

RESOLUCIÓN

(EXPTE. 2759/07 Teléfonos Móviles)

CONSEJO

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Fernando Torremocha, Vicepresidente
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero
D. Miguel Cuerdo Mir, Consejero
D^a Pilar Sánchez Núñez, Consejera
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a .Maria Jesús González López, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, 2 de julio de 2009

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, el Consejo), con la composición expresada al margen, y siendo Ponente la Consejera D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, ha dictado esta Resolución en el expediente sancionador nº 2759/07 por presuntas prácticas contrarias al artículo 1 de la Ley 16/1989 iniciado de oficio por el Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, SDC), actual Dirección de Investigación (DI) de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), contra las compañías operadoras de telefonía móvil TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. (TME), VODAFONE ESPAÑA, S.A. (VODAFONE) y FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. (FT) a raíz de las modificaciones de las tarifas de sus diferentes planes de consumo de telefonía móvil a finales de enero de 2007.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Describe la Dirección de Investigación en su Informe Propuesta de la siguiente manera los Antecedentes de Hecho del caso en lo que se refiere a la tramitación del expediente en fase de instrucción:

“1. ANTECEDENTES

1.1. Información reservada y denuncias

- (1) *El 31 de enero de 2007, ante el conocimiento de los anuncios de aumentos de las tarifas de telefonía móvil que tendrían lugar a partir del 1 de marzo de 2007, el SDC inició una información reservada con objeto de conocer la realidad de los hechos para determinar la existencia de indicios de infracción de la Ley 16/1989, de 17 de julio (B.O.E. del 18), de Defensa de la Competencia (en adelante, Ley 16/1989), solicitando información a MOVISTAR, VODAFONE y ORANGE acerca de: órgano que tomó la decisión de aumento de tarifas, orden del día y actas de las reuniones en las que se tomó dicha decisión, documentos internos sobre la repercusión de la tarificación obligatoria por segundos y sobre la posible rescisión unilateral de contratos de los clientes y comparativa de precios de llamadas de distinta duración con las tarifas*

antiguas y nuevas (folios 1 a 15). Las contestaciones a los citados requerimientos por ORANGE, VODAFONE y MOVISTAR tuvieron entrada en el SDC, respectivamente, el 20 de febrero de 2007 (folios 116 a 221), el 21 de febrero de 2007 (folios 222 a 481) y el 26 de febrero de 2007 (folios 559 a 612). Con fecha 28 de febrero, advertidas determinadas deficiencias en la contestación de MOVISTAR, se le requirió para que las subsanase (folios 482 a 486), lo que dicha compañía hizo mediante escrito que tuvo entrada en el SDC el 28 de marzo de 2007 (folios 672 a 680).

- (2) El 1 de febrero de 2007, tuvo entrada en el SDC escrito de la Asociación de Consumidores y Usuarios en Acción-FACUA (en adelante, FACUA), denunciando que la coincidencia en la modificación de las tarifas de MOVISTAR, VODAFONE y ORANGE en lo relativo al establecimiento de llamada podría ser consecuencia de un acuerdo entre ellas que sería constitutivo de una infracción de los artículos 1 de la Ley 16/1989 y 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (en adelante, TCE) (folios 16 a 18).*
- (3) El 2 de febrero de 2007, tuvo entrada en el SDC escrito del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, TDC), remitiendo el escrito recibido de la Confederación Española de Organizaciones de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios (en adelante, CEACCU), en el que se denuncia que el anuncio de algunas de las operadoras de telefonía móvil de elevar sus tarifas, coincidiendo con la entrada en vigor de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios (en adelante, Ley 44/2006), y la previsible coincidencia en la subida de tarifas podrían ser indicativos de la existencia de un acuerdo colusorio entre las operadoras (folios 19 a 22).*
- (4) El 5 de febrero de 2007, tuvo entrada en el SDC escrito de la Organización de Consumidores y Usuarios (en adelante, OCU), denunciando que la coincidencia en el tiempo de los anuncios de las subidas de tarifas de MOVISTAR, ORANGE y VODAFONE, la coincidencia de los incrementos de las tarifas de establecimiento de llamada y la subida de los precios por minuto de algunas tarifas sería constitutiva de una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989 y del artículo 81 TCE, y solicitando como medida cautelar la suspensión de la aplicación de tarifas por los operadores y la conservación de los contratos en lo que respecta a las tarifas pactadas con los clientes, adaptándolas a la tarificación por segundos desde el inicio de la llamada (folios 31 a 75).*
- (5) El 12 de febrero de 2007, tuvo entrada en el SDC escrito de D. XXX, en nombre y representación de la Unión de Consumidores de España (en adelante, UCE), denunciando que la coincidencia en el establecimiento de llamada de las nuevas tarifas de MOVISTAR, VODAFONE y ORANGE (salvo la modalidad “Vitamina” de VODAFONE) adaptadas a lo dispuesto en la Ley 44/2006 sería constitutiva de infracción de la Ley 16/1989 (folios 85 a 95).*
- (6) El 26 de febrero de 2007, tuvo entrada en el SDC escrito de MOVISTAR, formulando alegaciones en versión confidencial y solicitando el archivo del expediente (folios 559 a 612).*
- (7) El 26 de febrero de 2007, tuvo entrada en el SDC escrito de D.XXX, en nombre y representación de la Asociación General de Consumidores, ASGECO Confederación*

- (en adelante, ASGECO), denunciando que la subida anunciada de las tarifas de MOVISTAR, VODAFONE y ORANGE por la entrada en vigor de la Ley 44/2006 podría ser constitutiva de infracción de la Ley 16/1989 y solicitando la adopción de medidas cautelares para evitar la subida (folios 487 a 558 vta.).*
- (8) *El 5 de marzo de 2007, tuvo entrada en el SDC escrito de D^a XXX, en nombre y representación de la Federación Unión Cívica Nacional de Consumidores y Amas de Hogar de España (en adelante, UNAE), denunciando que la coincidencia en el establecimiento de llamada de las nuevas tarifas anunciadas por MOVISTAR, VODAFONE y ORANGE por la entrada en vigor de la Ley 44/2006 podría ser constitutiva de infracción de la Ley 16/1989 (folios 619 y 621).*
- (9) *El 6 de marzo de 2007, tuvo entrada en el SDC escrito del TDC remitiendo escrito de D^a XXX, en nombre y representación de la Asociación de Consumidores de Navarra “IRACHE” (en adelante, IRACHE), en el que se denuncia que la subida de tarifas anunciada por MOVISTAR, VODAFONE y ORANGE sería constitutiva de infracción de los artículos 1 y 6 de la Ley 16/1989 (folios 622 a 628). Con fecha 27 de marzo de 2007, tuvo entrada en el SDC escrito del TDC, remitiendo oficio del Gobierno de Navarra con el que se remitía, a su vez, denuncia presentada por IRACHE similar a la presentada ante el TDC (folios 659 a 668).*
- (10) *El 20 de marzo de 2007, tuvo entrada en el SDC escrito de D.XXX, en nombre y representación de la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC CONSUMO) (en adelante, AUSBANC), denunciando que la subida de tarifas anunciada por MOVISTAR, VODAFONE y ORANGE sería una práctica prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989 y, en el caso de VODAFONE y MOVISTAR, un abuso de posición de dominio prohibido por el artículo 6 de la Ley 16/1989. En el mismo escrito, se solicitaba, además, la adopción de las medidas cautelares necesarias, a juicio del SDC, para asegurar la eficacia de la eventual resolución del expediente, la remoción de efectos de la subida tarifaria, la devolución a los usuarios del montante de los incrementos de las tarifas aplicadas a partir del 1 de marzo de 2007 y de las penalizaciones aplicadas a los usuarios que hubieran portado su número a otra compañía, la concesión de la portabilidad automática y liberación de los terminales sin coste, la detención de posibles represalias a los consumidores que hubieran solicitado la portabilidad y la publicación de estas medidas, y se proponía prueba (folios 629 a 658).*
- (11) *El 26 de marzo de 2007, tuvo entrada en el SDC escrito del Servicio Vasco de Defensa de la Competencia (en adelante, SVDC), dando traslado del expediente 002/2007 del SVDC relativo a la subida de tarifas anunciada por las operadoras de telefonía móvil, por considerar que la competencia para conocer del mismo corresponde al órgano estatal, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia (en adelante, Ley 1/2002), y remitiendo oficios del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia (en adelante, TVDC) y del Director de Consumo y Seguridad Industrial del Departamento de Industria, Comercio y Turismo del Gobierno Vasco (folios 690 a 705).*

- (12) *Con fecha 30 de marzo de 2007, se requirió a MOVISTAR, VODAFONE y ORANGE información relativa a las características, las condiciones económicas y las cláusulas de permanencia de sus contratos-tipo con los usuarios (folios 681 a 689). Las contestaciones de MOVISTAR, VODAFONE y ORANGE a estos requerimientos tuvieron entrada en el SDC, respectivamente, el 4 de mayo de 2007 (folios 770 a 773), el 14 de mayo de 2007 (folios 798 a 825) y el 21 de mayo de 2007 (folios 843 a 845).*
- (13) *El 19 de abril de 2007, se solicitó a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT), la remisión del informe en el que se analizaba el impacto de las modificaciones tarifarias de los operadores de telefonía móvil sobre sus ingresos (folio 710). Dicho informe fue remitido por la CMT 4 de mayo de 2007 (entrada en el SDC el 8 de mayo de 2007) (folios 774 a 797).*
- (14) *Con fecha 11 de abril de 2007, tuvo entrada en el SDC escrito de la Directora General de Política Económica del Departamento de Economía, Hacienda y Empleo del Gobierno de Aragón, dando traslado del expediente 002/2007 del Servicio de Defensa de la Competencia de Aragón relativo a la subida de tarifas anunciada por las operadoras de telefonía móvil, por considerar que la competencia para conocer del mismo corresponde al órgano estatal, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1/2002, y remitiendo denuncia del Director General de Consumo del Departamento de Salud y Consumo del Gobierno de Aragón (folios 716 a 769).*
- (15) *El 14 de mayo de 2007, tuvo entrada en el SDC escrito de VODAFONE, contestando al requerimiento del SDC de fecha 30 de marzo de 2007 y formulando alegaciones (...)*
- (16) *El 14 de mayo de 2007, tuvo entrada en el SDC escrito de la Directora General de Política Económica del Departamento de Economía, Hacienda y Empleo del Gobierno de Aragón, remitiendo el escrito presentado por la Asociación de Consumidores Torre Ramona (en adelante, TORRE RAMONA) ante el Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón, en el que se denuncia que la coincidencia en el nuevo establecimiento de llamada de las operadoras MOVISTAR, VODAFONE y ORANGE supondría una fijación de precios colectiva que sería restrictiva de la competencia según la normativa vigente (folios 839 y 840).*
- (17) *Con fecha 23 de mayo de 2007, se solicitó a la CMT información complementaria a su informe en el que se analizaban las modificaciones tarifarias de MOVISTAR, VODAFONE y ORANGE (folios 846 y 847). La contestación de la CMT al requerimiento tuvo entrada en el SDC el 27 de junio de 2007 (folios 848 a 865).*
- (18) *Con fechas 27 y 28 de septiembre, 1, 2 y 4 de octubre de 2007, se recibieron escritos de IRACHE, ASGECO, CEACCU, UCE, AUSBANC y FACUA, respectivamente, solicitando su admisión como partes interesadas en el eventual expediente sancionador (folios 902 a 987).*

1.2. Incoación de expediente

- (19) *Con fecha 9 de octubre de 2007, a la vista del resultado de la información reservada, se incoó el expediente sancionador 2759/07 contra MOVISTAR, VODAFONE y ORANGE por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la Ley 15/2007, considerando como interesados, además, a FACUA, CEACCU, OCU, UCE, ASGECO, IRACHE y AUSBANC (folios 988 a 990).*

1.3. Actuaciones posteriores

- (20) *Con fecha 15 de octubre de 2007, se recibió escrito de TORRE RAMONA, solicitando su admisión como parte interesada en el eventual expediente sancionador (folios 1063 a 1064). Con fecha 31 de octubre de 2007, se comunicó a TORRE RAMONA la incoación de expediente sancionador a los efectos de personarse como parte interesada en el mismo (folios 1226 a 1229).*
- (21) *Con fecha 24 de octubre de 2007, se recibió escrito de VODAFONE, solicitando la confidencialidad y remitiendo versiones censuradas de sus escritos obrantes en el expediente (folios 1076 a 1101).*
- (22) *Con fecha 29 de octubre de 2007, se recibió escrito de ORANGE, presentando versiones censuradas de sus escritos obrantes en el expediente (folios 1103 a 1224).*
- (23) *Con fecha 13 de noviembre de 2007, se recibió escrito de MOVISTAR, aportando versiones censuradas de sus escritos obrantes en el expediente(...) (folios 1236 a 1270):*
- (24) *Con fecha 21 de noviembre de 2007, una vez resueltas las posibles confidencialidades, se notificó a los interesados en el expediente la posibilidad de acceso al expediente (folios 1406 a 1443).*
- (25) *Con fecha 19 de diciembre de 2007, se requirió a MOVISTAR, VODAFONE y ORANGE para que aportaran información relativa a su estructura societaria, organigrama, situación de sus planes de consumo vigentes en enero de 2007 según segmentos de clientes, forma de comunicación de las modificaciones tarifarias anunciadas en enero de 2007 y subsanación de determinadas deficiencias de sus contestaciones anteriores (folios 1516 a 1559). La contestación de ORANGE se recibió el 29 de enero de 2008 y el 13 de febrero de 2008 en versión confidencial y el 18 de marzo de 2008 en versión censurada (folios 1590 a 1669, 1961 a 2364 y 3399 a 3711). La contestación de MOVISTAR se recibió el 29 de enero de 2008 en versión confidencial y el 4 de marzo de 2008 en versión censurada (folios 1671 a 1899 y 3224 a 3350). La contestación de VODAFONE se recibió el 13 de febrero de 2008 en versión censurada (folios 2366 a 3222), y tras requerimiento de 1 de abril de 2008 (folios 3797 a 3802), en versión censurada (folios 3810 a 3879). Con fechas 16 de abril y 9 de mayo de 2008, se recibieron escritos de ORANGE, ampliando su contestación al requerimiento de 19 de diciembre de 2007 (folios 3881 a 3899).*
- (26) *Con fecha 2 de enero de 2008, se recibió escrito de TORRE RAMONA, solicitando su admisión como parte interesada en el eventual expediente sancionador (folio 1560). Con fecha 21 de enero de 2008, se solicitó a TORRE RAMONA justificación sobre sus intereses legítimos en el procedimiento (folios 1568 a 1571). Con fechas 24 y 29 de enero de 2008, se recibieron escritos de TORRE RAMONA, en contestación al requerimiento anterior (folios 1584 a 1587).*
- (27) *Con fecha 29 de enero de 2008, se acordó la admisión de TORRE RAMONA como parte interesada en el expediente (folio 1588).*
- (28) *Con fecha 13 de febrero de 2008, se recibió escrito de VODAFONE, contestando al requerimiento de la DI de fecha 19 de diciembre de 2007 y formulando alegaciones en relación a la extensión temporal del requerimiento, que, según VODAFONE, sería*

excesiva y no proporcional, al no ser necesaria y no guardar nexo causal con el objeto del expediente (folios 2366 a 3222 y 3810 a 3879).

