducida y los ORM ya han conseguido que sus clientes cursen un mayor y creciente número de llamadas móvil on-net (en detrimento de llamadas



3.2.2.5 Telefonía móvil mayorista: Resolución de Terminación OMVs

(83) Una vez adoptada la Resolución de Terminación ORMs, la CMT adoptó una Resolución específica con respecto a Xfera⁶⁶ y, por último, adoptó otra Resolución con respecto a los OMVs “completos” (OMVs con infraestructura de red propia): la Resolución por la que se aprueba la definición y análisis de los mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales de los Operadores Móviles Virtuales Completos, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión europea (“Resolución de Terminación OMVs”)⁶⁷. La Resolución de Terminación OMVs consideró que cada uno de los OMV completos (Euskaltel, ONO, R Cable, E-Plus, Telecable y BT) tiene poder significativo de mercado en el mercado de terminación de llamadas en su propia red y les impuso las siguientes obligaciones: proporcionar servicios de terminación a todos los operadores que lo soliciten, ofrecer dichos servicios de terminación a precios razonables y no discriminación. En particular, la CMT consideró que “los precios razonables se corresponden con los precios medios aprobados por la CMT a los ORMs anfitriones en las Resoluciones de 28 de septiembre de 2006, por las que se fijaban los precios de interconexión de terminación en las redes de TME, Vodafone y Orange”⁶⁸.

3.2.2.6 Telefonía móvil mayorista: Resolución de Terminación Móvil

(84) Las Resoluciones de Terminación ORMs, de Terminación Xfera y de Terminación OMVs han sido sustituidas por la Resolución por la que se aprueba la definición y el análisis de los mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la comisión europea (“Resolución de Terminación Móvil”)⁶⁹. La CMT resumió su definición de estos mercados relevantes de esta forma: “Es un servicio que se presta entre operadores de redes. Cada ORM y/o Operador Móvil Virtual Completo (OMV completo) lo ofrece a los demás operadores, tanto fijos como móviles para que estos últimos puedan completar las llamadas telefónicas que gestionan y que tienen como destino a un abonado conectado a su red móvil (bien del ORM, bien del OMV completo)”⁷⁰. La CMT concluyó que todos los ORMs y OMVs completos disfrutaban de PSM en la terminación de llamadas vocales en su red propia. Asimismo, la CMT decidió mantener la vigencia del “glide path” fijado para los ORMs en 2006 hasta su expiración el 15 de octubre de 2009 y fijar un nuevo “glide path” de precios de terminación orientados a los costes calculados en virtud de los criterios enunciados en la propia Resolución. Para el

off-net). En este sentido, los incentivos de los ORM incumbentes para erigir barreras de entrada por medio de la elevación de los precios de terminación móvil son máximos.”

⁶⁶ Resolución de 7 de octubre de 2007 por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado de terminación de llamadas vocales en la red de Xfera Móviles, S.A. (XFERA), la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas y se acuerda su notificación a la Comisión Europea, Expediente AEM 2007/103 (“Resolución de Terminación Xfera”).

⁶⁷ Resolución de 7 de febrero de 2008, Expediente AEM 2007/794. El procedimiento, así como la apertura del trámite de información pública y la solicitud de informe a la CNC se inició el 25 de octubre de 2007.

⁶⁸ Resolución de Terminación OMVs, página 28.

⁶⁹ Resolución de 18 de diciembre de 2008, Expediente MTZ 2008/1193.

⁷⁰ Web de la CMT, “Mercado 7 de la nueva Recomendación de la CE: Terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales”.



servicio de terminación prestado por los OMVs completos, la CMT decidió que sus precios se correspondan con los nuevos precios medios que apruebe para sus operadores de red anfitriones a partir del 15 de octubre de 2009.

3.3 Competencia del TVDC

(85) TESAU/TME niegan la competencia del TVDC para enjuiciar la conformidad con la LDC de su política general de discriminación de precios off-net/on-net, así como de la tarificación selectiva de precios de las llamadas a la red de Euskaltel llevada a cabo por TESAU/TME como consecuencia de la oferta de precios de terminación presentada por esta empresa el 11 de octubre de 2006.

(86) En relación a la primera cuestión, debe clarificarse que la Propuesta de Resolución no ha imputado a TME un abuso relacionado con su política comercial de tarifas diferentes para las llamadas off-net/on-net, sino la aplicación de unas tarifas selectivas a las llamadas a Euskaltel con respecto a las tarifas aplicadas a los ORMs Vodafone y Orange. De hecho, la tarificación selectiva aplicada por TME con respecto a Euskaltel afectó tanto a las tarifas que recogían una discriminación off-net/on-net con respecto a Vodafone y Orange (por ejemplo, la Tarifa MoviStar) como a las tarifas que no lo hacían⁷¹.

(87) En relación a la segunda cuestión, TESAU/TME fundamentan su alegación en la dimensión nacional de los mercados afectados, su cuota de mercado “significativa” en dichos mercados, la modalidad y alcance de las conductas investigadas, así como los efectos sobre los competidores efectivos o potenciales y sobre los consumidores y usuarios. Asimismo, TESAU/TME consideran que la conclusión del Dictamen de 19 de mayo de 2008 de la Junta Consultiva es “manifiestamente errónea”. Por último, TESAU/TME consideran que la conducta denunciada afecta al comercio entre Estados miembros por lo que resultaría aplicable el artículo 82 del TCE y el TVDC perdería automáticamente su competencia para enjuiciar dicha conducta.

(88) Este Tribunal debe confirmar el dictamen de la Junta Consultiva⁷² y rechazar las alegaciones de TESAU/TME. Las conductas enjuiciadas constituyen un abuso exclusionario cometido sobre Euskaltel, un operador que operaba exclusivamente en el País Vasco durante las negociaciones de interconexión con TESAU/TME y en la fecha en la que dio comienzo las conductas objeto de esta Resolución. Ciertamente, entre julio y diciembre de 2007, Euskaltel inició una expansión limitada en seis municipios de una Comunidad Autónoma limítrofe (Navarra), abriendo tres tiendas de tamaño medio e instalando cinco expositores de productos en tiendas de informática. Sin embargo, las cifras de clientes y ventas en Navarra en 2007 aportadas por Euskaltel reflejan una presencia fuera del País Vasco infinitesimal:

⁷¹ Véase párrafo (40) de esta Resolución.

⁷² La Junta Consultiva es el órgano consultivo especializado en el asesoramiento, mediante dictamen no vinculante, para la resolución de los conflictos de atribución de competencias con ocasión de la aplicación de la legislación de defensa de la competencia. Este órgano está presidido por una persona de reconocido prestigio y con amplia experiencia en materia de defensa de la competencia, nombrada por el Ministro de Economía, oído el Consejo de Defensa de la Competencia.



“Las cifras referidas nos indican que en el período en que se han producido los hechos objeto de denuncia la actuación de Euskaltel fuera de la CAPV era meramente testimonial, representando un 0,6% aproximadamente de sus clientes de telefonía móvil. Respecto a los ingresos generados por los clientes de telefonía móvil en Navarra en el periodo en que se registraron las actuaciones de la denunciada, estos suponen el 0,0017 del total de ingresos de mi representada. (...). Adicionalmente ha de considerarse que los clientes referidos fueron dándose de alta progresivamente de julio a diciembre con lo cual no les afectaría sino una porción del tiempo en que se realizaron los hechos denunciados”⁷³.

(89) Debe tenerse en cuenta, que si bien esos porcentajes se refieren a los clientes y ventas de Euskaltel en Navarra, los ingresos de los servicios de telefonía móvil de Euskaltel representaban el 0,4% del mercado nacional de telefonía móvil y sus ingresos de telefonía móvil en Navarra equivalían a “0” (0,0000068%)⁷⁴.

(90) Asimismo, debe tenerse en cuenta que Euskaltel no cuenta con ningún tipo de infraestructura de telecomunicación (antenas, centrales de conmutación, etc.) fuera del País Vasco. En particular, todos los Puntos de Interconexión entre Euskaltel y TESAU se encuentran situados en el País Vasco⁷⁵.

(91) En otros expedientes, las propias empresas denunciadas, así como la CMT, han identificado a Euskaltel como un operador de telecomunicaciones que operaba durante el año 2007 en el ámbito del País Vasco⁷⁶.

(92) En suma, no cabe duda de que el efecto exclusionario de la tarificación selectiva de TESAU/TME se sentía en el País Vasco, ámbito geográfico en el que Euskaltel operaba durante la vigencia de dicha conducta. Por ello, este Tribunal es competente para juzgarla de acuerdo a la “teoría de los efectos” establecida en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre 1999 (STC)⁷⁷ y desarrollada en la Ley 1/2002.

⁷³ Folio 1188 del Expediente.

⁷⁴ Esta cifra resulta de poner en relación el 0,4% de los ingresos de la telefonía móvil nacional que Euskaltel obtuvo en 2007 (Memoria CMT 2007, página 257), con el 0,0017% de sus ingresos de telefonía móvil obtenidos por la empresa en Navarra.

⁷⁵ Resolución sobre la consulta formulada por la entidad Euskaltel, S.A. sobre las obligaciones de Telefónica de España S.A.U. en relación con la apertura de NRNS (DT 2008-92), 3 de abril de 2008: “En el escenario planteado por Euskaltel el PdI [Punto de Interconexión] más cercano al destino de la llamada se encuentra en el País Vasco, ya que es en las provincias de Vizcaya, Guipúzcoa y Alava donde Euskaltel actualmente dispone de PdIs con Telefónica”. Del mismo modo, la red de telefonía móvil de Euskaltel consiste en un conjunto de elementos que se encuentran instalados en el País Vasco.

⁷⁶ Resolución Interconexión Euskaltel, página 4: “Afirma también TME que Euskaltel no puede ser considerado como un nuevo entrante en el mercado, ya que es un operador global de telecomunicaciones en el País Vasco desde diciembre de 1998, por lo que es un operador maduro con una sólida base de clientes en dicho territorio y una presencia comercial significativa”; y página 9: “Por otra parte, TESAU sostiene que dado el ámbito geográfico en el que opera Euskaltel, en las llamadas con origen fuera del País Vasco, TESAU se verá obligada a realizar un transporte adicional que entiende debería reflejarse en los precios de terminación para los servicios móviles de Euskaltel”.

⁷⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999, dictada en los recursos de inconstitucionalidad acumulados números 2009/1989 y 2027/1989.



(93) Por otra parte, el resto de argumentos presentados por TESAU/TME (dimensión del mercado, modalidad y alcance de la conducta, etc.) pueden ayudar a interpretar la “Teoría de los Efectos” pero no pueden ni deben llevar a conclusiones contrarias en esta Resolución y, por lo tanto, deben ser rechazados. En particular, debe señalarse que el País Vasco representaba una parte marginal del mercado nacional de telefonía⁷⁸ y los ingresos de TESAU/TME en aquel ámbito geográfico eran asimismo muy reducidos en relación a sus ingresos nacionales⁷⁹.

(94) En relación a la posible aplicación del artículo 82 TCE a la conducta enjuiciada, si bien TESAU/TME fundan su pretensión en las Directrices de Afectación al Comercio⁸⁰, este Tribunal considera que justifican la conclusión contraria. En primer lugar, las Directrices separan las conductas que tienen lugar en más de un Estado miembro (cuya afectación al comercio entre Estados miembros se presume) de aquéllas que sólo tienen lugar en un Estado miembro o en parte de su territorio, en cuyo caso es necesario una investigación detallada para probar su afectación al comercio entre Estados miembros. En segundo lugar, las Directrices señalan, en relación a los abusos exclusionarios cometidos en un solo Estado miembro, que “cuando la empresa que puede ser eliminada sólo opera en un solo Estado miembro, el abuso no afectará en principio al comercio entre Estados miembros”⁸¹, escenario que resulta aplicable a Euskaltel. Las Directrices señalan que este principio puede admitir excepciones si “la empresa amenazada exporta a o importa de otros Estados miembros [nota a pie citando jurisprudencia] y cuando también opera en otros Estados miembros [nota a pie citando jurisprudencia]”⁸², condiciones que no resultan aplicables a Euskaltel. En tercer lugar, las Directrices también señalan, en relación a los abusos de explotación de clientes, que “la discriminación de precios entre clientes nacionales no afectará en principio al comercio entre Estados miembros”, sin perjuicio de que pueda hacerlo “cuando los compradores exportan y resultan perjudicados por los precios discriminatorios o si se utiliza esta práctica para impedir las importaciones”⁸³. Si bien la conducta denunciada es un abuso exclusionario, el recurso por parte de TESAU/TME a precios selectivos sobre sus clientes para llevarla a cabo también permite concluir, por analogía con el párrafo 95 de las Directrices, que no existe afectación sobre el comercio entre Estados miembros. En cuarto lugar, el párrafo 99 de las Directrices señalan, en el apartado dedicado al abuso de una posición dominante que no se extiende a todo el Estado miembro, que “al igual que en el caso de las posiciones dominantes que abarcan la

⁷⁸ El Informe Anual 2007 de la CMT “Penetración de servicios finales y de infraestructuras de Telecomunicación” señala que la población del País Vasco representaba un 4,73% de la población de España (*folio 1524*); las líneas de telefonía fija en servicio en el País Vasco representaban un 5,27% de las líneas en servicio en España (*folios 1609 y 1530*); y las líneas de telefonía móvil (modalidad postpago) en servicio en el País Vasco representaban un 3,36% de las líneas en servicio en España (*folios 1607 y 1530*).

⁷⁹ Las líneas de TESAU en el País Vasco representaban un 4,16% de sus líneas en España, mientras que sus ingresos en el País Vasco equivalían a un 3,99% de sus ingresos en España (*folio 780*). Asimismo, las líneas de contrato de TME en el País Vasco representaban un 2,67% de sus líneas de contrato en España, porcentaje que podría extrapolarse a los ingresos de TME en el País Vasco (*folio 1670*).

⁸⁰ Comunicación de la Comisión- Directrices de la Comisión relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado CE, DOCE C 101, 27.04.2004.

⁸¹ Directrices de Afectación al Comercio, párrafo 94.

⁸² Directrices de Afectación al Comercio, párrafo 94.

⁸³ Directrices de Afectación al Comercio, párrafo 95.



totalidad de un Estado miembro, véase el punto 95, si el abuso tiene un carácter puramente local o sólo concierne a una parte insignificante de las ventas de la empresa dominante, es posible que el comercio no se vea afectado de forma apreciable⁸⁴. En este sentido, el País Vasco representa una cuota de ingresos reducida en relación al conjunto del mercado nacional. Por ello, el párrafo 99 de las Directrices también permite concluir, por analogía, que la conducta de TESAU/TME no tuvo efectos sobre el comercio europeo.

3.4 Confianza legítima

(95) Las Alegaciones de TESAU/TME hacen una encendida defensa de las funciones del regulador sectorial (CMT) y, si bien aceptan que su conducta no está amparada por el artículo 4 de la LDC, consideran aplicable, sin embargo, el principio de confianza legítima. En particular, TESAU/TME señalan que (1) la CMT en ningún momento intervino para poner fin a su conducta en relación a Euskaltel, (2) la Resolución de 10 de enero de 2008 de la CMT archivó la denuncia de Xfera contra TESAU/TME “en relación a prácticas idénticas a las denunciadas por Euskaltel”; y (3) el Informe CMT concluye que “no existen indicios que permitan concluir que la conducta de TESAU pueda calificarse como una conducta abusiva en ninguno de estos dos hitos temporales” y “en todo caso, en opinión de esta Comisión no han quedado acreditados los posibles efectos negativos sobre el mercado derivados de la conducta de TESAU”.

(96) En primer lugar, debe precisarse, tal como reconocen TESAU/TME en el párrafo 122 de sus Alegaciones, que el principio de confianza legítima “permite modular la responsabilidad de los administrados a la vista del comportamiento público de una autoridad”, pero no exime a este Tribunal de su obligación de declarar una infracción de la LDC cuando se encuentra en presencia de un abuso de posición dominante. Ello, sin perjuicio de que pueda ser tenido en cuenta por este Tribunal en la graduación de la sanción.

(97) En segundo lugar, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de julio de 2007 estableció que la CMT no es competente para aplicar la LDC ni puede fundar sus decisiones en otras consideraciones que las estrictamente derivadas de la normativa de las telecomunicaciones⁸⁵. En la misma línea, la CMT declaró en su Resolución de 10 de enero de 2008 sobre el recurso de AUSBANC, que no es competencia suya aplicar la LDC ni valorar una conducta de acuerdo a los principios recogidos en ella, sin perjuicio de que pueda poner en conocimiento de la autoridad de competencia conductas que supuestamente infrinjan la normativa de competencia⁸⁶. La CMT también matizó que

⁸⁴ Directrices de Afectación al Comercio, párrafo 99.

⁸⁵ Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de julio de 2007, Rec. 529/2004, FD 5º: “(...)la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones carece de la necesaria cobertura competencial para la adopción de declaraciones que puedan referirse o pueden implicar delimitación o apreciación de una modalidad de conducta subsumible como infracción relativa a la defensa de la libre competencia, que en modo alguno puede tener carácter vinculante, a cualquier nivel, para el único órgano competente para determinar cuando nos hallamos ante la presencia de un tipo de infracción previsto en la Ley de Defensa de la Competencia, lo que determina necesariamente la estimación del recurso en el aspecto examinado.”

⁸⁶ Resolución del recurso potestativo de reposición interpuesto por la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios contra el escrito del Secretario de la Comisión de fecha 24 de julio de 2007, por el



esta comunicación no será necesaria cuando las conductas sean de dominio público. Por ello, la inactividad de la CMT en relación a la conducta de TESAU/TME no puede generar una confianza legítima frente a las autoridades de competencia.

(98) Esta conclusión es aplicable igualmente a la Resolución de 10 de enero de 2008 mediante la que se archiva la denuncia de Xfera contra el Grupo Telefónica⁸⁷ que, en todo caso, sólo hubiera podido generar una confianza legítima a partir de esa fecha (nunca con efecto retroactivo, como pretenden TESAU/TME). En este asunto, la CMT se limitó a reconocer la conformidad de las conductas de TESAU/TME con la normativa de telecomunicaciones, lo que no excluye su incompatibilidad con la normativa de competencia, tal como la CMT admitió en su Resolución sobre el recurso de AUSBANC, adoptada en la misma fecha. En todo caso, la CMT reconoció en su Resolución Recuso Interconexión Euskaltel que Euskaltel y Xfera no se encontraban en una situación comparable porque si bien el diferencial de precios minoristas de TESAU/TME aplicado a ambas operadoras era análogo, el diferencial de precios de terminación reconocido a Euskaltel (15%) era sustancialmente inferior al reconocido a Xfera (48%)⁸⁸.

(99) Por último, si bien el Informe CMT, de carácter preceptivo pero no vinculante, concluye que no se aprecian indicios de abuso o de efecto anticompetitivo en la conducta de TESAU con respecto a Euskaltel, este Tribunal no está obligado a compartir esta conclusión, tal como pretenden TESAU/TME. En este sentido, deben hacerse las siguientes puntualizaciones:

(100) En relación a la existencia de una posición dominante, la CMT reconoce que TESAU disfruta de una posición dominante en el mercado minorista de tráfico telefónico fijo y señala que el mercado minorista de telefonía móvil no ha sido objeto de intervención regulatoria, por lo que no puede pronunciarse sobre TME.

(101) En relación al carácter abusivo de la conducta, la CMT reconoce que una discriminación de precios aplicada por una empresa dominante puede constituir un abuso exclusionario si no responde a justificaciones objetivas. En este caso, la CMT considera que la tarificación selectiva de TESAU y TME responde a una justificación objetiva: el precio de terminación de llamadas solicitado por Euskaltel en sus negociaciones comerciales con TESAU/TME. Sin embargo, este Tribunal considera más delante que la conducta de TESAU/TME no estaba objetivamente justificada por diversos motivos.

(102) Por último, el Informe CMT en ningún momento ha considerado que la política regulatoria o la actuación de la CMT pudiese haber generado en TESAU/TME una confianza legítima sobre la conformidad de su conducta con la LDC.

que se archiva la denuncia presentada por aquella por la subida de la cuota de establecimiento de llamada por parte de los operadores móviles, Expediente AJ 2007/990.

⁸⁷ Expediente MTZ 2007/1034.

⁸⁸ Véase párrafo (32) de esta Resolución.



3.5 Mercados relevantes

(103) Los mercados relevantes a los efectos de esta Resolución son el mercado nacional de tráfico telefónico fijo y el mercado nacional de telefonía móvil (acceso y tráfico telefónico móvil).

3.5.1 Mercado nacional de tráfico telefónico fijo

(104) La denunciante considera que la conducta de TESAU se produce en el mercado de acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija para clientes residenciales y no residenciales.

(105) El Informe CMT ha señalado que la conducta de TESAU objeto de este expediente debe encuadrarse en el mercado minorista de tráfico telefónico fijo. En particular, el Informe CMT ha considerado, en coherencia con su Resolución Tráfico Fijo 2006, que el mercado relevante comprende el servicio telefónico fijo local y nacional disponible al público y, en particular, la puesta a disposición de usuarios finales de los recursos que permiten la realización, desde un punto de terminación de red no móvil, de llamadas con destino a ubicaciones fijas o móviles, incluyendo entre otras, las llamadas locales, nacionales y de fijo a móvil.

(106) Las Alegaciones de TESAU/TME defienden que el mercado de producto relevante es “el mercado de tráfico fijo, un mercado diferente del mercado de acceso a la red pública de TESAU”.

(107) En relación al mercado geográfico relevante, el denunciante y Orange defienden la existencia de un mercado circunscrito al País Vasco, mientras que el SVDC, la CMT y TESAU/TME coinciden en el ámbito geográfico nacional del mercado.

(108) Este Tribunal considera que, a los efectos de esta Resolución, puede aceptarse la definición del mercado de producto propuesta por la CMT y aceptada por TESAU/TME. Por otra parte, si bien se ha considerado pertinente separar el mercado minorista de servicios de telefonía fija del mercado de acceso a la red de telefonía fija, no puede obviarse la íntima relación entre ellos, ya que para cualquier cliente, el establecimiento de línea (acceso a la red de telefonía fija de un operador) es un requisito indispensable para poder hacer y recibir llamadas de telefonía fija.

(109) En relación al ámbito geográfico del mercado relevante, este Tribunal también coincide con la CMT y TESAU/TME en que la presencia de operadores de cable y condiciones de competencia particulares en algunas regiones no justifica la existencia de mercados geográficos regionales. En todo caso, la cuota de TESAU en el ámbito nacional y vasco no difiere sustancialmente. Por lo tanto, a los efectos de esta Resolución se considera que el mercado geográfico es nacional.

3.5.2 Mercado nacional de telefonía móvil

(110) El denunciante y Orange consideran que el mercado afectado por la conducta exclusionaria de TME es el mercado minorista de telefonía móvil en el País Vasco.

(111) El Informe CMT considera que la conducta de TME objeto de la presente Resolución debe encuadrarse en el mercado minorista de tráfico telefónico móvil, si



bien también se refiere al mercado minorista de acceso y tráfico desde una ubicación móvil. Las Alegaciones de TESAU/TME al Pliego de Concreción de Hechos han identificado el mercado de producto relevante como “el acceso y tráfico con origen en una red móvil” y se han mostrado conforme con la definición de mercado propuesta por la CMT.

(112) Este Tribunal concluye, en línea con la CMT y las Alegaciones de TESAU/TME, que el mercado de producto relevante es el servicio minorista de telefonía móvil porque no existe ningún otro servicio sustituible desde el punto de vista de la demanda y la oferta.

