

PRECIOS EXCESIVOS Y DOMINANCIA COLECTIVA: EL CASO DE LOS MENSAJES CORTOS DE TELEFONÍA MÓVIL

Jordi FORNELLS DE FRUTOS

Subdirector de Sociedad de la Información
de la Dirección de Competencia de la CNMC

Juan Enrique GRADOLPH CADIerno

Vocal asesor de la Vicepresidencia de la CNMC

1. INTRODUCCIÓN

El 19 de diciembre de 2012 el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC) resolvió en el marco del expediente S/0248/10¹ declarar acreditado que Telefónica Móviles de España, S. A. U. (en adelante, TELEFÓNICA), Vodafone España, S. A. U. (en adelante, VODAFONE) y France Telecom España, S. A. U. (en adelante, ORANGE) habían infringido el art. 2 de la Ley, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) y el art. 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), imponiendo multas muy significativas, que van desde los casi 30 millones de euros a ORANGE, hasta más de 43 millones de euros a VODAFONE y más de 46 millones de euros a TELEFÓNICA.

En particular, el Consejo de la CNC consideró acreditado que TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE habían abusado de sus respectivas posiciones de dominio en cada uno de los mercados mayoristas de terminación de mensajes cortos en sus redes de telefonía móvil, mediante la aplicación de precios excesivos en los mismos.

Asimismo, el Consejo de la CNC estimó que estas conductas abusivas se habían visto sostenidas desde el año 2006 por el desarrollo en los mercados mayoristas de acceso y originación de mensajes cortos, donde los tres operadores tenían una posición de dominio colectiva, de estrategias de precios consistentes con las desplegadas en los mercados mayoristas de

¹ Disponible en http://www.cncompetencia.es/Inicio/GestionDocumental/tabid/76/Default.aspx?EntryId=197761&Command=Core_Download&Method=attachment.

terminación de mensajes cortos, dando lugar a una infracción única y continuada de la normativa de competencia.

Este caso es especialmente interesante en la medida que aplica dos instrumentos que son usados por las autoridades de competencia en pocas ocasiones: las conductas abusivas consistentes en precios excesivos y la posición de dominio colectiva.

Adicionalmente, este asunto pone de manifiesto las interrelaciones existentes entre la regulación *ex ante* del sector de las comunicaciones electrónicas, desarrollada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT), y la aplicación *ex post* de la normativa de competencia la CNC, así como el carácter complementario de ambas vías.

En este artículo se van a analizar, en primer lugar, las especiales características del sector de la telefonía móvil que han posibilitado la acreditación por la CNC de la existencia de conductas abusivas consistentes en precios excesivos y de una posición de dominio colectiva.

Posteriormente, se desarrollará cuál ha sido el papel de la regulación *ex ante* en los mercados considerados, así como en mercados conexos, poniendo especial énfasis en aquellos aspectos que verifican su complementariedad con la actuación *ex post* de la CNC.

Por último, se va a realizar un análisis pormenorizado de los principales extremos de la Resolución del Consejo de la CNC de 19 de diciembre de 2012, en particular, de los hechos acreditados y del análisis jurídico realizado.

2. CARACTERÍSTICAS PARTICULARES DEL SECTOR DE LA TELEFONÍA MÓVIL

El sector de la telefonía móvil presenta una serie de características que han dado lugar a la aparición de mercados mayoristas específicos, en los que los distintos operadores de telefonía móvil se interrelacionan entre sí.

Asimismo, determinados rasgos de este sector han facilitado el desarrollo y sostenimiento de las conductas abusivas sancionadas por la CNC en el expediente S/0248/10.

En particular, la configuración del sector de la telefonía móvil en España ha permitido la aparición de una posición de dominio colectiva de TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE en algunos mercados, así como la aplicación por estos operadores de precios excesivos en determinados mercados mayoristas, que han repercutido sobre los precios minoristas de los servicios minoristas de telefonía móvil correspondientes.

A continuación se van a analizar de forma somera los distintos mercados mayoristas de telefonía móvil existentes en España, para a continuación examinar dos rasgos determinantes de la dinámica competitiva del sector: el sistema de facturación de los servicios de telefonía móvil y las barreras a la entrada existentes.

A. MERCADOS MAYORISTAS DE TELEFONÍA MÓVIL

En España existe una obligación legal de interconectar entre sí las distintas redes de comunicaciones electrónicas, incluidas las de telefonía móvil, de tal manera que los distintos usuarios finales de dichas redes puedan dirigirse comunicaciones entre sí con independencia del operador que les presta servicio a cada uno de ellos.

Adicionalmente, el espectro radioeléctrico que se utiliza para dar servicios de telefonía móvil es un recurso escaso, cuyo uso directo está limitado a los titulares de las licencias del mismo.

Para soslayar esta limitación técnica y las barreras a la entrada existentes en el sector, se ha desarrollado una obligación regulatoria que ha permitido la aparición de mercados de servicios mayoristas de acceso y originación de telefonía móvil, en los que los operadores con licencias de espectro radioeléctrico de telefonía móvil y con redes de telefonía móvil desplegadas en el territorio nacional, también denominados Operadores Móviles de Red (OMR), prestan servicios mayoristas de acceso y originación a operadores que no cuentan con licencias de espectro radioeléctrico, también denominados Operadores Móviles Virtuales (OMV).

Con estos servicios mayoristas de acceso y originación, los OMR permiten el uso de sus frecuencias y su red de telefonía móvil por los OMV, a cambio de un precio, para que estos últimos puedan prestar servicios minoristas de telefonía móvil a sus clientes finales.

En este contexto, se pueden distinguir dos bloques de mercados mayoristas en el sector de la telefonía móvil.

El primer bloque de mercados está relacionado con los servicios mayoristas de terminación, con los que se posibilita la interconexión entre las distintas redes de telefonía móvil y que los usuarios finales de las diversas redes puedan comunicarse entre sí.

El segundo corresponde con los servicios mayoristas de acceso y originación, que permiten la entrada de nuevos operadores que ofrecen servicios de telefonía móvil en el ámbito minorista, aun sin contar con licencias de espectro radioeléctrico o con una red de telefonía móvil propia desplegada en el territorio nacional.

La dinámica competitiva de estos mercados mayoristas afecta significativamente al funcionamiento de los mercados minoristas en los que se prestan servicios de telefonía móvil a los usuarios finales.

B. SISTEMA DE FACTURACIÓN DE LOS SERVICIOS DE TELEFONÍA MÓVIL EN ESPAÑA

El sistema de facturación de los servicios de telefonía móvil en España se basa en el principio de «el que llama paga» (CPP, «*calling party pays*»),

excepto en el caso del servicio de itinerancia internacional, cuando se reciben llamadas o mensajes cortos en el extranjero, donde el usuario receptor de las comunicaciones también paga.

Como consecuencia de este sistema de facturación, el usuario receptor no soporta coste alguno por recibir llamadas o mensajes cortos, siendo el coste de la comunicación facturada íntegramente al cliente que ha originado la comunicación.

Esto tiene importantes implicaciones sobre las comunicaciones *off-net*, en las que el usuario que origina la comunicación es cliente de un operador distinto del que presta servicio al cliente que recibe la comunicación.

En este caso, el operador que factura la comunicación al usuario que la origina, ha de pagar al operador del cliente destino de la misma un importe por el denominado servicio mayorista de terminación, que permite la interconexión entre las distintas redes de comunicaciones electrónicas a las que acceden estos usuarios finales. El importe pagado por este servicio mayorista es el precio de terminación de la comunicación.

De esta manera, una variación en el precio mayorista de terminación de las llamadas o mensajes cortos fijado por un operador no tiene una influencia directa en los usuarios de dicho operador. Así, no hay ninguna relación directa entre los precios que aplica cada operador por los servicios mayoristas de terminación en su red y la demanda de servicios minoristas que hacen sus abonados.

Por tanto, este sistema de facturación de servicios minoristas de telefonía móvil reduce significativamente la presión a la baja que soporta el operador a la hora de fijar el precio mayorista de terminación de las comunicaciones terminadas en su propia red.

Este fenómeno se ve reforzado por el hecho de que el servicio mayorista de terminación no es sustituible y, sobre todo, porque la demanda a nivel mayorista (procedente de otros operadores) viene determinada directamente por la demanda a nivel minorista, de manera que el operador del usuario que inicia la comunicación *off-net* no tiene otra alternativa que terminarla en la red del usuario llamado.

En cambio, en las comunicaciones *on-net*, en las que los usuarios emisor y receptor de la comunicación son clientes del mismo operador y, por tanto, no hay interconexión entre redes, no se produce este pago a terceros operadores por servicios mayoristas de terminación, pues se produce una autoprestación de los servicios de terminación.

Esta dinámica competitiva ha llevado, en ausencia de regulación *ex ante*, a la fijación por los operadores de precios mayoristas de terminación de llamadas y mensajes cortos muy por encima de costes.

Asimismo, esto ha facilitado el desarrollo de estrategias de precios minoristas basadas en la diferenciación significativa de los precios de las comunicaciones *on-net* y *off-net*, siendo los primeros mucho más bajos que los segundos.