- (29) *Con fecha 17 de febrero de 2008, se recibió escrito de VODAFONE, adjuntando el acuerdo de la CMT de 31 de enero de 2008 (folios 3376 a 3397).*
- (30) *Con fecha 10 de marzo de 2008, se recibió escrito de FACUA, solicitando conocer el estado del expediente (folios 3352 a 3374 vta.). Con fecha 4 de abril de 2008, se comunicó a FACUA la posibilidad de tomar vista del expediente (folios 3803 a 3808).*
- (31) *Con fecha 31 de marzo de 2008, se recibió escrito de ORANGE, adjuntando información (folios 3713 a 3781).*
- (32) *El 21 de mayo de 2008, se requirió a MOVISTAR para que aportara información relativa a la comunicación de modificaciones tarifarias anteriores (folios 3909 a 3916). La contestación de MOVISTAR se recibió el 11 de junio de 2008 en versión confidencial (folios 3970 a 3992 y 4017 a 4039). Detectadas determinadas deficiencias en la contestación de MOVISTAR, con fecha 12 de junio de 2008 se le requirió para que las subsanase (folios 4040 a 4044). La contestación de MOVISTAR a este requerimiento se recibió el 16 de junio de 2008 (folios 4049 a 4052).*
- (33) *El 5 de junio de 2008, se solicitó a la CMT la remisión del informe elaborado en el que se analizaba el impacto sobre sus ingresos de las modificaciones tarifarias de los operadores de telefonía móvil sobre la base de datos reales (folios 3936 a 3940). Dicho informe fue remitido por la CMT el 30 de julio de 2008 (folios 5536 a 5572).*
- (34) *Con fecha 6 de junio de 2008, se requirió a MOVISTAR, VODAFONE y ORANGE para que aclararan determinados aspectos de sus contestaciones a los requerimientos de 19 de diciembre de 2007 (folios 3941 a 3957). Las contestaciones de VODAFONE, ORANGE y MOVISTAR se recibieron, respectivamente, el 17 de junio de 2008 (folios 4058 a 4086), el 17 de junio de 2008 (folios 4088 a 4091) y el 19 de junio de 2008 (folios 4093 a 4101).*
- (35) *El 11 de junio de 2008, se recibió escrito de MOVISTAR, formulando alegaciones al levantamiento de confidencialidad de determinados documentos y aportando versión censurada (folios 3959 a 3969 y 3994 a 4003).*
- (36) *El 27 de junio de 2008, se recibió escrito de VODAFONE, formulando alegaciones al levantamiento de confidencialidad de determinados documentos (folios 4150 a 4159).*
- (37) *El 30 de junio de 2008, se recibió escrito de ORANGE, formulando alegaciones al levantamiento de confidencialidad de determinados documentos y aportando versión censurada (folios 4161 a 4175).*
- (38) *El 30 de junio de 2008, se recibió escrito de MOVISTAR, formulando alegaciones al levantamiento de confidencialidad de determinados documentos y aportando versión censurada (folios 4176 a 4204).*

2. PLIEGO DE CONCRECIÓN DE HECHOS

- (39) *Con fecha 1 de julio de 2008, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.3 de la Ley 15/2007, se formuló Pliego de Concreción de Hechos...”*

En dicho Pliego concluye la Dirección de Investigación que “... se considera que *MOVISTAR, ORANGE y VODAFONE* incurrieron en una práctica concertada prohibida por el artículo 1 de la Ley 15/2007, consistente en el anuncio por *MOVISTAR* de sus nuevas tarifas a aplicar a partir del 1 de marzo de 2007 con una antelación suficiente como para que *ORANGE* y *VODAFONE* pudieran imitarlas, con el único objetivo posible de que así fuera, y en la imitación por *ORANGE*, primero, y *VODAFONE*, después, de las nuevas tarifas de *MOVISTAR*.”

3. ACTUACIONES POSTERIORES AL PCH

- (40) *El 1 de julio de 2008, se solicitó a la CMT el informe previsto en el artículo 17.2.d) de la Ley 15/2007 (folios 4563 a 4640).*
- (41) *Con fecha 3 de julio de 2008, se recibió escrito de VODAFONE, comunicando la interposición de recurso administrativo el día anterior ante el Consejo de la CNC contra la providencia del instructor de fecha 31 de junio de 2008 en la que se levantaba cautelarmente la confidencialidad de determinados datos y documentos (folios 4991 a 5005). Con fecha 4 de julio de 2008, se recibió escrito de VODAFONE, comunicando su desistimiento del mencionado recurso ante el Consejo de la CNC (folios 5009 a 5012).*
- (42) *Con fecha 10 de julio de 2008, se notificó a los interesados la suspensión del transcurso de los plazos máximos para resolver en el expediente, con efectos desde el 1 de julio de 2008, por la solicitud a la CMT del informe previsto en el artículo 17.2.d) de la Ley 15/2007 (folios 5051 a 5092).*
- (43) *El 29 de julio de 2008, se recibió escrito de alegaciones de ORANGE al PCH en versión confidencial (folios 5126 a 5276). El 20 de octubre de 2008, se recibió versión censurada de dicho escrito (...)*
- (44) *El 29 de julio de 2008, se recibió escrito de alegaciones de VODAFONE al PCH en versiones confidencial (folios 5277 a 5441) y censurada (...)*
- (45) *El 29 de julio de 2008, se recibió escrito de alegaciones de MOVISTAR al PCH en versión confidencial, proponiendo prueba (folios 5574 a 5758). El 8 de agosto de 2008, se recibió versión censurada de dicho escrito (...)*
- (46) *El 24 de septiembre de 2008, se recibió escrito de la CMT, remitiendo el informe previsto en el artículo 17.2.d) de la Ley 15/2007 (folios 5894 a 5906). Con fecha 2 de octubre, se remitieron a la CMT versiones pública y con acceso restringido para los operadores MOVISTAR, VODAFONE y ORANGE de su informe, informando de su incorporación al expediente en el plazo de 5 días en ausencia de alegaciones. No habiéndose recibido alegaciones, dichas versiones se incorporaron a los tomos normal y restringidos para MOVISTAR, VODAFONE y ORANGE el 16 de octubre de 2008 (folios 5952 a 6003).*
- (47) *El 2 de octubre de 2008, se notificó a los interesados la reanudación del transcurso de los plazos máximos para resolver en el expediente, con efectos desde el 24 de septiembre de 2008, por la recepción del informe de la CMT previsto en el artículo 17.2.d) de la Ley 15/2007 (folios 5908 a 5951).*

- (48) *El 6 de octubre de 2008, se recibió escrito de TORRE RAMONA, solicitando copia del informe de la CMT recibido el 24 de septiembre por fax o por e-mail (folio 6005).*
- (49) *El 14 de noviembre de 2008, se requirió a MOVISTAR información relativa a los procesos internos de facturación (folios 6193 a 6199). La contestación de MOVISTAR se recibió los días 24 y 25 de noviembre de 2008 (folios 6204 a 6243).*
- (50) *Con fecha 24 de noviembre de 2008, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33.1 del RDC, se dictó providencia de cierre del expediente, notificándola a los interesados (folios 6261 a 6303)."*
2. De acuerdo con lo previsto en el artículo 50.4 de la LDC, con fechas 26 y 29 de diciembre de 2008 se notificó a los interesados la Propuesta de Resolución dictada por la Dirección de Investigación con fecha 23 de diciembre de 2008 (folios 6919 a 7432). A la vista de lo actuado, la Dirección de Investigación propone al Consejo:
- Primero.** Que se declare la existencia de una práctica prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989, consistente en el anuncio por MOVISTAR de sus nuevas tarifas a aplicar a partir del 1 de marzo de 2007 con una antelación suficiente como para que ORANGE y VODAFONE pudieran imitarlas, con el único objetivo posible de que así fuera, y en la imitación por ORANGE, primero, y VODAFONE, después, de las nuevas tarifas de MOVISTAR.*
- Segundo.** Que esa conducta colusoria se tipifique, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción muy grave del artículo 62.4.a) de la Ley 15/2007.*
- Tercero.** Que se declare responsable de la infracción a MOVISTAR.*
- Cuarto.** Que se imponga la sanción prevista en el artículo 63.1.c) de la Ley 15/2007, teniendo en cuenta los criterios para la determinación de la sanción previstos en el artículo 64 de la Ley 15/2007.*
3. El 15 de enero de 2009 tuvo entrada en la CNC escrito de VODAFONE presentando alegaciones a la propuesta de Resolución (folios 7436- 7458). Solicita que se tenga por propuestos como prueba documental los escritos presentados por VODAFONE junto con sus alegaciones al PCH presentadas el 29 de julio de 2008, documentos que ya obran en el expediente.
4. El 16 de enero de 2009 tuvo entrada en la CNC escrito de AUSBANC presentando alegaciones a la propuesta de Resolución (folios 7460- 7466).
5. El 19 de enero de 2009 tuvo entrada en la CNC escrito de ASGECO presentando alegaciones a la propuesta de Resolución (folios 7468- 7473).
6. El 20 de enero de 2009 tuvo entrada en la CNC escrito de la OCU presentando alegaciones a la propuesta de Resolución (folios 7475- 7488).
7. El 26 de enero de 2009 tuvo entrada en la CNC escrito de France Telecom presentando alegaciones a la propuesta de Resolución (folios 7490-7519). El 24 de febrero de 2009 France Telecom presentó una versión no confidencial de este escrito.
8. El 29 de enero de 2009 tuvo entrada en la CNC escrito de TME presentando alegaciones a la propuesta de Resolución en versión confidencial (folios 7521-7763) y pública (7765-7848). En dicho escrito, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34.1 del Reglamento de

Defensa de la Competencia, TME solicita vista y propone una serie de pruebas ante le Consejo:

- 1) Documental privada: TME solicita que se admita como prueba la totalidad de los documentos e informes aportados ante la Dirección de Investigación que obran en el expediente.
- 2) Pericial:
 - i. Informe de auditoría del software y proceso de impresión de facturas que se adjunta a las alegaciones.
 - ii. Informe de auditoría de los envíos de mensajes a móviles (SMS) con información de cambios de tarifarios y contractuales que se adjunta a las alegaciones.
 - iii. Informe de auditoría relativo al proceso de facturación y envío de facturas a los clientes de TME durante enero de 2007 que se adjunta a las alegaciones.
 - iv. Informe económico sobre las conclusiones de la propuesta de Resolución. Solicitan que se les conceda un plazo de 30 días para la presentación del dictamen pericial en virtud del artículo 60.4 de la Ley 29/1998.
- 3) Documental privada:
 - i. Cuadro-resumen elaborado por TME adjunto a sus alegaciones en el que se recogen todos los cambios en los precios de los operadores con posterioridad a 1 de marzo de 2007.
 - ii. Cuadro en el que se muestran los diferentes grupos de clientes monolínea a los que se comunicó el cambio en la estructura tarifaria y copia de todas las comunicaciones diferentes que se que se remitieron a estos clientes. El cuadro se adjunta a las alegaciones.
- 4) Testifical:
 - i. Citar a dos testigos propuestos por TME (responsables de la Unidad de facturación de TME) para comprobar que el proceso de comunicación del cambio en la estructura tarifaria no tuvo un carácter extraordinario.
 - ii. Citar a un directivo de TME para contrastar la afirmación de la DI de que es posible enviar 9 millones de SMS en un día para comunicar el cambio de tarifas.

Las pruebas documentales aportadas por TME junto con su escrito de 29 de enero de 2009 fueron incorporadas al expediente como anexos a sus alegaciones en pieza confidencial, excepción hecha de las tablas sobre cambios de tarifas a partir de 1 de marzo de 2007, que forman parte de la versión pública.

9. El 3 de febrero de 2009 la Dirección de Investigación remitió al Consejo el expediente y su informe propuesta de acuerdo con lo previsto en el artículo 50.5 de la Ley 15/2007.
10. El 30 de abril de 2009 TME dirigió al Consejo de la CNC un escrito solicitando tomar vista del expediente y que se adoptara una decisión expresa sobre las solicitudes de práctica de prueba y celebración de vista. El 11 de mayo de 2009 se notificó a TME un acuerdo

mediante el que se le informa de que el Consejo no tiene prevista la práctica de pruebas o actuaciones complementarias ni la celebración de vista. El 18 de mayo se recibió un nuevo escrito de TME en el que reitera su solicitud y prueba y vista y anexa ciertos documentos para fundamentar sus alegaciones al Informe Propuesta.

11. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia deliberó y falló este expediente el 24 de junio de 2009, encargando a la Consejera ponente redactar la presente Resolución.

12. Son interesados:

- Telefónica Móviles España, S.A.U.
- Vodafone España, S.A.
- France Telecom España, S.A. (FT)
- Asociación de Consumidores y Usuarios en Acción (FACUA)
- Confederación Española de Organizaciones de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios (CEACCU)
- Organización de Consumidores y Usuarios (OCU)
- Unión de Consumidores de España (UCE)
- Asociación General de Consumidores, ASGECO Confederación (ASGECO)
- Asociación de Consumidores de Navarra “IRACHE” (IRACHE)
- Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC)
- Asociación de Consumidores Torre Ramona

HECHOS PROBADOS

1. Consta en el Informe Propuesta la siguiente información sobre las empresas imputadas:

“I.1. TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U.

