



## **RESOLUCION**

### **Expte. S/0137/09 TELEFÓNICA**

#### **Consejo**

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente  
D<sup>a</sup>. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta  
D. Julio Costas Comesaña, Consejero  
D<sup>a</sup>. María Jesús González López, Consejera  
D<sup>a</sup>. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 30 de junio de 2010

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, con la composición expresada y siendo Ponente la Vicepresidenta D<sup>a</sup>. Pilar Sánchez Núñez, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente de información reservada S/0137/09, abierto por la Dirección de Investigación en virtud de la denuncia formulada por la “Asociación de Empresas de Servicios de Valor Añadido en las Telecomunicaciones” contra “Telefónica Móviles España, SAU”, por actuaciones consistentes en la aplicación de precios no equitativos a los operadores de servicios de tarificación adicional, concertación de precios y conductas de competencia desleal, que infringirían los artículos 1, 2 y 3 de la que constituirían una infracción de la prohibición de abuso de la posición dominante del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. El 14 de abril de 2009 tuvo entrada en la Dirección de Investigación (DI) de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) un escrito de la Asociación de Empresas de Servicios de Valor Añadido en las Telecomunicaciones (AVA) por el que denunciaba a “Telefónica Móviles España, S.A.U.” (Telefónica) por la realización de una conducta de abuso de posición dominante prohibida por el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), consistente en la aplicación de precios no equitativos a los operadores de servicios de tarificación adicional. Con fecha 16 de abril de 2009, la DI asignó a esta denuncia el número de expediente S/0137/09. Asimismo, con objeto de conocer en lo posible la realidad de los hechos denunciados y determinar si pudiera haber indicios de infracción, de conformidad con el artículo 49.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, la DI inició una información reservada, antes de resolver la iniciación o no de expediente sancionador.

Con anterioridad, el 4 de marzo de 2009, AVA había denunciado también ante la DI a “Vodafone España SAU” por los mismos hechos. La DI, con fecha 9 de marzo siguiente, tramitó esta denuncia bajo el número de expediente S/0140/09.

2. En el marco de este expediente S/0137/09, el 18 de noviembre de 2009, la DI remitió a AVA un requerimiento de información, cuya respuesta tuvo entrada en la CNC el 9 de diciembre de 2009.
3. Con fecha 20 de enero de 2010 tuvo entrada en el Registro de la CNC un nuevo escrito de AVA, por el que ampliaban sus denuncias contra Vodafone y Telefónica y la extendía a France Telecom España, SA (Orange). En particular y en resumen, en este nuevo escrito se denuncia:
  - 1) Las condiciones contractuales que los tres operadores de telefonía móvil les han comunicado que entraban en vigor a partir del 27 de noviembre de 2009, para la prestación de servicios a los que se refiere la Orden ITC/208/2008 de 31 de enero. Aporta copia de los contratos, denunciando que se trata de contratos de adhesión, enviados a todos los operadores de SMS sin posibilidades de negociación alguna, y en los que según la denunciante habría “conurrencia de comportamientos”.
  - 2) La falta de justificación para que el cobro de los Operadores Móviles se realice como un porcentaje de cada mensaje cuyo contenido es titularidad y responsabilidad del operador de SMS, y la nulidad del “derecho” de los Operadores Móviles a pagar a los 90 días desde la fecha de expedición de la factura por el operador SMS.
  - 3) Que los denunciantes deben acceder a las redes de Telefónica, Vodafone y Orange para poder ofrecer su producto a los consumidores finales. Es decir, que los operadores de red, al estar integrados verticalmente, se han convertido en proveedores y a la vez competidores de los denunciantes.
4. La Asociación de Empresas de Servicios de Valor Añadido en las Telecomunicaciones (AVA) es una asociación cuyos miembros, entre otras actividades, prestan servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes. En este sentido, algunos de sus miembros tienen asignados distintos números con los que prestar servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes, conforme a lo señalado por la anteriormente citada Resolución de la CMT de 31 de julio de 2008.