C. BARRERAS A LA ENTRADA

Otra característica particular del sector de la telefonía móvil es que cuenta con unas barreras a la entrada muy significativas.

Como se ha indicado anteriormente, una de las principales barreras a la entrada deriva de la accesibilidad a las bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico que se pueden utilizar para prestar servicios de telefonía móvil, en la medida que es un recurso escaso cuyo acceso directo está legalmente limitado a aquellos que lo obtienen a través de licencias adjudicadas a través de concursos públicos.

La disponibilidad de espectro se ha convertido en una barrera a la entrada infranqueable y ha influido mucho en que hasta 2006 sólo hayan existido tres operadores de telefonía móvil en España: TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE.

La entrada de nuevos operadores se vio retrasada en la práctica hasta que la CMT desarrolló su regulación *ex ante* en relación con los servicios mayoristas de acceso y originación de llamadas móviles², que obligaba a TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE a dar servicio a los OMV a precios razonables.

Adicionalmente, existen barreras a la entrada económicas muy importantes, derivadas, entre otros factores, de los elevados costes fijos (muchos de ellos hundidos) en el establecimiento y operación de la red, que implican que los servicios de telefonía móvil presenten fuertes economías de escala y alcance. Por otra parte, las fuertes inversiones en publicidad, la existencia de amplias redes de distribución (muchas de ellas exclusivas) y las políticas de captación y fidelización de consumidores, también generan barreras a la entrada económicas significativas.

Asimismo, existen importantes economías de red, en gran parte consecuencia de las políticas comerciales de TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE, que han basado gran parte de su estrategia comercial durante el periodo investigado en el expediente S/0248/10 (2000 a 2009) en la diferenciación de los precios *on-net* y *off-net* de los servicios minoristas de telefonía móvil, así como en elevados precios mayoristas de terminación.

Esta estrategia comercial ha penalizado a los nuevos entrantes, que se ven obligados a soportar elevados costes en servicios *off-net*, como consecuencia de los elevados precios mayoristas de terminación, y que no pueden replicar muchas ofertas *on-net*, como consecuencia de su falta de economías de red.

² Resolución de 2 de febrero de 2006 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.

Disponible en http://www.cmt.es/c/document_library/get_file?uuid=e21f1b8c-5a5f-4aa0-82f5-a91f490f6cb5&groupId=10138.

3. REGULACIÓN *EX ANTE* DE LA CMT EN LOS MERCADOS MAYORISTAS DE TERMINACIÓN Y ORIGINACIÓN DE TELEFONÍA MÓVIL

En el ámbito del sector de las comunicaciones electrónicas, se ha establecido a nivel comunitario un doble sistema de regulación y supervisión de los mercados.

Por una parte, las Autoridades Nacionales de Regulación (ANR), coordinadas con la Comisión Europea, son competentes para desarrollar una regulación *ex ante*, en el marco de la cual se imponen obligaciones a los operadores con poder significativo de mercado para asegurar que los mercados de comunicaciones electrónicas se desarrollan en un entorno de competencia efectiva.

Por otra parte, la Comisión Europea y las Autoridades Nacionales de Competencia (ANC) aplican *ex post* y de forma complementaria la normativa de competencia, sin que la regulación *ex ante* pueda excluir la aplicación de esta normativa.

La complementariedad de ambos sistemas se refleja en el hecho de que la definición de los mercados que son objeto de la regulación *ex ante* por las ANR y la evaluación del poder significativo de mercado de un operador que se debe verificar de cara a poder imponerle obligaciones regulatorias, se llevan a cabo utilizando las mismas metodologías que con arreglo a la normativa sobre competencia.

Además, de acuerdo con la normativa comunitaria, las ANR sólo pueden imponer obligaciones a los operadores con poder significativo de mercado en la medida en que, tras realizar los análisis pertinentes, entre otros factores consideren que la aplicación de la normativa de defensa de la competencia no es suficiente para disciplinar su comportamiento y asegurar un funcionamiento competitivo del mercado.

De esta manera, el uso de las mismas metodologías posibilita que el mercado de referencia definido a efectos de la regulación sectorial corresponda en la mayor parte de los casos con las definiciones del mercado que serían de aplicación con arreglo a la legislación sobre competencia. Lo mismo ocurre en relación con la verificación de la existencia de poder significativo de mercado y de una posición de dominio, pues usualmente ambas situaciones se suelen dar de forma simultánea en los mismos operadores.

Además, el hecho de que solo puedan imponerse obligaciones *ex ante* a estos operadores cuando los instrumentos de defensa de la competencia resultan insuficientes garantiza un uso proporcionado de la potestad regulatoria y evita limitaciones innecesarias de la libertad de empresa.

No obstante, los mercados definidos por la Comisión Europea y las ANC en casos derivados de la aplicación de la normativa de competen-

cia pueden diferir de los definidos por las ANR a efectos de la regulación *ex ante*, tal y como señala el apartado 1 del art. 15 de la Directiva 2002/21/CE, de 7 de marzo de 2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva Marco).

De igual forma, la designación de una empresa como poseedora de poder significativo de mercado en uno de los mercados delimitados a efectos de la regulación *ex ante* no implica automáticamente que dicha empresa sea también dominante a efectos del art. 102 del TFUE o del art. 2 de la LDC. Así se reconoce de manera expresa en el párrafo 30 de las Directrices de la Comisión Europea 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 (2002/C 165/03; Directrices análisis mercados)³.

Asimismo, el que las ANR deban considerar la eficacia de los instrumentos de defensa de la competencia, antes de imponer obligaciones regulatorias a los operadores con poder significativo de mercado supone que la regulación *ex ante* ha sido diseñada teniendo presente que, en todos los aspectos en que dichos operadores disfrutaran de libertad de actuación, su comportamiento está sometido a la normativa de defensa de la competencia. De esta forma, resulta claro que la regulación *ex ante* se diseña con una vocación complementaria, y no sustitutiva, de la aplicación de la normativa de defensa de la competencia.

En definitiva, en la práctica no puede excluirse que surjan procedimientos paralelos con arreglo a la regulación *ex ante* y a la legislación sobre competencia en un mismo mercado, entre otras razones, porque ambas intervenciones responden a objetivos distintos y resolverían problemas diferentes.

Así, como señala el párrafo 31 de las Directrices de análisis de mercados, las obligaciones *ex ante* impuestas por las ANR a las empresas con poder significativo de mercado están al servicio de los objetivos específicos fijados en las correspondientes Directivas, mientras que las soluciones previstas en la legislación sobre competencia pretenden castigar los acuerdos o comportamientos abusivos que restringen o falsean la competencia en el mercado pertinente.

A. REGULACIÓN *EX ANTE* MERCADOS MAYORISTAS DE TERMINACIÓN DE LLAMADAS MÓVILES

Los mercados mayoristas de terminación de llamadas vocales en las redes de telefonía móvil de cada operador figuraban en las Recomendaciones

³ Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2002:165:0006:0031:ES:PDF>.

de la Comisión Europea de 2003⁴ y 2007⁵ como mercados susceptibles a priori de regulación *ex ante* por parte de las ANR.

De hecho, la importancia que da la Comisión Europea a la regulación de estos mercados de terminación de llamadas móviles la ha llevado a emitir una recomendación específica sobre la metodología a aplicar para regular los precios de terminación de estas llamadas⁶, en la que se pone especial énfasis en que los precios mayoristas regulados de terminación de llamadas móviles deben establecerse de forma simétrica para todos los operadores, basadas en los costes contraídos por un operador eficiente, que se deben calcular sobre la base de costes corrientes en un modelo ascendente de costes incrementales a largo plazo.

La CMT ha regulado los precios mayoristas de terminación de llamadas móviles en diversas ocasiones, que han pasado de fijarse por encima de los 16 céntimos por minuto en el año 2003, a establecerse para todos los operadores en 1,09 céntimos por minuto a partir de julio de 2013.

Esta fuerte bajada de los precios mayoristas regulados de terminación de llamadas móviles se debe fundamentalmente a que las obligaciones de orientación a costes se han aplicado de forma cada vez más estricta por la CMT, entre otras razones como consecuencia de las recomendaciones en este sentido de la Comisión Europea.

A la hora de justificar esta intervención regulatoria, tanto la Comisión Europea⁷ como la CMT⁸ han identificado que el principal fallo de mercado en estos casos deriva de la capacidad y el incentivo de los operadores de aplicar precios excesivos a la hora de fijar sus precios mayoristas de termi-

⁴ Recomendación de la Comisión Europea, 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 (2003/311/CE), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003H0311:ES:HTML>.

⁵ Recomendación de la Comisión Europea, 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. (2007/879/CE), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:344:0065:01:ES:HTML>.

⁶ Recomendación de la Comisión Europea, de 7 de mayo de 2009, sobre el tratamiento normativo de las tarifas de terminación de la telefonía fija y móvil en la Unión Europea (2009/396/CE), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:124:0067:01:ES:HTML>.

⁷ Véase apartado 2 de la Nota explicativa de los servicios de la Comisión Europea que acompaña a la Recomendación de la Comisión Europea, de 7 de mayo de 2009, sobre el tratamiento normativo de las tarifas de terminación de la telefonía fija y móvil en la Unión Europea. Disponible en <https://ec.europa.eu/digital-agenda/sites/digital-agenda/files/Copy%20of%20Regulatory%20Framework%20for%20Electronic%20Communications%202013%20NO%20CROPS.pdf>.