Telefónica Móviles España, S.A.U. (en adelante, MOVISTAR) es una filial al 100% de Telefónica, S.A., empresa cabecera del Grupo Telefónica (folio 3241).

(...)

En España, las principales actividades del Grupo Telefónica son la explotación de servicios de telefonía fija, móvil y banda ancha. La sociedad encargada de la explotación de la telefonía móvil en España es MOVISTAR.

A finales de 2007, MOVISTAR contaba con 21,8 millones de líneas en España, lo que representaba un 43% de cuota de mercado. En 2007, sus ingresos ascendieron a 9.684,49 millones de euros, de los cuales 7.304 corresponden a la actividad minorista de telefonía móvil.

I.2. VODAFONE ESPAÑA, S.A.

Vodafone España, S.A. (en adelante, VODAFONE) está participada al 99,999% por Vodafone Holdings Europe, S.L., y al 0,001% por Vodafone Group, Plc (folio 2384), ambas pertenecientes al Grupo Vodafone. El Grupo Vodafone es una de las compañías líderes en telefonía móvil a nivel mundial, con una presencia significativa en 26 países de los 5 continentes, y acuerdos en otros 34. A finales de 2007, contaba con 252 millones de accesos (www.vodafone.es).

En España, la actividad principal del Grupo Vodafone es la explotación de servicios de telefonía móvil, a través de VODAFONE.

En 2007, VODAFONE contaba con 14,8 millones de clientes de telefonía móvil en España, lo que representaba un 29% de cuota de mercado. En 2007, sus ingresos ascendieron a 7.037,55 millones de euros, de los que 4.989 millones de euros corresponden a la actividad minorista.

I.3. FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.

France Telecom España, S.A. (en adelante, ORANGE) es una compañía controlada por el Grupo France Telecom, que, a través de su sociedad participada al 100% Atlas Services Netherland, B.V., posee el 79% de ORANGE (fuente: SABI).

(...)

Las principales actividades del Grupo France Telecom en España, que opera a través de ORANGE, son la prestación de servicios de telefonía fija, telefonía móvil, acceso a Internet y actividades relacionadas con el comercio electrónico, servicios de radiodifusión sonora y de difusión de televisión y servicios y contenidos audiovisuales e interactivos.

En 2007, ORANGE contaba con 10,9 millones de clientes en telefonía móvil en España, lo que representaba un 25% de cuota de mercado. En 2007, sus ingresos ascendieron a 4.029,78 millones de euros, de los que 2.483 millones de euros corresponden a la actividad minorista.”

2. Tal y como describe la Dirección de Investigación en su Informe propuesta, el mercado de comunicaciones móviles en España puede dividirse en un mercado de servicios minoristas y un mercado mayorista.

En el mercado minorista, las operadoras prestan servicios de conectividad a sus abonados a través del terminal móvil, que incluyen la transmisión de voz (llamadas y videollamadas) y datos (mensajes cortos SMS y MMS y conexiones de datos vía GPRS y UMTS).

En el primer trimestre de 2007, había en España 47,2 millones de líneas, lo que supone una tasa de penetración del 105,5%. Los ingresos del mercado minorista ascendieron a 3.456,75 millones de euros (sin contar los servicios de radiobúsqueda, trunking y otros). De estos ingresos, el 79% correspondió a tráfico de voz (llamadas y videollamadas), el 16% a tráfico de datos y el 4% restante a cuotas de alta y abono. De los ingresos de tráfico de voz, el 87% correspondió a tráfico nacional (tráfico originado y terminado en territorio nacional a números fijos y móviles nacionales y números de inteligencia de red), el 6% a tráfico internacional (tráfico originado en territorio nacional con destino internacional) y el 6% restante a tráfico en itinerancia internacional o “roaming” (tráfico recibido o realizado en

territorio extranjero). El tiempo total de tráfico de voz ascendió a más de 16 mil millones de minutos.

Las operadoras ofrecen contratos de pospago (conocidos como “contrato”) y de prepago (conocidos como “tarjeta”). En el primer trimestre de 2007, en torno al 55% de líneas eran de pospago, y el restante 45% de prepago; en términos de ingresos, las líneas de pospago reportaron el 82% de los ingresos, y las de prepago el 18% restante. Por tanto, el gasto medio por línea en tráfico de voz de las líneas de pospago (111 euros por línea y trimestre) era muy superior al de prepago (29 euros por línea y trimestre).

Por el lado de la oferta, según información de la CMT en el primer trimestre de 2007 operaban activamente cuatro operadores con licencia de uso del espectro radioeléctrico (MOVISTAR, VODAFONE, ORANGE y YOIGO) y tres operadores móviles virtuales (EUSKALTEL, HAPPY MÓVIL y CARREFOUR MÓVIL). MOVISTAR, VODAFONE y ORANGE eran los tres mayores operadores del mercado, con cuotas por ingresos minoristas totales de 50%, 33% y 16,5%, respectivamente, y por líneas de 46%, 30% y 23%, respectivamente. El resto de operadores, que había comenzado a operar muy recientemente, se repartía menos del 1% de ingresos y de líneas. En el cuadro siguiente que se presenta a continuación puede verse la evolución trimestral de las cuotas de participación en el mercado minorista, por clientes (líneas) y por ingresos:

CUOTAS DE MERCADO												
Cuota de mercado por ingresos minoristas												
Operador	I - 05	II - 05	III - 05	IV - 05	I - 06	II - 06	III - 06	IV - 06	I - 07	II - 07	III - 07	IV - 07
MOVISTAR	53,4%	52,4%	51,1%	51,9%	50,8%	50,5%	49,9%	49,6%	49,6%	49,0%	48,1%	48,9%
VODAFONE	28,7%	29,7%	30,1%	31,2%	31,4%	32,3%	33,2%	33,3%	33,0%	34,1%	34,0%	33,6%
ORANGE	17,9%	17,8%	18,8%	16,8%	17,8%	17,2%	16,9%	17,0%	17,0%	16,4%	17,1%	16,6%
YOIGO									0,1%	0,2%	0,3%	0,4%
Otros									0,2%	0,4%	0,5%	0,5%
Total	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%
Cuota de mercado por líneas contratadas												
Operador	I - 05	II - 05	III - 05	IV - 05	I - 06	II - 06	III - 06	IV - 06	I - 07	II - 07	III - 07	IV - 07
MOVISTAR	48,2%	48,0%	47,5%	46,6%	46,5%	46,1%	45,8%	46,2%	45,5%	45,6%	45,4%	45,1%
VODAFONE	27,6%	28,0%	28,7%	29,3%	29,4%	29,9%	30,5%	29,8%	30,1%	30,3%	30,2%	30,5%
ORANGE	24,2%	24,0%	23,8%	24,1%	24,1%	24,0%	23,7%	24,0%	23,6%	22,9%	22,9%	22,5%
YOIGO									0,2%	0,3%	0,5%	0,9%
Otros									0,6%	0,8%	0,9%	1,0%
Total	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

Fuente: Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) y cálculos de la DI.

Por el lado de la demanda, los abonados pueden dividirse en clientes residenciales y de negocios. De acuerdo con el Informe Anual 2006 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), el ingreso por línea del segmento residencial (prepago y pospago residencial) ascendió a 288 euros, mientras que el ingreso por línea del segmento de negocios ascendió a 514 euros, casi el doble.

En cuanto al cambio de proveedor, el Informe Anual de la CMT 2006 señala que en dicho año se portaron un total de 3,45 millones de líneas (un 7,5% del total). Esta cifra supuso un crecimiento del 5% sobre la registrada el año anterior. Según la CMT, España es uno de los países de la UE donde más intensamente se utiliza esta posibilidad por parte del consumidor.

Entre 2000 y 2006, año en que se introdujo la portabilidad de número, más de 10,2 millones de líneas cambiaron de operador. En el cuadro II.2 que se presenta a continuación puede verse la evolución mensual de la portabilidad en relación al total de líneas existentes:

CUADRO II.2. RATIO DE PORTABILIDAD SOBRE LÍNEAS EXISTENTES						
	I - 05	II - 05	III - 05	IV - 05	I - 06	II - 06
Líneas portadas (miles)	790,0	833,1	802,5	853,7	968,1	851,4
Líneas totales (miles)	39.547,5	40.369,3	41.327,9	42.693,8	43.639,7	44.448,8
Líneas portadas sobre líneas totales (en %)	2,0%	2,1%	1,9%	2,0%	2,2%	1,9%
	III - 06	IV - 06	I - 07	II - 07	III - 07	IV - 07
Líneas portadas (miles)	887,1	820,5	1.137,8	894,4	975,5	1.007,9
Líneas totales (miles)	45.681,0	46.230,5	46.852,0	46.709,0	47.606,6	48.403,2
Líneas portadas sobre líneas totales (en %)	1,9%	1,8%	2,4%	1,9%	2,0%	2,1%

Fuente: Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) y cálculos de la DI.

En cuanto el mercado mayorista, los servicios se dividen en los de terminación móvil, tanto nacional como internacional, de acceso y originación de llamadas (servicios mayoristas a operadores móviles virtuales) y los de itinerancia a operadores extranjeros. El mercado de terminación móvil representó 850 millones de euros en el primer trimestre de 2007, un 87% del total del mercado de servicios mayoristas (973 millones de euros), y el de itinerancia apenas 105 millones, un 11% del mercado.

La CMT en su análisis de este mercado (*Resolución de 2 de febrero de 2006 por la que se aprueba la definición de los mercados de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, AEM 2005/933*) ha concluido que los operadores móviles con red (OMR) ostentan una posición de dominio conjunta a nivel mayorista y se les ha impuesto obligaciones.

3. Dentro del mercado minorista cada operador oferta múltiples planes al mercado (TME habla de 35 en sus alegaciones al Informe Propuesta) tratando de adecuarse a las características de un determinado segmento de la demanda. Muchos de los planes estructuran el precio de la llamada en base a una tarifa en dos partes: un pago por el establecimiento de llamada (parte fija) y la tarifa por tiempo de tráfico, en función del tiempo de llamada, que puede venir dado en euros o céntimos de euro por segundo o por una fracción de tiempo (30 segundos o un minuto). Esta última sería la tarificación por bloques o tramos, en la que se cobra como mínimo dicha fracción de tiempo, aunque el tiempo efectivo consumido sea menor. Este tipo de facturación por bloques o tramos se ha visto afectada por la prohibición de la Ley 44/2006.

La diversidad de planes y formas de tarificación suele complicar la comparabilidad de tarifas para los clientes, lo cual no quiere decir que, desde el punto de vista de los operadores el mercado sea relativamente transparente, en el sentido de que cada operador hace un estrecho seguimiento de los planes de los demás y conoce sus tarifas.

En la información aportada por los diferentes operadores al expediente, gran parte de ella elaborada antes del cambio tarifario, se observa que las llamadas de duración corta (menos de un minuto) representan algo más de la mitad de las llamadas efectuadas.

4. La CMT constata en su Informe de 18 de septiembre de 2009 a la Comisión Nacional de la Competencia sobre las modificaciones de las tarifas de las operadoras de móviles a principios de 2007 que el establecimiento de llamada es un concepto de facturación que tiene un peso significativo, representando para los tres operadores más del [30-40%] de los ingresos que obtienen por llamadas nacionales. Asimismo, la importancia relativa del mismo es muy parecida entre TME, VODAFONE Y ORANGE.
5. Tal y como señalan la Dirección de Investigación y las partes (folio 1694, 3237), para una mejor comprensión de los hechos sobre los que debe pronunciarse este Consejo es necesario remontarse al verano de 2005. En aquel momento MOVISTAR comunicó un cambio en el sistema de tarificación del tráfico de voz de sus planes de postpago para clientes residenciales, aplicable desde el 1 de septiembre de 2005. El nuevo sistema de facturación de las llamadas de voz de MOVISTAR mantenía la estructura tarifaria en dos partes, pero modificaba el cómputo de la parte variable. En el sistema vigente hasta agosto de 2005, el primer minuto se cobraba entero, aunque no se hubiera consumido, y el resto del tiempo de llamada se computaba por segundos. Tras la modificación, se mantenía el cobro del primer minuto completo, pero se redondeaba al alza el resto del tiempo de llamada por bloques de 30 segundos. MOVISTAR aplicaba ya este sistema de facturación en sus planes de prepago. Asimismo, VODAFONE aplicaba este sistema de facturación en todos sus planes de prepago y de postpago, y AMENA (la actual ORANGE) en los de prepago.
6. El cambio en el sistema de facturación de MOVISTAR suscitó una fuerte reacción por parte de las asociaciones de consumidores y usuarios contra el denominado “redondeo”. Se denomina así a la tarificación por bloques o tramos, en la que se cobra al cliente como mínimo por una determinada fracción de tiempo, aunque el tiempo efectivo consumido sea menor. Dicha reacción de las asociaciones de consumidores tuvo una amplia repercusión en los medios de comunicación.
7. El 5 de septiembre de 2005, la OCU presentó una denuncia ante el Juzgado de lo Mercantil Nº 4 de Madrid por considerar que el sistema de facturación de las operadoras de telefonía móvil era abusivo. El 21 de noviembre de 2005, el Juzgado de lo Mercantil Nº 4 dictó Sentencia (00116/2005) estimando la demanda interpuesta por la OCU y obligando a las operadoras de telefonía móvil a eliminar de sus sistemas de tarificación “*el doble cobro utilizando los conceptos de establecimiento de llamada y además primer minuto completo*” y “*el cobro de las llamadas por bloques de tiempo que comprendan más del efectivamente consumido*” (folios 67 a 75).

La Sentencia fue recurrida ante la Audiencia Provincial de Madrid. Como luego se expone en el Hecho Probado 25, esta Sala dictó Sentencia el 22 de marzo de 2007, estimando el recurso de las compañías.

En dicha Sentencia el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid expone que declara abusivo el cobro de las llamadas por bloques de tiempo no por el importe concreto de ese concepto tarifario sino porque tal mecanismo obstaculiza la necesaria transparencia en perjuicio del consumidor y del buen funcionamiento del mercado. Señala la Sentencia que “*El control judicial no se extiende al importe del precio, sino al procedimiento preestablecido para la*

determinación del precio que se impone al usuario por la vía de la adhesión a unas cláusulas predispuestas para una pluralidad de contratos (...)” (F 67)

8. Paralelamente, el Consejo de Ministros de 8 de septiembre de 2005 anunció la recepción de un informe de la Ministra de Sanidad y Consumo sobre el Anteproyecto de Ley de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios que, entre otras cuestiones, tipificaba como abusivas todas las estipulaciones contractuales que prevean el redondeo del precio al alza, tanto en productos como en servicios.