Telefónica Móviles España, S.A.U. (Telefónica) es un operador de comunicaciones electrónicas que, entre otras actividades, dispone de una red de telefonía móvil en España y presta servicios minoristas de telefonía móvil, tanto de llamadas vocales como de mensajes cortos. Asimismo, Telefónica presta servicios mayoristas a los operadores de servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes, a fin de posibilitarles que presten estos servicios de tarificación adicional a los abonados a su red de telefonía móvil. Adicionalmente, conforme a lo dispuesto en la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), de 31 de julio de 2008, sobre la

asignación inicial de recursos públicos de numeración para la prestación de servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia, Telefónica tiene asignados distintos números con los que prestar servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes.

5. Con fecha 18 de febrero, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 49.3 de la LDC y 27.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, la DI remitió al Consejo la denuncia, las actuaciones previas practicadas y una Propuesta de Archivo, en la que se concluye que *“A la vista de todo lo anterior, de acuerdo con lo previsto en el artículo 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, se propone la no incoación del procedimiento sancionador, así como el archivo de las actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia presentada por Asociación de Empresas de Servicios de Valor Añadido en las Telecomunicaciones contra Telefónica Móviles España, S.A.U., por considerar que no hay indicios de infracción de la mencionada Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia”*.
6. En la Propuesta de Archivo, de acuerdo con la información obrante en el expediente de información reservada, la DI considera que se deducen los hechos siguientes:
  1. Telefónica es un operador de telefonía móvil con red propia, que, según el Informe anual de la CMT, en 2008 tuvo unos ingresos de telefonía móvil en España de 7.364 millones de euros, lo que representa 48,9% del mercado, frente a unas cuotas de Vodafone y Orange de 33,1% y 16,6% respectivamente. En términos de líneas de telefonía móvil la cuota de Telefónica fue de 44,9% frente al 30,7% de Vodafone y 20,7% de Orange. Mientras, en número de mensajes cortos enviados por sus abonados, la cuota de Telefónica fue de 43,0%, mientras que Vodafone tuvo una cuota del 30,0% y Orange el 25,3%.
  2. Los mensajes cortos de valor añadido, según el Informe anual de la CMT, representaron en 2008 en España unos ingresos de 516,5 millones de euros, mientras que los mensajes multimedia de valor añadido alcanzaron unos ingresos de 1,4 millones de euros. En términos de número de mensajes, hubo 2.411 millones de mensajes cortos de valor añadido, y 105 millones de mensajes multimedia de valor añadido.
  3. Telefónica presta servicios de mensajes cortos y mensajes multimedia de valor añadido a sus clientes. En particular, Telefónica dispuso de una promoción, denominada “Millón”, que entre el 16 de marzo de 2009 y 14 de junio de 2009, sorteaba un premio diario de 50.000 euros y otro semanal de 50.000 euros entre los abonados de Telefónica que envían un mensaje de valor añadido (con un coste de 1,2 euros sin IVA) o compran contenidos en el portal wap de Telefónica. Asimismo, con fecha 14 de junio de 2009, Telefónica ha sorteado un premio de 1.000.000 euros entre todos aquéllos que hayan participado en los sorteos diarios y semanales. Por otra parte,

entre 21 de septiembre de 2009 y 22 de noviembre de 2009, Telefónica dispuso de una promoción por la que sorteaba premios diarios y semanales consistentes en automóviles de la marca Audi, entre sus clientes que enviasen SMS de valor añadido.