⁸ Por ejemplo, véase Resolución de la CMT de 10 de mayo de 2012, por la cual 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 y al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (MTZ 2011/2503), http://www.cmt.es/c/document_library/get_file?uuid=bd0a3696-8625-45d2-90dc-7c25a21459ea&groupId=10138.

nación de llamadas móviles, aprovechando la demanda cautiva que genera el hecho de que los usuarios finales sean indiferentes a los precios mayoristas que establece el operador que les presta servicio, en la medida que solo pagan directamente por las llamadas que realizan, y no las que reciben.

La CMT ha desarrollado la problemática que generan estos precios excesivos en relación con las llamadas fijo-móvil, cuya competitividad se ve muy limitada por los mayores precios de terminación que los operadores fijos pagan a los operadores móviles en relación con los precios mayoristas de terminación regulados que cobran los operadores fijos, dando lugar a subsidios cruzados entre redes a favor de los operadores móviles.

Adicionalmente, la CMT ha analizado otros problemas que derivan de los precios excesivos de terminación, al fomentar la diferenciación de precios entre llamadas *on-net* y *off-net*, lo que a su vez genera una barrera a la entrada y a la expansión a los operadores más pequeños, especialmente para aquellos que tienen tráficos de llamadas entrantes y salientes desequilibrados y cuyos clientes realizan una elevada proporción de llamadas *off-net*, y que se ven obligados a subsidiar a sus competidores para poder operar en el mercado.

Por su parte, la Comisión Europea ha puesto de manifiesto que los precios excesivos de terminación de llamadas móviles pueden facilitar la colusión tácita entre dos o más operadores de telefonía móvil. Asimismo, la Comisión Europea ha señalado que precios de terminación regulados en un nivel bajo facilitan la aplicación de precios minoristas bajos y un mayor consumo de servicios de telefonía móvil. Asimismo, los precios de terminación regulados a los costes de un operador eficiente facilitan la innovación y los incrementos en la eficiencia de las redes móviles de los distintos operadores.

B. REGULACIÓN *EX ANTE* MERCADOS MAYORISTAS DE TERMINACIÓN DE MENSAJES CORTOS

La Comisión Europea nunca ha delimitado expresamente los mercados mayoristas de terminación de mensajes cortos como susceptibles de regulación *ex ante*.

Sin embargo, la Comisión Europea sí ha indicado⁹ que estos mercados mayoristas de terminación de mensajes cortos se enfrentan a una problemática para la competencia efectiva similar a la existente en los mercados mayoristas de terminación de llamadas móviles, por lo que de forma expre-

⁹ Véase apartado 4.3 de la Nota Explicativa de los servicios de la Comisión Europea que acompaña la Recomendación de la Comisión Europea, 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. Disponible en <https://ec.europa.eu/digital-agenda/sites/digital-agenda/files/Copy%20of%20Regulatory%20Framework%20for%20Electronic%20Communications%202013%20NO%20CROPS.pdf>.

sa deja abierta la puerta a que las ANR regulen los precios mayoristas de terminación de mensajes cortos.

En algunos países europeos, como Francia, Polonia y Dinamarca, las ANR han decidido regular los precios mayoristas de terminación de mensajes cortos, estableciéndolos en niveles mucho más bajos que los existentes en España.

En España la CMT nunca se ha pronunciado expresamente sobre esta cuestión, a pesar de que llegó a afirmar en 2008¹⁰ que consideraba apropiado realizar un análisis específico de las condiciones de competencia del mercado de terminación de SMS en redes móviles individuales y su relación con el nivel de competencia en la prestación de los correspondientes servicios minoristas.

Todo ello a pesar de que la CNC planteó expresamente en su informe¹¹ sobre la propuesta de la CMT de 31 de julio de 2008, relativa a «la definición y análisis del mercado de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición a los operadores de obligaciones específicas», la necesidad de verificar en mayor profundidad si se daban o no las condiciones para imponer obligaciones *ex ante* en los mercados de terminación de mensajes cortos en redes móviles.

En particular, la CNC puso de manifiesto algunos de los posibles problemas de competencia que podían derivar de la estructura competitiva de estos mercados mayoristas de terminación de mensajes cortos: la posibilidad de que esta incentivase la colusión, tácita o explícita, entre los distintos operadores, con efectos perjudiciales sobre la competencia en los mercados minoristas de mensajes cortos.

Asimismo, la CNC destacó el hecho de que los precios mayoristas de terminación de mensajes cortos en redes móviles habían permanecido estables en los últimos años, en un entorno en el que los precios mayoristas de terminación de llamadas vocales se habían reducido significativamente, y que estos precios mayoristas de terminación de mensajes cortos eran bastante similares entre los distintos operadores.

C. REGULACIÓN *EX ANTE* MERCADOS MAYORISTAS DE ACCESO Y ORIGINACIÓN DE LLAMADAS MÓVILES

El mercado mayorista de acceso y originación de llamadas móviles estaba incluido en la Recomendación de la Comisión Europea de 2003 como un mercado susceptible a priori de regulación *ex ante*.

¹⁰ Véase apartado I.1 de la Resolución de la CMT de 18 de diciembre de 2008, 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, http://www.cmt.es/c/document_library/get_file?uuid=a30c48bc-878a-421d-8857-4f6a0425ea19&groupId=10138.

¹¹ Disponible en http://www.cncompetencia.es/Inicio/GestionDocumental/tabid/76/Default.aspx?EntryId=11348&Command=Core_Download&Method=attachment.

Como se ha indicado anteriormente, en febrero de 2006 la CMT analizó este mercado, llegando a la conclusión de que el mismo constituía un mercado de referencia que podía ser objeto de regulación *ex ante*, y en el que TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE disponían conjuntamente de poder significativo de mercado. Asimismo, la CMT decidió establecer una obligación de estos tres operadores de dar acceso a sus redes móviles a precios razonables, aunque sin llegar a establecer de forma exhaustiva cuáles debían ser las condiciones de acceso o qué se podía entender por precios razonables.

Si bien esta obligación de acceso se limitaba en sentido estricto a las llamadas móviles, en la práctica TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE dieron acceso a sus redes de forma conjunta para todos los servicios de telefonía móvil, fundamentalmente llamadas, mensajes cortos y datos.

En la Recomendación de la Comisión Europea de 2007 este mercado fue excluido de la lista de mercados susceptibles a priori de regulación *ex ante*. En su Nota Explicativa de esta Recomendación, la Comisión Europea justificaba esta decisión sobre la base de que de su experiencia en el examen de los distintos mercados nacionales, se deducía que por norma general los mismos tendían a la competencia efectiva, y en aquellos casos en los que podría existir una colusión tácita entre los operadores de red para excluir a los Operadores Móviles Virtuales, normalmente el Derecho de la competencia podría ser suficiente para hacer frente a esta problemática.

Este mercado debería haber sido objeto de revisión por la CMT en un plazo de tres años, tal y como establece la Directiva Marco, si bien no se ha respetado este plazo.

En este sentido, en mayo de 2012 la CMT emitió un proyecto de medida¹² relativo a la definición y análisis de los mercados de acceso y origenación mayorista en redes móviles, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la propuesta de obligaciones específicas, en el que proponía el levantamiento de la regulación *ex ante* de este mercado, sobre la base de que la obligación de dar acceso mayorista a redes móviles incluida en el Real Decreto 458/2011, de 1 de abril, sobre actuaciones en materia de espectro radioeléctrico para el desarrollo de la sociedad digital, eliminaba las barreras a la entrada en este mercado.

En su informe¹³ sobre este proyecto de medida, la CNC consideró que la obligación de acceso mayorista prevista en el Real Decreto 458/2011 podría no ser suficiente para eliminar la barrera a la entrada para la prestación de servicios de comunicaciones móviles que para los operadores alternativos supone la falta de espectro radioeléctrico propio.

¹² Disponible en http://www.cmt.es/c/document_library/get_file?uuid=655259dd-b3b0-42e1-82fc-a14f6a72205a&groupId=10138.

¹³ Disponible en http://www.cncompetencia.es/Inicio/GestionDocumental/tabid/76/Default.aspx?EntryId=169781&Command=Core_Download&Method=attachment.

Por ello, la CNC consideraba que al seguirse manteniendo el primero de los criterios (barreras a la entrada), era necesario que la CMT analizase los otros dos criterios (tendencia a la competencia efectiva e insuficiencia del derecho de la competencia) antes de pronunciarse sobre si resulta pertinente el mantenimiento de la regulación *ex ante* en los servicios mayoristas de acceso y originación de telefonía móvil.

Finalmente, la CMT no llegó a aprobar una propuesta definitiva sobre la revisión de la regulación *ex ante* en el mercado mayorista de acceso y originación de llamadas móviles.