El Proyecto de Ley de mejora de la protección de los consumidores y usuarios fue presentado a las Cortes el 24 de marzo de 2006 y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (BOCG) el 31 de marzo. La Comisión de Sanidad y Consumo aprobó el Proyecto el 4 de octubre de 2006 (BOCG del 17). El Senado aprobó el Proyecto el 13 de diciembre de 2006 (BOCG del 19), y finalmente fue aprobado por el Pleno del Congreso el 21 de diciembre de 2006 (BOCG del 27, corrección de errores publicada el 29) y publicado en el BOE de 30 de diciembre como Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de consumidores y usuarios.

9. La Ley 44/2006 modificó la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (LGDCU). Entre otras modificaciones, su artículo 1 Catorce añadía una nueva cláusula 7 bis a las establecidas en la Disposición Adicional Primera (“Cláusulas Abusivas”) de la LGDCU, con la siguiente redacción:

“Tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes:

[...] 7 bis. Las estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los productos o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva.

En aquellos sectores en los que el inicio del servicio conlleve indisolublemente unido un coste para las empresas o los profesionales no repercutido en el precio, no se considerará abusiva la facturación por separado de tales costes, cuando se adecuen al servicio efectivamente prestado”.

Esta cláusula afectaba a las tarifas existentes en la telefonía móvil, ya que las compañías prestatarias del servicio minorista cobraban a sus usuarios, en general, el primer minuto entero por las llamadas realizadas en sus planes tarifarios y, en determinados planes, el resto del tiempo de llamada se computaba redondeando al alza por tramos de 30 segundos.

La Disposición Transitoria Primera de la Ley 44/2006 establecía un plazo de 2 meses desde su entrada en vigor para la adaptación de los contratos con los consumidores.

10. Por otra parte, el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios (aprobado mediante Real Decreto 424/2005, de 15 de abril), en su artículo 107, establecía que *“[c]ualquier propuesta de modificación de las condiciones contractuales, incluidas las mencionadas en el artículo 105.2, deberá ser comunicada al abonado con una antelación mínima de un mes, en la que se informará, al mismo tiempo, del derecho del abonado a resolver anticipadamente el contrato sin penalización alguna en caso de no aceptación de las nuevas condiciones”.*

En definitiva, la conjunción de ambas normas obligaba a los operadores a modificar sus tarifas antes de 1 de marzo y anunciar las mismas, al menos, un mes antes.

11. Las compañías conocían el sentido del Anteproyecto de Ley y las críticas de las asociaciones a la facturación con “redondeo” y tuvieron tiempo de anticipar su prohibición. Obra en el expediente abundante documentación que prueba que el trabajo de análisis interno sobre el cambio de tarificación fue especialmente intenso y prematuro en el caso de Vodafone. Consta también evidencia de análisis de este tipo en el caso de TME (folio 1694). En el caso de Orange los análisis internos que constan en el expediente se producen [CONFIDENCIAL].
12. De acuerdo con la información aportada, VODAFONE comenzó a estudiar las implicaciones de la posible obligación de facturar por segundos todas sus llamadas a finales de 2005 (folio 234). Con este fin creó un grupo de trabajo que denominó BABIECA. (folios 3835 y 3836). El impulso de los trabajos de este grupo coincide con la presentación del Proyecto de Ley de Mejora de la Protección de Consumidores y usuarios en el Congreso de los Diputados en marzo de 2006 para su tramitación. Su objetivo era coordinar y preparar la reacción comercial de Vodafone a la entrada en vigor de la Ley 44/2006. Dicho objetivo se cumplió cuando el 30 de enero de 2007 el Comité ejecutivo adoptó la decisión de modificaciones tarifarias a realizar. Desde ese momento se celebraron algunas reuniones –la última tuvo lugar el 24 de enero de 2007- si bien el grupo generó algunos documentos de conclusiones de sus trabajos hasta abril de 2007, momento en el que se puede afirmar que se disolvió.

VODAFONE ha aportado cuantiosa documentación referente a la actividad de este grupo BABIECA (folios 228, 2735 a 3210, 3221 y 3222), que resume detalladamente la evolución de las propuestas de acción para hacer frente a la obligatoriedad de supresión del redondeo. A continuación se resume la evolución de sus análisis tal y como la describe la Dirección de Investigación en su Informe Propuesta

En los estudios de la primera etapa (folios 228 y 3222, folios 2981 a 3074 folios 3075 a 3176, folios 2735 a 2852), VODAFONE estimó que el impacto económico de pasar a un sistema de tarificación por segundos sería “muy elevado” (folio 292, 2985). Los diferentes estudios internos realizados tienen como objetivo analizar estrategias tarifarias que permitan compensar la pérdida de ingresos que la prohibición del redondeo conlleva (folio 294, 2863). Desde los primeros análisis fechados en finales de 2005 se plantea la subida del establecimiento. En todos ellos se barajan posibles niveles de tarifa de establecimiento y el cambio tarifario que sería necesario para compensar la pérdida de ingreso, analizando las ventajas y riesgos de las diferentes opciones. Se tienen en cuenta cuáles pueden ser las reacciones de los competidores ante dicho movimiento y los riesgos de desposicionarse. [CONFIDENCIAL]

Con la perspectiva de que la supresión del redondeo fuera obligatoria por Ley antes del [CONFIDENCIAL], y que afectara a [CONFIDENCIAL], el 27 de marzo de 2006 aprobó una propuesta de acción frente al redondeo, cuyos elementos principales eran (folios 2857 a 2887):

[CONFIDENCIAL].

El 18 de diciembre de 2006, se celebró una nueva reunión del Comité de BABIECA. En un correo electrónico enviado el [CONFIDENCIAL] (folios 2912 y 2913), se hacía referencia a la aprobación del proyecto de Ley el 21 de diciembre y se resumían sus elementos

principales. Entre ellos, resulta relevante la consideración de que no habría que modificar los planes del segmento de negocios ([CONFIDENCIAL], folio 2912). En el mismo correo electrónico, se definían los elementos principales de la estrategia acordada el [CONFIDENCIAL]: seguir la oferta comercial de MOVISTAR, aunque se fija el establecimiento de llamada para las llamadas nacionales en [CONFIDENCIAL] céntimos de euro (“[CONFIDENCIAL]”, folio 2913), aunque de manera provisional (“[CONFIDENCIAL]”, folio 2913), a la espera de la nueva oferta comercial de MOVISTAR ([CONFIDENCIAL], folio 2912, subrayado añadido).

En una reunión del [CONFIDENCIAL] de [CONFIDENCIAL] (folios 2916 a 2937), se propuso esperar a la modificación de MOVISTAR e imitar sus modificaciones [CONFIDENCIAL], folio 2924). La estrategia de VODAFONE, según la presentación al [CONFIDENCIAL], se basaba, en las llamadas nacionales, en igualar el establecimiento de llamada de MOVISTAR, y ajustar las tarifas por tiempo de tráfico en función de la cuantía que se fijase para el establecimiento de llamada (folios 2923 y 2924). Respecto a las previsiones de actuación de sus competidores, VODAFONE estimaba que [CONFIDENCIAL] (folio 2927). El documento describe también las modificaciones acordadas para las tarifas internacionales y de roaming (folios 2933 a 2935), entre las que cabe destacar la fijación del establecimiento de llamada para las llamadas internacionales [CONFIDENCIAL] (folio 2934).

El 23 de enero de 2007, VODAFONE tuvo conocimiento en detalle de las nuevas tarifas de MOVISTAR (folios 2938 a 2980), aunque las nuevas tarifas de prepago de MOVISTAR no las conoció hasta días más tarde (folio 2941). Tras conocer las nuevas tarifas de MOVISTAR, VODAFONE se centró en decidir el nuevo establecimiento de llamada en las llamadas nacionales [CONFIDENCIAL] (folio 2959), planteándose las opciones de fijarlo en [CONFIDENCIAL] céntimos de euro, adecuando las tarifas por tiempo de tráfico. VODAFONE temía que [CONFIDENCIAL] (folio 2959).

Finalmente, el 30 de enero de 2007, el [CONFIDENCIAL] adoptó la decisión final sobre las nuevas tarifas de VODAFONE (folios 2731 a 2734).

13. ORANGE manifiesta que el proceso interno que se siguió para la determinación del nuevo sistema tarifario que se imponía tras la publicación de la modificación legislativa “*se realizó con al finalidad primordial de dar cumplimiento a lo acordado en la Ley 44/2006 y sin que ello tuviera un impacto negativo o perjudicial en la situación de la compañía en el mercado.*” (folio 3432, 3768). También expone que dada su posición más débil en el mercado en relación a sus dos competidores, resultaba totalmente ilógico configurar ofertas que resultaran menos atractivas al público que las de ellos (folio 3433).

A continuación se recogen los principales hitos del proceso de decisión interno de ORANGE, de acuerdo a la información aportada por esta empresa.

Conocido el texto de la norma, [CONFIDENCIAL] circuló una nota fechada el 29 de diciembre de 2006 donde realizaba su interpretación de la norma. Con respecto a la nueva cláusula 7 bis del artículo 1 Catorce se dice: “*La previsión transcrita no debería afectar a las cuotas de alta o periódicas o establecimiento de llamada en servicios de telecomunicaciones; pero, exige sin embargo la supresión de los sistemas de facturación de servicio por bloques de tiempo superiores al segundo y obliga por tanto a revisar las tarifas por tiempo para acomodarse a la tarificación por segundos desde el primer segundo.*”

[CONFIDENCIAL]

El primer análisis de las implicaciones de la Ley 44/2006 y de las posibles reacciones frente a la supresión del redondeo que se conoce en el expediente se realizó el día [CONFIDENCIAL]. El análisis se centraba en el impacto de la fijación del establecimiento de llamada en las llamadas nacionales (a fijos y móviles) en [CONFIDENCIAL] céntimos de euro (folio 2327).

El [CONFIDENCIAL], se celebró reunión del [CONFIDENCIAL]. En la reunión, se propuso contrarrestar el cambio en el sistema de tarificación mediante [CONFIDENCIAL], sin embargo, estimó que tal modificación podía tener un impacto mediático negativo, por lo que encargó a las diferentes áreas la búsqueda de otras alternativas más “neutras” (folio 122).

El [CONFIDENCIAL], el [CONFIDENCIAL] examinó las propuestas de acción frente a la supresión del redondeo (folios 197 a 209), centradas en las condiciones económicas de las llamadas nacionales (a móviles y fijos): [CONFIDENCIAL]

La decisión adoptada por el [CONFIDENCIAL] que se refería exclusivamente a las tarifas de tráfico de voz nacional, fue la siguiente (folios 2346 y 2347):

- Fijar el establecimiento de llamada en [CONFIDENCIAL].

[CONFIDENCIAL]

El 23 de enero de 2007, ORANGE conoció el detalle de las nuevas tarifas de MOVISTAR de los planes de prepago (residencial y negocios, llamadas internacionales, roaming y números de servicio) y las líneas generales de las nuevas tarifas de prepago (folios 2349 a 2356).

Entre el 24 y el 25 de enero, ORANGE adoptó la decisión definitiva sobre sus tarifas (folios 122 y 2361 a 2363).

14. TME manifiesta (folio 3238) que *“los estudios que se realizaron de la repercusión de la tarificación obligatoria por segundos fueron elaborados una vez que se tuvo una certidumbre real de la inminente entrada en vigor de la Ley 44/2006 en su forma y redacción definitivas.”* En sus análisis (folio 1888), al igual que en el caso de los demás operadores, TME estima que el impacto económico de pasar a un sistema de tarificación por segundos es “muy elevado” y se descarta la opción de soportar la minoración de ingresos. Se considera que un escenario mixto de subida de establecimiento y ajuste del precio por minuto es la opción más idónea para lograr un mantenimiento del precio medio efectivo tras el cambio de modelo de tarificación.
15. En conclusión, los análisis internos de las compañías denotan a) eran conscientes de la modificación legislativa en tramitación y del impacto que tenía sobre su estructura tarifaria y sobre sus ingresos; b) antes incluso de la entrada en vigor de la norma, estaban decididos a compensar la pérdida de ingresos derivada del redondeo mediante la modificación de sus tarifas; c) de sus análisis se deduce que en encontraban más ventajas en la opción de subir establecimiento y modificar tarifas, aunque e) ORANGE y VODAFONE barajaron diversos escenarios de subida del establecimiento, aunque expresan abiertamente en sus análisis internos que su decisión final dependería del movimiento que hiciera TME, porque no podían desposicionarse.
16. Tal y como relata la Dirección de Investigación, entre el 20 y el 31 de enero de 2007, MOVISTAR comunicó a sus clientes que cambiaría sus tarifas a partir del 1 de marzo para

adaptarlas a lo dispuesto en la Ley 44/2006, proporcionando el detalle de las nuevas tarifas aplicables.

Entre el 20 y el 24 de enero de 2007, MOVISTAR colgó en su página web las facturas electrónicas (“e-facturas”) de fecha 1 de febrero de sus clientes que tuvieran contratado ese servicio. En las e-facturas, se informaba de que, en aplicación de lo dispuesto en la Ley 44/2006, a partir del 1 de marzo de 2007, las llamadas se tarificarían por segundos desde el inicio de la llamada. Asimismo, se informaba de las nuevas tarifas que serían aplicables a los planes residenciales y no residenciales (clientes de negocios, ya sean PYMES, autónomos o grandes clientes) de pospago (contrato) para llamadas nacionales (a fijos y móviles y a números de servicio), internacionales y en itinerancia internacional (roaming). A los clientes con e-factura, además, se les envió mensajes de texto (SMS) el 31 de enero (folios 1865 vta. y 2351 a 2356).

El 23 de enero, MOVISTAR emitió un comunicado de prensa a modo de argumentarlo informando sobre la modificación de las tarifas de tráfico de voz nacional (de planes de prepago y de pospago) para adaptarlas a lo dispuesto en la Ley 44/2006. En dicha nota, MOVISTAR explicaba los principales elementos de sus modificaciones: fecha de entrada en vigor, cambio en el establecimiento de llamada de 12 a 15 céntimos, aumento del precio medio por minuto, abaratamiento de determinadas llamadas y efecto neutro de las modificaciones para MOVISTAR (folios 1687 y 1869).