4. Los servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes están regulados por la Orden ITC/308/2008, de 31 de enero, por la que se dictan instrucciones para la utilización de recursos públicos de numeración para la prestación de servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia. Dentro de esta Orden, el artículo 5.7 establece que *“los titulares de números [para la prestación de servicios de tarificación adicional mediante mensajes] tendrán la obligación de permitir el acceso a sus servicios a los abonados de los operadores del servicio telefónico disponible al público cuando estos operadores así lo soliciten, en las condiciones que se acuerden entre las partes.”*
5. Los servicios mayoristas de acceso para mensajes cortos de texto y mensajes multimedia de tarificación adicional se encuentran sujetos a la regulación ex ante de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT). En particular, en su 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, la CMT ha regulado, entre otros, los servicios mayoristas de interconexión de originación de tráfico de datos sobre redes móviles que prestan Telefónica, Vodafone y Orange, que permitirían a otros operadores suministrar a sus clientes, servicios de convencionales y avanzados de SMS y MMS con origen en las redes de los operadores móviles así como servicios de acceso a Internet móvil. Esta regulación establece una obligación de suministrar estos servicios a precios razonables.
6. Según AVA, Telefónica impone a los operadores de servicios de tarificación adicional mediante mensajes, para prestarles servicios mayoristas que les permitan acceder a los abonados de Telefónica, un precio que representa de media aproximadamente el 50% del coste del mensaje. Este precio varía según el coste de los mensajes de tarificación adicional que pague el usuario final (a mayor precio para el usuario final, el porcentaje que se queda el operador de telefonía móvil suele ser menor) y el número de usuarios que utilicen el servicio (a mayor número de usuarios, el porcentaje que se queda el operador de telefonía móvil es menor). Con estas condiciones, según AVA, las promociones que realiza Telefónica no son replicables por los operadores de servicios de tarificación adicional mediante mensajes que son miembros de AVA.
7. Según AVA, Telefónica, Vodafone y Orange imponen a los operadores de servicios de tarificación adicional mediante mensajes, para prestarles

servicios mayoristas que les permitan acceder a sus abonados, que acepten un plazo de 90 días para recibir el pago de las facturas que emiten.

8. AVA estima que, del total de servicios de valor añadido mediante mensajes que prestan sus socios, aproximadamente el 25% corresponde a participación en votaciones y programas de televisión, un 20% a descarga de contenidos por móvil, un 20% a participación en sorteos de premios en metálico, un 25% a participación en sorteos de premios en especie, y un 10% a otros.
7. Con fecha 21 de junio de 2010, la DI remitió al Consejo un nuevo escrito de AVA, en virtud del cual adjunta Informe emitido por los Servicios de la CMT en el conflicto de acceso presentado por Alternia (empresa asociada a AVA) frente a Telefónica Móviles, Vodafone, Orange (France Telecom España SA), Xfera Móviles SA y Euskaltel SA en relación con la imposibilidad de alcanzar un acuerdo (en realidad, de renegociar el acuerdo existente) para la prestación de servicios SMS Premium de fecha 29 de abril de 2010.

Así mismo, se adjunta impresión de páginas web de Movistar y Orange en las que se ofrecen servicios de tarificación adicional (juegos para móviles, descarga de música, polítonos, horóscopos, fondos para móvil, etc.) que compiten con los ofrecidos por sus empresas asociadas. Hechos que, a juicio de AVA, constituyen una clara competencia desleal.

8. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia deliberó y falló esta Resolución en su reunión de 2 de junio de 2010.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero.- Objeto del expediente**

El artículo 49.3 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, dispone que el Consejo, a propuesta de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia, podrá acordar no incoar procedimiento sancionador por la presunta realización de las conductas prohibidas en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley y, en consecuencia, el archivo de las actuaciones realizadas por la DI cuando considere que no hay indicios de infracción de la LDC. Y el artículo 34.3 de la misma Ley establece que el Consejo es el órgano competente para interesar la instrucción de expedientes por la DI.

El artículo 25 del RDC, dispone en cuanto a la iniciación del procedimiento sancionador que se hará siempre de oficio por la DI, en virtud de propia iniciativa, por denuncia o a iniciativa del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.

Según se recoge en el Antecedente de Hecho (AH) 5 de esta Resolución, la DI concluyó las actuaciones previas de la información reservada proponiendo al Consejo la no incoación de procedimiento sancionador, así como el archivo de las actuaciones, por considerar que no existían indicios de infracción de la LDC.