(113) En relación al mercado geográfico, el Informe CMT considera que tiene una dimensión nacional. Las Alegaciones de TESAU/TME al Pliego de Concreción de Hechos también subrayan la dimensión nacional del mercado.

(114) Este Tribunal considera que ni el hecho de que las conductas afecten a un operador que sólo desarrolla sus actividades en el País Vasco ni, en su caso, la estructura competitiva particular del País Vasco justifican la definición de un mercado geográfico separado a los efectos de esta Resolución. Por lo tanto, debe concluirse que el mercado geográfico relevante es nacional.

3.6 Posición dominante

(115) Desde la sentencia *United Brands*, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha venido definiendo la posición dominante como “una posición de fortaleza económica mantenida por una empresa, que le proporciona el poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, proporcionándole la posibilidad de comportarse en buena medida con independencia de sus competidores, clientes y, en último extremo, de los consumidores.”⁸⁹

(116) La existencia una posición de dominio es compatible con la existencia de una cierta competencia, pero permite a la empresa dominante una influencia apreciable sobre las condiciones en las que se desarrolla esta competencia⁹⁰.

(117) En la LDC, el artículo 2 reproduce de forma prácticamente literal el contenido del artículo 82 TCE. El extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) y la CNC han interpretado el concepto de posición dominante de conformidad con la práctica decisonal y jurisprudencia comunitaria relativa al artículo 82 TCE. En su Resolución *Bacardí* de 1999, el TDC adoptó, en el ámbito de la LDC, la definición de posición dominante enunciada por el TJCE en la Sentencia *United Brands*.

⁸⁹ Sentencia del TJCE, de 14 de febrero de 1978, Asunto 27/76, *United Brands Company c. Comisión*, apartado 65.

⁹⁰ Sentencia del TJCE, de 13 de febrero de 1979, Asunto 85/76, *Hoffmann – La Roche c. Comisión*, apartado 45: “La posición de dominio definida de esta forma no impide el desarrollo de una cierta competencia, como sería el caso de una situación de monopolio o cuasi-monopolio, pero permite a la empresa que se beneficia de la misma, si no determinar, sí al menos tener una influencia apreciable sobre las condiciones en las que se desarrolla dicha competencia y, en cualquier caso, actuar en gran medida sin tenerla en consideración”.



(118) Por último, debe señalarse que la valoración de la existencia de una posición de dominio debe tomar como referencia la realidad fáctica existente antes y durante la vigencia de la conducta objeto de esta Resolución. Las Alegaciones de TESAU/TME han alegado con acierto esta cuestión en relación al contrato firmado en 2008 entre TME y Apple Inc. para la comercialización exclusiva del terminal iPhone, pero la han obviado en otras ocasiones, en las que han puesto en duda su dominancia o incluso el carácter abusivo de la conducta, apoyándose en hechos acaecidos después de la finalización de las conductas aquí enjuiciadas⁹¹.

3.6.1 Posición dominante de TESAU en el mercado nacional de llamadas de telefonía fija

(119) Las Alegaciones de TESAU/TME niegan la existencia de una posición dominante de TESAU en el mercado minorista de tráfico telefónico fijo y fundan su defensa en la tendencia descendente de sus cuotas de mercado; la creciente tendencia a sustituir el tráfico fijo por el tráfico móvil; la interconexión por capacidad a la que acuden masivamente los operadores alternativos y que les permiten realizar ofertas comerciales muy agresivas; el significativo avance de las plataformas alternativas de acceso directo (cable o móvil); y el acusado descenso de los precios de telefonía fija y de los ingresos medios por tráfico por línea. Asimismo, TESAU/TME cuestionan que TESAU disfrutase de la independencia de comportamiento propia de una posición dominante porque “en el momento de producirse los pretendidos abusos, la actuación de TESAU se hallaba (al igual que ahora) sometida a numerosas y estrictas limitaciones, tanto en cuanto a los precios como a los restantes elementos que configuran la prestación de sus servicios”. En particular, TESAU/TME enumeran, con carácter indicativo, ocho obligaciones regulatorias y concluye que “cualquier ventaja competitiva de la que TESAU pudiera haber disfrutado en su calidad de operador tradicional de servicios de telecomunicaciones se ha visto ampliamente neutralizada por la intensa regulación existente en el sector”. Finalmente, TESAU/TME mencionan la Resolución de Tráfico Fijo 2008, que ha eliminado las obligaciones específicas que hasta ese momento pesaban sobre TESAU.

(120) Sin embargo, este Tribunal debe concluir que TESAU disfrutaba de una posición dominante en el mercado minorista de servicios telefónicos prestados desde una ubicación fija durante el periodo de vigencia de la conducta denunciada.

(121) En primer lugar, la jurisprudencia comunitaria considera que cuotas de mercado superiores al 50% evidencian una posición dominante salvo en circunstancias excepcionales⁹². Pues bien, al finalizar 2007, TESAU disfrutaba de una cuota de

⁹¹ Alegaciones de TESAU/TME, página 53, párrafo 173 (*folio 3543*): “Además, este argumento sólo sería aplicable en el momento de la firma de dicho contrato, que se produjo varios meses después de la finalización del periodo al que el Servicio refiere las prácticas investigadas. Es decir, no tendría entidad para demostrar la posición de dominio de TME en el momento en que se habría cometido el pretendido abuso de tal posición de dominio”. Sin embargo, TESAU/TME citan hechos posteriores (por ejemplo, la Resolución Tráfico Fijo 2008 y el número de OMVs operativos en 2009), para argumentar la ausencia de posición de dominio de TESAU y TME durante el año 2007.

⁹² Véase Asunto 85/76 *Hoffmann-La Roche c. Comisión*, párrafo 41 (cuota de mercado del 50%); Sentencia del TJCE, de 3 de julio de 1991, Asunto C-62/86 *Akzo c. Comisión*, párrafo 60, y Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (“TPI”), de 28 de febrero de 2002, Asunto T-395/94 *Atlantic Container*



mercado por ingresos superior al 75%, mientras que sus tres competidores más importantes (Ono, Orange y Tele2⁹³) sólo alcanzaban un 6,6%, un 3% y un 2,7%, respectivamente⁹⁴. Asimismo, la cuota de mercado de TESAU había experimentado una evolución ascendente desde el año 2005 (71,5% a 75,5%), mientras que sus tres competidores más importantes habían visto descender sus cuotas de mercado en ese mismo periodo (Ono de 9,9% a 6,6%; Orange de 5,4% a 3%; y Tele2 de 3,8% a 2,7%)⁹⁵. Aún aceptando la importancia probatoria atribuida por TESAU/TME a la cuota de mercado, debería concluirse que la elevada cuota de TESAU, en términos absolutos y relativos, “puede suponer el indicio más importante del poder de mercado de una determinada empresa”⁹⁶.

(122) En segundo lugar, TESAU se beneficia de economías de escala y alcance logradas en un entorno monopolista que sus competidores no pueden replicar, tal como ha reconocido la propia CMT⁹⁷.

(123) En tercer lugar, TESAU controla una infraestructura de red no reproducible fácilmente⁹⁸. Según los datos proporcionados en la Memoria CMT 2007, de los 25,5 millones de accesos fijos instalados en España a finales de 2007, la infraestructura predominante era el par de cobre, con un total de 16,2 millones de accesos (63,5%), de los que sólo 1,3 millones correspondían a operadores que habían llegado a acuerdos de desagregación del bucle local con TESAU. Los accesos de cable coaxial (HFC) y par de cobre instalados por los operadores de cable sólo alcanzaban los ocho millones (31,3%) del total de accesos de redes fijas instalados. En particular, TESAU disfruta de una evidente ventaja competitiva frente a los operadores de cable, sus principales competidores en la infraestructura de red fija, porque sólo uno de ellos (Ono) dispone

Line c. Comisión, párrafo 328. En el Asunto 85/76, *Hoffmann-La Roche c. Comisión*, párrafo 56, el TJCE consideró una cuota de mercado cercana al 86% evidencia suficiente de una posición dominante.

⁹³ Tele 2 fue adquirida por Vodafone a finales de 2007.

⁹⁴ Memoria CMT 2007, página 235.

⁹⁵ Memoria CMT 2007, página 235.

⁹⁶ Alegaciones de TESAU/TME, párrafo 227, página 69.

⁹⁷ Resolución Acceso Fijo 2008, página 46: “TESAU desplegó su red de acceso cuando los mercados de comunicaciones electrónicas no estaban liberalizados. Esta entrada al mercado anterior a la de sus competidores le ha permitido que su red estuviera en parte amortizada cuando se produjo la liberalización del mercado. Con anterioridad al proceso liberalizador, TESAU contaba por tanto con la totalidad de los accesos minoristas a clientes finales. Esto le permite gozar de economías de escala y alcance que sus competidores no pueden emular. En definitiva, el momento de entrada del operador histórico le ha permitido contar con ventajas en costes irreplicables por parte de sus competidores. Máxime cuando, como se ha observado en el presente procedimiento, el número de accesos de TESAU sigue siendo sustancialmente superior al de cualquiera de sus competidores”

⁹⁸ Resolución Acceso Fijo 2008, páginas 45-46: “Como se ha descrito anteriormente, la principal barrera a la entrada al mercado de referencia estriba en la necesidad de contar con una red de acceso hasta el usuario final. Las inversiones necesarias y los costes hundidos se incrementan, haciéndolas económicamente inviables, cuando la capilaridad es nacional. TESAU, en tanto que operador histórico, es propietaria de una red de acceso nacional, construida en un periodo de monopolio y derechos exclusivos. La importancia de la infraestructura de TESAU queda de manifiesto cuando se comparan los accesos instalados de los operadores presentes en el mercado. [tabla omitida]. La propiedad de esta red de acceso otorga a TESAU ventajas competitivas que sus competidores no pueden emular. De hecho, y como se ha visto en los epígrafes anteriores, este operador se encuentra incluso en una situación de monopolio en una parte sustancial del territorio nacional”. Véase, consideraciones análogas de la Comisión en relación al mercado alemán de telefonía fija, en la Decisión de 21 de mayo de 2003, Asuntos COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, *Deutsche Telekom AG*.



de una red de extensión significativa (aun así, con alcance limitado al 84% de los hogares españoles, de los que sólo un 47% son comercializables)⁹⁹, mientras que el resto de empresas operan en un ámbito exclusivamente regional. Por ejemplo, Euskaltel sólo tiene licencia para desplegar su red de cable en el País Vasco.

(124) Por otra parte, TESAU también disfruta de una evidente ventaja competitiva frente a los operadores que dependen de ella en su condición de proveedor de acceso mayorista. TESAU está presente en todos los escalones de la cadena de valor del servicio de acceso a la red telefónica fija y, es el único proveedor de los servicios de desagregación del bucle local. La CMT ha considerado que “este hecho le permite evitar los problemas con los que, en relación con dicho servicio mayorista, se enfrentan sus competidores”, incluyendo “los numerosos conflictos y expedientes sancionadores que esta Comisión ha abierto a TESAU en relación con los servicios mayoristas de acceso desagregado al bucle”¹⁰⁰.

(125) En cuarto lugar, la política de TESAU en relación a las tarifas de acceso (establecimiento de línea) como de tráfico de llamadas, refleja una independencia de comportamiento sólo explicable en presencia de una posición dominante.

(126) En relación a las tarifas de acceso, TESAU ha incrementado sus precios en la misma medida en que se lo ha permitido la regulación durante el periodo analizado y en los años anteriores:

Tabla III.3.12. Evolución de los precios de los servicios de acceso a la red telefónica fija de TESAU

	Cuota de conexión máxima regulada (euros)	Cuota de conexión fijada por TESAU (euros)	Cuota de abono máxima regulada (euros/mes)	Precio fijado por TESAU (euros/mes)
31-dic-97	127,72	127,72	7,46	7,46
31-dic-98	127,72	127,72	8,67	8,67
31-dic-99	127,72	127,72	8,67	8,67
31-dic-00	127,72	127,72	9,27	9,27
15-feb-01	127,72	127,72	9,87	9,87
30-abr-01	95,00	95,00	10,47	10,47
1-ene-02	95,00	95,00	11,68	11,68
1-nov-02	59,50	59,50	11,68	11,68
1-ene-03	59,50	59,50	12,62	12,62
1-mar-04	59,50	59,50	13,17	13,17
1-ene-05	59,50	59,50	13,43	13,43
1-ene-06	59,50	59,50	13,70	13,70
1-ene-07	59,50	59,50	13,97	13,97
1-ene-08	59,50	59,50	13,97	13,97

Fuente: Resolución Acceso Fijo 2008, página 37.

(127) Ello ha llevado a la propia CMT a concluir que la política de precios de TESAU ha sido ajena a cualquier presión competitiva¹⁰¹.

(128) En relación a las tarifas de las llamadas, la CMT, tomando como fuente el 13º Informe de Implementación sobre el mercado único europeo de las comunicaciones electrónicas, ha constatado que, en el periodo 2006-2007, las tarifas nominales de

⁹⁹ Presentación de Ono en su página web (consultada el 15.01.2010):

<http://www.ono.es/sobreono/nosotros/informacion-corporativa/index.aspx>

¹⁰⁰ Resolución Acceso Fijo 2008, página 46.

¹⁰¹ Resolución Acceso Fijo 2008, página 47: “Por otra parte, el comportamiento en los precios aplicados por el operador dominante es también revelador. Como se ha descrito anteriormente (ver Tabla III.3.12 anterior), TESAU ha incrementado sus precios minoristas en la misma medida en que se lo ha permitido la regulación. Por tanto, puede deducirse que la actuación de sus competidores no ha sido suficiente para impedir el comportamiento ajeno a presiones competitivas por parte de TESAU, como tampoco tecnologías potencialmente sustitutivas como la telefonía móvil”.



TESAU han aumentado tanto en relación a la llamada local de 10 minutos (de 18,56 a 23,40 céntimos de euro) como a la llamada nacional (de 84,59 a 87,72 céntimos de euro)¹⁰². Precisamente, fue en 2006 cuando las tarifas minoristas de TESAU dejaron de estar sujetas a un control de precios.

(129) Los precios máximos aplicados en relación al establecimiento de línea y las subidas de tarifas de tráfico aplicadas por TESAU en 2007 han sido compatibles con un aumento de sus ingresos absolutos (de 2.779.332.997 euros a 2.802.357.069 euros) y un incremento de su cuota de mercado por ingresos (del 72,6% al 75,5%) en relación al año anterior¹⁰³. Asimismo, el Grupo Telefónica destacó en su memoria anual del año 2007 que en términos interanuales, había incrementado un 14,8% sus ingresos totales hasta 5.249 millones de euros, mientras que su rentabilidad había aumentado un 1,3% hasta el 47,7%¹⁰⁴.

(130) En relación a la alegación de que las intensas obligaciones regulatorias impuestas a TESAU anulan la independencia de comportamiento asociada a una posición dominante, este Tribunal constata que en ningún ordenamiento jurídico se ha aceptado nunca que las obligaciones regulatorias impuestas a una empresa en posición dominante hagan desaparecer dicha posición dominante. De hecho, de aceptarse los principios alegados por TESAU/TME, ninguna empresa disfrutaría de una independencia de comportamiento frente a sus competidores y clientes (posición dominante), porque la prohibición del abuso contenida en la propia LDC limita severamente la conducta que puede desarrollar una empresa dominante. Las obligaciones regulatorias prohíben conductas nocivas para el correcto funcionamiento del mercado de las telecomunicaciones de la misma forma que la LDC prohíbe abusos de una posición dominante, pero no su mera existencia. Estas obligaciones regulatorias se superponen a las obligaciones derivadas de la LDC y nacen cuando la aplicación de las normas de defensa de la competencia no se estima suficiente para garantizar el funcionamiento eficiente y competitivo del mercado. Por ello, lejos de hacer desaparecer una posición dominante, las obligaciones regulatorias son una evidencia de su existencia.

(131) Por último, este Tribunal considera que la Resolución Tráfico Fijo 2008, lejos de apoyar la tesis de TESAU/TME, refuerza los argumentos favorables a la existencia de una posición dominante. En primer lugar, debe señalarse que esta Resolución fue adoptada en diciembre de 2008 para un espacio temporal de 2 años, por lo que la Resolución vigente durante el periodo en que TESAU llevó a cabo la conducta denunciada era la Resolución Tráfico Fijo 2006. Esta última, tal como el Informe CMT ha señalado en su página 7, consideraba que TESAU disfrutaba de PSM. En segundo lugar, la Resolución Tráfico Fijo 2008 suprimió las obligaciones regulatorias impuestas por la Resolución Tráfico Fijo 2006 porque la CMT consideró que las obligaciones

¹⁰² Resolución Tráfico Fijo 2008, página 40: “En los siguientes gráficos se presenta el coste nominal de una llamada de diez minutos metropolitana, nacional e internacional en horario pico de TESAU. Para el cálculo de dicho coste se incluye tanto el establecimiento de la llamada como el IVA, de acuerdo a la metodología seguida por la Comisión Europea en su informe. Los precios siguientes representan los precios máximos que un usuario puede contratar en el mercado español.”

¹⁰³ Memoria CMT 2007.

¹⁰⁴ Memoria anual de Telefónica, año 2007, páginas 86-87.



regulatorias impuestas a TESAU en mercados conexos (en particular, el mercado de acceso telefónico fijo regulado por la Resolución Acceso Fijo 2008) eran suficientes a efectos regulatorios¹⁰⁵. En tercer lugar, la supresión de las obligaciones regulatorias no implica la ausencia de una posición dominante a los efectos de la LDC. El propio párrafo de la referida Resolución, citado en las Alegaciones de TESAU/TME, reconoce que “las prácticas anticompetitivas pueden solucionarse a través de la intervención *ex post* (suficiencia de la legislación sobre competencia)”¹⁰⁶.

(132) Estas conclusiones vienen avaladas por el informe preceptivo adoptado por la CNC en relación a la Resolución Acceso Tráfico Fijo 2008, que insistió en las situación privilegiada de TESAU y en la necesidad de imponer a la empresa obligaciones en los mercados relacionados con el mercado de tráfico fijo, mercado de acceso telefónico fijo y mercados mayoristas, a fin de prevenir conductas anticompetitivas en aquel mercado¹⁰⁷.

3.6.2 Posición dominante colectiva de TME, Vodafone y Orange en el mercado nacional de telefonía móvil

(133) La Propuesta de Resolución considera que TME disfruta de una posición dominante individual o, en su defecto, colectiva. EL SVDC justifica la existencia de una posición dominante individual de TME en virtud de estos criterios: (1) su liderazgo de cuota de mercado, tanto en ingresos como en líneas; (2) su liderazgo en resultados de explotación, (3) su liderazgo en inversión publicitaria e imagen de marca; (4) su menor índice de pérdida de clientes que sus competidores, a excepción de Yoigo; (5) su liderazgo en el segmento de clientes empresariales; (6) su liderazgo en servicios convergentes y paquetes de servicios múltiples; (7) sus relaciones exclusivas con fabricantes de terminales (por ejemplo, Apple en relación al iPhone); (8) la política de tarifas off-net/on-net, que beneficia principalmente a TME; y (9) la estructura oligopolista del mercado y liderazgo barométrico de TME en él. En relación a la posición dominante colectiva, el SVDC considera que los tres ORMs forman un “oligopolio estrecho” en el mercado de telefonía móvil y concurren los tres criterios exigidos por la jurisprudencia europea y nacional para probar la existencia de una

¹⁰⁵ Véase párrafo (74) de esta Resolución. Por ejemplo, la Resolución Acceso Fijo 2008 impone a TESAU una obligación de comunicación a la CMT de sus ofertas minoristas y le prohíbe comercializar ofertas minoristas contrarias a la libre competencia (estrechamiento de márgenes o precios predatorios, empaquetamiento abusivo o injustificado, prácticas discriminatorias y cláusulas contractuales abusivas, etc.). Estas condiciones se reproducían literalmente en la Resolución Tráfico Fijo 2006, por lo que su imposición en la Resolución Tráfico Fijo 2008 hubiera sido una redundancia.

¹⁰⁶ Alegaciones de TESAU/TME, párrafo 221, página 67.

¹⁰⁷ Informe de la CNC sobre la propuesta de la CMT de 10 de julio de 2008, relativa a La revisión de los mercados de tráfico telefónico disponibles al público prestados desde una ubicación fija, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la propuesta de obligaciones específicas, página 5: “En términos generales, esta CNC está de acuerdo con la CMT sobre la suficiencia del derecho de la competencia para garantizar el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado de referencia. No obstante, es conveniente un adecuado diseño y aplicación de las obligaciones *ex ante* a Telefónica en el nuevo mercado minorista 1 y en los distintos mercados mayoristas relacionados (mercados 2 y 3, y en su caso en los mercados 4 y 5 de la nueva recomendación y el mercado 15 de la recomendación de mercados de 2003). (...). En términos generales, esta CNC está de acuerdo con la CMT en la supresión de las obligaciones *ex ante* a Telefónica en el mercado de referencia, en la medida en que las obligaciones *ex ante* impuestas en los mercados mayoristas y minoristas relacionados podrían ser suficientes para garantizar una tendencia a la competencia efectiva.”



posición dominante colectiva. Asimismo, el SVDC presenta varias evidencias empíricas de conductas paralelas en materia de precios y condiciones comerciales que demostrarían por sí mismas la existencia de una posición dominante colectiva.

(134) Las Alegaciones de TESAU/TME niegan que TME disfrute de una posición dominante, individual o conjunta con otros operadores, en el mercado de telefonía móvil. TESAU/TME alegan que la propuesta de Resolución obvia “los estudios y análisis que sobre la competencia en este mismo mercado han realizado otros organismos como la CMT o la Comisión Europea” a pesar de “la transcendencia fáctica y jurídica de estos pronunciamientos para las autoridades de competencia”. En particular, TESAU/TME citan en diversas ocasiones de manera incompleta el párrafo siguiente de la Resolución OMVs: “Como conclusión se puede afirmar que el mercado minorista de origenación y tráfico móvil se ha desarrollado y se desarrolla en un entorno competitivo a tenor de la evolución de la portabilidad, que ha experimentado un gran crecimiento en el año 2004...”¹⁰⁸.

(135) En sus alegaciones, Orange considera que la conducta objeto de este expediente constituye un abuso por parte de TME y TESAU de su posición de dominio respectiva en los mercados de telefonía móvil y fija del País Vasco.

(136) Este Tribunal considera que la Propuesta de Resolución no ha acreditado que TME disfrute de una posición dominante individual frente a competidores como Vodafone y Orange. Sin embargo, este Tribunal considera que la Propuesta de Resolución ha justificado rigurosamente la existencia de una posición dominante colectiva de TME, Vodafone y Orange en el mercado nacional de telefonía móvil.

(137) En línea con los principios desarrollados por la jurisprudencia comunitaria¹⁰⁹, recogidos en la Sentencia de la AN de 12 de enero de 2009, este Tribunal considera que un “oligopolio estrecho” puede disfrutar de una posición dominante colectiva a los efectos del artículo 2 de la LDC si concurren tres requisitos:

1. Transparencia en el mercado de referencia, de forma que los miembros del oligopolio puedan conocer el comportamiento de sus competidores;
2. existencia de mecanismos de castigo económico que garanticen que los miembros del oligopolio no se desviarán de la línea de acción común; y
3. ausencia de competencia potencial o poder de negociación de los clientes para alterar la línea de acción común.