El 25 de enero, MOVISTAR publicó en su página web (en abierto) el detalle de las nuevas tarifas aplicables a partir del 1 de marzo de 2007 para todos los planes (prepago y pospago) y toda la tipología de llamadas (folios 1866 vta. a 1867 vta.).

El 26 de enero, MOVISTAR envió una comunicación a sus puntos de venta informándoles de las nuevas tarifas y dando instrucciones de transmitirlos a los clientes (folio 1867 vta.).

Entre el 26 y el 31 de enero, MOVISTAR envió mensajes de texto a sus clientes de prepago (tarjeta), informándoles del cambio de tarifas a partir del 1 de marzo de 2007 y de la posibilidad de consultarlas en su página web o en el número gratuito 3503. MOVISTAR comenzó a informar de las nuevas tarifas de prepago (tarjeta) en este número el día 26 de enero (folio 1865).

Finalmente, el 31 de enero de 2007 notificó a sus clientes de pospago las nuevas tarifas mediante (folio 1689).

17. VODAFONE y ORANGE tuvieron conocimiento del detalle de las nuevas tarifas de MOVISTAR entre el 23 y el 25 de enero de 2007 y modificaron sus planes. En particular, tuvieron que reducir la tarifa de establecimiento respecto a la que tenían prevista.

Según documentación aportada por ORANGE (folio 4170), el 23 de enero de 2007 tuvo conocimiento de las nuevas tarifas de MOVISTAR de los planes de pospago residencial y negocios: tarifas de tráfico de voz nacional (a fijos y móviles nacionales y a números de servicio), internacional y de itinerancia internacional, a través del acceso a una factura electrónica (folios 2349 a 2356). El mismo día 23, ORANGE tuvo acceso al comunicado de prensa de MOVISTAR en el que especificaba los elementos principales de la modificación de sus tarifas de prepago: establecimiento a 15 céntimos en todos los planes y efecto neutro de las modificaciones. El día 25 de enero, MOVISTAR publicó en su página web las nuevas tarifas para planes residenciales (prepago y pospago). Según sus informaciones, ORANGE

estaba realizando un “seguimiento intensivo” de las nuevas tarifas de MOVISTAR (folio 2350), por lo que necesariamente hubo de tener acceso a las nuevas tarifas de prepago de MOVISTAR el mismo día 25 de enero.

Según documentación aportada por VODAFONE (folios 2938 a 2949), el 23 de enero de 2007 tenía ya conocimiento en detalle de las nuevas tarifas de MOVISTAR de las llamadas nacionales de planes pospago, así como de las nuevas tarifas para las llamadas internacionales y de las llamadas en itinerancia internacional (roaming) para todos los planes. A fecha 24 de enero, VODAFONE no tenía todavía información sobre las nuevas tarifas de llamadas nacionales de los planes de prepago de MOVISTAR (folio 2952). El día 25 de enero, MOVISTAR publicó en su página web las nuevas tarifas para planes residenciales (prepago y pospago). Dado el intenso seguimiento que VODAFONE estaba haciendo de las ofertas de MOVISTAR, necesariamente hubo de tener acceso a las nuevas tarifas de prepago de MOVISTAR el mismo día 25 de enero.

18. El 28 de enero de 2007, ORANGE comunicó que cambiaría sus tarifas a partir del 28 de febrero para adaptarlas a lo dispuesto en la Ley 44/2006. El 29 de enero comunicó el detalle de las nuevas tarifas aplicables a todos sus planes. Entre el 28 de enero y el 2 de febrero de 2007, ORANGE envió mensajes de texto (SMS) a parte de sus clientes de prepago informándoles de que, a partir del 28 de febrero de 2007 (algunas tarifas, a partir del 6 de mayo), sus llamadas se tarificarían por segundos desde el inicio de la llamada y de que cambiarían las tarifas de sus planes. El 29 de enero, envió cartas al resto de sus clientes residenciales informándoles de las nuevas tarifas vigentes a partir del 28 de febrero de 2007. El mismo día 29 publicó estas cartas en abierto en su página web. Finalmente, el 29 de enero de 2007 envió una comunicación a sus puntos de venta, informándoles de las nuevas tarifas aplicables a partir del 28 de febrero (folios 3423, 3424 y 2094 a 2130).

Los clientes de negocios fueron informados de las nuevas tarifas mediante cartas personalizadas, enviadas a finales del mes de enero. ORANGE publicó estas cartas en abierto en su página web el 1 de marzo de 2007. Las nuevas tarifas aplicables a este segmento se anunciaban también mediante locución en el nº 2727 desde finales de enero (folios 3424 y 2131 a 2135).

19. El 30 de enero de 2007, VODAFONE emitió un comunicado de prensa en el que detallaba las nuevas tarifas que serían aplicables a sus clientes a partir del 1 de marzo de 2007 (folios 2664 a 2673). VODAFONE reforzó la comunicación a sus clientes por medio de encartes en factura (clientes de pospago) y mensajes de texto (clientes de prepago) (folios 2397, 2659 a 2662 y 4063).
20. Los tres operadores modificaron prácticamente todos sus planes tarifarios, afectando al precio del tráfico de voz nacional, internacional y en itinerancia internacional (roaming) de sus planes para clientes residenciales y no residenciales. Los cambios más significativos fueron los siguientes:
 - Nuevo sistema de cómputo de llamada, consistente en la tarificación por segundos desde el inicio de la llamada.
 - Subida del establecimiento de llamada (parte fija del precio de la llamada) de 12c€ a 15c€ en prácticamente todos los planes.

- Modificaciones en el precio por tiempo de llamada (parte variable del precio de la llamada), aunque aquí la gran variedad de planes existentes hacen que se registren diferentes tipos de movimientos (en muchos casos se aumentaron tarifas, en otro se mantuvieron y algunos, los menos, se observaron reducciones).
21. En el segmento residencial, los tres operadores subieron el establecimiento de llamada de 12 a 15c€ De acuerdo con los informes elaborados por la CMT con motivo de la subida tarifaria a petición del Instituto Nacional de Consumo y de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información que obran en el expediente:
- Como resultado de las modificaciones tarifarias, los ingresos de MOVISTAR en el tráfico de voz residencial nacional aumentarían un 1,79%, los de Orange un 2,6% y los de Vodafone cayeron un 1% (primer informe).
 - En el caso de TME, de los 16 planes tarifarios analizados, en 4 de ellos (representativos del 2,1% de clientes) disminuirían los ingresos de MOVISTAR; en otros 5 planes (representativos del 43,6% de clientes) los ingresos de MOVISTAR aumentarían menos de un 2%; en otros 2 planes (representativos del 26,4% de clientes) los incrementos en ingresos debidos a las modificaciones tarifarias estarían entre el 2% y el 5%; en los 5 planes restantes (representativos del 27,8% de clientes), los incrementos en los ingresos de cada plan serían superiores al 5% (primer informe).
 - En el caso de Orange, de los 42 planes tarifarios analizados, en 15 de ellos (representativos del 35,1% de clientes) disminuirían los ingresos de ORANGE; en otros 11 planes (representativos del 44% de clientes) los ingresos de ORANGE aumentarían menos de un 2%; en otros 9 planes (representativos del 10,8% de clientes) los incrementos en ingresos debidos a las modificaciones tarifarias estarían entre el 2% y el 5%; en los 7 planes restantes (representativos del 10,2% de clientes), los incrementos en los ingresos de cada plan serían superiores al 5% (primer informe).
 - En el caso de VODAFONE, de los 29 planes tarifarios analizados, en 22 de ellos (representativos del 67% de clientes) disminuirían los ingresos de VODAFONE; en otros 4 planes (representativos del 17% de clientes) los ingresos de VODAFONE aumentarían menos de un 2%; en los 3 planes restantes (representativos del 14,7% de clientes) los incrementos en ingresos debidos a las modificaciones tarifarias estarían entre el 2% y el 5% (primer informe).
 - En general, tras las modificaciones tarifarias, se abaratarían las llamadas con duración inferior a 40-50 segundos, según el plan, mientras que se encarecerían las llamadas de mayor duración (primer informe).
 - El ingreso medio por minuto de MOVISTAR y de VODAFONE no aumentó significativamente en marzo de 2007. En el caso de Orange, en los planes de postpago, el ingreso medio por minuto no aumentó significativamente en marzo de 2007. Sin embargo, en los planes de prepago, el ingreso medio por minuto en los meses de marzo y abril de 2007 aumentó un 15-30% respecto a los meses de enero y febrero (segundo informe).
22. En el segmento PYME y autónomos, en todos los planes los tres operadores dejaron de tarificar el primer minuto completo y pasaron a tarificar por segundos desde el inicio de la llamada. Además, en todos los planes se incrementó el establecimiento de llamada de 12 a 15

céntimos de euro. Finalmente, las tarifas en función del tiempo aumentaron en prácticamente todos los planes de MOVISTAR (salvo en el Contrato Empresa Tramos horarios), se mantuvieron constantes en el caso de ORANGE (salvo Solución 20 y Plan Fácil) y aumentaron en unos casos (“Universal”, “Red Empresas”, “Plan 15” y “Plan Mas 25”) y se mantuvieron en otros (resto de “Plan Mas” y “Autónomo 10”) en el caso de VODAFONE. las tarifas en función del tiempo aumentaron en buena parte de los planes.

De acuerdo con las estimaciones realizadas por la Dirección de Investigación a partir de los datos proporcionados por las empresas, recogidas en su Informe Propuesta:

- Para MOVISTAR las llamadas de sus planes de autónomos y PYMES de menos de 40-44 segundos se abarataron con la modificación tarifaria, mientras que las de más de 40-44 segundos se encarecieron. Esta horquilla es de 42-46 segundos en el caso de VODAFONE.
- En el caso de Orange, prácticamente todos sus planes del segmento de autónomos y PYMES discriminan sus tarifas variables (por tiempo) en función del destino de la llamada, por lo que, sin conocer exactamente la distribución del patrón de consumo de cada plan, es imposible estimar la duración de llamada que hace neutras las modificaciones. En todo caso, sí puede asegurarse que las llamadas con duración superior a 1 minuto se encarecieron.

23. [CONFIDENCIAL].

24. En el caso del tráfico de voz en itinerancia internacional (roaming) y tráfico de voz internacional:

- MOVISTAR modificó todos sus planes tarifarios de roaming, afectando a sus clientes de los segmentos residencial y de autónomos y PYMES. En todos los planes se pasó a una tarificación por segundos. Además, el establecimiento de llamada de todos sus planes se incrementó de 12 a 45 céntimos de euro, salvo en el caso de la “Tarifa Mundial Premium”, donde la subida fue a 50 céntimos de euro. Por otro lado, cambió la parte variable de muchos de sus planes: en sus tarifas de operadores terrestres, dejó constantes los precios por tiempo de las llamadas realizadas entre países de la Europa Occidental y de las recibidas en países de la Europa Occidental, y subió los precios del resto entre un 6% y un 29%. En el tráfico de voz internacional también se pasó a la tarificación por segundos. El establecimiento de llamada se incrementó en todos los planes: en los de prepago (residencial), pasó de 34 a 50 céntimos, y en los de pospago (residencial y negocios), pasó de 30 a 45 céntimos de euro. Finalmente, las tarifas en función del tiempo aumentaron en todos los planes y a todos los destinos.
- Antes de la Ley 44/2006, ORANGE tenía una tarifa de tráfico de voz en itinerancia para sus planes prepago y otra para sus planes pospago (para los segmentos residencial y no residencial), y tarificaba el tráfico de manera distinta para cada tipo de plan. La tarifa por tiempo para llamadas realizadas era igual a la tarifa mayorista más un margen del 15% (salvo en las llamadas con origen y destino en la zona 1), y había hasta 7 tarifas diferentes para las llamadas recibidas, en función del país de itinerancia. Tras la Ley 44/2006, las tarifas de ORANGE se simplificaron y aumentó su transparencia. ORANGE instauró una única tarifa de roaming para todos los planes de prepago y de pospago, con

una tarificación 1/1, subió el establecimiento de llamada de 12 a 45 céntimos de euro y estableció tarifas minoristas fijas (independientes del operador mayorista).

En el tráfico de voz con destino internacional, en todos los planes se pasó a una tarificación por segundos. Además, en todos los planes se incrementó el establecimiento de llamada de 30 (en los planes de prepago del segmento autónomos y PYMES) ó 35 (en todos los demás planes) a 45 céntimos de euro. Finalmente, las tarifas en función del tiempo se mantuvieron constantes en todos los planes.

- VODAFONE modificó todos sus planes tarifarios de roaming, afectando a sus clientes de los segmentos residencial y de autónomos y PYMES. En todos los planes se pasó a una tarificación por segundos. Además, el establecimiento de llamada de todos sus planes se incrementó de 0 a 47 céntimos de euro. Por otro lado, cambió la parte variable de muchos de sus planes: en general, reduciendo el precio de las llamadas dentro de la UE (Zona 1) e incrementando el precio de las restantes llamadas.

En el tráfico de voz con destino internacional en todos los planes se pasó a una tarificación por segundos, incrementando el establecimiento de llamada de 30 a 35 céntimos de euro, y en los planes de negocios de 30 a 42 céntimos. Finalmente, las tarifas en función del tiempo se modificaron en los planes residenciales, unificando las tarifas de prepago y de postpago; en negocios, se mantuvieron constantes.

Las siguientes tablas que constan en el informe Propuesta comparan las tarifas de establecimiento en las llamadas de roaming y en el tráfico de voz con destino internacional.

COMPARACIÓN DE NIVELES DE ESTABLECIMIENTO DE LLAMADA EN LAS LLAMADAS DE ROAMING						
	Tarifas antiguas			Tarifas nuevas		
	MOV	VOD	ORA	MOV	VOD	ORA
<i>Prepago</i>	12	0	12	50	47	45
<i>Pospago residencial</i>	12	0	12	45	47	45
<i>Pospago negocios</i>	12	0	12	45	47	45

COMPARACIÓN DE NIVELES DE ESTABLECIMIENTO DE LLAMADA EN LAS LLAMADAS INTERNACIONALES						
	Tarifas antiguas			Tarifas nuevas		
	MOV	VOD	ORA	MOV	VOD	ORA
<i>Prepago</i>	34	30	35	50	35	45
<i>Pospago residencial</i>	30	30	35	45	35	45
<i>Pospago negocios</i>	30	30	30	45	42	45

En estos segmentos de mercado tampoco existe un signo claro de los efectos netos de las modificaciones de las tarifas en cada plan para ningún operador, dado que, por un lado, el cambio a una tarificación por segundos desde el inicio de llamada provocaría un abaratamiento de las llamadas de corta duración, mientras que el incremento del establecimiento de llamada, junto con el aumento de las tarifas por tiempo, provocaría un encarecimiento de las llamadas de mayor duración. En este caso, señala la Dirección de Investigación, no es posible calcular la duración de llamada para la cual la modificación tarifaria es neutra, puesto que las tarifas son distintas para las llamadas realizadas y las recibidas y en función de los países de origen y destino del tráfico.

25. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28) dictada en el recurso de apelación 333/2006 de 22 de marzo de 2007 vino a estimar el recurso de apelación interpuesto por TME, VODAFONE y ORANGE contra la Sentencia de 21 de noviembre de 2005 dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid. En su Fallo la Audiencia Provincial de Madrid considera que no se debe confundir el redondeo al alza con la tarificación por tramos que incluían los contratos de telefonía. Dice: “... *no se produce aquí la fijación del precio para luego proceder a su modificación (al alza), sino que la facturación se efectúa en función de tramos correspondientes a determinados periodos de tiempo. Dicho de otro modo, redondeo no es lo mismo que facturación por tramos.*”

Considera además que el sistema de facturación por tramos puede ser transparente para los consumidores. “*Por otra parte, la transparencia supone que el consumidor o usuario conozca la carga económica que le representa el contrato, lo que no debe confundirse con el hecho de que tenga que tener conocimiento de la complejidad técnica del servicio, los costes que se generan al operador o la manera en que éste pretenda repercutirlos al conformar la oferta tarifaria. En suma, el que el cliente conozca o pueda conocer que se abona el establecimiento de llamada y el primer minuto y tramos posteriores de treinta segundos (en algunos casos). Otra cosa es que al demandante o a cualquier cliente le pueda convenir que la oferta se conforme según cree que debe confirmarse, lo que entra dentro ámbito de libertad del empresario, al margen de que poco tenga que ver con el concepto de transparencia...*” (FD Duodécimo)

Con respecto a las cláusulas introducidas por la Ley 44/2006 la Sentencia dice “... *el legislador es libre de exigir determinados niveles de transparencia, lo que no supone que antes de la entrada en vigor de la reforma el sistema de facturación de las operadores no sea transparente, porque se trata de cuestiones distintas.*” (FD Séptimo).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. En el presente expediente se plantea si las modificaciones tarifarias efectuadas por las principales compañías operadoras de telefonía móvil a tenor de la entrada en vigor de la Ley 44/2006 son constitutivas de una infracción del artículo 1 de la LDC.

Procede primeramente entender los argumentos en qué funda la Dirección de Investigación su propuesta sobre la existencia de infracción.

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

En este marco, la Ley 44/2006, publicada en el B.O.E. el 30 de diciembre de 2006, establecía un periodo de 2 meses desde su entrada en vigor para que las compañías adaptaran sus contratos a las disposiciones relativas a la prohibición de la tarificación por tramos de tiempo. No obstante, el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones

electrónicas obliga a comunicar cualquier modificación de las condiciones contractuales a los usuarios con un mes de antelación, dando a éstos el derecho a resolver el contrato por desacuerdo con las nuevas condiciones de contratación. Por lo tanto, concluye la Dirección de Investigación, las compañías disponían de 2 meses para modificar sus tarifas (hasta el 1 de marzo de 2007), pero debían comunicar las modificaciones a sus usuarios en el plazo de 1 mes (hasta el 1 de febrero de 2007)

Argumenta la Dirección de Investigación: *“MOVISTAR comunicó sus modificaciones a partir del 20 de enero y, además, las anunció en prensa el día 23 de enero. ORANGE y VODAFONE tuvieron conocimiento de las nuevas condiciones comerciales que aplicaría MOVISTAR entre el 23 y el 25 de enero, antes de haber comunicado las suyas, y cambiaron las modificaciones tarifarias que tenían la intención de aplicar para adecuarlas a las que había anunciado MOVISTAR.*

Así, las nuevas tarifas aplicadas por los tres operadores a partir de marzo de 2007 en el tráfico de voz resultaron idénticas en cuanto a:

- (i) La tarificación por segundos desde el inicio de la llamada en los planes residenciales, obligatoria por la Ley 44/2006.*
- (ii) La tarificación por segundos desde el inicio de la llamada en los planes de negocios (autónomos y PYMES).*
- (iii) La compensación de las pérdidas provocadas por la prohibición del redondeo y el consiguiente cambio en los sistemas de facturación mediante modificaciones en el resto de las condiciones económicas de los planes, con el objetivo de hacer neutro el impacto en los ingresos de cada operador.*
- (iv) Las variables utilizadas para compensar la pérdida de ingresos por la prohibición del redondeo: el establecimiento de llamada y las tarifas por tiempo de tráfico.*
- (v) El nuevo nivel del establecimiento de llamada en las llamadas nacionales de los planes residenciales (el establecimiento de llamada pasó de 12 a 15 céntimos de euro, salvo en el plan “Vitamina al Segundo” de VODAFONE, que se quedó en 12).*
- (vi) El nuevo nivel del establecimiento de llamada en las llamadas nacionales de los planes de negocios (el establecimiento de llamada pasó de 12 a 15 céntimos de euro en todos los planes).*
- (vii) El nuevo nivel del establecimiento de llamada en las llamadas en roaming para MOVISTAR y ORANGE (que pasó de 12 a 45 céntimos), muy similar al de VODAFONE (que pasó de 0 a 47 céntimos).*
- (viii) El nuevo nivel del establecimiento de llamada en las llamadas internacionales de los planes residenciales de pospago y de los planes de negocios de MOVISTAR y ORANGE (45 céntimos), muy cercano al de VODAFONE en los planes de negocios (42 céntimos)*

Además, como las tres compañías decidieron fijar sus nuevas tarifas para compensar la pérdida de ingresos por la desaparición del redondeo (identidad iii), utilizar el incremento del precio del establecimiento de llamada y de las tarifas por tiempo de tráfico como contrapeso de la tarificación por segundos (identidad iv) y fijar el mismo establecimiento de llamada en las llamadas nacionales (identidad v), las modificaciones de las tarifas por tiempo de tráfico en

muchos planes resultaron idénticas o muy parecidas". Pone el ejemplo la Dirección de Investigación de los Planes Valor.

Considera la Dirección de Investigación que *"... el hecho de que MOVISTAR comunicara sus nuevas tarifas con una antelación suficiente sobre la fecha límite de comunicación (31 de enero de 2007) provocó que las nuevas tarifas de las compañías revistieran numerosos e importantes paralelismos. Lo relevante, entonces, es determinar qué racionalidad tuvo el "adelanto" de MOVISTAR sobre la fecha límite de comunicación."*

Analiza la Dirección de Investigación la racionalidad de este adelanto desde el punto de vista técnico y económico.

En lo que se refiere al punto de vista técnico, manifiesta que *"MOVISTAR comunicó sus nuevas tarifas a partir del 20 de enero de 2007, con una antelación al plazo límite de 12 días. No se han encontrado razones técnicas que justifiquen la necesidad de tal antelación, de modo que las nuevas tarifas podrían haberse notificado en la fecha límite o con menor antelación sobre tal fecha. (...)*

Relata el Informe Propuesta cómo TME llevo a cabo la notificación de las nuevas tarifas a sus clientes en varias etapas (ver a este respecto Hecho Probado 16). Con respecto a un determinado grupo de clientes, los suscritos a la e-factura, considera la Dirección que el adelanto fue especialmente relevante y facilitó a los competidores acceder a la información sobre las nuevas tarifas con mayor antelación. *"El adelanto de la comunicación de 12 días sobre la fecha límite se debió a la notificación a una minoría de los clientes de pospago (los suscritos a la e-factura), que representan tan sólo el 0,6% de su total de clientes; no se han encontrado razones de índole técnico que justifiquen tal adelanto. De hecho, de las 16 modificaciones tarifarias que MOVISTAR ha realizado desde julio de 2005, sólo en 6 de ellas ha utilizado la e-factura como medio de notificación, y sólo en 3 de estas 6 ocasiones la factura ha estado disponible el día 20 del mes; en las otras 3 ocasiones, MOVISTAR ha colgado las e-facturas más tarde del día 20 de cada mes (folios 4190 a 4204)..."*

En la respuesta a las alegaciones del Pliego de concreción de Hechos la Dirección de Investigación desarrolla más sus argumentos. Al colgar las e-facturas con antelación, en particular, para los clientes multi-línea, TME habría permitido que estos clientes accedieran a la información sobre nuevas tarifas que acompañaba a las facturas y ello a su vez habría provocado que la información llegara antes del 1 de febrero a las Asociaciones de Usuarios y a los medios, con lo que TME ya tuvo motivos para publicitar la información sobre nuevas tarifas y sus competidores tuvieron la oportunidad de conocerlas, como así lo hicieron el día 23 de enero.

Considera asimismo la Dirección de Investigación que desde un punto de vista económico, el adelantar el anuncio no puede tener otra explicación más que la de "invitar" a sus competidores a seguirle. *"En enero de 2007, ante la multitud de opciones de cada compañía y el riesgo de desposicionamiento, MOVISTAR era necesariamente consciente de que si las tres compañías comunicaban sus nuevas tarifas "a la vez" (el último día de plazo o, al menos, sin la antelación suficiente para que los demás pudieran imitar las ofertas), existía una muy alta probabilidad de que las nuevas tarifas de cada compañía fueran distintas. Era necesariamente consciente de que su oferta podía quedar desposicionada frente a la de ORANGE y VODAFONE, bien porque éstos decidieran no compensar totalmente la pérdida de ingresos, bien porque éstos compensaran su pérdida de ingresos mediante la alteración de condiciones económicas que fueran menos perceptibles para los consumidores. Y era necesariamente consciente de que, si*

anunciaba sus nuevas tarifas con la antelación suficiente como para que sus rivales pudieran imitarlas, la mejor opción de éstos sería imitarlas, como, de hecho, sucedió.

Como se ha explicado, el entorno de mercado era el propicio para que las compañías no tuvieran incentivos a iniciar una guerra de precios, de modo que la mejor opción para las tres era fijar los mismos precios allí donde no tuvieran posibilidades de diferenciación. Y, en efecto, eso fue lo que sucedió. ORANGE y VODAFONE igualaron la nueva oferta de MOVISTAR precisamente en el establecimiento de llamada y en las tarifas por tiempo de tráfico de los planes “valor”, que, para cada nivel de consumo mínimo, sólo se diferencian en el precio. El establecimiento de llamada era un concepto poco reconocido por los consumidores hasta enero de 2007 que, sin embargo, reportaba unos ingresos muy importantes a las compañías (H.A. 12 a 14). Las tres compañías eran necesariamente conscientes de que modificar el establecimiento de llamada, que permanecía inalterado en todos los planes tarifarios desde el año 2000, aumentaría la visibilidad de este concepto tarifario, de manera que la única forma de evitar una guerra de precios en este concepto era que el establecimiento de llamada fuera, nuevamente, el mismo para todas.

En suma, se considera acreditado:

- 1. Que MOVISTAR podía haber comunicado sus nuevas tarifas en el plazo límite o sin la antelación suficiente como para permitir reaccionar a sus rivales*
- 2. Que ser la primera empresa en anunciar una subida de sus tarifas nominales tuvo un fuerte desgaste de imagen para MOVISTAR.*
- 3. Que MOVISTAR permitió a sus rivales conocer su estrategia comercial, dándoles ventaja.*
- 4. Que MOVISTAR era necesariamente consciente de que, tras conocer sus nuevas tarifas, la mejor estrategia para sus rivales sería imitarlas.*
- 5. Que para MOVISTAR, la mejor opción era que sus rivales le imitaran, porque evitaba entrar en una guerra de precios.*
- 6. Que el paralelismo de conductas habría sido imposible sin que mediara el anuncio anticipado de MOVISTAR.*
- 7. Y por tanto, que la única explicación posible de tal anticipación por parte de MOVISTAR fue “invitar” a sus rivales a que realizaran modificaciones de tarifas similares. Y ORANGE, primero, y VODAFONE, después, aceptaron la invitación.”*

La Dirección de Investigación repasa la jurisprudencia nacional (Resolución de 6 de marzo de 1992, Expte. 306/91) y comunitaria asuntos Dyestuffs, Suiker Unie y Züchner para recordar que *“la práctica concertada es una forma de coordinación entre las empresas que, sin tener todos los elementos del acuerdo propiamente dicho, sustituye conscientemente los riesgos de la competencia por la cooperación práctica entre ellas”*. Sintetiza la Dirección de Investigación los aspectos a analizar para concluir la existencia de una práctica concertada requiere: (i) el grado de paralelismo de las acciones individuales de las empresas; (ii) el grado de consciencia de dicho paralelismo por parte de sus actores; (iii) el grado de cooperación y coordinación entre ellos; y (iv) el grado de alteración de la competencia

La Dirección de Investigación considera que los cuatro elementos están presentes en este caso: *“Como se ha demostrado, existen numerosos paralelismos en las modificaciones tarifarias practicadas por MOVISTAR, ORANGE y VODAFONE a tenor de la Ley 44/2006, de los cuales las compañías eran plenamente conscientes: MOVISTAR sabía que el adelanto de su anuncio daría tiempo e incentivos suficientes a sus rivales para imitar sus tarifas, y VODAFONE y ORANGE han reconocido que adaptaron las modificaciones de sus tarifas a las que había comunicado MOVISTAR. La cooperación y coordinación entre las empresas es evidente, por cuanto que, como se ha expuesto, el anuncio anticipado de precios de MOVISTAR es una “invitación” a la acción coordinada, a la que ORANGE y VODAFONE “respondieron” afirmativamente.*

La alteración de la competencia descansa en que las empresas renunciaron a su independencia en la toma de decisiones, como ha quedado demostrado, y en que el resultado de la conducta coordinada es una alteración de las que habrían sido las condiciones normales del mercado. Saber, ex post, cuáles habrían sido las condiciones del mercado si MOVISTAR no hubiera anticipado su comunicación es imposible. Lo que sí se puede afirmar es que el paralelismo de conductas que se produjo habría sido imposible de no haberse producido el adelanto en la comunicación de MOVISTAR.