## **Segundo.- Sobre la denuncia de abuso de posición dominante: la delimitación de los mercados relevantes**

AVA considera que Telefónica ha incurrido en un abuso de posición de dominio prohibido por el art. 2 de la LDC, al cobrar a los prestadores de servicios de tarificación adicional mediante mensajes (operadores de SMS) una comisión que representa aproximadamente en media el 50% del coste del mensaje para el usuario (del PVP), lo que les impide replicar las promociones de servicios de tarificación adicional mediante mensajes lanzadas por la propia Telefónica, que como tal operador de SMS percibe del usuario el 100% del PVP.

El art. 2.1 de la LDC dispone “*Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.*” Por tanto, la posición de dominio es un presupuesto necesario para poder concluir la existencia de una eventual infracción de este precepto legal, y para poder establecer que Telefónica tiene posición dominante es preciso delimitar el mercado relevante o considerado, lo que hace la DI en su Propuesta de Archivo en los términos que siguen:

**Mercados de producto.** Las actividades económicas afectadas por la denuncia están relacionadas con el sector de la telefonía móvil. En relación con estas actividades, conviene tener en cuenta que la CMT, en su Resolución de 2 de febrero de 2006 ya citada, ha delimitado a efectos de la regulación ex ante un mercado mayorista de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil, dentro del cual se incluirían, entre otros, los servicios mayoristas de interconexión de originación de tráfico de datos sobre redes móviles, que permitiría a otros operadores suministrar a sus clientes, servicios convencionales y avanzados de SMS y MMS con origen en las redes de los operadores móviles así como servicios de acceso a Internet móvil.

En el presente caso, la conducta supuestamente abusiva de Telefónica está ligada a la prestación de servicios mayoristas de acceso para mensajes cortos de texto y mensajes multimedia de tarificación adicional, que permiten que los abonados de Telefónica puedan hacer uso de los servicios de tarificación adicional de un operador concreto, siendo la propia Telefónica la que cobra el coste del mensaje de valor añadido al usuario, y entrega la cantidad convenida al proveedor de los servicios de tarificación adicional.

Mediante estos servicios mayoristas, Telefónica entrega al operador de valor añadido los mensajes de los usuarios finales abonados a Telefónica y, a su vez, traslada los mensajes del operador de valor añadido al usuario, confirmando la recepción del voto o la participación en el sorteo, remitiendo los contenidos solicitados, etc.

Esta actividad de Telefónica como oferente de servicios mayoristas de acceso para mensajes de tarificación adicional está ligada a la presencia en el mercado de

servicios minoristas de telefonía móvil, en la medida que con estos servicios el operador mayorista, Telefónica en el presente caso, permite a sus clientes minoristas tener acceso a los servicios de tarificación adicional de un determinado operador. De esta manera, un oferente de servicios minoristas de tarificación adicional se ve obligado a llegar a acuerdos con los operadores de telefonía móvil para poder prestar sus servicios minoristas de tarificación adicional a los abonados.

Por ello, existe una integración vertical entre los servicios minoristas de telefonía móvil y la prestación de servicios mayoristas de tarificación adicional.

Dentro de los servicios minoristas de tarificación adicional, existen numerosos tipos de servicios que se pueden prestar. Éstos van desde la participación en votaciones de programas de televisión, a la descarga de contenidos para el teléfono móvil y la participación en sorteos de dinero u otros productos.

A la vista de todo lo anterior, los mercados relevantes a los efectos del presente expediente serían los siguientes:

1. Mercado mayorista de servicios de acceso para mensajes cortos de texto y mensajes multimedia de tarificación adicional, cuya oferta está condicionada por la presencia del operador de telefonía móvil en el mercado de servicios minoristas de telefonía móvil.
2. Mercado minorista de servicios de tarificación adicional mediante mensajes cortos de texto y mensajes multimedia, verticalmente relacionado con el anterior.

No obstante, se podría plantear la posibilidad de definir mercados más amplios (para incluir los servicios de tarificación adicional vocales) o más estrechos (distinguiendo por tipo de servicio de tarificación adicional, o considerando que la red de cada operador de telefonía móvil es un mercado relevante).