(138) Asimismo, en línea con la Sentencia *Impala* del TPI, este Tribunal considera que estos requisitos también pueden ser apreciados “indirectamente tomando como base un conjunto de indicios y de elementos probatorios que pueden incluso ser muy heterogéneos, relativos a los signos, manifestaciones y fenómenos inherentes a la

¹⁰⁸ Véase el párrafo completo de la Resolución OMVs en el párrafo (77) de esta Resolución. El recurso de TME contra la Resolución OMVs también citó, de manera incompleta, ese párrafo, argumento que fue rechazado por la SAN de 12 de enero de 2009.

¹⁰⁹ Sentencia del TPI de 6 de junio de 2002, Asunto T-342/99, *Airtours c. Comisión* (en el ámbito de control de concentraciones) y Sentencia de 26 de enero de 2005, Asunto T-193/02, *Laurent Piau c. Comisión* (en el ámbito del artículo 82 TCE).



existencia de una posición dominante colectiva”¹¹⁰. En particular, la existencia de una “estrecha alineación de los precios a largo plazo” en niveles supracompetitivos puede ser suficiente para probar la transparencia del mercado, “incluso si no hay pruebas directas concluyentes de la existencia de una gran transparencia del mercado”¹¹¹.

(139) Pues bien, el análisis del mercado minorista de telefonía móvil durante el periodo relevante en el que se produjeron las conductas objeto de este expediente (2006-2007) permite concluir que TME, Vodafone y Orange constituían un oligopolio estrecho y disfrutaban de una posición dominante colectiva en dicho mercado.

Concentración

(140) En 2007, la concentración del mercado minorista de telefonía móvil era extraordinariamente elevada. En particular, el índice de concentración de las dos primeras empresas (CR2) había aumentado más de un 1 punto con respecto al CR2 mencionado en la Resolución OMVs (81,4%)¹¹². Asimismo, el índice HHI (suma del cuadrado de la cuota de mercado de cada operador) era sustancialmente superior al umbral de 2.000 puntos que la Comisión utiliza para identificar los mercados concentrados¹¹³.

Concentración del mercado de telefonía móvil (ingresos)

CR1	49,1%
CR2	82,7%
CR3	99,4%
HHI	3.818,66

Fuente: Elaboración propia, a partir de la Memoria CMT 2007.

Transparencia

(141) Las tarifas y condiciones comerciales de los operadores de telefonía móvil son absolutamente transparentes. En el expediente ha quedado acreditado que los operadores de telefonía móvil están legalmente obligados a comunicar con antelación a las autoridades y a los consumidores los cambios de tarifas previstos. En particular, el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, establece en su artículo 107 que “cualquier propuesta de modificación de las condiciones contractuales (...) deberá ser comunicada al abonado con una antelación mínima de un mes, en la que se informará, al mismo tiempo, del derecho del abonado a resolver anticipadamente el contrato sin penalización alguna en caso de no aceptación de las nuevas condiciones”. Asimismo, el artículo 109 obliga a publicar las tarifas generales, de aplicación a todos los usuarios, en la página de Internet del operador, con indicación expresa de la fecha de entrada en vigor. Por lo tanto, gracias a las comunicaciones directas y preceptivas a los usuarios así como los diferentes instrumentos de comunicación pasiva (página web, atención telefónica,

¹¹⁰ Sentencia del TPI, de 13 de julio de 2007, Asunto T-464/04, *Impala c. Comisión*, párrafo 251.

¹¹¹ Asunto T-464/04, *Impala c. Comisión*, párrafo 252.

¹¹² Resolución OMVs, página 11.

¹¹³ Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, C 31/5, 5.2.2004, párrafos 16, 19-21.



servicios comerciales, etc.), los operadores conocían las tarifas y condiciones comerciales de sus competidores con al menos un mes de antelación a su entrada en vigor¹¹⁴. Esta transparencia permitió que la prensa general y económica se hiciera eco de la aplicación de una tarificación selectiva a las llamadas a Euskaltel (aumentando así la publicidad de la conducta) antes de su entrada en vigor¹¹⁵.

(142) La transparencia del mercado minorista de telefonía móvil fue puesta de manifiesto en la Resolución OMVs y avalada por el Informe OMVs de la Comisión¹¹⁶.

(143) Las Alegaciones de TESAU/TME han aceptado la existencia de una elevada transparencia si bien consideran que ello puede ser procompetitivo, al reducir la asimetría de información del consumidor¹¹⁷.

(144) Este Tribunal considera, en línea con las conclusiones de la Resolución OMVs y la SAN de 12 de enero de 2009, que la existencia de una elevada transparencia de tarifas y condiciones comerciales desde la perspectiva de los operadores es compatible con la existencia de una asimetría de información desde la perspectiva de los consumidores. En todo caso, a los efectos de valorar la existencia de un oligopolio estrecho, es incuestionable que el mercado de telefonía móvil se caracteriza por una transparencia absoluta de las tarifas y condiciones comerciales, tal como han reconocido TESAU/TME. Esta transparencia facilita que cada operador conozca inmediatamente las tarifas aplicadas por sus competidores.

Mecanismos viables de castigo económico dentro del oligopolio

(145) La normativa vigente permite a los operadores conocer las tarifas y condiciones comerciales de sus competidores prácticamente con un mes de antelación a su entrada en vigor, por lo que pueden reaccionar con tarifas y condiciones comerciales similares o incluso más agresivas. Esta reacción competitiva desencadenaría una guerra comercial que volvería a equilibrar la posición competitiva de los operadores pero en un nivel de precios y beneficios inferior. Durante la vigencia de las conductas objeto de esta Resolución, los tres grandes operadores, que acumulaban más del 99% de los ingresos de telefonía móvil, eran conscientes de su mutua interdependencia y de que cualquier iniciativa competitiva en materia de precios y condiciones comerciales podría desencadenar reacciones equivalentes o más agresivas, dando origen a una “guerra” comercial de suma cero¹¹⁸.

¹¹⁴ Véase párrafo (35) de esta Resolución.

¹¹⁵ Véase párrafo (36) de esta Resolución.

¹¹⁶ Informe OMV de la Comisión, página 9: “La CMT, pese a ello, ha demostrado un alineamiento en las estrategias comerciales de los tres operadores, Telefónica, Vodafone y Amena, así como que es creíble que una desviación de cualquier operador hacia una más agresiva (y menos rentable) competencia en precios sería fácilmente detectada por los ORMs que no se hubieran desviado”.

¹¹⁷ Alegaciones de TESAU/TME, página 58, párrafo 193. TME ha aceptado expresamente que la transparencia es una característica de este mercado en otros expedientes: (1) Sentencia de 12 de enero de 2009, FD 7º: “La transparencia del mercado es asumida también como inherente a los mercados oligopolísticos. Pero se dice en la demanda que las pruebas producidas por la Administración se refieren al mercado minorista y no al de referencia”; y (2) Resolución de la CNC de 2 de julio de 2009, FD 2º.

¹¹⁸ La “suma cero”, concepto acuñado en la Teoría de Juegos, describe una situación en la que la ganancia o pérdida de un participante se equilibra con exactitud con las pérdidas o ganancias de los otros participantes.



(146) La existencia de mecanismos de retorsión dentro del oligopolio también fue puesta de manifiesto en la Resolución OMVs. Asimismo, el Informe OMVs de la Comisión profundizó en los argumentos de la CMT¹¹⁹.

(147) Por lo tanto, debe concluirse que TME, Vodafone y Orange estaban en disposición de penalizar de manera rápida y eficiente cualquier iniciativa competitiva llevada a cabo por otro ORM.

Ausencia de presiones competitivas externas

(148) La Resolución OMVs, cuyas conclusiones abarcaban un espacio temporal de dos años, concluyó que existían numerosas barreras legales¹²⁰, económicas¹²¹ y estratégicas¹²².

(149) Este Tribunal considera que las barreras de entrada identificadas en la Resolución OMVs seguían plenamente vigentes durante 2006-2007 y, además, los miembros del oligopolio habían incrementado las barreras estratégicas frente a los nuevos operadores, tal como se detalla más adelante.

(150) Durante el periodo relevante, los nuevos operadores no podían constituir una alternativa competitiva a TME, Vodafone y Orange porque dependían de acuerdos de “roaming” (Xfera) o acceso (OMVs) con los tres ORMs para su entrada en el mercado,

¹¹⁹ Informe OMVs de la Comisión: “Con respecto al mecanismo de retorsión a nivel minorista, la CMT sugiere que los ORMs que no se han desviado podrían iniciar una guerra de precios en el nivel minorista o, más generalmente, romper los fundamentos de la estrategia comercial seguida por los tres ORMs hasta la fecha (esquemas tarifarios complejos y no transparentes, altos precios con subsidios en los terminales). La Comisión considera que la reducción en los precios minoristas a través de ofertas específicas (sea mediante la efectiva reducción de los precios nominales o a través de una política de promoción más agresiva [nota a pie]) así como la desviación de los principios comunes en la estrategia comercial tendría un efecto disciplinador sobre el operador que se ha desviado. En particular, se ve que este mecanismo de retorsión sería rápidamente implementado a raíz del nivel de portabilidad en España. La portabilidad y la tasa de *churn* muestran que una alta proporción de consumidores son capaces de cambiar de un operador a otro en el mercado español. Los datos sobre el alcance del bloqueo de tarjetas SIM y la presencia de los operadores en los distintos segmentos de mercado habrían podido sustanciar aún más la respuesta asumida de los consumidores ante cambios en los precios y, en consecuencia, la credibilidad del mecanismo de retorsión a nivel minorista. De manera global y a partir de los hechos concretos expuestos anteriormente, se estima plausible que la desviación inicial y la consecuente respuesta de los ORMs que no se han desviado resultarían en un nuevo equilibrio de mercado caracterizado por precios minoristas más reducidos y consecuente menor rentabilidad sin un aumento de la cuota de mercado de cada ORM. Estos mecanismos a nivel minorista pueden considerarse por tanto como crebles instrumentos de retorsión”.

¹²⁰ Sólo existen cuatro operadores a los que se ha otorgado en exclusiva una concesión demanial para la utilización del espectro radioeléctrico: TME, Vodafone, Orange y Xfera.

¹²¹ Resolución OMVs, página 27: “Además habría que tener en cuenta las graves dificultades a la entrada que suponen la existencia de fuertes economías de escala y de alcance, en particular las primeras que tienen su origen en la presencia de altos costes fijos en el establecimiento y operación de la red móvil”.

¹²² Resolución OMVs, página 27: “Finalmente, es de destacar también las barreras estratégicas a la entrada que suponen las fuertes inversiones en publicidad y en planes de fidelización llevadas a cabo por los operadores existentes que obligarán a cualquier entrante a fuertes desembolsos para desarrollar su propia imagen de marca y para poder captar una masa crítica de abonados a su red”.



acuerdos que implicaban unos costes económicos y de negociación. Asimismo, debían dar a conocer su marca y establecer una red de comercialización de sus servicios. Sin embargo, sólo el gasto publicitario de TME en 2007 fue cinco veces mayor que los ingresos conjuntos por servicios de telefonía móvil de los nuevos operadores¹²³. Asimismo, las barreras estratégicas creadas por los tres principales ORMs (contratos de permanencia de hasta 24 meses y discriminación de llamadas off-net/on-net) dificultaban aun más la entrada y expansión en el mercado.

(151) Por lo tanto, la presencia marginal en el mercado de nuevos operadores durante el año 2007 no suponía en ningún caso una presión competitiva suficiente frente a los tres ORMs, que mitigase su interdependencia mutua en relación a sus tarifas y políticas comerciales, así como su independencia de comportamiento frente a los nuevos operadores y los clientes de telefonía móvil en general.

(152) En suma, debe concluirse que durante el periodo relevante en el que se produjeron las conductas objeto de este expediente (2006-2007), TME, Vodafone y Orange disfrutaban de una posición dominante colectiva.

Evidencias empíricas de conductas paralelas en el mercado

(153) La Propuesta de Resolución ha presentado evidencias empíricas de conductas paralelas de los tres operadores principales en materia de precios y condiciones comerciales, que refuerzan esta conclusión.

Aumento de los periodos de vinculación contractual

(154) Coincidiendo con el procedimiento de consultas y preparación de la Resolución OMVs, TME y Vodafone aumentaron de 12 a 18 meses los compromisos de permanencia ligados a tarifas promocionales o subvenciones de terminales. A instancias de una asociación de consumidores, la CMT investigó las cláusulas comerciales de ambos operadores y constató que eran prácticamente idénticas, previéndose en ambos casos una penalización por ruptura contractual de 150 euros¹²⁴.

¹²³ Propuesta de Resolución, página 48.

¹²⁴ Resolución de 12 de julio de 2007 por la que se pone fin al período de información previa sobre determinadas cláusulas de los contratos tipo de Telefónica Móviles España S.A. y Vodafone España, S.A. y se acuerda no iniciar el correspondiente procedimiento, Expediente RO 2006/422, páginas 3-4: “Según lo dispuesto por el contrato tipo de Vodafone vigente en el momento de la denuncia, ‘El Cliente se compromete a permanecer dado de alta en este Contrato y en un plan de precios de consumo mínimo igual o superior al contratado, con la línea vinculada al mismo durante los 18 meses siguientes a partir de la firma según condiciones de permanencia de Vodafone en cada momento. En caso de baja anticipada del Cliente por cualquier causa, o cambio de plan de precios a uno de tarifa inferior por decisión del Cliente, éste abonará a Vodafone la cantidad máxima de 150 euros (impuestos indirectos no incluidos) que será cargada en la cuenta corriente del Cliente, todo ello sin perjuicio de lo pactado en ulterior condición particular, en su caso.’ Las Condiciones Generales Aplicables y de Permanencia de TME estaban en su momento redactadas en términos similares, incluyendo la duración del compromiso de permanencia (18 meses) y la penalidad máxima por baja anticipada (150 euros)”. La CMT concluyó que el incremento de los plazos de vinculación no implicaba un obstáculo a la portabilidad y decidió archivar la denuncia.



(155) Estas prácticas también fueron objeto de denuncia ante la CNC que, si bien consideró acreditado el paralelismo de conducta entre TME y Vodafone, descartó la existencia de un acuerdo o práctica concertada entre los dos operadores¹²⁵.

(156) Asimismo, coincidiendo con la entrada en el mercado de Xfera y Euskaltel, en marzo de 2007, TME estableció tres escalas de vinculación contractual dependiendo de las ventajas ofrecidas al cliente: 12, 18 y 24 meses. En los meses posteriores, tanto Vodafone como Orange replicaron la iniciativa de TME y aumentaron el periodo máximo de vinculación contractual hasta los 24 meses.

(157) En suma, TME, Vodafone y Orange aumentaron de forma paralela el periodo máximo de vinculación contractual de 12 a 18 meses cuando la CMT inició el procedimiento encaminado a obligarles a abrir sus redes a otros competidores; y de 18 a 24 meses cuando la entrada de nuevos operadores se hizo efectiva. Ello implicaba que los nuevos operadores iniciaban su andadura en un mercado en el que el 100% de los clientes podían encontrarse vinculados por contratos de hasta 24 meses de duración.

Incremento idéntico del coste de establecimiento de llamada

La Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios (“Ley 44/2006”) prohibió el redondeo al alza que practicaban los ORMs con respecto al primer minuto de llamada. La Ley 44/2006 otorgó a los operadores económicos un plazo de dos meses para adaptar sus contratos a las disposiciones previstas en ella.

(158) Para compensar esa pérdida de ingresos, TME anunció con efectos a partir del 1 de marzo de 2007 un incremento de la tarifa de establecimiento de llamada de 0,12 euros a 0,15 euros (25%) y unas nuevas tarifas. Esta iniciativa fue secundada por Vodafone y Orange.

(159) En respuesta a este incremento paralelo de las cuotas de establecimiento de llamadas móviles, la Dirección de Investigación de la CNC abrió un expediente sancionador a los tres ORMs y adoptó una Propuesta de Resolución contra ellos. Sin embargo, el Consejo de la CNC resolvió que no se había acreditado la existencia de un acuerdo o práctica concertada entre ellos¹²⁶. La Resolución de la CNC destacó que las llamadas de duración corta (menos de un minuto) representaban algo más de la mitad de las llamadas efectuadas y el establecimiento de llamada era un concepto de

¹²⁵ Resolución de 8 de octubre de 2009, Expediente 2716/06, *Vodafone/TME*, Antecedente de Hecho 2, Valoración Jurídica de la Propuesta de Resolución de la DI: “En lo que se refiere al primer elemento, la supuesta existencia de una práctica concertada, cabe señalar que la redacción de las condiciones particulares de permanencia que Vodafone y TME recogieron en sus contratos tipo en octubre de 2005 y mayo de 2006 respectivamente, es muy similar en ambos casos, tanto en la duración del compromiso de permanencia (18 meses) como en la cuantía de la penalización máxima (150 euros). Asimismo, las cláusulas de permanencia previas de TME y Vodafone también eran similares, pues fijaban compromisos de permanencia de 12 meses e indemnizaciones máximas que oscilaban entre los 100 y los 150 euros. Sin embargo, estos elementos no son suficientes por sí mismos para acreditar que existió tal práctica concertada”.

¹²⁶ Resolución de 2 de julio de 2009, Expediente 2759/07, *Teléfonos Móviles* (“Resolución Establecimiento de llamada”).



facturación que tenía un peso significativo, representando para los tres operadores más del [30-40%] de los ingresos que obtenían por llamadas nacionales¹²⁷. Asimismo, consideró probado que los tres operadores modificaron prácticamente todos sus planes tarifarios, afectando al precio del tráfico de voz nacional, internacional y en itinerancia internacional (roaming) de sus planes para clientes residenciales y no residenciales. Los cambios más significativos fueron los siguientes:

“- Nuevo sistema de cómputo de llamada, consistente en la tarificación por segundos desde el inicio de la llamada.

- Subida del establecimiento de llamada (parte fija del precio de la llamada) de 12c€ a 15c€ en prácticamente todos los planes.

- Modificaciones en el precio por tiempo de llamada (parte variable del precio de la llamada), aunque aquí la gran variedad de planes existentes hacen que se registren diferentes tipos de movimientos (en muchos casos se aumentaron tarifas, en otros se mantuvieron y algunos, los menos, se observaron reducciones)”¹²⁸.

Tarifas de itinerancia internacional idénticas

(160) En Junio de 2007, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea aprobaron el Reglamento 717/2007¹²⁹ por el cual pasaban a regularse directamente tanto las tarifas minoristas como mayoristas del servicio de itinerancia internacional dentro de todo el territorio comunitario. Estas nuevas tarifas máximas representaron una fuerte reducción de los precios vigentes en el mercado y se aplicaron de forma obligatoria a todos los operadores a partir del 30 de agosto de 2007.

(161) En respuesta al Reglamento 717/2007, los tres principales ORMs fijaron sus tarifas minoristas de itinerancia internacional durante el año 2007 en los límites máximos fijados en el Reglamento. La identidad de tarifas fue analizada por la CMT en una Resolución de 17 de enero de 2008 que archivó una denuncia de la asociación de consumidores FACUA¹³⁰:

Llamadas realizadas

Operador (nombre de la tarifa)	Establecimiento	Primer minuto	Establecimiento + Primer minuto	Segundo minuto y siguientes
TME (Tarifa Mundial Contrato)	0,49 €	0 €	0,49 €	0,49 € (1)
VODAFONE (Vodafone World)	0,47 €	0,02 € (1)	0,49 €	0,49 € (1)
ORANGE	0,45 €	0,04 € (1)	0,49 €	0,49 € (1)

(1) Facturación en segundos.

Llamadas recibidas

Operador (nombre de la tarifa)	Establecimiento	Primer minuto	Establecimiento + Primer minuto	Segundo minuto y siguientes
TME (Tarifa Mundial Contrato)	0,24 €	0 €	0,24 €	0,24 € (1)
VODAFONE (Vodafone World)	0,22 €	0,02 € (1)	0,24 €	0,24 € (1)
ORANGE	-	0,24 € (1)	0,24 €	0,24 € (1)

(1) Facturación en segundos.

Fuente: CMT

¹²⁷ Resolución Establecimiento de llamada, Hechos probados 3 y 4.

¹²⁸ Resolución Establecimiento de llamada, Hecho probado 20.

¹²⁹ DOCE L 171/32, 29.6.2007

¹³⁰ Resolución por la que se pone fin al período de información previa en relación con la denuncia presentada por FACUA – consumidores en acción relativa a las tarifas de itinerancia internacional, Expediente MTZ 2007/1033.



(162) Asimismo, FACUA denunció la identidad de tarifas ante la CNC, denuncia que fue archivada porque el comportamiento de los tres ORM podía responder a la estructura oligopolista del mercado en vez de a un acuerdo o práctica concertada entre TME, Vodafone y Orange: “El examen de los hechos muestra una cuasi identidad de las Eurotarifas de TME, Vodafone y Orange (Hecho Acreditado 1). Sin embargo, tal similitud podría ser explicada por la actuación autónoma y racional de los operadores en respuesta a factores externos y de mercado”¹³¹.

Discriminación off-net/on-net

(163) La discriminación de precio en las llamadas off-net/on-net, refuerza el liderazgo de los operadores más importantes y debilita competitivamente a los operadores más pequeños¹³². Durante el periodo relevante, los tres principales ORMs incrementaron el diferencial de precios entre sus tarifas off-net y on-net, incrementando así las barreras de entrada y expansión en el mercado de los nuevos operadores.

(164) En particular, TME sustituyó su Tarifa Club por la Tarifa MoviStar a partir del 17 de mayo de 2007¹³³, coincidiendo con la entrada en el mercado de los primeros OMVs como Euskaltel. La Tarifa MoviStar ofrecía los precios on-net más bajos del mercado tanto en modalidad postpago (3 céntimos/m.) como prepago (5 céntimos/m.) a los 22 millones de clientes de TME¹³⁴. Sin embargo, si los clientes que habían contratado dicha tarifa llamaban fuera de la red TME (por ejemplo, a otros OMVs), debían pagar 30 céntimos/m. (postpago) o 59 céntimos/m. (prepago), importe que aumentaba hasta los 36 céntimos/m. (postpago) y 64 céntimos/m. (prepago) en el caso de las llamadas a la red Euskaltel.

(165) Las Memorias CMT 2006 y 2007 confirman que la discriminación de tarifas entre las llamadas off-net y on-net era una estrategia efectiva para los tres ORMs: el tráfico on-net de cada ORM era muy superior a su cuota de mercado¹³⁵. En 2007, el tráfico on-net representó un 63,2% del tráfico de TME (+1 punto con respecto a 2006), mientras que su tráfico off-net era del 21,6% (sin cambios con respecto a 2006). En suma, mientras su cuota de mercado en términos de clientes en 2007 era del 45%, el 63,2% de las llamadas originadas en su red eran a clientes propios frente a un escaso 21,6% de llamadas dirigidas a clientes de otros operadores. La propia CMT ha reconocido en diferentes ocasiones que la discriminación off-net/on-net es una estrategia efectiva para TME¹³⁶. Asimismo, en 2007 el tráfico on-net de Vodafone era del 55,2% (+2,5 puntos con respecto a 2006) mientras que su tráfico off-net se situaba en el 23,7% (-3 puntos con respecto a 2006). Por último, en 2007 el tráfico on-net de

¹³¹ Resolución de 26 de febrero de 2008, Expediente S/0001/07, *Teléfonos Móviles Roaming*, página 8.

¹³² Véase párrafos (62) a (66) de esta Resolución.

¹³³ La Tarifa MoviStar llamó la atención de la Comisión (párrafo (64) de esta Resolución).

¹³⁴ Asimismo, el coste de establecimiento de llamada había aumentado de 0,12 a 0,15 euros a partir de marzo de 2007.