4. LA RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DE LA CNC EN EL EXPEDIENTE S/0248/2012

En este epígrafe se resumen algunos aspectos de la Resolución del Consejo de la CNC en el expediente S/0248/2012. No es el objetivo de este artículo reproducir extensamente su contenido, sino destacar algunos de sus aspectos más relevantes, tanto para comprender el caso en su conjunto, como para analizar la interrelación entre las políticas de regulación *ex ante* y la aplicación *ex post* de la normativa de defensa de la competencia. Con este fin, se resume a continuación la estructura del sector de la telefonía móvil en España, y se sintetizan los argumentos del Consejo de la CNC en algunos de los aspectos que suscitaron mayor debate en la fase de resolución.

Para facilitar la exposición, el contenido de los apartados de hechos probados y fundamentos de derecho de la resolución se agrupa en los siguientes epígrafes: la estructura del sector de la telefonía móvil en España; la definición de los mercados relevantes; el análisis de las posiciones de dominio; la conducta abusiva de precios excesivos, y los efectos de la conducta.

A. ESTRUCTURA DEL SECTOR DE TELEFONÍA MÓVIL EN ESPAÑA

El análisis de la estructura del sector de la telefonía móvil en España, recogido en la Resolución del Consejo de la CNC, nos permite destacar dos rasgos del sector que son muy relevantes para el caso. Por un lado, la preponderancia de TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE en el sector de la telefonía móvil, incluso tras las decisiones regulatorias que determinaron la entrada de Yoigo y de los OMV. Por otro, las marcadas diferencias en la evolución de precios de llamadas de voz y de mensajes cortos, que parecen apuntar a condiciones competitivas no homogéneas entre ambos tipos de servicios.

De acuerdo con la Resolución del Consejo de la CNC¹⁴ la entrada de operadores en el sector de la telefonía móvil en España se ha producido de

¹⁴ Véase epígrafe de hechos probados.

forma gradual y ha venido determinada, en gran medida, por las decisiones regulatorias.

Así, aunque TELEFÓNICA ya prestaba servicios de telefonía móvil con tecnología analógica desde el año 1976, fue a mediados de los años noventa cuando se concedieron las primeras concesiones de telefonía digital a TELEFÓNICA y VODAFONE (entonces Airtel) y a finales de esa década cuando empezó a operar ORANGE (entonces Retevisión Móvil).

La segunda oleada de entradas de operadores en el ámbito de los servicios minoristas de telefonía móvil se produce a partir de finales de 2006, cuando empieza a operar Yoigo (Xfera Móviles, S. A.), que había obtenido una licencia de telefonía móvil de tercera generación (UMTS) en el año 2000, pero que empieza a prestar sus servicios sobre la base de un acuerdo de itinerancia nacional, que le permite el uso de la red de VODAFONE en aquellas zonas del territorio nacional donde Yoigo no ha desplegado una red propia.

Asimismo, es a finales de 2006 cuando aparecen en el mercado los primeros OMV, tras la aprobación, por parte de la CMT, de la regulación por la que obligaba a TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE a ofrecer servicios mayoristas de originación y acceso de llamadas de telefonía móvil.

Tras la adopción de estas decisiones regulatorias, la estructura del sector de telefonía móvil evoluciona paulatinamente. No obstante, tal y como se ilustra en las siguientes tablas, que reflejan algunos de los datos acreditados en la resolución, TELEFÓNICA, VODAFONE Y ORANGE mantenían, en 2010, cuotas elevadas, tanto en términos de líneas, como de ingresos, independientemente de que se estén considerando los ingresos totales de telefonía móvil, los ingresos minoristas o los mayoristas.

Tabla 1. Porcentaje de líneas

	2006	2010
Total 3 operadores	100,0	91,3
Telefónica	45,7	41,8
Vodafone	29,9	29,4
Orange	24,3	20,1
Resto operadores	0,0	8,7
Yoigo	0,0	3,9
OMV	0,0	4,8
TOTAL	100,0	100,0

Tabla 2. Porcentaje de ingresos: servicios minoristas

	2006	2010
Total 3 operadores	99,9	95,1
Telefónica	50,0	47,0
Vodafone	32,7	30,4
Orange	17,2	17,6
Resto operadores	0,1	4,9
Yoigo	0,0	2,4
OMV	0,1	2,5
TOTAL	100,0	100,0

Fuente: Resolución del Consejo de la CNC en el expediente S/0248/2012. Elaborado a partir de datos de los informes anuales de la CMT.

Tabla 3. Porcentaje de ingresos: servicios mayoristas

	2006	2010
Total 3 operadores	100,0	93,0
Telefónica	41,3	38,9
Vodafone	35,6	32,6
Orange	23,1	21,5
Resto operadores	0,0	7,0
Yoigo	0,0	5,2
OMV	0,0	1,8
TOTAL	100,0	100,0

Tabla 4. Porcentaje de ingresos: total servicios

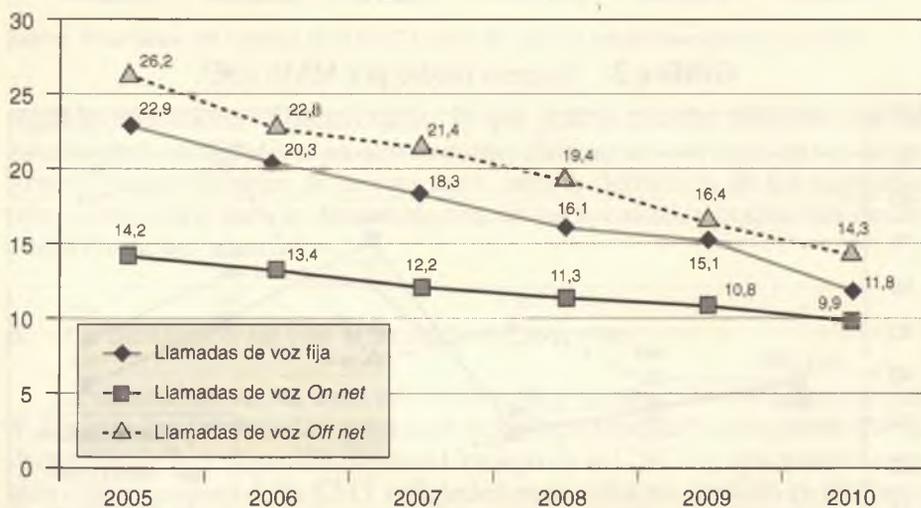
	2006	2010
Total 3 operadores	99,9	94,8
Telefónica	47,9	45,7
Vodafone	33,4	30,8
Orange	18,6	18,3
Resto operadores	0,1	5,2
Yoigo	0,0	2,9
OMV	0,1	2,4
TOTAL	100,0	100,0

Fuente: Resolución del Consejo de la CNC en el expediente S/0248/2012. Elaborado a partir de datos de los informes anuales de la CMT.

Por lo que se refiere a la estructura de los precios minoristas, la Resolución del Consejo de la CNC recuerda cuáles son las modalidades de tarificación más habituales en la etapa a la que se refiere el expediente. En el caso de las llamadas de voz, la modalidad más habitual consiste en un cargo inicial fijo por establecimiento de llamada y un cargo variable, en función de su duración. En el caso de los mensajes cortos, tanto SMS como MMS, los operadores solían cargar un precio fijo por cada mensaje enviado. En ambos casos, los operadores diferencian entre precios para llamadas nacionales e internacionales, así como entre precios para llamadas *on net* (dirigidas a clientes del mismo operador) y *off net* (dirigidas a clientes de otros operadores).

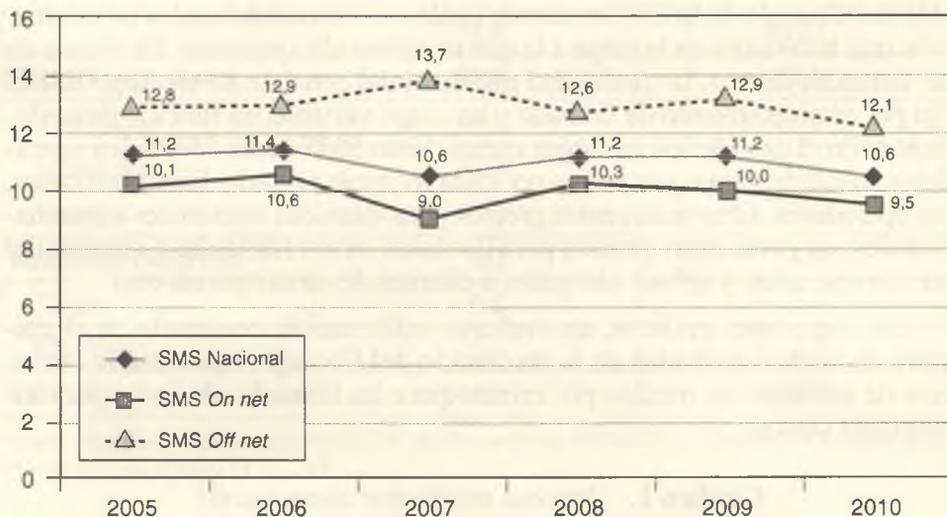
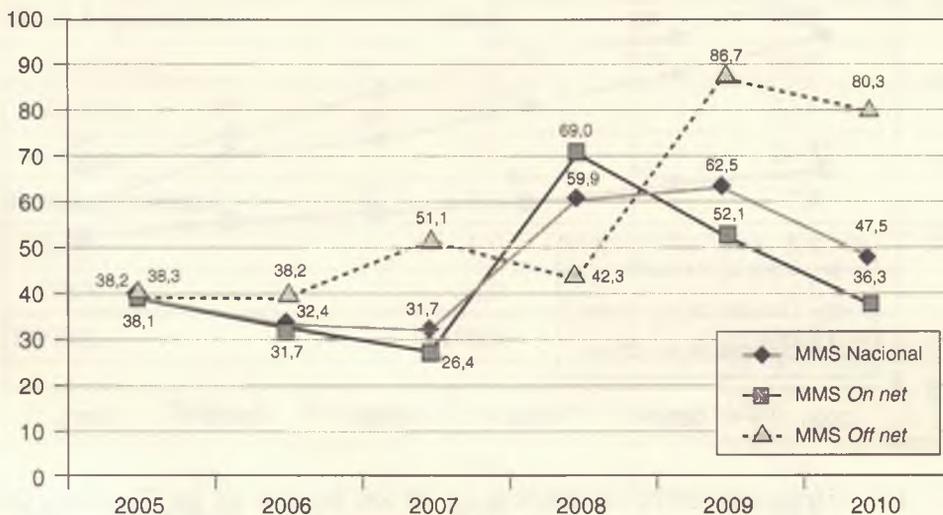
Los siguientes gráficos, que reflejan información contenida en el epígrafe de hechos probados de la resolución del Consejo, muestran la evolución de los ingresos medios por minuto para las llamadas de voz y para los mensajes cortos.