En cambio, a los efectos del presente expediente, no parece adecuado optar por una definición de los mercados de producto mayoristas relevantes tan amplia como la que utiliza la CMT en su Resolución de 2 de febrero de 2006. Así, en otros servicios mayoristas relacionados con la telefonía móvil, es suficiente con contratar con un único operador mayorista para poder prestar servicios a todos los potenciales clientes en el nivel minorista. Por el contrario, los servicios mayoristas de acceso para mensajes cortos de texto y mensajes multimedia de tarificación adicional presentan una dinámica competitiva diferente, en la medida que es necesario contratarlos con los principales operadores de telefonía móvil, a fin de poder prestar servicios minoristas a casi todos los potenciales clientes de estos servicios.

En todo caso, en la medida en que no afecta a las conclusiones de la valoración de la conducta denunciada, a los efectos del presente expediente no resulta necesario pronunciarse sobre la delimitación exacta de los mercados de producto considerados.

Mercados geográficos. Los mercados mayorista y minorista de servicios de tarificación adicional son probablemente de dimensión nacional, entre otras razones, debido a la regulación específica existente a nivel nacional, factores lingüísticos y culturales que hacen que estos servicios de tarificación adicional se circunscriban a España, y dada la dimensión nacional de las redes de los operadores de telefonía móvil.

En todo caso, en la medida en que no afecta a las conclusiones de la valoración de la conducta denunciada, a los efectos del presente expediente no resulta necesario pronunciarse sobre la delimitación exacta del ámbito geográfico relevante de los mercados de producto considerados.

### **Tercero.- Determinación de la posición de dominio**

De acuerdo con lo establecido en el fundamento de derecho segundo, bajo cualquier definición razonable del mercado de servicios de mayoristas de acceso de mensajes para tarificación adicional, Telefónica previsiblemente es el primer operador del mercado, puesto que su cuota de mercado en 2008 en los servicios minoristas de telefonía móvil es del 40-50%, según la unidad de medida que se utilice. Como se ha señalado anteriormente, esta cuota en el mercado minorista de telefonía móvil puede servir para aproximar la cuota en el mercado mayorista relevante. En todo caso, esta elevada cuota de mercado no es suficiente para acreditar por sí misma una posición de dominio individual, especialmente si tenemos en cuenta que existen otros dos operadores, Vodafone y Orange, con cuotas de mercado significativas aunque más reducidas.

Asimismo, hay que tener presente que la CMT ha estimado en su Resolución de 2 de febrero de 2006 anteriormente citada que Telefónica, Vodafone y Orange disponen de un poder significativo de mercado conjunto en el mercado mayorista de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil.

Sin embargo, es necesario tener en cuenta una particularidad de los servicios mayoristas analizados en el presente expediente, consistente en que los clientes abonados a Telefónica sólo son accesibles para terceros operadores de servicios de tarificación adicional mediante mensajes si llegan a un acuerdo con la propia Telefónica. Esto implica que Telefónica, y el resto de operadores de servicios minoristas de telefonía móvil (en particular Vodafone y Orange), tienen la capacidad para excluir una parte significativa de los potenciales demandantes del mercado minorista de servicios de tarificación adicional mediante mensajes, lo que es un indicio de poder de mercado. En este sentido, si se definiese un mercado de producto de servicios mayoristas de acceso para mensajes de tarificación adicional para la red de cada operador de telefonía móvil, la cuota de mercado de cada uno de ellos sería del 100%.

De todas maneras, a efectos del presente expediente, no es necesario pronunciarse sobre si Telefónica tiene una posición de dominio, individual o conjunta, en el

mercado mayorista considerado, pues como se fundamenta a seguir no existan indicios de que Telefónica haya incurrido en prácticas abusivas.

#### **Cuarto.- Ausencia de indicios de conductas abusivas**

AVA viene a denunciar que Telefónica abusa de su posición dominante al imponer a los operadores de servicios de tarificación adicional, por prestarles servicios mayoristas que les permiten acceder a los abonados de Telefónica, un precio que representa de media el 50% del precio final que aquéllos cobran al cliente final cuando envían un mensaje de tarificación adicional, lo cual les impide replicar las promociones o concursos que realiza Telefónica. Es decir, Telefónica, desde su posición dominante en el mercado de servicios mayoristas, estaría desarrollando una conducta abusiva de estrangulamiento o pinzamiento de los márgenes comerciales de sus competidores en el mercado minorista descendente de servicios de tarificación adicional, generándoles una desventaja competitiva significativa.