¹³⁵ Memoria CMT 2006, página 62 y Memoria CMT 2007, página 72.

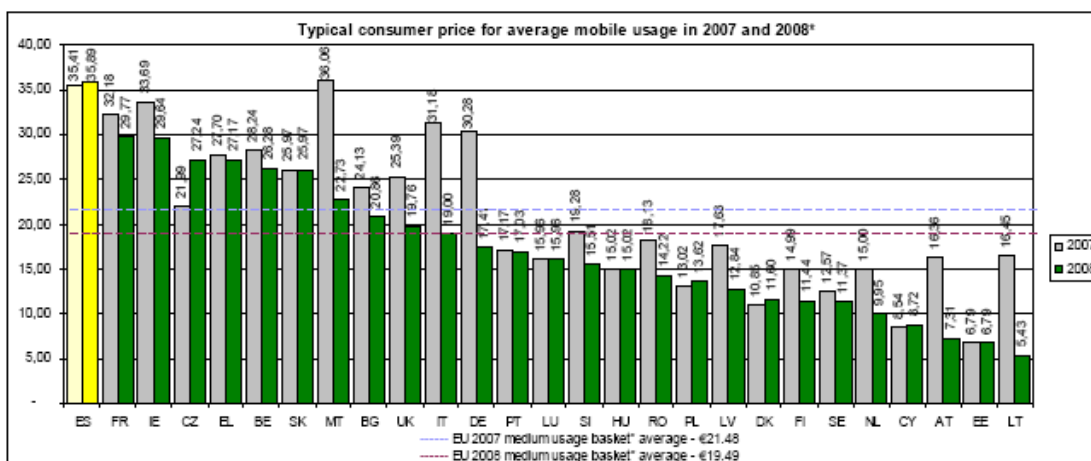
¹³⁶ Memoria CMT 2006, página 62: “Movistar, que fue el operador con mayor cuota de mercado fue, a la vez, el que presentó un volumen de tráfico on net más alto (62,2%). Esta observación avalaría la existencia de un efecto comunidad o de red, directamente relacionado con la base total de clientes o líneas en el mercado final”.

Orange representaba el 47,8% (-0,1 puntos con respecto a 2006), mientras que el tráfico off-net se situaba en el 37,1% (+0,2 puntos con respecto a 2006).

Precios elevados

(166) La CMT observó en su Resolución OMVs, con base en un informe de precios recabado por la Comisión, que los precios minoristas de telefonía móvil se encontraban por encima de la media europea.

(167) Asimismo, en su “Spain Factsheet” que acompaña al “Progress Report on the Single European Electronic Communications Market 2008”¹³⁷, la Comisión destacó que en 2007, la tarifa de 35,41 euros mensuales de TME para una cesta de consumo medio era la segunda más cara de la Unión Europea, mientras que su tarifa de 35,89 euros mensuales pasó a ser la más cara en 2008.



*The above table relates to the cheapest offer in the medium usage basket using OECD methodology as of 2006. It consists of 65 outgoing calls per month + 50 SMS messages + 2-3 MMS. 21% of calls are to fixed line phones, 72% to mobile phones, 7% to voicemail. Where appropriate, it includes monthly rental, and any registration charges (post-paid offers, in particular).

(168) En el Anexo II del “Progress Report on the Single European Electronic Communications Market 2008”, se incluyen las tarifas de los dos principales operadores de telefonía móvil de cada país en relación al tipo de contrato prepago/postpago y para una cesta de consumo intensivo, medio y bajo (ver Anexo 1 de esta Resolución, Tablas 17 a 22).

(169) En la Tabla 17 puede observarse que, en relación al contrato postpago de una cesta de consumo bajo, las tarifas de Vodafone y TME estaban entre las más caras (puestos 12 y 14) de los 54 operadores analizados durante el 2007 y pasaron a ser relativamente más caras en 2008 porque mientras otros operadores bajaron sus tarifas, Vodafone las mantuvo estables (octavo operador más caro) y TME las incrementó (noveno operador más caro).

¹³⁷ Commission Staff Working Document, Annex to the Communication from the Commission to the European parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Progress Report on the Single European Electronic Communications Market 2008 (14th report), COM(2009) 140, 24.03.2009.



(170) En la Tabla 18 puede observarse que, en relación a la suma de contrato postpago y prepago de una cesta de consumo bajo, las tarifas de TME y Vodafone se situaban entre las 10 más caras durante el 2007 y pasaron a ser la segunda más cara (Vodafone) y la tercera más cara (TME) en 2008, sólo superadas por la tarifa de un operador de Francia.

(171) En la Tabla 19 puede observarse que, en relación al contrato postpago de una cesta de consumo medio, las tarifas de TME y Vodafone se situaban entre las seis tarifas más caras durante el 2007 y pasaron a ser la más cara (Vodafone) y la tercera más cara (TME) en 2008, intercalándose entre ellas un operador de Malta.

(172) En la Tabla 20 puede observarse que, en relación al conjunto de contrato postpago y prepago de una cesta de consumo medio, las tarifas de Vodafone y TME eran respectivamente la tercera y cuarta más caras en 2007 (sólo superadas por las tarifas de un operador de Alemania y un operador de Grecia) y pasaron a ser las dos más caras en 2008.

(173) En la Tabla 21 puede observarse que, en relación al contrato postpago de una cesta de consumo intensivo, las tarifas de Vodafone y TME eran las dos más caras de la Unión Europea en 2007, mientras que en 2008 se intercaló entre ellas la filial irlandesa de Vodafone.

(174) En la Tabla 22 puede observarse que, en relación al conjunto de contrato postpago y prepago de una cesta de consumo intensivo, se produjo el mismo fenómeno que en relación al contrato postpago: las tarifas de Vodafone y TME eran las dos más caras de la Unión Europea en 2007, mientras que en 2008 se intercaló entre ellas la filial irlandesa de Vodafone.

(175) En suma, de la observación de las tarifas europeas, puede concluirse que (1) las tarifas de TME y Vodafone se encontraban entre las más caras de la Unión Europea en 2007 y 2008; (2) la igualdad existente entre sus tarifas era la mayor de todas las parejas de operadores principales de la Unión Europea.

La dominancia colectiva no implica ausencia total de competencia interna o externa

(176) TESAU/TME ha insistido en que el mercado minorista de telefonía móvil es competitivo y, en particular, ha identificado la elevada portabilidad como evidencia de la competencia entre los miembros del oligopolio y entre ellos y los nuevos operadores. Asimismo, ha presentado un Informe de una consultora económica en apoyo de sus alegaciones (“Informe LECG”)¹³⁸.

¹³⁸ “Análisis de la competencia en el mercado español de las comunicaciones móviles”, Informe para Telefónica Móviles España, S.A.U. en el Expediente 2759/07, *Teléfonos Móviles*, LECG Consulting Spain, S.L.U., 13.05.2009.



(177) En este sentido, conviene recordar que la existencia de una posición dominante colectiva no presupone una eliminación completa de la competencia entre los miembros del oligopolio ni entre ellos y sus competidores¹³⁹.

(178) En relación a la existencia de competencia interna, el TPI ha señalado que las empresas que forman parte de un oligopolio dominante pueden desarrollar cierto grado de competencia sin poner en riesgo su paralelismo de comportamiento en aspectos significativos de la competencia¹⁴⁰.

(179) Igualmente, la existencia de una dominancia colectiva de tipo oligopolista no implica una ausencia total de competencia externa. De lo contrario, la posición dominante sólo podría existir en mercados monopolistas. La posición dominante surge cuando una o varias empresas no se enfrentan a una competencia significativa que impida su comportamiento independiente en el mercado. Por ejemplo, el TPI ha ratificado que unas empresas ocupaban una posición dominante colectiva a pesar de que la cuota de mercado conjunta de sus competidores rondaba el 40%. En particular, el TPI consideró que la Comisión no había cometido ningún error al limitar su análisis de la competencia externa a los operadores con cuotas de mercado superiores al 1%, porque resultaba “evidente que una cuota de mercado de este orden no puede ejercer una presión competitiva considerable en relación a una entidad que tiene el 60% del mercado”¹⁴¹. En este sentido, este Tribunal considera, parafraseando al TPI, que no se

¹³⁹ Sentencia del TPI de 30 de septiembre de 2003, asuntos acumulados T-191/98, T-212/98 a T-214/98, *Atlantic Container Line y otros c. Comisión*, Rec. II-2003, p. 3275.

¹⁴⁰ Sentencia del TPI de 30 de septiembre de 2003, asuntos acumulados T-191/98, T-212/98 a T-214/98, *Atlantic Container Line y otros c. Comisión*, párrafos 653-655: “653. Es preciso señalar que, si bien la posibilidad de una empresa de coordinar su comportamiento con el de uno o más competidores implica necesariamente que la competencia entre ellos queda restringida de manera significativa, tal posibilidad de coordinación del comportamiento competitivo no implica por el contrario, en modo alguno, que la competencia entre las empresas de que se trate quede completamente eliminada. Por lo demás, debe recordarse que la existencia de una posición dominante colectiva en el sentido del artículo 86 [82] del Tratado supone la existencia de vínculos económicos entre dos o más entidades económicas, por definición, independientes y, por tanto, capaces de competir entre sí, y no la existencia de vínculos institucionales entre las empresas afectadas análogos a los que existen entre una sociedad matriz y sus filiales (véase, en este sentido, la sentencia Vidrio plano, citada en el apartado 594 supra, apartados 357 y 358). 654. En consecuencia, si bien la falta de competencia efectiva entre operadores que supuestamente son miembros de un oligopolio dominante constituye un elemento importante entre los elementos que deben desempeñar un papel al evaluar la existencia de una posición dominante colectiva (sentencia Airtour/Comisión, citada en el apartado 652 supra, apartado 63; véanse igualmente, en este sentido, las sentencias Centro Servizi Spediporto, citada en el apartado 594 supra, apartado 34, y DIP y otros, citada en el apartado 594 supra, apartado 27), no cabe exigir, para apreciar tal posición dominante, que esta eliminación de la competencia efectiva dé lugar a la eliminación de toda competencia entre las empresas afectadas. 655. Por consiguiente, las demandantes se equivocan al sostener que la existencia de una posición dominante colectiva en el sentido del artículo 86 [82] del Tratado excluye, por definición, toda competencia entre las empresas que tienen tal posición y requiere la adopción por parte de estas empresas de un mismo comportamiento en todos los aspectos de la competencia en el mercado de que se trate”.

¹⁴¹ Sentencia del TPI de 30 de septiembre de 2003, asuntos acumulados T-191/98, T-212/98 a T-214/98, *Atlantic Container Line y otros c. Comisión*, párrafos 957-962: “957. Las demandantes alegan, por una parte, que el TACA está sometido a la competencia acumulativa de unas veinte compañías marítimas y, por otra parte, que el incremento de su cuota de mercado, aunque modesta, representa cantidades elevadas en cuanto al volumen. 958. En primer lugar, por lo que se refiere al número de competidores, ya se ha indicado en los apartados 927 a 929 supra, que en los considerandos 244 a 262 de la Decisión impugnada, la Comisión examinó la posición competitiva de cinco compañías marítimas independientes del TACA, a saber, Evergreen, Lykes, Atlantic Cargo Service, Independan Container Line



puede defender “seriamente” que unos operadores que tenían una cuota de mercado conjunta del 0% al comienzo de la conducta de TESAU/TME y alcanzaban una cuota de mercado conjunta inferior al 1% al finalizar dicha conducta, constituían una competencia significativa que impedía el comportamiento independiente de TME, Vodafone y Orange en el mercado.

(180) En vista de estas consideraciones, la existencia de una elevada portabilidad en el mercado no es suficiente para alterar las conclusiones de este Tribunal. En todo caso, el análisis de los datos de portabilidad entre operadores no parece justificar los argumentos de TESAU/TME.

(181) En primer lugar, tal como puso de manifiesto el Informe OMVs de la Comisión, la existencia del mecanismo de portabilidad es un instrumento que facilita la utilización de mecanismos de retorsión por parte de los miembros del oligopolio, en caso de que uno de ellos decidiera adoptar una estrategia competitiva agresiva.

(182) En segundo lugar, la portabilidad no afectó significativamente a los dos principales operadores del mercado durante el periodo 2006-2007. Según los datos de portabilidades netas incluidos en la Memoria CMT 2007, Vodafone (+328.000 números) y TME (+175.000 números) fueron los operadores más beneficiados en 2006, mientras que Orange fue el más perjudicado (-506.000 números). En el año 2007, Vodafone ganó 19.000 números, TME tuvo una pérdida marginal de 2.300 números y Orange perdió 341.000 números. En relación a los nuevos operadores, Xfera logró un balance positivo de 118.000 números y el conjunto de OMVs acumuló 206.000 líneas, “si bien esta cifra es atribuible prácticamente en su totalidad al proceso de migración de

y Carol Line. La Comisión consideró que dichas empresas eran las «cinco grandes competidoras» del TACA. En el considerando 244 de la Decisión impugnada, la Comisión afirma que la cuota de mercado de cada uno de esos competidores era, en 1995, del 10,2 %, del 5,7 %, del 3,2 %, del 2,7 % y del 1 %, respectivamente. 959. Es cierto que, como señalan las demandantes, la Comisión no examinó en cambio la posición que tenían doce otros competidores activos en el mercado de referencia. 960. No obstante, las partes coinciden en que, durante el período de que se trata, ninguno de esos competidores tuvo una cuota de mercado superior al 1 %. Pues bien, no se puede negar seriamente que una compañía marítima que dispone de una cuota de mercado menor del 1 % no puede competir de manera significativa con los miembros del TACA. A este respecto, es preciso señalar, además, que las demandantes no niegan las afirmaciones de la Comisión, en los considerandos 253 a 262 de la Decisión impugnada, relativas a la falta de competencia efectiva ejercida por Atlantic Cargo Service, Independant Container Line y Carol Line, cuando estas últimas tienen cuotas de mercado que oscilan entre el 2 % y el 3 %. Por otra parte, ha de recordarse que, según jurisprudencia reiterada, cuanto más débiles y de menores dimensiones son los competidores, menor es su capacidad para ejercer una presión competitiva real en relación con la empresa dominante (sentencias United Brands/Comisión, citada en el apartado 833 supra, apartados 111 y 112; Hoffmann-La Roche/Comisión, citada en el apartado 765 supra, apartados 51 a 58, y sentencia TAA, apartado 341). 961. Además, aun cuando se tuviese en cuenta la posición acumulada de las demandantes de que se trata, se desprende de los datos aportados por las propias demandantes que éstas representaban conjuntamente, como máximo, el 2,3 % del mercado de referencia en 1996. Resulta evidente que una cuota de mercado de este orden no puede ejercer una presión competitiva considerable en relación con una entidad que tiene el 60 % del mercado. A este respecto, ha de señalarse, por otra parte, que las demandantes no han explicado por qué la supuesta presión acumulativa ejercida por los competidores de que se trata afectó realmente a la posición que disfrutaban los miembros del TACA. 962. Se deduce de lo anterior que la Comisión acertó al no tener en cuenta a los competidores cuya cuota de mercado era inferior al 1 % para determinar si los miembros del TACA ocupaban una posición dominante en el mercado de referencia. Por tanto, debe desestimarse la alegación de las demandantes relativa a este extremo”.



clientes de Orange a Euskaltel acaecido entre enero y marzo de 2007 (191.775 líneas)¹⁴². En suma, a pesar de que TME, Vodafone y Orange adoptaron durante 2007 un incremento idéntico del precio de establecimiento de llamada, una “eurotarifa” de roaming idéntica y las tarifas nominales de TME y Vodafone eran caras en comparación con otros operadores principales de la Unión Europea, la ganancia marginal de números de los nuevos operadores se produjo a costa de Orange. Asimismo, debe tenerse en cuenta que los nuevos clientes de Xfera y los restantes OMVs eran de prepago (57,5% y 64,3% respectivamente) “e incluso una proporción importante de OMVs únicamente comercializó este tipo de líneas”¹⁴³, lo que implica una rentabilidad mucho menor por cliente¹⁴⁴. En suma, puede concluirse que la entrada en el mercado de los nuevos operadores tuvo un impacto marginal y circunscrita a un nicho de mercado (prepago residencial) poco rentable¹⁴⁵.

(183) En tercer lugar, si el mecanismo de la portabilidad no impidió a TME, Vodafone y Orange poner en práctica conductas paralelas durante el año 2007, la elevada portabilidad podría explicarse por la creciente insatisfacción de los clientes con las tarifas y servicios de su operador, pero no garantizaría que las tarifas y servicios del nuevo operador fueran mejores a medio plazo. Esta insatisfacción tenía reflejo en las reclamaciones recibidas por las asociaciones de consumidores. Según la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU), en 2007 las reclamaciones relacionadas con la telefonía móvil (14.552) fueron las más numerosas de las 250.881 reclamaciones recibidas por la asociación¹⁴⁶. Asimismo, según FACUA-Consumidores en Acción, las telecomunicaciones generaron en 2007 el mayor número de las reclamaciones tramitadas por la asociación (23,1%), y la telefonía móvil fue objeto de más consultas y reclamaciones que la suma de las relacionadas con la telefonía fija y el acceso a Internet mediante ADSL y cable¹⁴⁷.

(184) Por otra parte, el Informe LECG, realizado a petición de TME para apoyar sus alegaciones en el expediente que desembocó en la Resolución Establecimiento de llamada¹⁴⁸, tampoco es susceptible de modificar las conclusiones de este Tribunal¹⁴⁹.

¹⁴² Memoria CMT 2007, página 68.

¹⁴³ Memoria CMT 2007, página 66.

¹⁴⁴ Memoria CMT 2007, página 66: En 2007, el ingreso medio anual por línea fue de 540 euros en el segmento de negocios, 378 euros en el segmento de postpago residencial, y 129 euros en el segmento de prepago residencial.

¹⁴⁵ Memoria CMT 2007, página 64: En 2007, tomando como referencia la modalidad de contrato, los ingresos de postpago representaron el 83,2% de los ingresos totales por tráfico de voz (9.724,2 millones de euros), mientras que los ingresos de prepago se limitaban al 16,8% (1.968,3 millones de euros).

¹⁴⁶ Nota de prensa de OCU, 24 de marzo de 2008.

<http://www.ocu.org/derechos-del-consumidor-y-familia/la-ocu-recibio-en-2007-mas-de-250-000-reclamaciones-s362484.htm>

¹⁴⁷ Nota de prensa de FACUA, 23 de enero de 2008.

<https://www.facua.org/es/noticia.php?Id=2643&IdAmbito=21>

¹⁴⁸ El Informe LECG que consta en este expediente parece ser una versión no definitiva, ya que en su página 34 (*folio 3403*) se observa un comentario de TME dirigido a los autores con una sugerencia en cuanto a su contenido.

¹⁴⁹ Véase, en línea con las conclusiones de este Tribunal sobre la estructura oligopolista del mercado y la competencia insuficiente en él, el artículo doctrinal de los economistas Joan Calzada, Antón Costas y Alejandro Estruch, “La competencia en la telefonía móvil en España: ¿víctima del crecimiento del mercado o de la regulación?”, Anuario de la Competencia 2008, Fundación ICO, pp. 207-230.



(185) En síntesis, el Informe LECG niega la estructura oligopolista del mercado¹⁵⁰ y concluye que existe competencia en él por referencia a la media europea¹⁵¹. Sin embargo, el Informe LECG omite en sus 76 páginas cualquier mención al paralelismo de comportamiento que había dado lugar al expediente tramitado por la CNC. Esta omisión es llamativa cuando en el propio expediente, las tres empresas expedientadas (TME, Vodafone y Orange) justificaron el paralelismo de su conducta en la transparencia del mercado y la mutua interdependencia entre ellas, características propias de un mercado oligopolista¹⁵². Esta omisión parece suficiente para rechazar sumariamente todas las conclusiones del Informe LECG.

(186) Asimismo, se aprecia una evidente contradicción interna en relación a la existencia de transparencia en el mercado. Por una parte se concluye que existe un “limitado grado de transparencia en el mercado” y, por otra, se asume que existe una elevada transparencia aunque se argumenta que dicha transparencia no es anticompetitiva en sí misma¹⁵³, argumento que no es sostenible a la vista de las conductas colusorias en el mercado desarrolladas por TME, Vodafone y Orange durante 2007.

(187) Por otra parte, también se aprecian contradicciones internas en relación al efecto disciplinador de la competencia externa (nuevos operadores). En sus conclusiones considera que la cuota de mercado de los nuevos operadores “ha experimentado un aumento sustancial en los últimos años” pero en sus argumentos reconoce que sus cuotas de mercado “siguen siendo reducidas”¹⁵⁴. Este Tribunal debe reiterar, al igual que hizo en relación a las Alegaciones de TESA/TME, que no puede defenderse seriamente que unos operadores sin red propia que habían entrado en el mercado gracias a obligaciones regulatorias de acceso y cuya cuota de mercado era inferior al 1%, circunscrita en su mayor parte a clientes de prepago, representaban en 2007 una presión competitiva suficiente para contrarrestar la posición dominante colectiva de TME, Vodafone y Orange en el mercado.

(188) Finalmente, el Informe LECG presenta un análisis comparativo de mercados nacionales de telefonía móvil y concluye que la dinámica competitiva española fue similar o, incluso superior, a la observada en la media europea. La utilización de una comparativa internacional resulta sorprendente cuando las Alegaciones de

¹⁵⁰ Informe LECG, página 5: “Un examen detallado de los elementos estructurales del mercado permite, sin embargo, concluir que el mercado de la telefonía móvil en España, al contrario de los expuesto en la Propuesta de Resolución, presenta un alto grado de competencia efectiva entre los operadores”.

¹⁵¹ Informe LECG, página 5: “La conclusión más importante de este análisis es que la dinámica competitiva en el mercado de comunicaciones móviles en España durante el periodo 2000-2007 fue similar, o incluso superior, a la observada en la media europea”.

¹⁵² Véase párrafos (194) y (195) de esta Resolución.

¹⁵³ Informe LECG, página 22: “En definitiva, nuestro análisis de las características del mercado en relación a la transparencia de precios indica que, aunque el grado de transparencia de precios en el mercado es elevado, éste no tiene por qué traer consigo efectos anticompetitivos.”

¹⁵⁴ Informe LECG, página 13: “Aunque sus cuotas de mercado siguen siendo reducidas, el mero hecho de participar en el mercado y su potencial de crecimiento futuro, incrementa el grado de competencia efectiva en el mercado”.



TESAU/TME han rechazado expresamente que este instrumento sirva para valorar el grado de competencia en el mercado español¹⁵⁵.