Gráfico 1. Ingreso medio por minuto (c€)



Las diferencias entre las tendencias de los precios de las llamadas de voz y de los mensajes cortos son evidentes y, como recuerda el Consejo de la CNC citando la Resolución de 2 de febrero de 2006 de la CMT, ponen de manifiesto que «el servicio de mensajería no ha transmitido a los usuarios mejoras en el precio debido a disminuciones de costos por economías de escala y alcance».

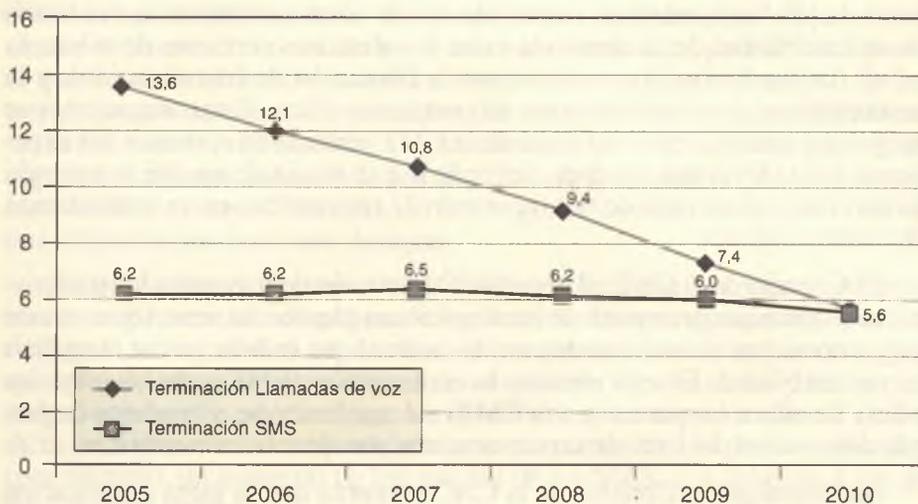
Esta diferente capacidad para trasladar disminuciones de costes al precio final estaría condicionada, al menos en parte, por diferencias en los marcos regulatorios. Como ya se ha señalado los precios mayoristas de terminación de las llamadas de voz están sujetos a límites máximos establecidos por la CMT que persiguen su progresiva orientación a costes. Para alcanzar este objetivo la CMT establece una senda de ajuste o *glide path* que determina un descenso gradual de los precios de terminación de llamadas de voz. Por

Gráfico 2. Ingreso medio por SMS (c€)**Gráfico 3.** Ingreso medio por MMS (c€)

Fuente: Resolución del Consejo de la CNC a partir de datos de los informes anuales de CMT.

el contrario, los precios mayoristas de terminación de los mensajes cortos no están sujetos a regulación y no siguieron la misma tendencia de descenso en el periodo de análisis. El siguiente gráfico ilustra estas diferencias.

En definitiva, los datos revelan que, a pesar de las decisiones regulatorias orientadas a abrir el sector a nuevos competidores, TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE mantienen una presencia elevada en el ámbito de la telefonía móvil en España. Asimismo, se pone de manifiesto que los precios de los servicios de llamadas de voz y de mensajes cortos han

Gráfico 4. Ingreso medio (c€/minuto o mensaje)

Fuente: Resolución del Consejo de la CNC a partir de datos de los informes anuales de CMT.

seguido evoluciones diferenciadas, lo que podría guardar relación con las condiciones competitivas en que se comercializan ambos tipos de servicios. Ambos rasgos resultan de interés tanto para la definición de los mercados relevantes, como para la determinación de las eventuales posiciones de dominio en dichos mercados.

B. LA DEFINICIÓN DE LOS MERCADOS RELEVANTES

La definición de los mercados relevantes fue uno de los aspectos que en los que los interesados centraron sus alegaciones a la propuesta que la Dirección de Investigación elevó al Consejo de la CNC¹⁵ y que suscitó también observaciones de la CMT reflejadas en su informe emitido en el marco del expediente S/0248/10. La Dirección de investigación definió un total de diez mercados relevantes: dos mercados minoristas y ocho mercados mayoristas, todos ellos de ámbito nacional.

En el ámbito minorista, la Dirección de Investigación, tras realizar un análisis de la sustituibilidad de demanda de los distintos servicios minoristas, propuso la definición de dos mercados relevantes, el de servicios de mensajes de texto (SMS) y el de servicios de mensajes multimedia (MMS).

Frente a estas definiciones, TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE propugnaban la definición de un mercado minorista más amplio, que englobara todos los servicios minoristas de telefonía móvil (mensajes, de texto y multimedia; voz, y transmisión de datos). Estas alegaciones se funda-

¹⁵ Véase, especialmente, el fundamento de derecho 5.º de la Resolución.

mentaban en tres tipos de argumentos: el hecho de que los servicios minoristas de telefonía móvil se comercializan de forma conjunta; la existencia de sustituibilidad de la demanda entre los distintos servicios de telefonía móvil (en contra de lo concluido por la Dirección de Investigación), y la sustituibilidad de oferta entre los diferentes servicios. Estas alegaciones se apoyaban, además, en el informe de la CMT emitido en el marco del expediente S/0248/10, que también defiende la existencia de un único mercado de servicios minoristas de telefonía móvil, apoyándose en su contratación de forma conjunta.

El Consejo de la CNC, al abordar la definición de los mercados minoristas, considera que gran parte de las alegaciones planteadas tienen que ver con qué se considera el conjunto de partida desde el que se debe iniciar el análisis de sustituibilidad. En este sentido, la contratación conjunta de los servicios habría llevado a las partes (y a la CMT) a considerar que el conjunto de partida debía ser el del total de servicios minoristas de telefonía móvil.

Sin embargo, el Consejo de la CNC recuerda que la mera contratación conjunta no debe llevar, de forma automática, a concluir que todos los servicios forman parte de un mismo mercado. En particular, estima que no debe llegarse a esta conclusión cuando existe una demanda con características propias para cada uno de los servicios, una oferta comercial específica para cada uno de ellos y hay diferencias en la presión competitiva que cada servicio enfrenta.

Estos rasgos se dan en el caso que nos ocupa, en particular porque las estructuras tarifarias generalmente aplicadas durante el periodo permitían a los consumidores distinguir los precios de cada uno de los servicios que adquiriría (SMS, MMS, voz o datos) y determinar, en función de su precio, la cantidad que deseaba demandar de cada uno de ellos (independientemente de que habitualmente los contratara todos con el mismo operador). Otros factores, como el distinto peso de los distintos servicios en la cesta de consumo; el hecho de que a algunos de ellos (por ejemplo, MMS) sólo acceda una parte de la demanda, o las condiciones regulatorias no homogéneas (no hay regulación de los precios de terminación para los mensajes y sí para la voz), también contribuyen a que las condiciones competitivas resulten no homogéneas.

Tomando, por tanto los SMS y los MMS como conjuntos de partida, el Consejo de la CNC considera que el análisis de sustituibilidad efectuado por la Dirección de Investigación (que se apoyaba en las distintas características de los distintos servicios y las diferentes necesidades que cubren) es correcto, de forma que los distintos servicios no pueden considerarse sustitutos desde la perspectiva de la demanda.

El análisis de la sustituibilidad por el lado de la oferta es más complejo y presenta un mayor interés. Las partes y la CMT defendían que la existencia de sustituibilidad por el lado de la oferta debería llevar a considerar que los mensajes cortos (SMS y MMS) y los servicios de voz forman parte de un mismo mercado.