A este respecto, coincidiendo con la DI, el Consejo considera que no existen indicios de tal práctica abusiva. La información disponible en el expediente indica que nos encontramos ante un mercado activo, con un significativo número de operadores que han entrado en los últimos años y con una actividad notable y creciente, lo cual es difícilmente conciliable con la figura de un abuso exclusionario. Esa misma información no permite afirmar que el precio que aplica Telefónica sea siempre del 50%, como se detalla en el próximo fundamento de derecho, pero en caso de que así fuera no hay indicios en el expediente que permitan apuntar a que dicho margen no sea suficiente para configurar ofertas de servicios de valor añadido atractivas para los consumidores y rentables para el oferente. Por el contrario, de la información aportada por AVA respecto a los ingresos y resultados operativos de algunos de sus socios, se deduce que éstos han podido desarrollar con éxito la actividad comercial emprendida en 2008 y 2009.

Lo anterior parece indicar que, incluso si Telefónica cobrase una comisión del 50% por sus servicios mayoristas, esta conducta no necesariamente impide a los proveedores alternativos realizar sorteos atractivos con capacidad de captar consumidores. Primordialmente porque los operadores alternativos de servicios de tarificación adicional suelen llegar a acuerdos con Telefónica, Vodafone y Orange, lo que amplía el espectro de potenciales consumidores y ayuda a facilitar la organización de sorteos atractivos. En este sentido, conviene destacar que algunos socios de AVA, como consta en el expediente, han organizado en 2008 y 2009 importantes sorteos de coches, premios en metálico y otros premios en especie.

Tampoco la información disponible en el expediente permite considerar, siquiera de forma indiciaria, que si el operador de telefonía móvil establece una comisión por sus servicios mayoristas del 50% del precio minorista de los mensajes para servicios de tarificación adicional, se produce un abuso explotativo de los operadores de servicios de tarificación adicional o se están imponiendo condiciones no equitativas. Tal explotación estaría apoyada por los datos aportados por los denunciantes pretendiendo establecer una comparación de tarifas internacionales de los

operadores de telefonía móvil a los minoristas de servicios de tarificación adicional. De nuevo, para dicha comparación parten de que la tarifa que aplica Telefónica, y también el resto de operadores españoles, es del 50% del precio final. Los precios comparativos que aportan al expediente son 16.7 % en Finlandia; 19.7% en Suecia, 24.2% en Reino Unido, 27% en Alemania y 34.1% en Francia. De esta información cabe señalar que, en primer lugar, el precio final denunciado del 50 %, que Telefónica y las demás cobran a las empresas miembros de AVA es, en realidad, un resultado concreto cuando se da la circunstancia de que el precio final del mensaje es de 1.2 € exclusivamente y se producen un volumen de 1.000 SMS por operador y mes (supuesto de muy pocos mensajes generados por el minorista, y muy poco probable). Evidentemente si se altera el precio final y/o el volumen final de SMS los resultados pueden diferir notablemente de ese 50%. En segundo lugar, de los datos aportados y referidos a otros países, no puede inferirse si estos datos son del operador principal en cada país, si son una media de los precios de los distintos operadores, si estos operadores cobran según una estructura proporcional como ocurre en España, o si por el contrario cobran un precio fijo y AVA ha convertido ese precio fijo en un porcentaje del precio final para facilitar la comparación. En definitiva, de los datos existentes en el expediente no se puede asumir que es una comparación homogénea entre distintos precios de distintos países, ni entre los distintos precios entre operadores, por lo que dichos precios no pueden ser valorados como indicios de un abuso explotativo, que lleve a una incoación por este motivo.

AVA igualmente ha alegado que no existe ninguna justificación para que el operador de servicios de tarificación adicional mediante mensajes tenga que pagar al operador de telefonía móvil en función del coste del mensaje de tarificación adicional y, parece dar a entender que el importe a cobrar debería ser fijo.