(189) En todo caso, el Informe LECG ha comparado los niveles de precios y cantidades observados en diferentes países, una vez descontada la influencia de los factores de demanda para evaluar la dinámica competitiva en cada mercado. Este tipo de análisis debe recurrir necesariamente a generalizaciones (por ejemplo, el precio medio efectivo, calculado como el cociente entre los ingresos de llamada/sms enviado y el número de minutos consumidos/sms enviados) y, sobre todo, a juicios de valor sobre las variables de demanda que deben ser descontadas. En particular, el Informe LECG ha optado por incluir variables de demanda relacionadas con el tamaño potencial del mercado, las características sociodemográficas de la población, la renta disponible y el grado de sofisticación de la demanda¹⁵⁶. En suma, el análisis comparativo está afectado por unos juicios de valor sobre las variables de demanda que limitan significativamente las conclusiones que puedan derivarse. En todo caso, las conclusiones obtenidas no avalan la existencia de una competencia intensa en el mercado español de telefonía móvil por las siguientes razones. En primer lugar, la comparación se realiza entre España y el “Resto de Europa” lo que sólo refleja la situación de España en relación a una media europea. En segundo lugar, las conclusiones del análisis parecen poner en cuestión la dinámica competitiva del mercado español. Por ejemplo, en relación al precio de voz saliente, el Informe LECG señala lo siguiente: “El nivel de precios al comienzo de la muestra en España era superior al nivel de precios medio por minuto de voz en el resto de países europeos. Pese a la diferencia de precios medios al comienzo de la muestra, la evolución de los precios a lo largo del tiempo muestra un patrón idéntico en España que en el resto de los países analizados”¹⁵⁷. Ciertamente, el Informe LECG también indica que los precios de prepago eran inferiores en España al inicio y su tendencia ha evolucionado de forma idéntica a la media europea de forma que “los precios en España han continuado por debajo de los precios medios en Europa en el segmento prepago durante el periodo de la muestra”. Sin embargo, esta conclusión lógica, que el Informe LECG sólo emplea en relación al segmento prepago, debería haberse hecho también en relación al segmento postpago: los precios de postpago en España eran superiores a la media europea tanto al principio como al final del periodo analizado y debe tenerse en cuenta que los ingresos de postpago representaban en 2007 el 83,2% de los ingresos totales, frente al 16,8% representado por los clientes de prepago¹⁵⁸. Asimismo, en relación a los ingresos por mensajes de texto (sms), el Informe LECG afirma que los precios en España eran idénticos a los precios de la media europea a principios de 2007 y disminuyeron la mitad que los precios de la

¹⁵⁵ Alegaciones de TESA/TME (*folios 3496 y ss.*), párrafos 183-184, página 56: “183. Considerando los defectos metodológicos que plantea comparar los precios de los servicios en España con otros países, como acabamos de ver, resulta inaceptable basarse en esa comparativa para alcanzar ninguna conclusión en relación con el nivel real de precios relativos a cada país. 184. Además, incluso admitiendo la validez de esta comparación, ¿qué valor tiene esta comparación en relación con los niveles de competencia en España? No podría justificarse un mayor precio en otros factores más fácilmente explicables, tales como que el usuario español valora más los servicios móviles que los de otros países; o que el operador móvil les da algo que no le dan en otros países (mayor cobertura, terminales subvencionados, etc...?”

¹⁵⁶ Informe LECG, páginas 59-61.

¹⁵⁷ Informe LECG, página 43.

¹⁵⁸ Nota a pie 144 de esta Resolución.



media europea, por lo que debe concluirse que eran notablemente superiores al finalizar 2007¹⁵⁹.

(190) En suma, los datos del Informe LECG, lejos de contradecir la existencia de una posición dominante colectiva, refuerzan su existencia.

Conclusiones

(191) A la vista de las consideraciones anteriores, este Tribunal considera que TME, Vodafone y Orange disfrutaban de una posición dominante colectiva en el mercado nacional de telefonía móvil durante el periodo en el que TME desarrolló la conducta objeto de este expediente sancionador.

(192) Esta conclusión es coherente con la Resolución OMVs de la CMT, que fue a su vez respaldada por la Comisión y ratificada por las Sentencias de la AN de 12 de enero y 16 de marzo de 2009. Si bien la Resolución OMVs se adoptó a finales de 2006, debe tenerse en cuenta que el análisis de mercado de la CMT tomó como referencia un espacio temporal de 2 años y consideró que las deficiencias competitivas identificadas en el mercado minorista no desaparecerían en ese espacio de tiempo a pesar de la entrada de nuevos operadores¹⁶⁰. A mayor abundamiento, la Resolución OMVs sigue vigente por lo que cabe pensar que la CMT considera que las condiciones de competencia en el mercado minorista de telefonía móvil todavía hacen necesaria una intervención regulatoria en el mercado mayorista¹⁶¹.

(193) Asimismo, esta conclusión es coherente con el análisis del mercado durante el periodo relevante, realizado por la CNC en la Resolución Establecimiento de llamada:

(194) En primer lugar, el análisis de la documentación interna de los tres operadores demostró que todos estaban decididos a compensar la pérdida de ingresos derivada del redondeo mediante la modificación de sus tarifas y que Vodafone y Orange habían decidido adaptarse a la decisión que adoptase TME para no “desposicionarse”¹⁶².

¹⁵⁹ Informe LECG, páginas 53 y 54: El precio medio por sms enviado en Europa decreció a una tasa media anual de aproximadamente el 9,5% durante el periodo 2000-2007, mientras que el precio medio por sms en España decreció a una tasa media anual de aproximadamente el 4%.

¹⁶⁰ SAN, de 12 de enero de 2009, FJ 5º: “Pero en todo caso esa medida [propuesta por TME], como la anterior, descansan en la conjetura de que la incorporación de un cuarto operador produciría un cambio sustancial en las condiciones del mercado, de manera que dejaría de ser (en palabras de la sentencia del TPI en el asunto Gencor), un «oligopolio estrecho» posibilitante de relaciones de interdependencia entre sus miembros. Ese efecto ha sido sin embargo negado por la Administración en la página 32 del anexo 2 de su resolución, con argumentos que la Sala no puede sino validar ahora”.

¹⁶¹ SAN de 12 de enero de 2009, FJ 5º: “Y segundo, que si la presencia de un cuarto operador produjera en la realidad un cambio significativo del estado de cosas, entraría inmediatamente en aplicación el art. 10.3 de la Ley 32/1993, General de las Telecomunicaciones, a tenor del cual las medidas adoptadas no sólo han de ser proporcionadas sino que sólo se mantendrán en vigor el tiempo estrictamente imprescindible. En suma, que si por efecto de la presencia de este nuevo operador el estado de cosas cambiase, a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones incumbiría modular o suprimir, según el caso, las medidas adoptadas”.

¹⁶² Resolución Establecimiento de llamada, Hecho probado 15: “En conclusión, los análisis internos de las compañías denotan a) eran conscientes de la modificación legislativa en tramitación y del impacto que tenía sobre su estructura tarifaria y sobre sus ingresos; b) antes incluso de la entrada en vigor de la norma, estaban decididos a compensar la pérdida de ingresos derivada del redondeo mediante la



(195) En segundo lugar, los tres operadores en sus alegaciones insistieron en su mutua interdependencia y en la adaptación inteligente a las conductas de los otros para justificar el paralelismo de su comportamiento sin mediar acuerdo o práctica concertada entre ellos¹⁶³.

(196) En tercer lugar, la Propuesta de Resolución contenía un extenso análisis de la dinámica oligopolista del mercado¹⁶⁴, circunstancia sobre la que incide el voto particular concurrente¹⁶⁵.

(197) En cuarto lugar, si bien la Resolución Establecimiento de llamada acepta las alegaciones de los tres operadores y no considera probado que existiese un acuerdo anticompetitivo entre ellos, hace una severa crítica de su comportamiento paralelo:

“Pese a todo lo anterior, no deja de ser revelador como pone de manifiesto la OCU, el comportamiento de los operadores. Ante la entrada en vigor de una norma que les obliga a suprimir la tarificación por tramos, los operadores toman la decisión de modificar sus tarifas de tal forma que su ingreso no se vea modificado a la baja y deciden que la opción preferible para mantener el ingreso es una combinación de subida del establecimiento y ajuste, en la mayor parte de casos al alza, de las tarifas por tiempo. Una de las razones que apoyan esta decisión es que de esta forma la subida resulta menos transparente para los consumidores. Aunque es cierto que los operadores llegan a estas conclusiones de manera autónoma, no lo es menos que al hacerlo tienen en cuenta el comportamiento esperado de los demás y, en particular, del líder, así lo manifiestan explícitamente en sus análisis y en sus alegaciones. No en vano nos encontramos en un mercado de características oligopolísticas, donde los operadores interactúan de forma repetida. (...) Pero el que la finalidad objetiva de dicho comportamiento, así como el contexto económico y jurídico en que el mismo se inscribe, no permitan calificar dicho comportamiento como ilícito no implica que debamos considerarlo competitivo. La decisión consciente de preservar el ingreso y esperar a la señal del líder para seguirle supone mitigar –aunque sea de forma racional y por medios en este caso lícitos- la rivalidad que caracteriza a los procesos competitivos. A este respecto las partes imputadas se han esforzado en sus alegaciones por presentar elementos que a su juicio demuestran que el mercado es competitivo. A juicio del Consejo este ejercicio es poco útil para entender los hechos que nos ocupan. La cuestión relevante es que los operadores reconocen abiertamente su interdependencia: toman en cuenta los unos las decisiones de los otros, se enfrentan a un juego repetido y

modificación de sus tarifas; c) de sus análisis se deduce que en encontraban más ventajas en la opción de subir establecimiento y modificar tarifas, aunque e) ORANGE y VODAFONE barajaron diversos escenarios de subida del establecimiento, aunque expresan abiertamente en sus análisis internos que su decisión final dependería del movimiento que hiciera TME, porque no podían desposicionarse”.

¹⁶³ Resolución Establecimiento de llamada, FD 2º (alegaciones de TME), FD 3º (alegaciones de Vodafone) y FD 4º (alegaciones de Orange).

¹⁶⁴ Resolución Establecimiento de llamada, FD 1º: “La Dirección de Investigación razona extensamente en su informe que el mercado de servicios minoristas de comunicaciones móviles en España se caracterizaba, en el momento de los hechos investigados, por ser un mercado marcadamente oligopolístico. En concreto, la estructura competitiva del mercado investigado se caracterizaba por: (i) oferta concentrada en un reducido número de operadores con economías de escala similares, (ii) producto homogéneo, (iii) barreras a la entrada y a la expansión, (iv) falta de poder compensatorio de la demanda y (v) transparencia de precios”.

¹⁶⁵ Voto Particular Concurrente, Hecho Probado Undécimo.



temen las represalias a las que puedan enfrentarse si su comportamiento no se alinea con el resto. De hecho, previamente a la modificación tarifaria analizada los tres operadores han mantenido durante años el establecimiento de llamada a 0.12€_Que haya elementos que revelen una cierta dinámica competitiva no está reñido con que la competencia entre los operadores se pueda ver, en determinados contextos, sofocada. El hecho de que los operadores anticipen que pueden recuperar ingresos vía la modificación de tarifas ante un cambio legislativo resulta revelador acerca del grado de intensidad de la competencia en precios.

Esta visión resulta consistente con el análisis de la CMT en su informe de 18 de septiembre de 2009 emitido a petición de la Dirección de Investigación en el marco del presente expediente. En dicho informe, la CMT recuerda las conclusiones de su análisis sobre el mercado mayorista que se cita en el Hecho Probado 2. En el se destaca que los operadores móviles con red (OMR) ostentan una posición de dominio conjunta a nivel mayorista que provoca problemas y deficiencias en el mercado minorista, entre otros, la existencia de un número limitado y permanente de competidores, con estrategias competitivas muy similares. Ello ha producido una situación de precios relativamente estables en el tiempo, con una tendencia a la baja que aparentemente no se corresponde con el muy superior incremento de actividad, las indudables economías de escala y alcance asociadas al mercado y la evolución de los costes. También menciona la CMT en su análisis del mercado la falta de transparencia en precios de cara a los usuarios, que les dificulta escoger la oferta que más les conviene¹⁶⁶.

(198) Por otra parte, existen varios antecedentes en los que la Comisión ha concluido expresamente que existía una posición dominante colectiva en un mercado minorista de telefonía móvil con argumentos y evidencias similares.

(199) En la Decision *Vodafone/Airtouch*¹⁶⁷, la Comisión constató que la empresa fusionada ejercería control, conjuntamente con otros socios, en los operadores alemanes de telefonía móvil D2 y E-Plus. Ambos operadores conjuntamente alcanzaban el 50-60% del mercado, mientras que la cuota del tercer operador T-Mobil era del 35-45% y la del último operador, VIAG Interkom, era inferior al 5%. La Comisión consideró que D2, E-Plus y T-Mobil podrían actuar como un oligopolio colusivo debido a las barreras legales de entrada y la transparencia del mercado. Asimismo, no consideró que VIAG estaría en disposición de ejercer una presión competitiva suficiente sobre los tres operadores líderes. En vista de las objeciones de la Comisión, Vodafone decidió vender su participación en E-Plus para que la concentración fuera autorizada en primera fase.

(200) En la Decisión *France Telecom/Orange*¹⁶⁸, la Comisión concluyó que con anterioridad a la entrada del operador Orange en el mercado belga de telefonía móvil, los dos operadores existentes, Proximus y Mobistar, disfrutaban de una posición dominante colectiva. La Comisión tuvo en cuenta que durante los cuatro años previos a la entrada de Orange, los dos operadores tenían tarifas muy similares que seguían la misma evolución, paralelismo que obedecía a la transparencia del mercado (las tarifas eran públicas).

¹⁶⁶ Resolución Establecimiento de llamada, FD 7°.

¹⁶⁷ Decisión de 21 de mayo de 1999, Asunto IV/M.1430, *Vodafone/Airtouch*.

¹⁶⁸ Decisión de 8 de agosto de 2000, Asunto IV/M.2016, *France Telecom/Orange*.



3.7 Abuso

(201) El artículo 82 TCE y el artículo 2 de la LDC no prohíben la existencia de una posición dominante, sino su abuso. El TJCE ha definido el abuso de posición dominante como “un concepto objetivo que se refiere a las actividades de una empresa en situación de posición dominante que pueden influir en la estructura de un mercado en el que, debido justamente a la presencia de la empresa de que se trata, la intensidad de la competencia se encuentra ya debilitada y que produce el efecto de obstaculizar, recurriendo a medios diferentes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios basada en las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del grado de competencia que aún exista en el mercado o el desarrollo de dicha competencia”¹⁶⁹. El hecho de disfrutar de una posición dominante confiere a la empresa o empresas en cuestión una responsabilidad especial cuyo alcance debe evaluarse teniendo en cuenta las circunstancias específicas de cada asunto¹⁷⁰.

(202) En relación al abuso de una posición dominante colectiva, contrariamente a lo defendido por TESAU/TME¹⁷¹, no es necesario que todos los operadores que disfrutaban de ella hayan cometido el abuso¹⁷² y, de hecho, puede incluso ocurrir que la competencia interna entre los operadores que disfrutaban de la dominancia conjunta reduzca los efectos de un abuso cometido por alguno de ellos, circunstancia que podría tenerse en cuenta en la graduación de la sanción¹⁷³.

(203) El TDC en el pasado y la CNC en la actualidad han asumido la definición de abuso hecha por el TJCE¹⁷⁴. Asimismo, el Tribunal Supremo ha afirmado expresamente que “dada la similitud existente entre el artículo 82 del Tratado Constitutivo de la

¹⁶⁹ Sentencia del TJCE, Asunto 85/76, *Hoffmann-La Roche c. Comisión*, apartado 91.

¹⁷⁰ Véase, por ejemplo, Sentencia del TJCE, Asunto 322/81, *Nederlandsche Banden Industrie Michelin (Michelin I) c. Comisión*, párrafo 57; y Sentencia del TPI, Asunto T-83/91, *Tetra Pak c. Comisión (Tetra Pak II)*, párrafo 114.

¹⁷¹ Alegaciones de TESAU/TME, párrafo 136, página 43.

¹⁷² Sentencia de 30 de septiembre de 2003, Asuntos acumulados T-191/98, T-212/98 a T-214/98, *Atlantic Container Line y otros c. Comisión*, párrafos 631 y 633: “631. A este respecto, debe señalarse asimismo que, según la jurisprudencia, para que la posición de varias empresas se aprecie colectivamente en el mercado afectado, basta que hayan tenido la posibilidad de adoptar una misma línea de acción en ese mercado. En cambio, no es necesario demostrar que todas las empresas han adoptado efectivamente esa misma línea de acción en todas las circunstancias (véase, en este sentido, la sentencia *Kali und Salz*, citada en el apartado 595 supra, apartado 221). (...) 633. A lo sumo, el hecho de que un miembro del TACA no haya seguido el comportamiento adoptado por los demás miembros del TACA vendría a demostrar la ausencia de participación de este miembro del TACA en una infracción del artículo 86 del Tratado si resultara que el comportamiento adoptado por los demás miembros del TACA constituye un abuso en el sentido de esta disposición. En efecto, si bien la existencia de una posición dominante colectiva se deduce de la posición que ocupan conjuntamente las entidades económicas de que se trate en el mercado de referencia, el abuso no debe ser necesariamente obra de todas las empresas en cuestión. Basta con que pueda ser identificado como una de las manifestaciones de la ocupación de tal posición dominante colectiva (sentencia *Irish Sugar/Comisión*, citada en el apartado 152 supra, apartado 66)”.

¹⁷³ Sentencia de 30 de septiembre de 2003, Asuntos acumulados T-191/98, T-212/98 a T-214/98, *Atlantic Container Line y otros c. Comisión*, párrafo 1043.

¹⁷⁴ Véase, por ejemplo, Resolución del TDC de 8 de marzo de 2000, *Revisión/Telefónica*, Expediente 456/99: “el abuso (...) es un concepto objetivo por el que la empresa dominante, recurriendo a métodos diferentes a los que constituyen la competencia normal en las transacciones comerciales, amenaza el mantenimiento de la competencia existente en el mercado”.



Comunidad Europea y aquel artículo [2 de la LDC], que transcribe casi literalmente la norma de antiabuso comunitaria al Derecho de Defensa de la Competencia español, cabe tomar en consideración la doctrina comunitaria sobre el abuso de posición de dominio como instrumento auxiliar para la interpretación de nuestro derecho interno”¹⁷⁵.

(204) Este Tribunal debe valorar si TESAU/TME abusaron de sus respectivas posiciones dominantes en los mercados de tráfico telefónico fijo y telefonía móvil, al aplicar selectivamente unas tarifas más elevadas a las llamadas de sus clientes a la red Euskaltel que a las llamadas a otros operadores de telefonía móvil.

(205) Las alegaciones de TESAU/TME pueden agruparse en dos categorías. En primer lugar, niegan el carácter abusivo de la conducta. Para ello, TESAU/TME hacen hincapié en la falta de estrategia o intencionalidad excluyente, su impacto reducido sobre la factura total del cliente de TME y su decisión de llamar a la red Euskaltel, la imposibilidad de identificar la red llamada, su impacto reducido sobre el atractivo comercial de Euskaltel, y la ausencia de efecto anticompetitivos. En segundo lugar, y debe entenderse que por defecto, TESAU/TME defienden que su conducta estaba objetivamente justificada por la conducta de Euskaltel en el mercado de terminación de llamadas en su propia red, “posiblemente amparándose en la posición dominante de este operador sobre su propia red”¹⁷⁶. En síntesis, TESAU/TME alegan que su conducta “es plenamente racional desde el punto de vista económico”¹⁷⁷, ya que no están obligadas a tener que asumir los costes derivados de la decisión de un determinado operador de exigir un mayor precio por la interconexión a su red ni a tener que aplicar iguales tarifas por las llamadas a los usuarios de estos operadores cuando en realidad el coste de dichas llamadas para TESAU o TME es diferente según los operadores¹⁷⁸. Asimismo, TESAU/TME consideran que la ausencia de una reacción similar en relación a los precios de terminación más elevados cobrados por Orange desde 2001 se debe a que “el diferencial de Orange surge como consecuencia de una bajada en el precio de terminación de Vodafone, mientras que el de Euskaltel surge como consecuencia de una conducta libre y voluntariamente adoptada por este operador de solicitar un precio de terminación de llamada muy superior al precio medio de terminación del resto de operadores móviles (y que venía cobrando su operador anfitrión por el mismo servicio), reduciendo el margen de Telefónica [TESAU/TME] y obligando a este operador a subir el precio minorista si no desea sacrificar el mismo”¹⁷⁹.

(206) A la luz de las consideraciones siguientes, este Tribunal considera que las conductas de TESAU/TME constituyen un abuso de sus respectivas posiciones dominantes, prohibido por el artículo 2 de la LDC.

3.7.1 Discriminación anticompetitiva

¹⁷⁵ STS de 8 de mayo de 2003, asunto *Tándem*. La referencia está hecha a la Ley 16/89 de Defensa de la Competencia, pero la actual LDC recoge literalmente la definición de abuso de aquella Ley.

¹⁷⁶ Alegaciones de TESAU/TME, párrafo 277, página 85.

¹⁷⁷ Alegaciones de TESAU/TME, párrafo 269, página 82.

¹⁷⁸ Alegaciones de TESAU/TME, párrafo 256, página 78.

¹⁷⁹ Alegaciones de TESAU/TME, párrafos 276-277, páginas 84-85.



(207) En primer lugar, ha quedado acreditado y, no es discutido por TESAU/TME, que (1) TESAU aplicó unas tarifas a las llamadas de sus clientes dirigidas a la red Euskaltel sustancialmente mayores que las tarifas aplicadas a las llamadas a las redes de los ORMs (TME, Vodafone y Orange); y (2) TME aplicó unas tarifas a las llamadas de sus clientes dirigidas a la red Euskaltel sustancialmente mayores que las tarifas aplicadas a las llamadas a las redes de los restantes ORMs (Vodafone y Orange).

(208) Por un lado, desde el 13 de diciembre de 2006 al 1 de enero de 2008, TESAU aplicó a sus 15.222.418 clientes un precio medio de 26,84 céntimos por minuto en las llamadas a los clientes de Euskaltel¹⁸⁰. Este precio medio suponía un diferencial de más de 5 céntimos por minuto en relación a los precios medios aplicados a las llamadas a los 21.342.393 clientes de TME, a los 13.672.644 clientes de Vodafone y los 11.114.158 clientes de Orange. En particular, el precio medio de la llamada a Euskaltel era prácticamente un 27% más caro que el precio medio de la llamada a TME. Este diferencial era significativo porque el tráfico de llamadas desde TESAU a redes móviles representó 5.139,36 millones de minutos en 2007 (un 69,8% del tráfico fijo-móvil)¹⁸¹ y la discriminación tarifaria aplicada a las llamadas a la red Euskaltel representó más de un 25% del ingreso medio de la llamada fijo-móvil¹⁸².

(209) Por otro lado, desde el 1 de enero de 2007 hasta el 18 de octubre de 2007, TME aplicó a sus 21.342.393 clientes un recargo de 6 céntimos por minuto en las llamadas a los clientes de Euskaltel, con respecto a las tarifas aplicables a los 13.672.644 clientes de Vodafone y los 11.114.158 clientes de Orange¹⁸³. Este diferencial era significativo porque el tráfico de llamadas desde TME representó 31.025,41 millones de minutos en 2007 (un 47,6% de las llamadas desde redes móviles)¹⁸⁴ y la discriminación tarifaria aplicada a las llamadas a la red Euskaltel representó un 40% del ingreso medio por minuto de llamada móvil y un 28,08% del ingreso medio por minuto de llamada off-net¹⁸⁵.

(210) La diferenciación tarifaria aplicada por TESAU/TME en las llamadas a la red de Euskaltel era objetivamente capaz de dificultar la entrada y crecimiento de Euskaltel en el mercado de telefonía móvil por las siguientes razones:

(211) En primer lugar, la tarificación discriminatoria desincentivaba las llamadas de los clientes de TESAU/TME a la red Euskaltel. Los clientes de TME podían observar en sus facturas que las llamadas a clientes de Euskaltel eran significativamente más caras que las llamadas a otros operadores de telefonía móvil. Igualmente, aunque las facturas de los clientes de TESAU no estuvieran desagregadas, la elevada publicidad generada por la decisión de TESAU/TME de elevar las tarifas de las llamadas de sus clientes dirigidas a la red Euskaltel podía inducirles a identificar la red de destino a la que dirigían sus llamadas. Estas consideraciones son especialmente relevantes en

¹⁸⁰ Véase párrafos (33) y (39) de esta Resolución.