El Consejo de la CNC no llega a pronunciarse de forma concluyente sobre la sustituibilidad de la oferta, dado que considera que el perímetro exacto del mercado minorista no es una cuestión crucial para el caso, puesto que no es en el ámbito minorista donde debe realizarse el análisis de las posiciones de dominio. En definitiva, las conclusiones de la resolución no variarían, tanto si se considera que los distintos servicios constituyen meros segmentos diferenciados de la demanda, como si se estima que constituyen mercados relevantes distintos. Sin embargo, el Consejo de la CNC realiza una reflexión que conviene destacar.

En particular, el Consejo de la CNC considera que los operadores presentes en el mercado disponen de los activos físicos necesarios y pueden reasignar su capacidad productiva de un servicio minorista a otro (por ejemplo, de voz a SMS) sin costes de adaptación significativos y en un plazo breve. Además, podrían tener los incentivos necesarios para llevar a cabo dicha reasignación, si se produjera una alteración de los precios relativos (por ejemplo, un aumento de los precios de los SMS, con relación a los de las llamadas de voz).

Sin embargo, el Consejo de la CNC señala que lo relevante a la hora de definir los mercados es identificar las presiones competitivas a que se ve enfrentado el productor de un producto o servicio. En este sentido, el Consejo de la CNC estima que, si «se trata de identificar las presiones competitivas que enfrentan los productores de SMS y MMS, es poco probable que los mismos operadores que los proveen constituyan una restricción competitiva creíble y eficaz».

En el ámbito mayorista, como se ha indicado anteriormente, pueden distinguirse dos familias de servicios, los de terminación, por un lado, y los de acceso y originación, por otro.

En lo referente a los servicios mayoristas de terminación, la Dirección de Investigación propuso la definición de seis mercados relevantes, uno por cada red individual de cada operador, para cada uno de los servicios de mensajes (SMS o MMS). La CMT en su informe emitido en el marco del expediente S/0248/10 respalda esta definición, que es además coherente con las decisiones regulatorias.

El argumento para esta definición es la imposibilidad de sustituir la terminación en una red por la terminación en otra o la terminación de un servicio de mensajes, por la de cualquier otro servicio. Es decir, si un cliente del operador A envía un SMS a un cliente del operador B, el operador A, necesariamente, deberá contratar el servicio de terminación de SMS en la red del operador B, sin que pueda sustituirlo por un servicio de terminación en la red de otro operador, o por un servicio de terminación de voz o de MMS en la red del operador B, y ello con independencia de los precios que se fijen.

Las alegaciones de las partes, que propugnan la definición de un solo mercado de terminación para los servicios de voz y mensajes, apoyándose en la supuesta sustituibilidad de estos servicios en el ámbito minorista, re-

sultan, a juicio del Consejo de la CNC, infundadas, partiendo de la base de que no considera que dicha sustituibilidad sea real. El Consejo de la CNC, en definitiva, respalda la definición propuesta por la Dirección de Investigación.

En lo referente a los servicios mayoristas de acceso y originación, la Dirección de Investigación propuso la definición de dos mercados relevantes, uno para cada tipo de servicio de mensajería (SMS o MMS). Por el contrario, el informe de la CMT emitido en el marco del expediente S/0248/10 y las alegaciones de TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE apuntan a la existencia de un único mercado mayorista de acceso y originación para todos los servicios de telefonía móvil (mensajes, voz y datos).

En particular, la CMT argumentaba que la definición del mercado relevante que realizó en la resolución que abrió el mercado de servicios mayoristas de telefonía móvil, incluyendo todos los servicios de acceso y originación en dicho mercado, tuvo un impacto sustancial en la forma de configurar esos servicios. Así, los acuerdos entre los OMV y los OMR incluyen la totalidad de los servicios mayoristas de acceso y originación.

El Consejo de la CNC, señala, de forma análoga a lo razonado con relación a los servicios minoristas, que el conjunto de servicios mayoristas que debe tomarse como el punto de partida, al efectuar el análisis de estos mercados, es el de acceso y originación de mensajes cortos a terceros operadores. El Consejo de la CNC señala también que puede haber cierta sustituibilidad de oferta entre unos servicios mayoristas y otros, en la medida en que los OMR tienen la capacidad técnica y económica para reasignar sus capacidades productivas entre ellos.

No obstante, como recuerda el Consejo de la CNC, el hecho de que sean los mismos operadores los que poseen esta capacidad y de que no se pueda optar en ningún caso por operadores diferentes para la prestación de uno y otro servicio determina que esta sustituibilidad de oferta no sea una restricción competitiva significativa. De esta forma las condiciones en que se comercializan los servicios mayoristas de acceso y originación de mensajes cortos no se ven sustancialmente alteradas por las condiciones en que se comercializan los servicios mayoristas de acceso y originación de llamadas de voz.

En todo caso, el Consejo de la CNC viene a concluir que el análisis respecto a la existencia de posición de dominio conjunta en los mercados relevantes no se vería alterado por la consideración de un mercado distinto, para cada tipo de servicio, frente a la definición de un mercado único, para el conjunto de servicios mayoristas de acceso y originación.

C. EL ANÁLISIS DE LAS POSICIONES DE DOMINIO

En el informe propuesta elevado al Consejo de la CNC, la Dirección de Investigación afirmaba que cada uno de estos operadores disponía de una

posición de dominio individual en los respectivos mercados mayoristas de terminación de mensajes en cada una de sus redes. Asimismo, consideraba que se cumplían los criterios de la doctrina para declarar que TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE detentaban una posición de dominio colectiva en los mercados minoristas relevantes y en los mercados mayoristas de acceso y originación de mensajes cortos.

Con relación a cada uno de los mercados mayoristas de terminación de SMS o MMS en las redes de los operadores, el Consejo de la CNC respalda la conclusión de existencia de posiciones de dominio individuales¹⁶ alcanzada por la Dirección de Investigación y coincidente, además, con el informe de la CMT. El Consejo de la CNC considera acreditado que en cada uno de los mercados de terminación el OMR titular de la red dispone del monopolio de un servicio esencial (el servicio de terminación) sin que haya posibilidad de sustitución.

La principal alegación de las partes hace referencia a la posible constrictión competitiva que puede derivar del hecho de que los operadores, monopolistas en sus mercados de terminación, sean a su vez demandantes de servicios de terminación en las redes de otros operadores, con los que están obligados a interconectar sus redes. En este contexto, en opinión de las partes, la necesidad de negociar bilateralmente los precios moderaría el poder monopólico de cada operador.

Sin embargo, el Consejo de la CNC considera que dicho poder moderador es muy limitado y apunta, principalmente, a los escasos incentivos que tienen los operadores, incluso cuando su peso económico es de un orden de magnitud similar (como en el caso de TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE) a presionarse mutuamente para obtener precios más reducidos. Por un lado, ningún operador tiene incentivo a reducir unilateralmente sus precios de terminación, puesto que, en un sistema en el que el cliente que llama paga, con ello sólo consigue reducir los costes para su competidor. Por otro lado, los operadores tampoco tienen incentivo a ofrecer reducciones de precios de terminación a cambio de costes más reducidos por terminar las llamadas en la red de sus competidores. La reducción de costes que podrían obtener se compensaría con una reducción de sus ingresos mayoristas, dada la simetría de tráfico existente. Además, en la medida en que todos los operadores se enfrentan a costes de terminación elevados, pueden repercutirlos en los precios minoristas sin que ello altere sus posiciones competitivas relativas.

En definitiva, puesto que los operadores disponen de posiciones de monopolio en sus respectivas redes y el poder compensador de la demanda es muy limitado, se dan los rasgos estructurales necesarios para considerar que TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE tienen posiciones de dominio individuales en sus respectivos mercados de terminación de mensajes.

¹⁶ Véase el fundamento de derecho 7.º de la Resolución.

Con relación a los mercados mayoristas de acceso y originación, el Consejo de la CNC considera que TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE mantienen una posición de dominio colectiva. Esta conclusión se apoya en la acreditación, por parte del órgano instructor, de los elementos estructurales que, de acuerdo con la mejor doctrina¹⁷, se requieren para que los operadores tengan el incentivo y la capacidad de alinear sus comportamientos en detrimento del funcionamiento competitivo del mercado.

Estos elementos estructurales son la existencia de un interés común para mantener políticas comerciales o conductas coordinadas; una transparencia suficiente en el mercado que permita a los agentes verificar que se está siguiendo la conducta coordinada; la sostenibilidad del comportamiento coordinado, bien por la existencia de fuertes incentivos para mantenerlo o, complementariamente, por la posibilidad de aplicar mecanismos de represalia en caso de que se detecten desviaciones, y la insuficiencia de las restricciones competitivas (derivadas de la presión de competidores alternativos o del poder compensatorio de la demanda) para evitar esta coordinación de conductas.