Sin embargo, a efectos del análisis de abuso en sede del art. 2 de la LDC, el Consejo considera que es irrelevante que los importes cobrados por el operador de telefonía móvil tengan un carácter fijo o relativo en función del coste del mensaje. Lo relevante es si el margen medio que efectivamente perciben los operadores de servicios de tarificación adicional mediante mensajes, tras deducir los costes de los servicios mayoristas que contratan, es suficiente para operar de manera efectiva en el mercado minorista de servicios de tarificación adicional mediante mensajes. Este criterio es compartido por los Servicios de la CMT en el Informe premilitar de 29 de abril de 2010 (MTZ 2009/822) aportado por AVA, en el que se señala que ambos modelos de estructura tarifaria (un mismo precio unitario por SMS Premium o relativo en función del coste del mensaje) pueden ser perfectamente válidos en los términos de las obligaciones específicas establecidas (por la CMT) en el Mercado 15, que no exigen que los precios sean no discriminatorios, sino que no sean excesivos ni comporten una comprensión de márgenes que impidan la entrada de un operador, así como que su razonabilidad dependerá de cada caso concreto. Por ello, en el citado Informe se remarca que la solución que se propone es aplicable únicamente a las partes del conflicto individual en el que se emite.

Por el contrario, la denuncia de AVA ante la CNC plantea la existencia de una conducta abusiva de Telefónica frente a todos los operadores de SMS Premium en ella asociados, y como se ha indicado anteriormente, no existen indicios en el expediente de que un margen medio del 50% sea explotativo en el presente caso, ni de que efectivamente el margen medio sea realmente el 50%. En todo caso, no corresponde a la CNC determinar si los precios cobrados por Telefónica, por la prestación de servicios mayoristas de acceso para mensajes de tarificación adicional y sus promociones de servicios minoristas de valor añadido mediante mensajes, son compatibles o no con la obligación de precios razonables establecida por la CMT en su Resolución de 2 de febrero de 2006 citada anteriormente (AH 6.5).

En conclusión, no existen indicios de una infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, sin que sea necesario definir de manera exacta los mercados relevantes o determinar si Telefónica dispone de una posición de dominio en alguno de ellos.

#### **Quinto.- Ausencia de indicios de infracción del artículo 1 LDC**

AVA también ha alegado en sus escritos de denuncia la posible existencia de concertación entre los operadores de móvil Telefónica, Vodafone y Orange, en la medida en que aporta un cuadro resumen en el que se visualiza que los tres terminan cobrando el 50% del precio final facturado al consumidor final del producto. Aportan varios contratos, que califica de adhesión, en los que constan los precios practicados.

La realidad es que el precio final que se cobra no es tan simple como el 50%, como ya se ha apuntado en el fundamento de derecho anterior, sino que el porcentaje que se aplicará será en función de dos parámetros: el precio de facturación al cliente final y el tráfico de mensajes generados. Por ejemplo, según contrato aportado por Vodafone, éste cobrará a una empresa socia de AVA entre un 38.3% en el escenario de mayor tráfico (750.000 mensajes) y con un precio de 1.2 €/mensaje y un 88% cuando el precio del mensaje sea de 0.15€ (con el mismo tráfico). Si el flujo de mensajes es entre 100.000 y 250.000, los precios variarán entre un 96% para un precio del mensaje de 0.15 € y un 42.5% para un precio del mensaje de 1.2 €. En otro contrato aportado por el denunciante, cuyo proveedor es Telefónica, figura el siguiente sistema precio: Se le cobrará a la empresa de valor añadido un % del precio al que dicha empresa decida facturar su producto al consumidor final. Así, si el precio está entre 1.1 y 3.5 €, Telefónica le cobrará a la empresa de valor añadido un 38% si es un SMS y un 40-44% si es un MMS. Puede haber otros conceptos fijos. Que habría que repartir entre todos los mensajes. En el caso de Orange, para un volumen de entre 100.00 y 250.000 mensajes Orange deberá reembolsar, según el contrato aportado, entre un 32 y un 45% dependiendo de que el precio del mensaje final sea de 0.20 € o de 1.2 €.