¹⁸¹ Informe CMT 2007, página 239.

¹⁸² Informe CMT 2007, página 233: El ingreso medio de la llamada fijo-móvil fue de 19,47 céntimos/minuto.

¹⁸³ Véase párrafos (34) y (39) de esta Resolución.

¹⁸⁴ Informe CMT 2007, página 257.

¹⁸⁵ Informe CMT 2007, página 254: En 2007 el ingreso medio por minuto de tráfico móvil fue de 15 céntimos, mientras que el ingreso medio por llamada off-net fue de 21,36 céntimos.



relación a los clientes de TESAU/TME en el País Vasco, cuya frecuencia de llamadas a otras personas del País Vasco y, por lo tanto, a la red Euskaltel, era susceptible de ser elevada¹⁸⁶.

(212) En segundo lugar, la reducción de las llamadas de los clientes de TESAU/TME a la red Euskaltel implicaba una reducción de los pagos que TESAU/TME realizaban a Euskaltel por la terminación de llamadas en su red. Asimismo, si los clientes de Euskaltel decidían aumentar sus llamadas a los usuarios de TESAU/TME para compensar esa reducción de llamadas (solución imperfecta que no ofrecería la misma utilidad marginal), la red Euskaltel resultaba más cara para sus clientes y Euskaltel debía aumentar los pagos por terminación de llamadas a TESAU/TME.

(213) En tercer lugar, la existencia de este diferencial de precios desincentivador de las llamadas hacia Euskaltel disminuía el atractivo de la red Euskaltel (red que albergaba menos de un 1% de los usuarios) frente a las redes de los tres ORMs (redes que albergaban a un 99% de los usuarios de telefonía móvil) para los usuarios de telefonía móvil y, en particular, para los propios clientes de Euskaltel¹⁸⁷. En particular, la amplia publicidad generada por el incremento de tarifas aplicado por TESAU/TME a las llamadas a la red Euskaltel era susceptible de generar una percepción de Euskaltel como operador “caro” que podía afectar no sólo las llamadas a su red sino los incentivos de los usuarios de telefonía móvil de permanecer en su red o incorporarse a ella como clientes¹⁸⁸.

(214) A la vista de las consideraciones anteriores, este Tribunal concluye que la tarificación selectiva aplicada por TESAU/TME a las llamadas dirigidas a la red Euskaltel era objetivamente capaz de dificultar la entrada y crecimiento en el mercado de Euskaltel y podía producir efectos exclusionarios sobre este operador. A esta misma

¹⁸⁶ Aún aceptando los parámetros propuestos por TESAU/TME (conocimiento de la red de destino e impacto económico relevante) para valorar los efectos exclusionarios de las conductas, *quod non*, la Propuesta de Resolución ha argumentado acertadamente que un número significativo de clientes de TESAU/TME estaban en disposición de conocer los números de Euskaltel y la tarificación selectiva de las llamadas a dichos números podía suponer un impacto económico relevante, por las siguientes razones: (1) Euskaltel gozaba de una cuota de mercado significativa en el País Vasco (bien es cierto que condicionada al proceso de portabilidad ordenado por la CMT); (2) en el País Vasco sólo operaban tres operadores (TME, Vodafone y Euskaltel); (3) la mayor parte de las llamadas a la red Euskaltel se originaban en el País Vasco (por ejemplo, el 77% de las llamadas de telefonía fija, *folio* 238); (4) Los rangos de números asignados a Euskaltel por Orange y, posteriormente, los nuevos rangos asignados por la CMT eran de dominio público al menos en el País Vasco (véase párrafo (23) de esta Resolución). En todo caso, las Alegaciones de TESAU/TME obvian que estos parámetros no tenían en cuenta el impacto de las conductas de TESAU/TME sobre los clientes de Euskaltel y sobre potenciales clientes de Euskaltel y TME.

¹⁸⁷ La aparición de este efecto exclusionario no depende de la capacidad de los clientes de telefonía móvil de conocer la red de destino de la llamada. El daño a Euskaltel también se manifiesta en un contexto en el que el usuario no conoce con certeza la distribución exacta de sus llamadas pero es consciente de que la pertenencia a la red Euskaltel disminuye la probabilidad de recibir llamadas provenientes de dicha red y aumenta la probabilidad de tener que realizar llamadas a dichas redes (véase análisis del ERG sobre esta cuestión, en el párrafo (65) de esta Resolución). La efectividad de la práctica de diferenciación tarifaria de las llamadas off-net/on-net llevada a cabo por los tres ORMs confirma este extremo (véase párrafos (163) a (165) de esta Resolución).

¹⁸⁸ Véase párrafos (36) y (37) de esta Resolución.



conclusión llegaron los artículos de prensa que se hicieron eco de la conducta de TME, sin más apoyo que el sentido común o sus fuentes en el propio operador¹⁸⁹.

(215) Por otro lado, aunque la intención o estrategia de TESAU/TME no fuera cometer un abuso exclusionario sobre Euskaltel, ambas han admitido que “el abuso de posición de dominio radica en las características objetivas de la conducta y no en la finalidad perseguida con ella”¹⁹⁰. Precisamente, la práctica decisional de la Comisión y la jurisprudencia europea han señalado en multitud de ocasiones que el carácter objetivo de la figura del abuso de posición dominante sólo requiere prueba de que la conducta abusiva esté objetivamente dirigida a producir efectos exclusionarios, sin que sea necesario probar que dichos efectos se han producido realmente o incluso aunque el mercado haya evolucionado de forma diferente o contraria al objeto perseguido por el abuso¹⁹¹.

¹⁸⁹ Véase artículo de Cinco Días, citado en párrafo (36) de esta Resolución: “Movistar ha levantado la primera barrera contra los nuevos rivales del mercado. La filial de Telefónica cobrará a sus clientes un recargo de seis céntimos por minuto a partir del 1 de enero cuando llamen a teléfonos de Xfera o de algunas compañías de móvil virtual. ¿El objetivo? Desincentivar este tráfico y recuperar parte del alto coste de terminación que le aplican a ella. (...) La consecuencia inmediata de este encarecimiento es que el tráfico de los clientes de Movistar hacia los operadores virtuales y Xfera se verá penalizado, lo que supondrá una traba para el desarrollo de estas firmas.”

¹⁹⁰ Alegaciones de TESAU/TME, párrafo 96, página 31.

¹⁹¹ Véase, Decisión de la Comisión de 4 de julio de 2007, Asunto COMP/38784, *Wanadoo España c. Telefónica*, párrafo 543; Sentencia del TPI de 4 de octubre de 2008, Asunto *Deutsche Telekom c. Comisión*, párrafo 234: “234 Según la Comisión, las prácticas tarifarias de la demandante han restringido la competencia en el mercado de los servicios de acceso para abonados. En la Decisión impugnada (considerandos 179 y 180) deduce esta afirmación de la propia existencia de la compresión de márgenes. No es necesario demostrar el efecto contrario a la competencia, aun cuando, con carácter subsidiario, en los considerandos 181 a 183 de la Decisión impugnada se lleve a cabo un examen de éste.”; Sentencia del TJCE de 15 de marzo de 2007, Asunto C-95/04P, *British Airways C. Comisión*, párrafo 145: “145 A este respecto, nada se opone a que la discriminación de socios comerciales que se encuentran en relación de competencia se considere abusiva desde el momento en que el comportamiento de la empresa en posición dominante pretenda, según se desprende de todas las circunstancias del caso concreto, llevar a una distorsión de la competencia entre sus socios comerciales. En esta situación, no se puede exigir que se aporte además la prueba del deterioro efectivo y cuantificable de la posición competitiva de determinados socios comerciales.”; Sentencia del TPI de 30 de septiembre de 2003, Asunto T-203/01, *Michelin c. Comisión*, párrafos 237, 239, 241, 244, 245: 237. El Tribunal de Primera Instancia recuerda que el artículo 82 CE prohíbe, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. A diferencia del artículo 81 CE, apartado 1, el artículo 82 CE no contiene ninguna referencia al objeto o al efecto contrario a la competencia de la práctica de que se trate. No obstante, habida cuenta del contexto en el que se inscribe el artículo 82 CE, un comportamiento sólo será considerado abusivo si puede restringir la competencia. (...)239. El «efecto» al que se refiere la jurisprudencia citada en el apartado anterior no se refiere necesariamente al efecto concreto del comportamiento abusivo denunciado. Para poder demostrar la existencia de una infracción del artículo 82 CE, basta con demostrar que el comportamiento abusivo de la empresa que ocupa una posición dominante tiene por objeto restringir la competencia o, en otros términos, que el comportamiento puede tener dicho efecto. (...). 241. De ello se desprende que, en el marco de la aplicación del artículo 82 CE, la demostración del objeto y del efecto contrario a la competencia se confunden (en este sentido, véase la sentencia *Irish Sugar/Comisión*, citada en el apartado 54 supra, apartado 170). En efecto, si se demuestra que el objeto perseguido por el comportamiento de la empresa en situación de posición dominante consiste en restringir la competencia, dicho comportamiento podrá también producir dicho efecto. (...). 244. Ahora bien, en la Decisión impugnada la Comisión demostró que los sistemas de descuentos aplicados por la demandante tenían por objeto vincular a los minoristas a aquella. Tales prácticas podían restringir la competencia, ya que tenían por objeto, en particular, dificultar el acceso de los competidores



(216) De hecho, si bien TESAU/TME han alegado que Euskaltel tuvo una evolución positiva en el mercado, los datos a disposición de este Tribunal permiten concluir que durante 2007 y 2008 Euskaltel sufrió un deterioro competitivo que pudo deberse, en mayor o menor medida, a las conductas de TESAU/TME. En primer lugar, Euskaltel sólo consiguió portar de la red Orange a su red el 66% de los clientes con consumo, que representaban un 80% de los ingresos percibidos por Euskaltel antes del proceso de migración. Por lo tanto, a pesar de que Euskaltel había comercializado esos servicios en primera instancia a dichos clientes, un 37% de ellos, que generaban un 20% de los ingresos, decidieron no migrar a la red Euskaltel¹⁹². Asimismo, en 2007 Euskaltel sufrió una pérdida de clientes y de ingresos en telefonía móvil con respecto a 2006, reflejada en una disminución de su cuota del total de líneas de telefonía móvil en el País Vasco de un 20% aproximadamente en 2006 a un 12% aproximadamente en 2007¹⁹³. En segundo lugar, si bien TESAU/TME citan estimaciones internas, no verificadas por este Tribunal, para afirmar que la cuota de mercado de Euskaltel “creció durante el periodo considerado – hasta octubre de 2007 – para disminuir, paradójicamente en el momento en el que el recargo desaparece”, es lógico que existiese un espacio temporal más o menos largo entre el comienzo de las conductas de TESAU/TME y la reacción sobrevenida de los clientes de TESAU, TME y Euskaltel: el efecto de la tarificación selectiva aumentaba a medida que transcurría el tiempo y, en todo caso, su impacto sobre la elección de operador sólo podía sentirse cuando terminase la vinculación del cliente con Euskaltel o con otro operador. En tercer lugar, de forma análoga al punto anterior, si bien TESAU/TME citan que Euskaltel mantuvo un saldo positivo de portabilidad con TME hasta octubre/noviembre de 2007 para cambiar posteriormente, este dato demuestra que las conductas de TESAU/TME pudieron contribuir a cambiar esa tendencia. En suma, las conductas de TESAU/TME pudieron haber influido en la evolución negativa de Euskaltel en el mercado durante 2007.

3.7.2 Ausencia de justificación objetiva

(217) TESAU/TME han alegado que sus conductas estaban justificadas por la oferta de precios de terminación asimétricos (en relación a su operador anfitrión), realizada por Euskaltel el 11 de octubre de 2006. El Informe CMT, aunque acepta el carácter discriminatorio de las conductas, también las considera una respuesta justificada a la conducta de Euskaltel en el mercado de terminación de llamadas en su red¹⁹⁴.

de la demandante al mercado de que se trata. (...). 245. La demandante no puede basar ninguna alegación en el hecho de que sus cuotas de mercado y sus precios disminuyeran durante el período controvertido. En efecto, cuando una empresa pone efectivamente en marcha prácticas cuyo objeto consiste en restringir la competencia, el hecho de que no se alcance el resultado previsto no puede bastar para descartar la aplicación del artículo 82 CE (sentencia de 8 de octubre de 1996, *Compagnie maritime belge transports y otros/Comisión*, citada en el apartado 55 supra, apartado 149). En todo caso, es muy probable que la disminución de las cuotas de mercado de la demandante (véase el considerando 336 de la Decisión impugnada) y de sus precios de venta (véase el considerando 337 de la Decisión impugnada) habría sido aún mayor de no aplicarse las prácticas denunciadas mediante la Decisión impugnada”.

¹⁹² Véase párrafo (44) de esta Resolución.

¹⁹³ *Idem*.

¹⁹⁴ Informe CMT, página 13: “A estos efectos, y como se desprende de la Resolución adoptada por esta Comisión en relación con la denuncia presentada por Xfera relativa a las tarifas minoristas aplicadas por el Grupo Telefónica (MTZ 2007/1034), la existencia de una política de precios diferenciados no puede considerarse *per se* como constitutiva de un ilícito de anticompetitivo. Posición que es coherente con la interpretación que se hace del artículo 82 del Tratado CE y del artículo 2 de la LDC, y en función



(218) Sin embargo, este Tribunal considera que la conducta de TESAU/TME no estaba objetivamente justificada por los motivos siguientes:

Un abuso nunca justifica otro abuso

(219) TESAU/TME han señalado que la oferta de Euskaltel de 11 de octubre de 2006 se había realizado “posiblemente amparándose en la posición dominante de este operador sobre su propia red”. Efectivamente, TESAU/TME no podían desconocer en esa fecha que tanto las autoridades de competencia como las autoridades regulatorias de la Unión Europea consideran que cada operador (por ejemplo, Euskaltel) disfruta de una posición dominante en el mercado de terminación de llamadas en su propia red¹⁹⁵.

(220) Asimismo, el Derecho de la Competencia coexiste en todo momento con la normativa regulatoria y nunca deja de ser aplicable¹⁹⁶. Por ello, si TESAU/TME consideraban que la oferta de Euskaltel era abusiva, podían y debían haber presentado una denuncia ante la autoridad de competencia acompañada, en su caso, de una petición de medidas cautelares. Sin embargo, las autoridades de competencia no pueden admitir en ningún caso que una infracción de competencia en un mercado pueda justificar otra infracción en el mismo mercado o en otro conexo¹⁹⁷. Por eso, debe rechazarse la pretensión de TESAU/TME de enmarcar su conducta en “los precedentes en los que las autoridades de competencia han considerado como justificada una conducta en respuesta a una situación previa originada por la propia empresa afectada por la conducta en cuestión”¹⁹⁸.

TESAU/TME consumó un abuso en respuesta a una oferta negociable de Euskaltel

(221) TESAU/TME adoptaron una conducta exclusionaria en el mercado minorista en respuesta a la oferta de precios de terminación realizada por Euskaltel en el curso de la negociación con este operador. Sin embargo, la negociación entre las dos empresas

de la cual deberá evaluarse la posibilidad de que se den justificaciones objetivas que legitimen el comportamiento llevado a cabo por la empresa en posición de dominio. En el asunto concreto, se debe dilucidar en qué medida los mayores precios minoristas soportados por los clientes de TESAU y TME por llamadas a la red móvil de Euskaltel pueden venir motivados por las diferencias existentes a nivel mayorista en relación con la terminación de llamadas de voz en la red de este operador. En efecto, la traslación por parte de un operador de los mayores precios mayoristas al nivel minorista ha venido siendo considerada en principio una práctica legítima a nivel regulatorio, obviamente sometida al respeto de las normas de competencia”.

¹⁹⁵ En particular, el mercado de terminación de llamadas en redes móviles estaba expresamente mencionado en la Recomendación de Mercados Relevantes 2003.

¹⁹⁶ Véase párrafo (59) de esta Resolución.

¹⁹⁷ Véase, por ejemplo, Resolución del TDC de 8 de enero de 2004, Expediente 553/03, *Fedifar*, FD 6º: “Por ello, considera el Tribunal que FEDIFAR procedió correctamente al denunciar la supuesta infracción ante la Comisión pero, como la propia FEDIFAR dice conocer en sus alegaciones, no se puede contestar a una actuación presuntamente ilícita con otra infracción. En este sentido, como alega PFIZER, la recomendación colectiva de FEDIFAR constituye una infracción de la LDC aun en el hipotético supuesto de que la política comercial de PFIZER no fuera ajustada a derecho.”

¹⁹⁸ Alegaciones de TESAU/TME, párrafo 269, página 83. Se cita como antecedentes dos Resoluciones no identificadas del TDC en el que se consideró justificada la negativa de suministro a una empresa que se había negado a constituir una garantía legalmente exigible y la negativa a conceder descuentos a quienes no estuviesen al corriente del pago de deudas. Ninguno de estos supuestos contemplaba un abuso de posición dominante como defensa frente a una infracción de la LDC.



continuaba abierta, tal como refleja la Presentación interna de 14 de noviembre de 2006 (*folios 645 a 651*) (“se está negociando”) y TESAU/TME no procedieron a interponer un conflicto de interconexión con Euskaltel en respuesta a dicha oferta. De hecho, el 27 de noviembre de 2006, Euskaltel presentó a TESA/TME una nueva oferta con una rebaja significativa en relación a su oferta inicial¹⁹⁹. Por lo tanto, no puede descartarse que las negociaciones entre ambas partes, en ausencia de una tarificación selectiva de las llamadas minoristas a la red Euskaltel²⁰⁰, hubieran fructificado en el precio de terminación de llamada deseado por TESAU/TME.

La oferta de Euskaltel tenía un efecto económico marginal sobre TESAU/TME

(222) Las Alegaciones de TESAU/TME afirman que sus conductas estaban justificadas porque la oferta de Euskaltel tenía un impacto económico muy negativo para ambas empresas²⁰¹. Sin embargo, un documento interno de TESAU contradice lo afirmado en sus Alegaciones. La Presentación interna de 14 de noviembre de 2006, refleja que TESAU/TME conocían la Resolución Conflicto Euskaltel-Orange de 9 de noviembre de 2006, que en la práctica dejaba a Euskaltel sin clientes propios, a expensas del resultado del proceso de portabilidad de clientes desde la red Orange. Por ello, TESAU se proponía aplicar a estos clientes inicialmente las mismas tarifas fijo-móvil aplicadas a los clientes de Orange (*folio 646*). En todo caso, TESAU/TME conocían la cifra aproximada de clientes (450.000) gestionados anteriormente por Euskaltel bajo el Acuerdo Marco de Colaboración (*folio 646*), que representaban menos del 1% del parque de líneas en 2006. Este dato hizo pensar a TESAU/TME que la primera oferta de precios de terminación formulada por Euskaltel el 11 de octubre de 2006 no tendría un “impacto económico de relevancia” en sus cuentas (*folio 646*). A pesar de ello, TESAU/TME procedieron aplicar una tarificación selectiva en las llamadas a Euskaltel.

La Resolución Interconexión Euskaltel favoreció a TESAU/TME

(223) TESAU/TME han argumentado que redujeron las tarifas de las llamadas a clientes de Euskaltel tan pronto como fue posible en términos de eficiencia económica, una vez adoptada la Resolución Interconexión Euskaltel. Sin embargo, el resultado desde una perspectiva de competencia fue extremadamente desfavorable para Euskaltel porque la Resolución Interconexión Euskaltel reconoció a este operador un mark-up del 15% con efectos retroactivos, mientras que TESAU/TME aplicaron unas tarifas selectivas a las llamadas a Euskaltel que descontaban un posible mark-up del 45,21%²⁰². En todo caso, TESAU y TME no redujeron la tarificación selectiva aplicada a Euskaltel hasta el 1 de enero de 2008 y el 18 de octubre de 2007, respectivamente. Este retraso en la “actualización” de sus tarifas contrasta con las numerosas modificaciones tarifarias realizadas por TME durante 2007 (1 de marzo, 18 de mayo y

¹⁹⁹ Véase párrafo (27) de esta Resolución.

²⁰⁰ En principio, la tarificación selectiva de las llamadas a la red Euskaltel incentivaba a este operador a demandar precios de terminación superiores para compensar económicamente la reducción de llamadas a su red. Este razonamiento, entre otros, fue esgrimido por la CMT en el Resolución Recurso Interconexión Euskaltel para justificar el reconocimiento a favor de Euskaltel de un precio de terminación de llamadas asimétrico (párrafo (32) de esta Resolución).

²⁰¹ Alegaciones de TESAU/TME, párrafo 23, página 9.

²⁰² Véase párrafos (29) a (32) de esta Resolución.



1 de agosto y 18 de octubre)²⁰³. Por último, TESAU/TME no consideraron oportuno adoptar ninguna medida para compensar el perjuicio competitivo causado a Euskaltel como consecuencia del exceso de la tarificación selectiva aplicada por TESAU/TME con respecto al precio de terminación de llamadas reconocido por la Resolución Interconexión Euskaltel.

La respuesta de TESAU/TME discriminó a Euskaltel en relación a Orange

(224) TESAU/TME nunca han tarifado selectivamente las llamadas a la red Orange con respecto a las llamadas a la red Vodafone, a pesar de que Orange ha gozado de precios de terminación significativamente superiores a los de Vodafone desde el 1 de septiembre de 2001²⁰⁴.

(225) TESAU/TME han alegado en su defensa que “si se hubiera analizado la situación concreta de Orange, podría haberse constatado que las situaciones en las que se encontraban uno y otro operador no eran homólogas, por lo que no podrían considerarse transacciones equivalentes a los efectos de la aplicación del artículo 82 del Tratado CE y el artículo 2 de la Ley 15/2007”²⁰⁵. Según TESAU/TME, “las diferencias entre la situación de Orange y la de Euskaltel son, por tanto evidentes: el diferencial de Orange surge como consecuencia de una bajada en el precio de terminación de Vodafone, mientras que el de Euskaltel surge como consecuencia de una conducta libre y voluntariamente adoptada por este operador”.

(226) Este Tribunal considera que los argumentos de TESAU/TME son de naturaleza autoinculpatoria antes bien que exculpatoria. Efectivamente, aún asumiendo que el primer diferencial entre Orange y Vodafone, surgido el 1 de septiembre de 2001, se produjo como consecuencia de la rebaja de precios de terminación adoptada por Vodafone, el hecho cierto es que TESAU/TME no procedieron a reflejarlo en una rebaja equivalente del precio de sus llamadas hacia la red Vodafone, creando así una situación discriminatoria con respecto a Vodafone en el mercado minorista. En todo caso, a petición de TME, la CMT reguló por primera vez el 22 de diciembre de 2002 las tarifas de terminación de llamadas aplicados por Orange, procedimiento a reducir el diferencial máximo de un 42% alcanzado por Orange respecto a TME²⁰⁶. Este escenario de precios de terminación sometidos a intervención regulatoria era el mismo en el que se desarrollaron las negociaciones entre Euskaltel y TESAU/TME. Sin embargo, TESAU/TME tampoco procedieron entonces a aplicar un diferencial tarifario a las llamadas dirigidas a la red Orange. Más reciente en el tiempo, la Resolución Terminación ORMs reconoció a Orange, durante el periodo en el que comenzaron las conductas de TESAU/TME, un diferencial sobre TME del 8,89% y un diferencial sobre

²⁰³ Véase planes tarifarios de TME (*folios 1.627 a 1.632*). En relación a TESAU, contrasta la aplicación de la tarificación selectiva a Euskaltel desde el 13 de diciembre de 2006 (sin esperar incluso a la entrada del siguiente año) mientras que el operador esperó hasta el 1 de enero de 2008 para equiparar las tarifas de las llamadas a la red Euskaltel a las tarifas de las llamadas a los otros ORMs.