La Resolución considera que la dominancia colectiva de TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE tiene su base en el control que estos tres operadores ejercen sobre el uso del espectro radioeléctrico, una «instalación esencial» para operar en los mercados minoristas de telefonía móvil. Este control no se ve amenazado por la entrada de Yoigo en el mercado, ni por la existencia de los OMV, que no suponen una restricción competitiva relevante. En el primer caso, porque Yoigo, durante todo el periodo de análisis, carece de cobertura, mediante red propia, en todo el territorio español y, por tanto, continúa precisando de los servicios de itinerancia nacional proporcionados por otros operadores para ofrecer sus productos. En el segundo, porque el Consejo considera, en línea con la CMT, que TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE tienen escasos incentivos a competir agresivamente por la captación de OMV, puesto que «la ganancia que les reporta competir y captar clientes en el mercado mayorista a precios competitivos no habría compensado el perjuicio que podría generarles que los OMV accedieran, gracias a estos precios competitivos, al mercado minorista».

Como se deduce de lo anterior, el Consejo de la CNC considera que TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE tienen incentivos significativos para alinear sus conductas en los mercados de acceso y originación, aplicando precios elevados a los OMV. De esta forma, como señala el Consejo de la CNC «incrementan sus propios ingresos al tiempo que provocan un aumento de los costes de sus competidores en todos los servicios minoristas que conllevan la prestación de servicios mayoristas de originación», entre ellos, en los de mensajes cortos.

¹⁷ La Resolución del Consejo de la CNC cita la Sentencia de 12 de enero de 2009 de la Audiencia Nacional, que a su vez contiene referencias a la jurisprudencia comunitaria (asuntos *Gencor*; *Compagnie Maritime Belge*, y *Airtours*); la Sentencia de 13 de julio de 2006 del Tribunal de Primera Instancia (caso *Impala*), confirmada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de julio de 2008, así como el anexo II de la Directiva Marco que, apoyándose en la jurisprudencia comunitaria, ha recogido criterios para valorar la existencia de poder significativo de mercado colectivo en el ámbito de las comunicaciones electrónicas.

El Consejo de la CNC también considera que se dan los elementos de transparencia necesarios para facilitar la sostenibilidad de la conducta coordinada en este mercado. En particular, se conoce en el sector cuál es el OMR anfitrión de cada OMV, de forma que si uno de ellos hiciera ofertas de precios mayoristas agresivas y atrajera a nuevos OMV, se detectaría con facilidad. Además, el hecho de que los OMV puedan negociar con los tres OMR facilita el conocimiento recíproco de sus ofertas mayoristas a través de las revelaciones que pueden hacer los propios OMV durante el proceso de negociación. Finalmente, la política de los OMV en los mercados minoristas es también un indicador relevante de las condiciones de que disfrutan en los servicios mayoristas.

En lo que se refiere a la posibilidad de aplicar represalias si se detectan desviaciones respecto al comportamiento alineado, el Consejo de la CNC recuerda los argumentos que proporcionó al respecto la Dirección de Investigación en su informe propuesta, relativos a la capacidad de reaccionar tanto en el mercado mayorista de acceso y originación, como en cualquier otro de los mercados en los que compiten TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE. En todo caso, el Consejo de la CNC considera que la necesidad de aplicar estas eventuales represalias es remota, puesto que los tres operadores tienen fuertes incentivos a mantener políticas alineadas, consistentes en la fijación de precios elevados de originación, con el fin de debilitar la presión competitiva de los OMV en los mercados minoristas.

En definitiva, el Consejo de la CNC considera que se dan los elementos estructurales necesarios para declarar que TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE disfrutan de una posición de dominio colectiva en los mercados mayoristas de acceso y originación y que es en este marco en el que debe valorarse su conducta.

Por lo que se refiere a la eventual dominancia colectiva en los mercados minoristas, hay que decir que la Resolución no se pronuncia al respecto. En efecto, como se ha señalado al resumir las conclusiones relativas a la definición de los mercados relevantes, el Consejo de la CNC considera que en el análisis del presente caso, no es en el ámbito minorista donde procede identificar la existencia de posiciones de dominio.

D. LA CONDUCTA ABUSIVA DE PRECIOS EXCESIVOS

El Consejo de la CNC recuerda que la doctrina comunitaria¹⁸ establece que cuando una empresa que disfruta de una posición de dominio aplica precios que no guardan relación razonable con el valor económico real de los bienes o servicios que suministran, dichos precios deben considerarse

¹⁸ El Consejo de la CNC recuerda los precedentes comunitarios, citados por la Dirección de Investigación en su informe propuesta, y se apoya especialmente en las sentencias del Tribunal de Justicia de la UE en los asuntos de *British Leyland* y de *United Brands*.

En el ámbito nacional, el Consejo de la CNC recuerda su resolución de 12 de febrero de 2008 en el caso 626/07, *Canarias Explosivos*. Disponible en http://www.cncompetencia.es/Inicio/GestionDocumental/tabid/76/Default.aspx?EntryId=197509&Command=Core_Download&Method=attachment.

excesivos. Frente a la alegación de las partes de que no se habría acreditado la existencia de precios abusivos por excesivos, el Consejo de la CNC afirma que se ha verificado el cumplimiento de los criterios que contempla la doctrina para constatar el carácter abusivo de la conducta imputada.

En primer lugar, estos criterios requieren determinar que la empresa a la que se imputa la conducta disfruta de una posición de dominio. En caso contrario, un precio elevado no puede considerarse ilícito, puesto que si existen alternativas al alcance de los clientes (o si estas alternativas pueden existir), la presión competitiva en el mercado conducirá por sí misma a una moderación de los precios. Ya se ha analizado cómo, de acuerdo con la resolución del Consejo de la CNC, se cumplen las condiciones estructurales necesarias para determinar que TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE disfrutaban de una posición de dominio individual en sus respectivos mercados mayoristas de terminación de mensajes cortos y de una posición de dominio colectiva en los mercados mayoristas de acceso y originación.

En segundo lugar, para calificar unos precios como excesivos es necesario disponer de una referencia válida para establecer comparaciones. En particular, apoyándose en el precedente nacional de *Canarias Explosivos* (626/07), el Consejo de la CNC recuerda que existen varias alternativas posibles, principalmente, la comparación con costes y la comparación con otros precios. Además, es necesario que no exista una justificación objetiva para los precios observados, distinta del beneficio que obtiene la empresa apoyándose en su posición de dominio.

Sobre la base de estos criterios y de los hechos probados, el Consejo de la CNC constata el carácter abusivo de los precios de los servicios mayoristas de terminación de mensajes cortos, practicados por cada uno de los operadores en sus respectivas redes. Asimismo, el Consejo de la CNC determina que TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE alinearon su comportamiento competitivo en el mercado de acceso y originación, siguiendo una estrategia consistente con su conducta abusiva en los mercados mayoristas de terminación de mensajes cortos.

Para llegar a estas conclusiones, la Resolución utiliza como referencia principal el análisis de los ingresos medios y de los costes de cada uno de los operadores. Emplea para ello la contabilidad de costes regulada por la CMT, para cada uno de estos operadores.

Conviene, a este respecto, recordar que el deber para TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE de elaborar y presentar una contabilidad de costes tiene su origen en las distintas resoluciones de la CMT que establecen esta obligación para los operadores con poder significativo de mercado. Las contabilidades de costes reguladas deben ajustarse a los principios, criterios y condiciones que fija la CMT.

Entre los principios aplicables puede destacarse que la CMT opta por un sistema multiestándar de elaboración de la contabilidad de costes. Así, por un lado, los operadores deben proporcionar los costes de cada servicio

calculados conforme a costes históricos totalmente distribuidos, que están basados en los costes registrados en la contabilidad financiera e incluyen la imputación de una rentabilidad al capital propio. Por otro lado, los operadores deben presentar los costes de cada servicio conforme a un estándar de costes corrientes totalmente distribuidos. La diferencia esencial radica en que, conforme a este último estándar, los activos no se valoran según su coste histórico, sino de acuerdo con su coste de reposición, con la tecnología más adecuada y el dimensionamiento óptimo, y se imputan a los servicios en función de su contribución al proceso productivo. Asimismo, los costes operativos se ajustan con criterios de eficiencia. En definitiva, en un sector como el de las telecomunicaciones, sujeto a importantes mejoras tecnológicas que determinan un abaratamiento de las inversiones, el estándar de costes corrientes tiende a proporcionar costes más bajos que el estándar de costes históricos.

Este dato debe tenerse presente al analizar los datos de costes y márgenes recogidos en la Resolución del Consejo de la CNC. Dichos costes y márgenes están calculados conforme al estándar de costes históricos, más favorable para TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE, en la medida en que proporciona costes más elevados (y, en consecuencia, márgenes menos abultados) que los que hubieran resultado de haberse efectuado los cálculos conforme al estándar de costes corrientes, a pesar de que este último criterio podría considerarse, desde una óptica económica, idóneo para valorar el carácter excesivo o no de los precios.

En la tabla 5 se resumen los principales resultados relativos a márgenes de los servicios recogidos en la Resolución. Se trata de los cálculos efectuados para el conjunto de TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE.

Tabla 5. Márgenes sobre costes en servicios de telefonía móvil

<i>Márgenes sobre costes</i>	2004	2005	2006	2007	2008	2009
TOTAL SERVICIOS	15	13	3	8	7	9
Servicios mayoristas						
Terminación SMS	384	557	654	531	734	570
Terminación MMS	—	—	—	168	689	922
Originación SMS	—	—	—	—	405	283
Originación MMS	—	—	—	—	—	1.827
Servicios minoristas	—	—	—	—	—	—
SMS nacional	18	12	15	20	14	17
MMS nacional	—	—	—	—	30	30
Mensajes cortos (mayorista+ minorista)	30	25	30	34	34	35

Fuente: Resolución del Consejo de la CNC. Elaborado a partir de la contabilidad de costes de TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE.