Como se ha visto, cada empresa podía decidir compensar, compensar parcialmente o no compensar la pérdida de ingresos por el cambio del sistema de facturación, y para compensar, cada empresa tenía infinitas alternativas a su alcance. Así, sin el anuncio anticipado de MOVISTAR, lo más probable es que las modificaciones tarifarias de las tres compañías no hubieran sido coincidentes, lo cual habría mejorado el bienestar de los consumidores al incrementar su capacidad de elección.

Dando respuesta a las alegaciones presentadas al PCH la Dirección de Investigación ha tenido oportunidad de matizar algunos aspectos de su planteamiento.

Primero, aclara que la imputación no se fundamenta en si aumentaron, se mantuvieron o se redujeron los ingresos de MOVISTAR o sus competidores (párrafos 89-92 del Informe Propuesta), sino en que el resultado final fue consecuencia de una pérdida de la independencia de comportamiento que debe regir el proceso competitivo en los mercados motivado por el anuncio realizado por TME.

Segundo, coincide con VODAFONE en que, una vez conocidas las nuevas tarifas de MOVISTAR, lo más racional para los competidores era tratar de mimetizar su estrategia comercial. *“La racionalidad subyacente a esta respuesta reside en que un desposicionamiento habría provocado una guerra de precios entre operadores, a tenor de la estructura oligopolística del mercado párrafos”* (párrafos 135-137 del Informe Propuesta).

Tercero, considera que se debe matizar el grado de responsabilidad que corresponde a cada uno de los imputados (párrafos 211 y 212 del Informe Propuesta). El elemento fundamental sobre el que descansa la imputación de la Dirección de Investigación es el anuncio de MOVISTAR. Sin ese anuncio, no se habría producido la pérdida de incertidumbre ni, subsiguientemente, los paralelismos detectados. Considera por ello que corresponde a TME *“toda la responsabilidad por la infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989”*. Cita como doctrina a este respecto, por todas, la Resolución del TDC de 21 de octubre de 2002, Expte. 527/01, Repsol Butano.

A la vista de los Hechos considerados y de la valoración jurídica expuesta la Dirección de Investigación eleva al Consejo la Propuesta recogida en el Antecedente de Hecho 2.

SEGUNDO. TME rechaza las imputaciones realizadas por la Dirección de Investigación en la propuesta de Resolución. Considera que dicha Propuesta no contiene elementos de prueba que permitan afirmar, sin dudas razonables, que TME ha infringido el artículo 1 de la Ley 16/1989.

La Propuesta se basa en que la comunicación de TME estaba dirigida a sus competidores y que constituía información estratégica para hacerles cambiar su estrategia, sin que existan razones de índole técnica que justifiquen el adelanto en el anuncio de TME.

Sin embargo, TME mantiene que:

- La transparencia en el mercado se deriva de la aplicación de la Ley 44/2006 y el Reglamento del Servicio Universal y no de la conducta de TME, que son los que imponen un cambio y la obligación de anunciarlo. Afirma TME que la conducta investigada se deriva de las obligaciones impuestas por el ordenamiento jurídico.
- Los anuncios que constituyen la conducta imputada se trataron de contactos meramente bilaterales y personalizados con sus clientes que en nada se separaron de la estrategia de comunicación habitual:

Comunicación mediante factura

Los clientes pospago pueden recibir su factura en soporte papel en el domicilio que indiquen o acceder a ella en una página web si se dan de alta en el servicio de factura electrónica (www.canalcliente.movistar.es) previa autenticación mediante la validación de una clave y una contraseña. El contenido de la factura es el mismo independientemente de que se envíe en soporte papel o electrónico. La única diferencia es la forma de envío y acceso por parte de los clientes. Pero el proceso de facturación es idéntico en ambos casos. **[CONFIDENCIAL]**.

[CONFIDENCIAL] TME, no obstante, se compromete a mandar a los clientes de la e-factura un mensaje de aviso de que la factura ha sido emitida. **[CONFIDENCIAL]**

TME considera que la comunicación relativa al cambio de tarifas propiciado por la Ley 44/2006 fue extraordinaria porque afectaba a toda la base clientes (más de 21 millones, de los que 12 eran clientes pospago y 9 prepago) y por la entidad de la modificación, que hizo incrementar el número de páginas de factura de 21 millones de media a 34.6 millones. Por ello, con el fin de simplificar, a los mono-línea se les adjuntó a su factura únicamente la información relativa a la modificación tarifaria del grupo al que pertenecían. En el caso de los multi-línea **[CONFIDENCIAL]**, por lo que se les comunicó el detalle de los cambios tarifarios.

El proceso de facturación siguió todos sus pasos habituales, **[CONFIDENCIAL]**. Sin perjuicio de ello, TME no les informó hasta el **[CONFIDENCIAL]** de que la factura estuviera cargada en plataforma. Frente a la manifestación de la Dirección de Investigación de que TME podría haber retrasado la comunicación de la e-factura, TME argumenta que siguió sus procedimientos habituales porque no vio razones para alterarlos, hubiera sido arriesgado puesto que se trata de procedimientos complejos y porque viene obligado por las Condiciones Generales de uso del Servicio.

Comunicación mediante mensaje

La comunicación de las modificaciones tarifarias en el caso de clientes prepago se hace siempre a través de SMS a los que, dadas las limitaciones de espacio del mensaje, se les dirige a un teléfono de consulta o a un sitio web para ampliar la información. **[CONFIDENCIAL]**.

En el caso de la notificación del cambio de tarifas propiciado por la Ley 44/2006, los mensajes se enviaron **[CONFIDENCIAL]**. TME justifica en sus alegaciones que, en contra de lo que sostiene la Dirección de Investigación, en otras ocasiones el envío de mensajes también tuvo características similares en cuanto a duración y antelación, sin que en ningún caso se llegaran a enviar tantos mensajes.

TME procedió a publicar en su WEB las nuevas tarifas el día 25 de enero. Pretendía con ello informar a los clientes a los que no les llega una comunicación completa (prepago y mono-línea en e-factura). **[CONFIDENCIAL]**. En paralelo, el día **[CONFIDENCIAL]** comunicó sus nuevos precios a los puntos de venta.

Todo ello iba encaminado a que el día 31 de enero la totalidad de los clientes hubieran sido informados del cambio.

- En contra de lo que sostiene la Dirección de Investigación, TME no propició que FACUA obtuviera la información sobre tarifas con el fin de que el tema saliera a la luz y poder responder con una nota de prensa. TME se limitó a defenderse de las informaciones y manifestaciones publicadas por FACUA distribuyendo un argumentario destinado a prensa el 23 de enero.
- TME no tenía ninguna seguridad sobre la estructura tarifaria que adoptarían el resto de operadores de telefonía móvil.
- El análisis de las conductas investigadas debe realizarse también desde la óptica del artículo 81 del Tratado CE en virtud del artículo 3.1 del Reglamento 1/20036, de 16 de diciembre de 2002. El artículo 81 no prohíbe las conductas conscientemente paralelas.
- Los artículos 81 TCE y 1 LDC no prohíben conductas meramente unilaterales, siendo necesario demostrar la existencia de una concertación de voluntades. La aplicación del artículo 1 a conductas unilaterales vulnera el principio de tipicidad.
- La autoridad administrativa debe reunir elementos de prueba suficientemente precisos y concordantes para fundar la convicción de que el comportamiento paralelo de dos empresas es el resultado de una concertación entre éstas, sin que exista una explicación satisfactoria distinta. El uso de la prueba de indicios no debe utilizarse para trasladar la carga de la prueba a las empresas. En este caso, en opinión de TME, los indicios no están suficientemente fundados o son parciales, el vínculo que se establece entre los indicios y la conclusión es solo una posibilidad y existen además argumentos suficientes -a los que ya se ha hecho referencia- que explican la conducta de TME. Por todo ello, no puede concluirse la existencia de infracción.
- La práctica investigada no ha tenido efectos sobre el mercado. Los que la Dirección de Investigación describe no dejan de ser fruto de escenarios meramente especulativos. De hecho, de las alegaciones de la partes se deduce que tanto Orange como Vodafone tenían prevista una aplicación de precios superiores a 15c€ como coste de establecimiento de llamada que decidieron modificar a la baja a la vista del anuncio de TME. (folio 7818).

- La propia evolución del mercado de la telefonía móvil en España evidencia la ausencia de coordinación entre TME y el resto de operadores. Con posterioridad a los anuncios de enero 2007 los operadores han sacado nuevas ofertas. La CMT expresa en su informe para el ejercicio 2007 que una serie de novedades, entre las que cita la Ley 44/2006, llevaron a los operadores a innovar para ofrecer tarifas más atractivas (página 77 del Informe Anual 2007 de la CMT).
- La condena de la comunicación de precios generaría una elevada incertidumbre sobre cuál debe ser la actuación de la operadora a la hora de cumplir sus obligaciones de transparencia y comunicar tarifas, lo que a la postre podría repercutir en contra de los consumidores y de la competencia.
- Las circunstancias del caso excluyen la posibilidad de sanción en virtud de la novedad de la infracción y del principio de confianza legítima.

TERCERO. VODAFONE interpreta que la Propuesta de Resolución mantiene que dicha empresa habría incurrido, junto con sus competidores en el mercado de la telefonía móvil, en una práctica contraria al artículo 1 de la Ley 16/1989. Aunque se propone exonerar a VODAFONE de la responsabilidad derivada de la infracción del artículo 1, la empresa sostiene que su imputación no puede sostenerse porque la conducta reprochada no constituye una práctica concertada ni una práctica conscientemente paralela de acuerdo con la jurisprudencia. Para justificar esta valoración expone lo que en su opinión constituye una serie de hechos:

- El mercado de la telefonía móvil es un mercado competitivo no propenso a la colusión.
- Como reconoce la Propuesta de Resolución (136, 137), la conducta reprochada a VODAFONE constituye una decisión plenamente racional y competitiva desde el punto de vista económico y comercial. Dicha decisión fue unilateral y se tomó por VODAFONE con el objetivo de neutralizar al máximo el impacto de la Ley 44/2006 en sus ingresos.
- La identidad de tarifas alegada por la Dirección de Investigación no es tal. La imputación de la subida tarifaria al coste del establecimiento era lo más lógico para los operadores y aun así VODAFONE mantuvo diferencias en determinados planes. Al mismo tiempo, se aprecian importantes diferencias en los precios por tiempo de tráfico y en sus planes y promociones.

Sobre estos hechos VODAFONE articula determinados Fundamentos Jurídicos:

- *El reconocimiento de la racionalidad del comportamiento de VODAFONE demuestra la inexistencia de concertación.* La Propuesta reconoce que no se ha producido entre los operadores un acuerdo previo de intercambio de información (200 Propuesta de Resolución). Pero tampoco puede hablarse de un contacto indirecto entre los operadores que resulte contrario al artículo 1 LDC o 81 del TCE. El anuncio de precios no constituye en su opinión un contacto indirecto entre los competidores puesto que VODAFONE fue mera receptora pasiva del anuncio, luego no hubo una reciprocidad necesaria para hablar de artículo 1.
- No puede hablarse tampoco como pretende la Dirección de Investigación de “aceptación” de una supuesta “invitación” en forma de anuncio de precio, ni de una concordancia de voluntades. Si la conducta de VODAFONE es racional, porque constituye una adaptación inteligente al comportamiento de TME; quiere decir que existe una explicación alternativa a la concertación.
- Hay otros elementos que refutan la tesis de la concertación:

Tras la modificación tarifaria de 1 de marzo de 2007 se produjeron reajustes de las tarifas por minuto a la baja en los meses siguientes.

El precio de establecimiento de llamada que finalmente se fijó es más bajo que el inicialmente contemplado por VODAFONE. (F 7447)

Nos encontramos como reconoce la Dirección de Investigación con un hecho puntual y no con una práctica recurrente en el tiempo. Se trata además de una práctica que afecta a uno solo de los componentes del precio. No existe ninguna pauta recurrente de interacción y paralelismo.

- *No cabe hablar de infracción del artículo 1 sin elemento consensual.* Toda práctica contraria al art. 1, incluidas las conscientemente paralelas, exigen un elemento consensual. La Sentencia de la AN de 4 de febrero de 2008 (num. 439/2006) que cita la Propuesta de Resolución (199) también lo exige: “*La actividad tipificada en el tipo sancionador del artículo 1 lo es cualquier acuerdo o conducta concertada o conscientemente paralela tendente a falsear la libre competencia, lo que exige la concurrencia de voluntades de dos a más sujetos a tal fin*”. No hace falta “*un acuerdo de voluntades formal, sino que basta con acomodar la conducta de forma consciente al comportamiento seguido por otros operadores económicos*”, siempre que, como señala la misma sentencia en el siguiente párrafo “*esta identidad no puede ser explicada por la mera operativa del mercado*”. Este es el caso, en opinión de VODAFONE. La empresa ha seguido los pasos del operador líder del mercado sin mediar concierto con él porque era el comportamiento económicamente más racional.
- *El artículo 81 TCE resulta de aplicación al caso y por ende el artículo 3 del Reglamento (CE) 1/2003 obliga a la autoridad nacional a no apartarse, al aplicar el artículo 1, de lo que resultaría de una aplicación del artículo 81 CE.*

A la vista de sus alegaciones VODAFONE solicita el sobreseimiento del expediente.

CUARTO. ORANGE alega que se deben tener en cuenta las características del mercado de la telefonía móvil en España, en el que mantiene un comportamiento competitivo. Para ORANGE resultó imposible “*i) no haber sido informada de las tarifas de TME y (ii) no adaptar su comportamiento al líder del mercado.*” Pero argumenta que su comportamiento fue una reacción lógica y autónoma a la Ley 44/2006. Y añade: “*Y es que no puede resultar antijurídico o prohibido por las normas de competencia, en primer lugar, que un operador intente recuperar el margen de ingresos que potencialmente perderá debido a la entrada en vigor de una norma y, en segundo lugar, que ese operador, una vez adoptada una decisión de manera independiente, en vista de las actuaciones del operador dominante, intente adecuarse al comportamiento del líder.*”

Considera ORANGE que, de acuerdo con la doctrina (Resolución de 3 de noviembre en el expediente R739/08 DISTRIBUCIONES RENAULT 2) la confluencia de voluntades entre empresas independientes es un requisito para considerar contraria una práctica al artículo 1. ORANGE manifiesta que no hubo confluencia de voluntades entre ella y MOVISTAR, puesto que decidió de manera autónoma no quedar desposicionado.