²⁰⁴ Alegaciones de TESAU/TME, párrafo 276, página 84.

²⁰⁵ Alegaciones de TESAU/TME, párrafo 275, página 84.

²⁰⁶ Véase Resolución de la CMT 12 de diciembre de 2002 por la que se obliga a Retevisión Móvil, S.A. a ofrecer a Telefónica Móviles España, S.A. una reducción media en sus precios de terminación de llamadas en su red provenientes de la red de Telefónica Móviles España, S.A., Expediente RO 2002/7662.



Vodafone del 7,89%²⁰⁷. Sin embargo, TESAU/TME no aplicaron una tarificación selectiva a Orange en relación a Vodafone (ni Vodafone hizo lo propio con Orange en relación a TME).

(227) La diferencia de trato aplicado por TESAU/TME a Euskaltel con respecto a Orange no tenía ninguna justificación económica. Los clientes de Orange superaban con creces los clientes de Euskaltel en 2007. Por lo tanto, una diferencia en el precio de terminación de llamada favorable a Orange implicaba un coste económico significativo para TESAU/TME. Contrariamente, la cuota marginal de Euskaltel en el mercado nacional de telefonía móvil minimizaba el impacto económico sobre TESAU/TME producido por un precio de terminación de llamada favorable a Euskaltel, por muy elevado que fuese.

(228) En suma, la diferencia de trato aplicado a Euskaltel con respecto a Orange no tenía ninguna justificación económica en un mercado competitivo. Sin embargo, esta discriminación podría justificarse perfectamente por la estructura competitiva del mercado. Por una parte, Orange formaba parte de un oligopolio (TME, Vodafone y Orange) y cualquier actuación selectiva de TESAU/TME frente a aquél podía provocar una desestabilización del equilibrio colusorio entre los ORMs. Por otra parte, Euskaltel era un nuevo operador en el mercado y el líder barométrico (TME) podía iniciar una conducta exclusionaria frente a aquél sin miedo a desestabilizar el equilibrio colusorio entre los ORMs. Al contrario, TESAU/TME podían albergar la expectativa fundada de que su conducta sería secundada por los otros dos miembros del oligopolio. A una conclusión similar llegó el voto particular de una Consejera de la CMT en la Resolución que archivó la denuncia de Xfera contra TME y TESAU²⁰⁸.

La relación precio/coste de terminación discriminaba a Euskaltel

(229) Aún en el caso de que la decisión de aplicar una tarificación selectiva a Euskaltel hubiera estado justificada por su precio de terminación más elevado, *quod non*, las tarifas selectivas aplicadas por TESAU/TME eran discriminatorias.

(230) En relación a TESAU, la diferencia entre el precio minorista de las llamadas a Euskaltel y el precio de terminación ofertado por este operador era superior a la

²⁰⁷ Véase párrafo (81) de esta Resolución.

²⁰⁸ Voto Particular a la Resolución por la que se pone fin al período de información previa en relación con la denuncia presentada por Xfera Móviles, S.A. relativa a las tarifas minoristas aplicadas por el Grupo Telefónica, Expediente MTZ 2007/1034: “¿Por qué en el pasado, y en la actualidad, TEM [TME] no ha reflejado en sus precios minoristas los mayores precios de terminación en la red Orange? TEM alega que se trata de una política tarifaria innovadora que se explica por el elevado margen diferencial fijado por Xfera en sus precios de terminación, y que luego la CMT ha autorizado. Sin embargo, la mera comparación de los 10,6 millones de líneas de Orange con las apenas 160.000 líneas de Yoigo [Xfera] pone de relieve que el impacto en la cuenta de resultados de TEM del diferencial de precios de interconexión en la red de Orange, aunque sea porcentualmente muy inferior, puede producir un efecto incluso mayor que los precios más elevados de Yoigo. La CMT debería haber cuantificado este efecto antes de asumir que la discriminación practicada por TEM por primera vez con Xfera tiene su justificación, como alega TEM, en el diferencial de precios de terminación de este operador. (...). Parece pues que la discriminación de precios practicada por TEM y TESAU no se explica suficientemente por razones de costes existiendo, pues, indicios de que el motivo de esa práctica puede ser, más bien, distorsionar la competencia cerrando el mercado a Xfera.”



diferencia entre el precio minorista y el coste de terminación de las llamadas a Vodafone, Orange y TME²⁰⁹.

TARIFAS TESAU FIJO-MOVIL 2007	Céntimos/m.
Precio Euskaltel	26,844
Precio Vodafone	21,6060
Precio Orange	21,2103
Precio TME	21,1605
Oferta terminación Euskl.	15,4
Terminación VF	11,35
Terminación OR	12,13
Terminación TME	11,14
P-T Euskaltel	11,44
P-T Vodafone	10,256
P-T Orange	9,0803
P-T TME	10,0205
Diferencial P-T Euskaltel v. Vodafone	+1,188
Diferencial P-T Euskaltel v. Orange	+2,3597
Diferencial P-T Euskaltel v. TME	+1,4195

*Glidepath octubre 2006-marzo 2007 (Resolución Terminación ORMs)

(231) En relación a las diferentes tarifas de TME, la diferencia entre el precio minorista de las llamadas a Euskaltel y el precio de terminación de llamadas ofertado por Euskaltel era superior a la diferencia entre el precio minorista y el coste de terminación de las llamadas a Vodafone y Orange²¹⁰. Por ejemplo, en las Tarifas 24 Horas y Club, el diferencial desfavorable a Euskaltel en relación a Vodafone y Orange era respectivamente de 1,95 céntimos de euro por minuto y 2,73 céntimos de euro por minuto, tanto en la modalidad postpago como en la modalidad prepago:

TME TARIFA 24 HORAS (1.01.2007-28.02.2007)	Postpago (Céntimos/m.)	Prepago (Céntimos/m.)
Precio TME, Vodafone, Orange	18	30
Precio Euskaltel	24	36
Oferta terminación Euskl.	15,4	15,4
Terminación VF	11,35	11,35
Terminación OR	12,13	12,13
Diferencial P/T Euskl.	8,6	20,6
Diferencial P/T VF	6,65	18,65
Diferencial P/T OR	5,87	17,87
Diferencial P/T Euskl. v. VF	+1,95	+1,95
Diferencial P/T Euskl. v. OR	+2,73	+2,73

*Glidepath octubre 2006-marzo 2007 (Resolución Terminación ORMs)

No se incluye el consumo mínimo (modalidad postpago) ni el coste de establecimiento de llamada.

²⁰⁹ Lógicamente, este diferencial negativo aumentaba si se tiene en cuenta la oferta revisada realizada por Euskaltel a TESAU el 27 de noviembre de 2006 y aumentaba aún más si se tiene en cuenta el precio de terminación fijado por la CMT en su Resolución Interconexión Euskaltel.

²¹⁰ Lógicamente, este diferencial negativo aumentaba si se tiene en cuenta la oferta revisada realizada por Euskaltel a TME el 27 de noviembre de 2006 y aumentaba aún más si se tiene en cuenta el precio de terminación fijado por la CMT en su Resolución Interconexión Euskaltel.



TME TARIFA CLUB (1.01.2007-28.02.2007)	Postpago	Prepago
Precio TME	8	12
Precio Vodafone / Orange	29	48
Precio Euskaltel	35	54
Terminación VF*	11,35	11,35
Terminación OR*	12,13	12,13
Oferta terminación Euskl.	15,4	15,4
Diferencial P-T Vodafone	17,65	36,65
Diferencial P-T OR	16,87	35,87
Diferencial P-T Euskl.	19,6	38,6
Diferencial P-T Euskl. v. VF	+ 1,95	+1,95
Diferencial P-T Euskl. v. OR	+2,73	+2,73

*Glidepath octubre 2006-marzo 2007 (Resolución Terminación ORMs)

No se incluye el consumo mínimo (modalidad postpago) ni el coste de establecimiento de llamada.

Una regulación asimétrica de costes de terminación tampoco justificaría un abuso en otro mercado

(232) Este Tribunal considera que, aún suponiendo que la oferta de precios de terminación formulada por Euskaltel del 11 de octubre de 2006 hubiera sido impuesta por la CMT, la respuesta de TESAU/TME tampoco hubiera sido compatible con la LDC. Ciertamente, este Tribunal es consciente de que la CMT ha llegado a una conclusión distinta en el ámbito regulatorio, pero considera que ambas soluciones son conciliables. Efectivamente, las conductas de TESAU/TME desplegaban sus efectos mayormente en el mercado minorista de telefonía móvil, no sujeto a regulación, por lo que su control correspondía a las autoridades de competencia. Por lo tanto, parece comprensible que las conductas tarifarias de TESAU/TME no fueran objeto de control regulatorio por la CMT.

(233) Habiendo constatado que TESAU goza de una posición dominante en el mercado de tráfico telefónico fijo, que TME goza de una posición dominante colectiva, junto a Vodafone y Orange, en el mercado minorista de telefonía móvil y que ambas empresas aplicaron una tarificación selectiva a las llamadas a Euskaltel objetivamente exclusionaria, este Tribunal está obligado a constatar inexorablemente la existencia de una infracción contraria a la LDC, independientemente de que haya podido existir un abuso en el mercado de terminación de llamadas en la red Euskaltel, con o sin autorización regulatoria. Por otra parte, este resultado es el más adecuado para proteger la eficacia de cualquier medida regulatoria que autorice precios asimétricos de terminación de llamadas. Efectivamente, no puede obviarse que este tipo de autorización legítima, al menos desde una perspectiva regulatoria, lo que de otro modo constituiría un abuso de posición dominante. Esta excepción regulatoria está dirigida a equilibrar una desventaja competitiva del beneficiario producida por factores exógenos y estructurales²¹¹. Si la CMT considera que la situación competitiva de un operador

²¹¹ Sobre el carácter excepcional de esta medida, véase opinión de la Comisión en párrafo (61) de esta Resolución y la opinión de la CMT en la Resolución de Terminación Móvil, Anexo 2, página 56: “Esta Comisión considera que las alegaciones de Orange, relativas al efecto sobre la competencia de las políticas on-net, no vienen sino a ilustrar un problema de competencia identificado. Sin embargo, no justificarían un tratamiento diferencial en el establecimiento de los precios de terminación; serían las diferencias objetivas y fuera del control del operador (exógenas) en los costes los argumentos sobre los que se debería sustentar una resolución en ese sentido”; y Anexo 2, página 59: “Las diferencias en la posición de unos y otros operadores móviles en el mercado minorista, por sí mismas, no justifican el



hace necesaria una medida tan excepcional, las autoridades de competencia no sólo no deben tolerar conductas exclusionarias desarrolladas contra este operador en el mercado minorista (el más importante desde la perspectiva de la libre competencia y el bienestar del consumidor), sino que deben mostrarse vigilantes y firmes frente a ellas. De lo contrario, se daría la paradoja de que una intervención regulatoria dirigida a facilitar una mayor competitividad de un operador fuese el detonante de su exclusión del mercado.

3.7.3 Conclusión

(234) En respuesta a la primera oferta de precios de terminación de llamadas formulada por Euskaltel, TESAU/TME procedieron a aplicar unas tarifas selectivas a las llamadas de sus usuarios dirigidas a usuarios de Euskaltel. En el caso de TESAU, estas tarifas eran sustancialmente mayores que las tarifas aplicadas a las llamadas a otros ORMs, incluyendo TME. En el caso de TME, estas tarifas eran sustancialmente mayores que las aplicadas a otros ORMs. Estas tarifas selectivas tenían efectos exclusionarios sobre Euskaltel: (1) desincentivaban las llamadas de los usuarios de TESAU/TME a la red Euskaltel; (2) reducían los ingresos de terminación de llamadas percibidos por Euskaltel; (3) incentivaban las llamadas de los usuarios de Euskaltel a los usuarios de TESAU/TME, aumentando los gastos incurridos por los clientes de Euskaltel y los costes de terminación de llamadas incurridos por Euskaltel; (4) creaban la percepción de que Euskaltel era un operador “caro” y reducían el atractivo de su red para los usuarios de telefonía móvil. De hecho, los ingresos y la cuota de mercado de Euskaltel en el País Vasco disminuyeron durante el año 2007.

(235) La tarificación selectiva aplicada por TESAU/TME a Euskaltel no era justificable por las siguientes razones: (1) la petición supuestamente “abusiva” de Euskaltel nunca podría justificar o amparar un abuso de posición dominante en un mercado conexo; (2) TESAU/TME procedieron a aplicar su tarificación selectiva en respuesta a una primera oferta de precios que no era definitiva, sin apurar la negociación con Euskaltel, sin plantear un conflicto de interconexión ante la CMT y, en mayor medida, sin esperar a la resolución de dicho conflicto de interconexión; (3) TESAU/TME eran conscientes de que la primera oferta de precios de terminación realizada Euskaltel no les generaba ningún perjuicio económico porque Euskaltel (a) contaba con una cuota de mercado marginal a finales de 2006, (b) se encontraba inmerso en un conflicto comercial con Orange, y (c) estaba obligado a realizar un complejo proceso de portabilidad a su red de los clientes contratados bajo su acuerdo comercial con Orange; (4) TESAU/TME no redujeron sus tarifas selectivas una vez resuelto a su favor el conflicto de interconexión con Euskaltel ni adoptaron ninguna medida para compensar el exceso de sus tarifas selectivas en relación al precio de terminación fijado por la CMT; (5) TESAU/TME no aplicaron ninguna tarificación selectiva a Orange desde 2001, a pesar de que el impacto económico sobre ellas del diferencial de precios de terminación favorable a Orange era mucho mayor que el de la oferta de Euskaltel; y (6) una regulación asimétrica de precios de terminación favorable

establecimiento de precios de terminación asimétricos [nota a pie: Cuestión bien distinta es que estas diferencias provoquen unos problemas de competencia específicos que, de otra forma, no surgirían. Este es el caso explicado de las políticas comerciales basadas en precios diferentes en función de la red destino (llamadas on-net y off-net) y el diferente impacto sobre los operadores como consecuencia de su diferente tamaño]”.



a Euskaltel tampoco hubiera justificado la aplicación de una tarificación selectiva abusiva en el mercado minorista.

4 SANCIÓN ECONÓMICA

(236) El artículo 63.1. de la LDC faculta a las autoridades de competencia a imponer una sanción a aquellas empresas que deliberadamente o por negligencia, cometen una infracción de dicha Ley. TESAU/TME llevaron a cabo deliberadamente una tarificación selectiva de las llamadas dirigidas a la red Euskaltel. Las consideraciones expuestas en esta Resolución han llevado a este Tribunal a concluir que dicha conducta constituye un abuso de posición dominante y es susceptible de ser sancionada.

(237) Según lo previsto en el artículo 62.4.b) de la LDC, la conducta de TESAU/TME constituye una infracción muy grave de la LDC. Durante el tiempo en el que TESAU/TME desarrollaron sus conductas, TESAU estaba sometida a obligaciones regulatorias impuestas mediante las Resoluciones Acceso Fijo 2006 y Tráfico Fijo 2006, mientras que TME estaba sometida a obligaciones regulatorias impuestas por la Resolución OMVs y gozaba de derechos especiales o exclusivos en el mercado minorista de telefonía móvil.

(238) El artículo 63.1.c) de la LDC prevé que las infracciones muy graves podrán sancionarse con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa. Asimismo, el artículo 6.1 de la LDC prevé que el importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios: a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción; b) la cuota de mercado de la empresa o empresas responsables; c) el alcance de la infracción; d) la duración de la infracción; e) el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; f) los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción; y g) las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas responsables.

(239) Las conductas de TESAU y TME tenían un potencial exclusionario elevado, porque ambos operadores disfrutaban de una posición dominante en sus respectivos mercados y Euskaltel comenzaba su andadura en el mercado como OMV inmerso en un proceso de portabilidad de miles de clientes de Orange hacia su red. Asimismo, las conductas no produjeron ningún efecto beneficioso sobre los consumidores, más bien al contrario, porque consistieron en incrementos selectivos de precios en las llamadas a la red Euskaltel. Los efectos exclusionarios de las conductas se sintieron en el País Vasco, porque Euskaltel desarrollaba sus actividades en dicha Comunidad Autónoma, ámbito geográfico en el que TESAU y TME también disfrutaban de cuotas de mercado elevadas, acorde a su liderazgo nacional. En particular, el negocio de la telefonía fija de TESAU en el País Vasco generó unos ingresos de [CONFIDENCIAL] euros durante 2007²¹². Asimismo, el negocio de la telefonía móvil de TME en el País Vasco generó

²¹²

Folio 780 del Expediente.



unos ingresos de [CONFIDENCIAL] euros²¹³.

(240) Por otra parte, existen varios factores que contribuyen a mitigar considerablemente la sanción que de otro modo se impondría a TESAU y TME por sus conductas abusivas:

(241) La duración de las conductas no fue elevada (del 13 de diciembre de 2006 al 1 de enero de 2008 en el caso de TESAU y del 1 de enero de 2007 al 18 de octubre de 2007 en el caso de TME).

(242) Si bien TESAU/TME llevaron a cabo sus conductas sin que mediase imposición legal o regulatoria, la política regulatoria de permitir una tarificación selectiva dependiendo de los diferentes costes de terminación pudo generar cierta ambigüedad sobre la conformidad de dicha conducta con la LDC.

(243) Hasta 2009, en la Unión Europea no se había adoptado ninguna decisión sancionadora en materia de defensa de la competencia contra una tarificación selectiva según la red de destino, por lo que podía existir cierta incertidumbre sobre el carácter abusivo de dicha conducta²¹⁴.

(244) Esta Resolución aplica por primera vez, al menos en España, el concepto de posición dominante colectiva a un oligopolio en el ámbito sancionador.

(245) Por último, si bien TME aplicó una tarifa selectiva a las llamadas dirigidas a la red Euskaltel, el resto de empresas que disfrutaba de una posición dominante colectiva en el mercado de telefonía móvil (Vodafone y Orange) no secundaron su iniciativa.

(246) Por todo lo anterior, este Tribunal considera proporcionado imponer a TESAU una multa sancionadora de dos millones trescientos noventa y ocho mil doscientos noventa y siete euros (2.398.297 €) y a TME una multa sancionadora de novecientos setenta y cinco mil euros (975.000 €) de conformidad con la Ley 15/2007. Estas sanciones equivalen a un [CONFIDENCIAL]% y un [CONFIDENCIAL]% de la facturación respectiva de TESAU y TME en el País Vasco en el año 2007.

(247) Si se hubiera aplicado la Ley 16/1989 en la determinación de la cuantía de la multa, el resultado hubiera sido el mismo. El Artículo 10.1 de la Ley 16/1989 preveía

²¹³ Folio 1670 del Expediente. TME sólo proporcionó datos sobre el número de líneas y el importe de negocio en España, así como el número de clientes de contrato en el País Vasco. El TVDC ha extrapolado el número de líneas de contrato en el País Vasco al número de líneas en España (CONFIDENCIAL%) y ha calculado el porcentaje de los ingresos en España que representan dichas líneas. Esta estimación infravalora el volumen de negocio de TME en el País Vasco porque no tiene en cuenta el número de líneas de prepago (y sus ingresos) de TME en el País Vasco.

²¹⁴ Véase Décision du Conseil de la Concurrence (Bélgica) n°2009-P/K du 26 mai 2009, Asunto CONC-P/K-05/0065, Base/BMB Décision du Conseil de la Concurrence (Francia) n° 09-D-36 du 9 décembre 2009 relative à des pratiques mises en oeuvre par Orange Caraïbe et France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques dans les départements de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Guyane; Décision du Conseil de la Concurrence (Francia) n° 09-MC-02 du 16 septembre 2009 relative aux saisines au fond et aux demandes de mesures conservatoires présentées par les sociétés Orange Réunion, Orange Mayotte et Outremer Télécom concernant des pratiques mises en oeuvre par la société SRR dans le secteur de la téléphonie mobile à La Réunion et à Mayotte.



una sanción de hasta 901.518,16 euros, cuantía que podía ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondientes al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución sancionadora. Asimismo, el Artículo 10.2 establecía que la cuantía de las sanciones debía fijarse atendiendo a la importancia de la infracción²¹⁵. En este caso, las conductas de TESAU/TME constituirían una infracción muy grave de la LDC y el límite máximo de la sanción debería haberse fijado en el 10% de su facturación, atendiendo a la modalidad de la restricción de la competencia (un abuso de posición dominante constituye, junto a la conducta cartelista, la restricción más grave); la enorme dimensión económica de los mercados afectados; los ingresos y cuotas elevadas de TESAU y TME en dichos mercados; el efecto anticompetitivo producido en una empresa que entraba al mercado como OMV gracias a las obligaciones regulatorias impuestas por la CMT; y los efectos perjudiciales sobre los consumidores. Sin embargo, atendiendo a las consideraciones expuestas en los párrafos anteriores, sería proporcionado y conforme con la Ley 16/1989 imponer a TESAU una multa sancionadora de dos millones trescientos noventa y ocho mil doscientos noventa y siete euros (2.398.297 €), y a TME una multa sancionadora de novecientos setenta y cinco mil euros (975.000 €).

5 PARTE DISPOSITIVA

En base a lo anteriormente expuesto, del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar que TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. han incurrido cada una en un abuso de posición dominante prohibido por el artículo 2 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, consistente en la aplicación de una tarificación discriminatoria a las llamadas de sus clientes con destino en la red Euskaltel.

SEGUNDO.- Imponer una multa sancionadora de dos millones trescientos noventa y ocho mil doscientos noventa y siete euros (2.398.297 €) a Telefónica España, S.A.U. y una multa sancionadora de novecientos setenta y cinco mil euros (975.000 €) a Telefónica Móviles España, S.A.U.

TERCERO.- Intimar a cada una de las empresas sancionadas a que en lo sucesivo se abstengan de cometer prácticas como las sancionadas u otras equivalentes que puedan obstaculizar la competencia.

²¹⁵ El Artículo 10.2 cita los criterios orientadores para evaluar la importancia de la infracción: a) la modalidad y alcance de la restricción de la competencia; b) la dimensión del mercado afectado; c) la cuota de mercado de la empresa correspondiente; d) el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios; e) la duración de la restricción de la competencia; y f) la reiteración en la realización de las conductas prohibidas.



CUARTO.- Ordenar a las empresas sancionadas la publicación conjunta, a su costa, y en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación de esta Resolución, de la parte dispositiva de la misma en las páginas de información económica de dos diarios de información general, entre aquéllos de mayor difusión en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

QUINTO.- Las empresas sancionadas justificarán ante el Servicio Vasco de Defensa de la Competencia el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones impuestas en los anteriores apartados. En caso de incumplimiento se les impondrá una multa coercitiva de mil euros (1.000 €) por cada día de retraso.

SEXTO.- Se insta al Servicio Vasco de Defensa de la Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución al Servicio Vasco de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía Administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el plazo de dos meses contados desde su notificación.