En consecuencia, no es posible apreciar identidad de precios con la información que obra en el expediente, y tampoco es previsible que con más contratos en el

expediente pudiera apreciarse esa identidad de precios denunciada, dado que los tres operadores presentan estructuras de facturación distintas, no solo en porcentajes aplicados, sino en conceptos. Por ello, procede en derecho concluir que no se observan indicios de infracción del artículo 1 LDC por parte de los tres operadores señalados.

### **Sexto.- Ausencia de indicios de infracción del artículo 3 LDC**

En el escrito de 20 de enero de 2010, AVA considera que Telefónica (así como Vodafone y Orange) infringe el artículo 4.2 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas contra la morosidad en las operaciones comerciales, al exigir a los asociados de AVA, en los contratos de prestación de servicios mayoristas de servicios de tarificación adicional mediante mensajes, conceder a Telefónica un periodo de 90 días para proceder al pago de las facturas, en vez de los 30 días establecidos por norma general. AVA alega que esta conducta es contraria a derecho y constituye un abuso, por cuanto implica que el operador móvil retiene durante 90 días una cantidad que no le pertenece, proporcionándole una liquidez adicional a expensas del operador de SMS, sin que exista justificación alguna por cuanto es el operador de SMS el que asume el riesgo de impago del servicio. Añade, además, que esta conducta resta atractivo a sus servicios y, por tanto, las condiciones de competencia no son las mismas para todos los operadores del mercado.

En el posterior escrito de 17 de mayo de 2010, AVA considera que Telefónica (así como Vodafone y Orange) al ofertar servicios de tarificación adicional (de descarga de música, horóscopos, alertas, etc.) está compitiendo deslealmente con los servicios ofrecidos por los operadores de SMS, en la medida en que éstos perciben del operador de móvil una cantidad que representa un 50% del PVP, y éste percibe del cliente el 100% del PVP del servicio prestado.

El artículo 3 de la LDC faculta a la CNC para perseguir y sancionar las conductas de competencia desleal que, por ser aptas para falsear de forma significativa (artículo 5 de la LDC) la libre competencia, afecten al interés público tutelado por la Ley, esto es, a la competencia efectiva en tanto que institución que garantiza el buen funcionamiento de los procesos del mercado (Exposición de Motivos de la LDC).

A este respecto resulta relevante considerar que la infracción denunciada de la Ley 3/2004, para constituir un acto de competencia desleal de acuerdo con el artículo 15.1 de la Ley 3/1991 de competencia desleal, debe ser apta para atribuir al infractor una ventaja competitiva en relación con sus competidores. El Consejo considera que de la información disponible en el expediente no se desprenden indicios de que Telefónica haya obtenido tal ventaja competitiva, y sí que nos encontramos ante un mercado activo, con un significativo número de operadores que han entrado en los últimos años y con una actividad notable y, en algunos casos, con importantes beneficios en 2008 y 2009. Así mismo, al analizar el carácter abusivo o no objetivamente justificado de la prestación de servicios de mensajes de valor añadido

por Telefónica, es igualmente relevante subrayar que las promociones a las que se refiere la denunciante tienen un importante componente promocional para la captación y fidelización de clientes de telefonía móvil, en la medida en que están dirigidas exclusivamente a abonados de Telefónica (AH 6.3). En definitiva, el Consejo no aprecia indicios de infracción del artículo 3 de la LDC en las citadas conductas de Telefónica.

Por todo ello, vistos los preceptos citados y los de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.

### **HA RESUELTO**

**ÚNICO.-** No incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia presentada por la Asociación de Empresas de Servicios de Valor Añadido en las Telecomunicaciones contra Telefónica Móviles España SAU, al considerar que no existen indicios de infracción de la Ley de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese a la Asociación de Empresas de Servicios de Valor Añadido en las Telecomunicaciones y Telefónica Móviles España SAU, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.