La Resolución recoge, además, un detallado análisis sobre la evolución de tráfico, costes y precios de los servicios de mensajes cortos e información desagregada para cada operador sujeta, en la versión pública, a las lógicas restricciones de confidencialidad.

Asimismo, la Resolución completa el análisis con una comparativa internacional de los precios de los servicios mayoristas y minoristas de mensajes cortos y con una comparativa nacional de los precios de estos servicios, frente a los correspondientes a las llamadas de voz.

Estos análisis complementan los efectuados empleando la contabilidad de costes y dotan de mayor robustez a los resultados y conclusiones alcanzados.

Por lo que se refiere a los precios mayoristas de terminación de mensajes cortos, el Consejo de la CNC estima que «ha quedado acreditada la existencia de un nivel de precios desproporcionado en relación con diferentes términos de comparación y, en particular, los propios costes de prestación del servicio». Esta conclusión se apoya en las evidencias que se resumen a continuación.

En primer lugar, la Resolución constata la estabilidad de los precios del servicio mayorista de terminación a lo largo del periodo analizado. Se trata de un patrón que se repite tanto para SMS como para MMS, que es común a los tres operadores y que viene acompañado por una cierta estabilidad en el precio minorista de los mensajes cortos.

En segundo lugar, esta estabilidad de precios se produjo en un contexto de notable incremento del tráfico. Como señala el Consejo de la CNC, se trata de una actividad con elevados costes fijos, por lo que el incremento de la actividad conlleva una reducción de los costes medios que, sin embargo, no se refleja en los precios. Esta idea se confirma con el análisis de la contabilidad de costes de los tres operadores.

En tercer lugar, como puede comprobarse en la tabla anterior, los precios y costes determinan unos márgenes de los servicios mayoristas de terminación de mensajes cortos muy elevados (con relación, por ejemplo, a la rentabilidad obtenida en el conjunto de servicios de telefonía móvil) y, en general, crecientes en el tiempo. Este resultado es similar, de acuerdo con la resolución, para cada uno de los tres operadores.

En cuarto lugar, las comparativas internacionales de los precios mayoristas de terminación de mensajes cortos y la comparación nacional con los precios mayoristas de terminación de llamadas de voz confirman la consistencia y robustez de los resultados.

Por lo que se refiere al comportamiento de TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE en los mercados mayoristas de acceso y originación de mensajes cortos, el Consejo de la CNC concluye que los tres operadores tuvieron el incentivo y la capacidad para alinear su comportamiento competitivo y que siguieron, en el periodo de análisis «una estrategia que revela su posición de dominio colectiva, estrategia que resulta consistente con su

conducta abusiva en los mercados mayoristas de servicios de terminación de mensajes cortos».

Esta conclusión se apoya, principalmente, en dos hechos que la Resolución considera acreditados. El primero es que el ingreso medio por acceso y originación de mensajes cortos, para cualquiera de los tres operadores, es elevado con relación al ingreso medio que se puede obtener en el ámbito minorista, lo que puede dificultar la actuación en el mercado de competidores alternativos como los OMV. El segundo es que los márgenes de los servicios mayoristas de acceso y originación son elevados (véase *supra* la tabla 5), conclusión que no se modifica al individualizar los análisis para cada operador.

E. LOS EFECTOS DE LA CONDUCTA ABUSIVA

La Resolución concluye que los precios excesivos practicados por TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE en sus respectivos mercados mayoristas individuales de terminación de mensajes cortos constituyen un abuso explotativo que despliega sus efectos no solo en el ámbito mayorista, sino también en el minorista.

Así, la fijación de precios excesivos permitió a TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE obtener beneficios desproporcionados en los mercados de servicios mayoristas de terminación de mensajes cortos, donde son oferentes y disfrutan de posición de dominio. Pero, además, el alto coste de los servicios mayoristas de terminación que marcan estos tres operadores se repercute a los precios minoristas pagados por los consumidores finales. El Consejo de la CNC concluye que los consumidores han pagado unos precios minoristas más elevados que los que hubieran resultado en ausencia de unos precios mayoristas de terminación excesivos.

Adicionalmente, el Consejo de la CNC señala que con su conducta TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE lograron, al menos de forma temporal, reforzar su poder de mercado y elevar las barreras de entrada a los mercados minoristas. A este respecto, resulta especialmente relevante la conducta observada por los tres operadores en los mercados de originación que refuerza los efectos de la estrategia descrita. Así, los elevados precios de los servicios mayoristas de originación y acceso habrían contribuido a sostener los elevados precios minoristas de los mensajes cortos, reforzando las barreras de entrada y expansión a las que se enfrentan los OMV.

5. CONCLUSIONES

La Resolución del Consejo de la CNC de 19 de diciembre de 2012 en el expediente S/0248/10 es una decisión muy interesante desde múltiples perspectivas.

En primer lugar, aplica dos instrumentos raramente utilizados en el ámbito del Derecho de la competencia: los precios excesivos y la posición de dominio colectiva.

En relación con los precios excesivos, la CNC ha elaborado un análisis muy robusto gracias a la utilización de instrumentos (contabilidad de costes regulada por la CMT) y de elementos de comparación (precios mayoristas de terminación de llamadas móviles regulados y comparaciones internacionales) que están disponibles en la práctica en un número reducido de casos.

Este análisis se centra en valorar el carácter excesivo de los precios y sus efectos perjudiciales sobre la competencia en los mercados mayoristas y minoristas afectados, sin entrar a determinar cuáles deberían ser los precios mayoristas de terminación y de acceso y originación de mensajes cortos a establecer, pues ésta es una función claramente regulatoria que escapa del ámbito de aplicación de la normativa de competencia.

De esta manera, el Consejo de la CNC sanciona una práctica anticompetitiva que persigue la normativa de competencia y que ha afectado al interés público y a un número muy elevado de usuarios, minimizando a su vez la intromisión en la libertad de empresa de los operadores sancionados, al darles margen de actuación para poner fin a las prácticas objeto del expediente.

En segundo lugar, en lo que respecta a la apreciación de la existencia de una posición de dominio colectiva en los mercados mayoristas de acceso y originación de mensajes cortos, hay que resaltar que este análisis no es esencial de cara a la acreditación de las conductas sancionadas.

En particular, el Consejo de la CNC analiza el abuso de esta posición de dominio colectiva como actuación complementaria a partir del año 2006 que es consistente con el carácter abusivo de las conductas de TME, VODAFONE y ORANGE en los mercados mayoristas de terminación de mensajes cortos en el periodo 2000 a 2009. En este sentido, el Consejo de la CNC considera que el abuso de las posiciones de dominio individuales y colectivas forma parte de una única conducta.

Sin embargo, desde el punto de vista del efecto disuasorio de la normativa de competencia, resulta muy relevante que el Consejo de la CNC haya considerado acreditada la existencia de una posición de dominio colectiva en los mercados mayoristas de acceso y originación de mensajes cortos, puesto que envía un aviso muy significativo a TME, VODAFONE y ORANGE de que se deben abstener de adoptar conductas restrictivas de la competencia en los mercados de acceso y originación de servicios móviles para no infringir la normativa de competencia, como consecuencia de la especial responsabilidad que deriva de su posición de dominio colectiva.

En relación con esta cuestión, el hecho de que los mensajes cortos del sector de telefonía móvil estén actualmente en declive, aunque siguen generando volúmenes de negocio muy significativos, no priva de efecto útil

a la Resolución del Consejo de la CNC de 19 de diciembre de 2012 en el expediente S/0248/10, pues clarifica los límites que deben evitar traspasar TME, VODAFONE y ORANGE en el sector de la telefonía móvil.

Por último, este expediente es un ejemplo práctico que pone de manifiesto la complementariedad entre la aplicación de la regulación *ex ante* en el sector de las comunicaciones electrónicas y la normativa de competencia.

Así, en ausencia del desarrollo de una regulación *ex ante* en relación con los mensajes cortos del sector de la telefonía móvil, la Resolución del Consejo de la CNC ha servido para sancionar y poner fin prácticas anticompetitivas que buscaban obtener un beneficio extraordinario en los mercados mayoristas de mensajes cortos que, a su vez, sostenían los precios minoristas de estos mensajes cortos y elevaban las barreras a la entrada de los OMV limitando su capacidad para competir.

Además, la existencia de contabilidades de costes reguladas de TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE, derivada de las obligaciones regulatorias impuestas por la CMT ha sido un instrumento importante para reforzar el rigor de los análisis cuantitativos efectuados por la CNC en el marco del presente expediente y dotar a los resultados de mayor robustez.

Esta complementariedad se ve reforzada con la reciente creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que integra funciones regulatorias en los ámbitos de las industrias de red (incluida la de las telecomunicaciones) con la aplicación de la normativa de defensa de la competencia, enfrentándose al reto de potenciar esta sinergia para impulsar un funcionamiento más eficiente de los mercados.