JAVIER BERASATEGI TORICES
PRESIDENTE

JOSEBA ANDONI BIKANDI ARANA
VICEPRESIDENTE

JUAN LUIS CRUCELEGUI GÁRATE
VOCAL

JOSÉ ANTONIO SANGRONIZ
SECRETARIO



6 ANEXO

Figure 17: Low usage basket post-paid

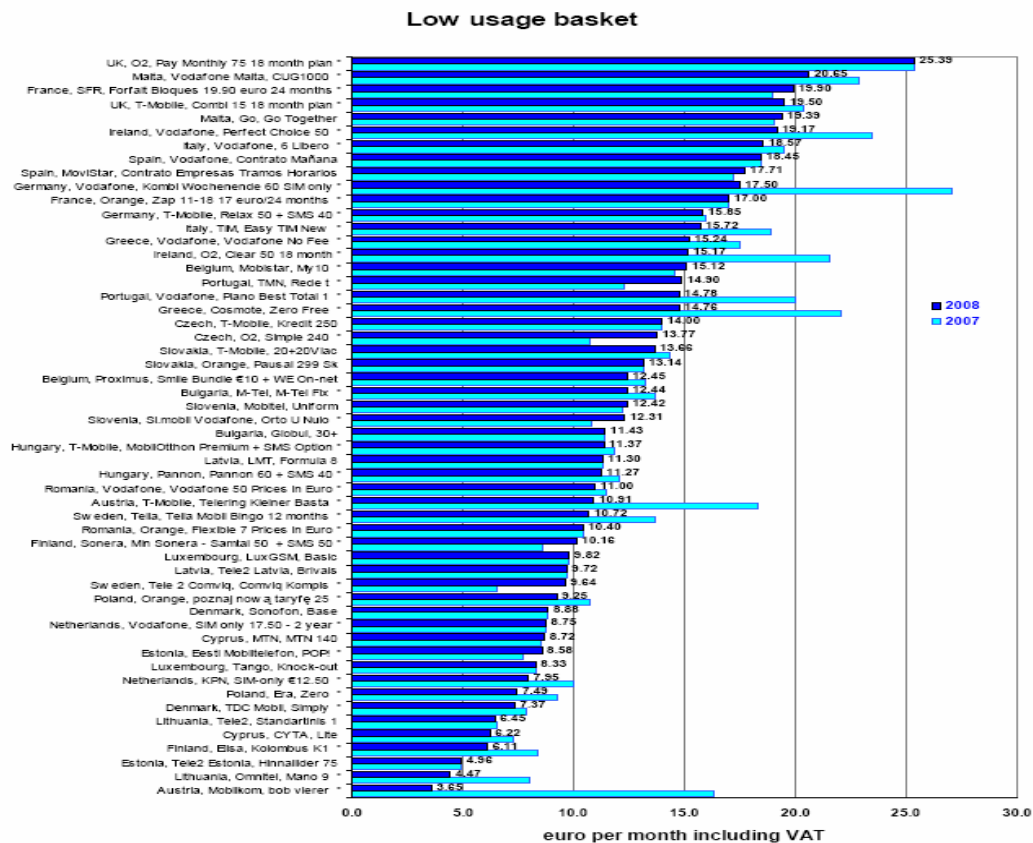


Figure 18: Low usage basket pre & post-paid

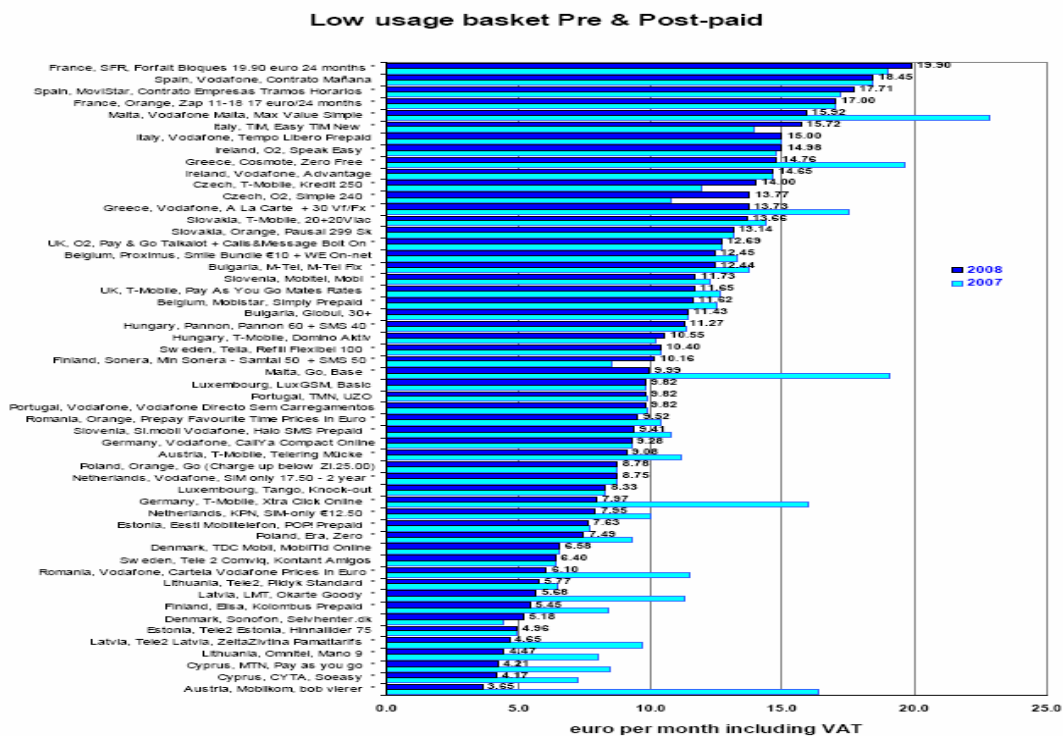




Figure 19: Medium usage basket post-paid

Medium usage basket

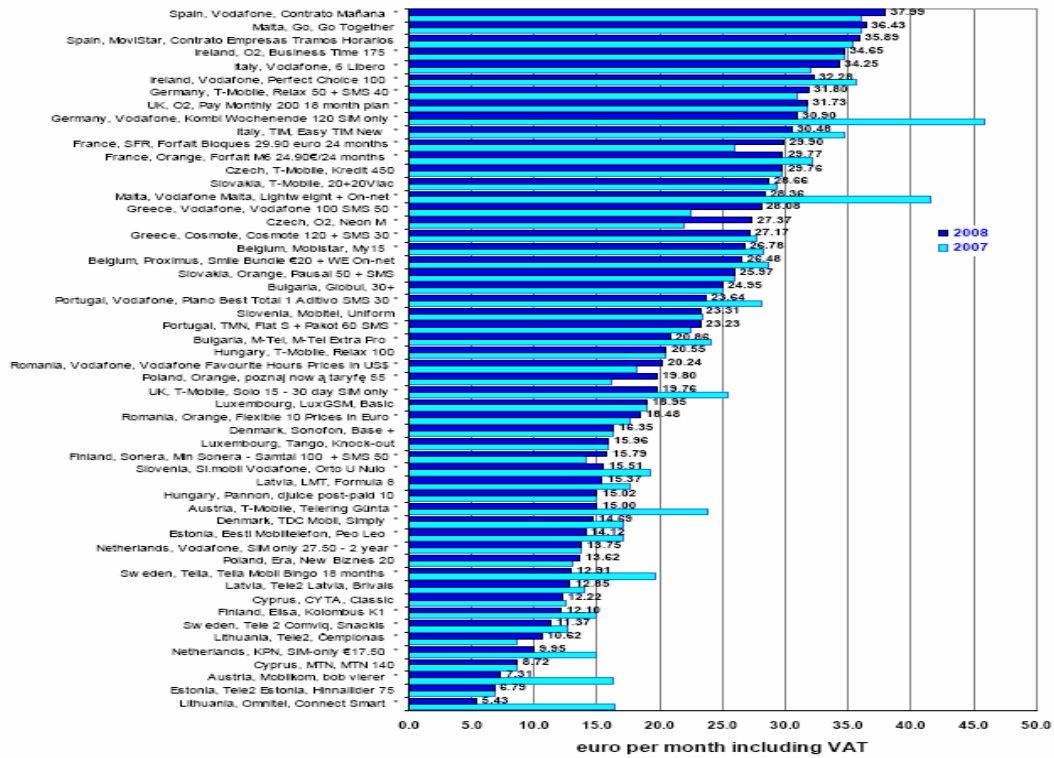
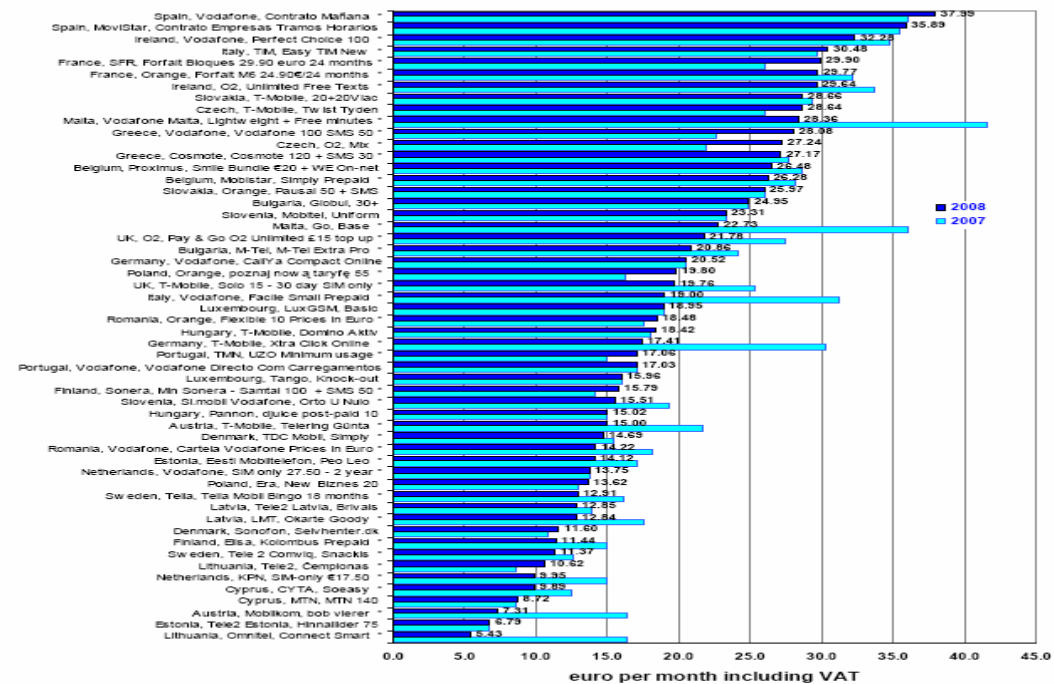


Figure 20: Medium usage basket pre & post-paid

Medium usage basket Pre & Post-paid



Entries with an asterisk (*) after the name have changed the package name and structure since last year.



Figure 21: High usage basket post-paid

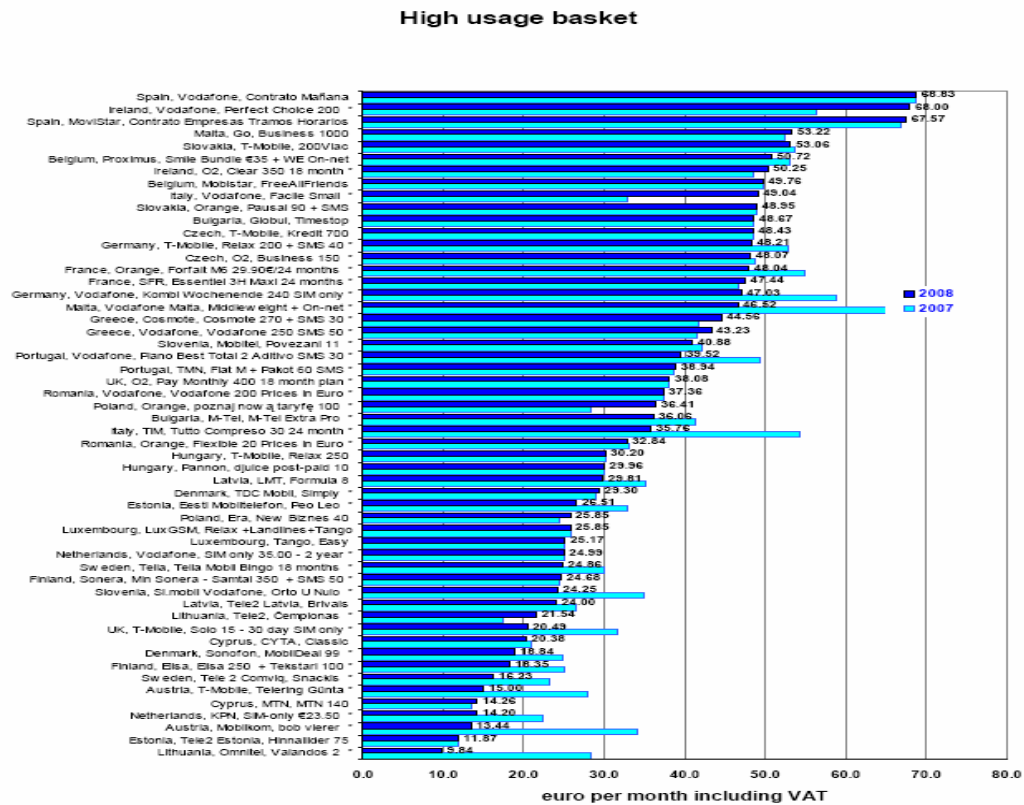
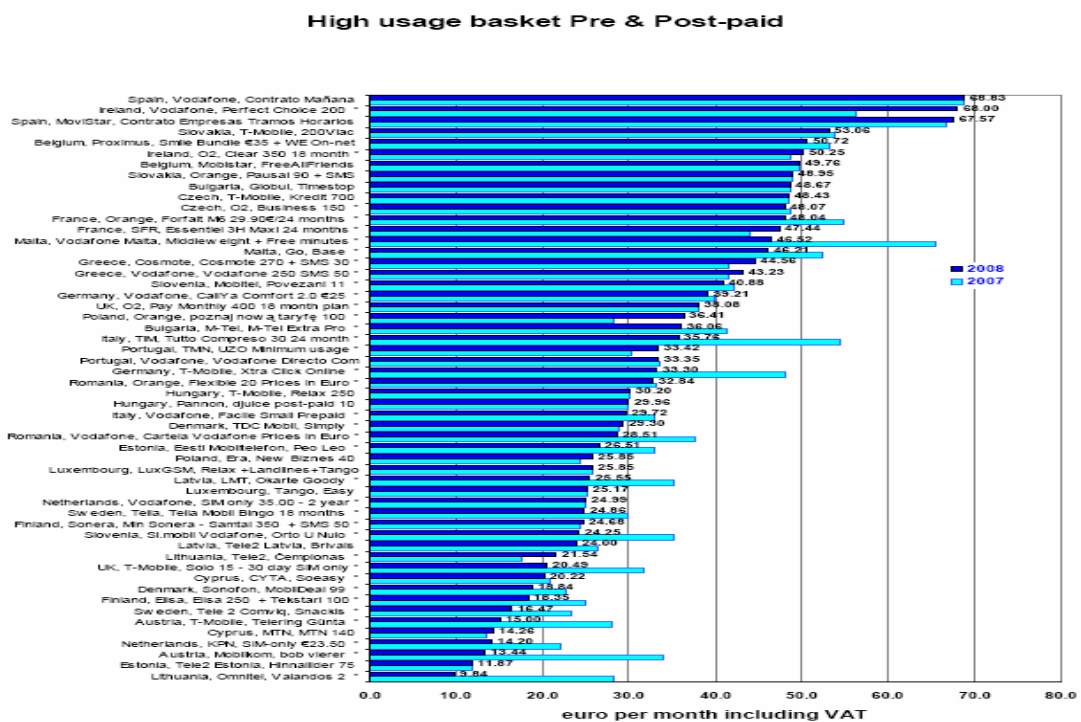


Figure 22: High usage basket pre & post-paid





7 SIGLAS Y ABREVIATURAS

SIGLAS Y ABREVIATURAS TÉCNICAS	
AN	AUDIENCIA NACIONAL
ANC	AUTORIDADES NACIONALES DE COMPETENCIA
ANR	AUTORIDADES NACIONALES DE REGLAMENTACIÓN
CAPV	COMUNIDAD AUTONOMA DEL PAIS VASCO
CMT	COMISION MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES
CNC	COMISION NACIONAL DE COMPETENCIA
COMISION	° COMISION EUROPEA
CR	INDICE DE CONCENTRACION
DI	DIRECCION DE INVESTIGACION DE LA CNC
ERG	GRUPO DE REGULADORES EUROPEOS
EUSKALTEL	EUSKALTEL, S.A.
ORANGE	FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.
HFC	ACCESOS DE CABLES COAXIAL.
HHI	INDICE DE HERFINDAHL-HIRSHMAN
JUNTA CONSULTIVA	JUNTA CONSULTIVA EN MATERIA DE CONFLICTOS DE COMPETENCIA
MARK-UP	DIFERENCIAL FAVORABLE
OFF-NET	LLAMADAS FUERA DE LA RED PROPIA
OMV	OPERADOR MÓVIL VIRTUAL
ON-NET	LLAMADA DENTRO DE LA RED PROPIA
ORM	OPERADOR DE RED MÓVIL
PdI	PUNTO DE INTERCONEXION
PSM	PODER SIGNIFICATIVO DE MERCADO
SAN	SENTENCIA AUDIENCIA NACIONAL
STC	SENTENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
STDP	SERVICIO TELEFÓNICO DISPONIBLE AL PÚBLICO.
SVDC	SERVICIO VASCO DEFENSA COMPETENCIA
TCE	TRATADO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS
TESAU	TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U
TFUE	TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UE O TRATADO DE LISBOA
TJCE	TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS
TME	TELEFONICA MOVILES DE ESPAÑA, S.A.U.
TPI	TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA
TVDC	TRIBUNAL VASCO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
VRU	SERVICIOS DE ATENCION TELEFÓNICA AUTOMATIZADA



ABREVIATURAS DE NORMAS Y RESOLUCIONES	
ACUERDO MARCO DE COLABORACIÓN	Acuerdo Marco de Colaboración entre Euskaltel y Retevisión para la comercialización del Servicio DCS 1800 en la Comunidad Autónoma de Euskadi.
DIRECTIVA MARCO	Directiva 2002/21 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.
DIRECTRICES DE AFECTACIÓN AL COMERCIO	Comunicación de la Comisión-Directrices de la Comisión relativas al concepto de Efecto sobre el Comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado CE.
DIRECTRICES PSM	Directrices de la Comisión sobre Análisis del Mercado y Evaluación del peso significativo en el Mercado dentro del Marco Regulador Comunitario de las Redes y los Servicios de comunicaciones electrónicas.
INFORME LECG	Informe de la consultora LECG: Análisis de la competencia en el mercado español de las comunicaciones móviles realizado por una consultora. Presentado por TESAU/TME.
INFORME OMVs DE LA COMISION	Comentarios de la Comisión Europea, caso ES/2005/0330, acceso u originación de llamadas en las redes públicas de Telefonía Móvil en España, 30.1.2006, SG-Grefe (2006) D/200402.
LDC	Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia
LEY 16/1989	Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia [derogada]
LGTel	Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.
MEMORANDO EXPLICATIVO	Memorando explicativo de la Recomendación de Mercados Relevantes 2003 preparado por los Servicios de la Comisión.
POSICION COMUN DEL ERG	ERG's Common Position on symmetry of fixed call termination rates and symmetry of mobile call termination rates, ERG (07) 83 final, 28.02.2008.
RECOMENDACION DE MERCADOS RELEVANTES 2003	Recomendación de 11 de Febrero de 2003, 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 Marco.
RECOMENDACIÓN SOBRE PRECIOS DE TERMINACIÓN	Recomendación 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 UE
REGLAMENTO 717/2007	Reglamento 717/2007, de junio de 2007, del Parlamento Europeo y del Consejo de la Union Europea, sobre tarifas minoristas y mayoristas del servicio de itinerancia internacional
REGLAMENTO DE MERCADOS	Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración.
RESOLUCION ACCESO FIJO 2006	Resolución de 25 de enero de 2006 de la CMT por la que se acuerda notificar a la Comisión europea y a las autoridades nacionales de reglamentación el proyecto de medida relativo a la definición y análisis de los mercados de acceso a la red de telefonía pública en una ubicación fija para clientes residenciales y acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija para clientes no residenciales, la designación de los operadores con poder significativa de mercado y la imposición de obligaciones específicas.Expediente AEM 2005/1442.



RESOLUCION ACCESO FIJO 2008	Resolución de la CMT por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado minorista de acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija para clientes residenciales y no residenciales, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión europea.
RESOLUCION CONFLICTO EUSKALTEL- ORANGE	Resolución de 9 de noviembre de 2006 de la CMT sobre el conflicto entre Euskaltel y Orange por la propiedad de los contratos de telefonía móvil cubiertos por el Acuerdo Marco de Colaboración
RESOLUCIÓN DE TERMINACIÓN MÓVIL	Resolución de 18 de diciembre de 2008 de la CMT por la que se aprueba la definición y el análisis de los mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión europea. Expediente MTZ 2008/1193.
RESOLUCIÓN DE TERMINACIÓN OMVs	Resolución de 7 de Febrero de 2008 de la CMT por la que se aprueba la definición y análisis de los mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales de los Operadores Móviles Virtuales Completos, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea. Expediente AEM 2007/794
RESOLUCIÓN DE TERMINACION ORMs	Resolución por la que se aprueba la definición y análisis de los mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión europea.
RESOLUCIÓN DE TERMINACIÓN XFERA	Resolución de 7 de octubre de 2007 de la CMT por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado de terminación de llamadas vocales en la red de Xfera Móviles, S.A. (XFERA), la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas y se acuerda su notificación a la Comisión Europea. Expediente AEM 2007/103
RESOLUCIÓN ESTABLECIMIENTO DE LLAMADA	Resolución de la CNC de 2 de julio de 2009, Expediente 2759/07, Teléfonos Móviles.
RESOLUCION INTERCONEXION EUSKALTEL.	Resolución de 26 de julio de 2007 de la CMT sobre el conflicto de Interconexión entre Euskaltel y TESAU/TME, Expediente MTZ 2007/303. Expediente MTZ 2007/303.
RESOLUCIÓN OMVs	Resolución de 6 de febrero de 2006 de la CMT por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil, la designación de los operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión europea. Expediente AEM 2005/933.
RESOLUCION RECURSO INTERCONEXIÓN EUSKALTEL	Resolución de 22 de noviembre de 2007 de la CMT sobre el recurso potestativo de reposición interpuesto por las operadoras EUSKALTEL, VODAFONE ESPAÑA, S.A. y TME contra la Resolución de 26 de julio sobre el conflicto de interconexión interpuesto por TESAU contra EUSKALTEL. Expediente AJ 2007/1024.



RESOLUCIÓN TRAFICO FIJO 2006	Resolución de 9 de febrero de 2006 de la CMT por la que se aprueba la definición y análisis de los mercados de servicios telefónicos locales y nacionales disponibles al público prestados desde una ubicación fija a clientes residenciales, servicios telefónicos internacionales disponibles al público prestados desde una ubicación fija a clientes residenciales, servicios telefónicos locales y nacionales disponibles al público prestados desde una ubicación fija a clientes no residenciales y servicios telefónicos internacionales disponibles al público prestados desde una ubicación fija a clientes no residenciales, la designación de los operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión europea. Expediente AEM 2005/1411.
RESOLUCION TRAFICO FIJO 2008	Resolución de 18 de diciembre de 2008 por la que se aprueba la revisión de los mercados minoristas de tráfico telefónico disponibles al público prestados desde una ubicación fija, y se acuerda su notificación a la Comisión europea. Expediente MTZ 2008/1079.