ORANGE considera que la Dirección de Investigación les está imputando una conducta conscientemente paralela (estrategia comercial seguida conscientemente por las tres empresas de manera simultánea -194 al 197) que no se sostiene, puesto que existen explicaciones alternativas distintas a la colusión.

ORANGE cita doctrina para justificar que el artículo 81 TCE resulta de aplicación al caso (C-309/99 WOUTERS). Siendo así, el artículo 3 del Reglamento (CE) 1/2003 actúa como clave de bóveda en la relación de las normas del TCE con respecto a las normas nacionales, por lo que no se debe aplicar el artículo 1 de forma discordante con lo resulta de la aplicación del artículo 81 TCE. De ello deduce ORANGE que no cabe aplicar la práctica conscientemente paralela a los casos que supongan afectación del comercio entre Estados Miembros.

QUINTO. De las asociaciones de consumidores personadas en el expediente han remitido alegaciones a la Propuesta de Resolución AUSBANC, ASGECO y OCU.

AUSBANC considera que ha quedado acreditado que existe un intercambio de información artificial y que existe un paralelismo entre las acciones individuales de los operadores motivado por dicha coordinación que ha alterado la competencia en el mercado.

Se muestra contrario a que se considere exentos de responsabilidad a VODAFONE y a ORANGE cuando, siendo operadores tan diferentes, se adaptan sin más a la misma subida con la intención de compensar la pérdida de ingresos. Considera AUSBANC que dicha práctica contraviene la Ley 44/2006, constituye una infracción del artículo 17.f) del RD 424/2005 para que se pueda repercutir el establecimiento de llamada con pleno respeto de la Ley 26/1984, lo que de igual modo supone un incumplimiento de los derechos de los usuarios a un mercado competitivo y con precios adecuados establecido en el art. 3 apartados a) y e) de la Ley 32/2003.

Alude AUSBANC a que ante esta concertación de precios, los tres operadores han reaccionado obstaculizando la portabilidad a aquellos clientes que han querido cambiarse a otro operador que no haya subido sus precios.

Por todo ello, AUSBANC solicita que se declare a los tres operadores responsables de una infracción muy grave a la vista de que se ve afectado la práctica totalidad del mercado español y de que la conducta versa sobre un bien de consumo de primera necesidad.

ASGECO considera insuficiente que se declare sólo responsable de la conducta a MOVISTAR. Siendo cierto que TME fue quien primero adoptó la modificación también es cierto que ORANGE y VODAFONE adoptaron esa misma decisión, lo que supone una conducta paralela. Las modificaciones tarifarias afectaron a los planes de las tres empresas y supusieron una subida de precios para el consumidor. Debe declararse responsables a las tres, aunque se considere que la responsabilidad de TME es mayor.

La OCU se muestra de acuerdo en general con las apreciaciones de la Dirección de Investigación en lo que respecta a los hechos. Discrepa sin embargo de su valoración jurídica a partir del párrafo 211 de la Propuesta de Resolución, que le lleva a eximir de toda responsabilidad a VODAFONE y a ORANGE. No está de acuerdo con que *“la reacción de VODAFONE y ORANGE fue la más racional dado el anuncio de MOVISTAR, por lo que corresponde a este último operador toda la responsabilidad por la infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989”* (212 PR). Existen argumentos que contradicen tal lógica:

- El supuesto fatalismo según el cual ORANGE y VODAFONE no podían hacer otra cosa más que alinear sus tarifas con las de MOVISTAR no se mantiene. Una estrategia tendente a mantener precios más bajos, aunque suponga perder ingreso a corto plazo, puede resultar económicamente racional si permite atraer clientes. De hecho operadores como YOIGO no aumentaron sus tarifas y vieron mejorar su posición.

- Tanto ORANGE como VODAFONE tenían previsto aplicar unas tarifas distintas a las finalmente aplicadas. Si las alinearon fue porque existía una voluntad clara de mantener el *status quo*. Hubo invitación y aceptación de la invitación a realizar un determinado movimiento de tarifas, lo cual supone un acuerdo de voluntades.
- No es aplicable tampoco la doctrina REPSOL/BUTANO que fundamenta que la responsabilidad del artículo 1 pueda atribuirse solo a una de las partes. No estamos ante un acuerdo vertical, ni MOVISTAR dispone de una posición de dominio que le permita imponer precios a sus competidores.

En vista de todo ello la OCU solicita que tanto ORANGE como VODAFONE sean declarados responsables de la infracción junto con MOVISTAR, porque restringieron la libertad de elección de los consumidores, al menos con respecto a la variable precio.

El hecho de que la coordinación se haya producido para contrarrestar la pérdida de ingresos derivada de la declaración como abusivas de las cláusulas de redondeo es un hecho relevante que debería ser tenido en cuenta a efectos de la gradación de la sanción. Han tratado de mantener el *status quo* construido sobre un enriquecimiento injusto. Debe tenerse presente que el artículo 87.5 de la Ley 44/2006 restringe el uso que del concepto establecimiento de llamada pueden hacer los operadores. Tratándose de empresas distintas con estructuras de costes diferentes no se comprende como los costes de prestación del servicio se incrementan igual para las tres. Si querían compensar la pérdida de ingresos deberían haberlo hecho sobre otra variable de precio no sujeta a limitaciones por Ley.

SEXTO. El Consejo debe pronunciarse sobre si MOVISTAR, ORANGE y VODAFONE incurrieron en una práctica prohibida por el artículo 1 de la Ley 15/2007, “*consistente en el anuncio por MOVISTAR de sus nuevas tarifas a aplicar a partir del 1 de marzo de 2007 con una antelación suficiente como para que ORANGE y VODAFONE pudieran imitarlas, con el único objetivo posible de que así fuera, y en la imitación por ORANGE, primero, y VODAFONE, después, de las nuevas tarifas de MOVISTAR.*”

De acuerdo con esta propuesta, estaríamos ante una imputación de práctica colusoria consistente en un intercambio de información basado en un anuncio del operador líder del mercado que tendría por objeto falsear la competencia.

La Dirección de Investigación identifica una práctica que cataloga de intercambio de información “artificial” (elemento de concertación), deduce que dicha práctica ha producido un cierto paralelismo en el mercado (falseamiento de la competencia) y argumenta que el objeto de dicho anuncio sólo puede ser anticompetitivo. (Ver folio 6847, Informe propuesta: “*Por tanto, el hecho de que MOVISTAR comunicara sus nuevas tarifas con una antelación suficiente sobre la fecha límite de comunicación (31 de enero de 2007) provocó que las nuevas tarifas de las compañías revistieran numerosos e importantes paralelismos. Lo relevante, entonces, es determinar qué racionalidad tuvo el “adelanto” de MOVISTAR sobre la fecha límite de comunicación*”. Son las imputadas quienes en sus alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos plantean la imputación en términos de conducta conscientemente paralela, a lo que la Dirección de Investigación trata de responder. Sin embargo, vuelve a su vez este órgano a reiterar la existencia de un intercambio de información “artificial” como práctica colusoria que ha alterado la competencia provocando paralelismos en el comportamiento de los operadores (apartado 200).

Para enjuiciar este tipo de prácticas se dispone de un cierto acervo doctrinal. La reciente Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 4 de junio de 2009 en el asunto C-8/08 da muestra de ello. Esta Sentencia da respuesta a una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el College van Beroep voor het Bedrijfsleven (Países Bajos), mediante resolución de 31 de diciembre de 2007, recibida en el Tribunal de Justicia el 9 de enero de 2008, en el procedimiento entre T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Vodafone Libertel NV, Orange Nederland NV y Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit y hace referencia precisamente a un intercambio de información entre operadoras de telefonía móvil. Si bien en este caso se habían dado contactos directos entre las empresas, el Tribunal de Justicia se manifiesta acerca de la naturaleza y el perímetro de las prácticas concertadas y, en particular, de los intercambios de información. En ella se dice (énfasis añadido):

“26. Por lo que respecta a la definición de práctica concertada, el Tribunal de Justicia declaró que tal práctica concertada es una forma de coordinación entre empresas que, sin haber desembocado en la celebración de un convenio propiamente dicho, sustituye conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas (véanse las sentencias de 16 de diciembre de 1975, Suiker Unie y otros/Comisión, 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. p. 1663, apartado 26, y de 31 de marzo de 1993, Ahlström Osakeyhtiö y otros/Comisión, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 y C-125/85 a C-129/85, Rec. p. I-1307, apartado 63)

27. Por lo que respecta a la apreciación del carácter contrario a la competencia de una práctica concertada, procede examinar particularmente y la finalidad objetiva que pretende alcanzar, así como el contexto económico y jurídico en que se inscribe (véanse, en este sentido, las sentencias de 8 de noviembre de 1983, IAZ y otros/Comisión, 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 y 110/82, Rec. p. 3369, apartado 25, y de 20 de noviembre de 2008, Beef Industry Development Society y Barry Brothers, C-209/07, Rec. p. I-0000, apartados 16 y 21). Además, si bien la intención de las partes no constituye un elemento necesario para determinar el carácter restrictivo de una práctica concertada, nada impide a la Comisión de las Comunidades Europeas o a los órganos jurisdiccionales comunitarios tenerla en cuenta (véanse, en este sentido, la sentencia IAZ y otros/Comisión, antes citada, apartados 23 a 25).

32. (...) por lo que respecta al intercambio de información entre competidores, ha de recordarse que los criterios de coordinación y cooperación constitutivos de una práctica concertada deben interpretarse a luz de la lógica inherente a las disposiciones sobre competencia del Tratado, según la cual todo operador económico debe determinar autónomamente la política que pretende seguir en el mercado común (véanse las sentencias Suiker Unie y otros/Comisión, antes citada, apartado 173; de 14 de julio de 1981, Züchner, 172/80, Rec. p. 2021, apartado 13, Ahlström Osakeyhtiö y otros/Comisión, antes citada, apartado 63, y de 28 de mayo de 1998, Deere/Comisión, C-7/95 P, Rec. p. I-3111, apartado 86).

33. Si bien es cierto que esta exigencia de autonomía no excluye el derecho de los operadores económicos a adaptarse con habilidad al comportamiento que han comprobado o que prevén que seguirán sus competidores, sí se opone sin embargo de modo riguroso a toda toma de contacto directo o indirecto entre dichos operadores por la que se pretenda influir en el comportamiento en el mercado de un competidor actual o

potencial, o desvelar a tal competidor el comportamiento que uno mismo va a adoptar en el mercado o que se pretende adoptar en él, si dichos contactos tienen por objeto o efecto abocar a condiciones de competencia que no correspondan a las condiciones normales del mercado de que se trate, teniendo en cuenta la naturaleza de los productos o de los servicios prestados, el tamaño y número de las empresas y el volumen de dicho mercado (véanse, en este sentido, las sentencias Suiker Unie y otros/Comisión, apartado 174; Züchner, apartado 14, y Deere/Comisión, apartado 87, antes citadas).”

La doctrina por tanto es contraria, de modo riguroso, a los contactos indirectos entre operadores que puedan debilitar la competencia (*abocar a condiciones de competencia que no correspondan a las normales del mercado de que se trate*). Por contactos indirectos se pueden entender, entre otros, aquellos en los que la información se transmite a través de un tercero o mediante un canal no directo de comunicación entre competidores.

Estos contactos indirectos serán ilícitos si pretenden influir en el comportamiento de mercado de un competidor actual o potencial o desvelar el comportamiento que se va a adoptar o se pretende adoptar en el mercado. Esta afirmación última leída en solitario no debe llevar a concluir que el mero anuncio unilateral de un operador pueda constituir conducta prohibida por el artículo 1. Como nos dice la antes citada Sentencia, “*debe interpretarse a luz de la lógica inherente a las disposiciones sobre competencia del Tratado*”. En concreto, a la luz del artículo 1 y, en particular, de la definición que ofrece la doctrina de práctica concertada. De ello se concluye que el operador que realiza el anuncio debe tener la capacidad y la intención de influir sobre el comportamiento del resto de competidores, de manera que se produzca una cooperación práctica entre las empresas con el objeto de sustituir de forma consciente los riesgos inherentes a la lucha competitiva por la coordinación de sus comportamientos en el mercado.

En vista de lo expuesto, entiende este Consejo que la doctrina permite considerar dentro del ámbito del artículo 1 como supuestos de infracción prácticas mediante las cuales un competidor anuncie unilateralmente de forma directa o indirecta su estrategia a sus competidores con el fin de deteriorar o falsear las condiciones de competencia en el mercado y éstos “cooperen” siguiéndole. En respuesta a algunas de las alegaciones planteadas, debe subrayarse que este elemento consensual o de cooperación que persigue evitar la rivalidad propia del mercado permite, a juicio del Consejo, incardinar tales conductas bajo el ámbito del artículo 1, aunque hayan sido –al menos, aparentemente- desencadenadas unilateralmente, cuando las condiciones del mercado hacen innecesario un mayor grado/nivel de entendimiento o intercambio de información previos para alcanzar el resultado anticompetitivo.

Tampoco es necesario, como se pretende por alguna de las partes, que el competidor tenga en el momento del anuncio absoluta certeza sobre el grado de seguimiento que tendrá su estrategia. La total ausencia de incertidumbre es algo que difícilmente se le puede exigir al funcionamiento de los mercados y al comportamiento de las empresas que en ellos operan.

No debe confundirse, en ningún caso, este tipo de anuncios con lo que la norma y la doctrina tipifican como recomendaciones colectivas, en las que el elemento consensual va implícito en el propio anuncio al dirigirse a empresas competidoras entre sí.

SÉPTIMO. Se considera acreditado que TME anunció la modificación de sus tarifas, que sus competidores accedieron a esta información y que, como consecuencia de ello, modificaron su estrategia. La cuestión es si estos hechos responden a una cooperación práctica entre competidores desencadenada por TME que ha tenido como fin la reducción de la competencia.

La Dirección de Investigación considera que así es y concluye que hay infracción porque a) el anuncio de TME ha provocado un paralelismo en la conducta de los competidores y b) el único objeto de la conducta de TME ha sido el de mitigar la rivalidad competitiva. Procede por ello valorar ambas cuestiones a la luz de las informaciones contenidas en el expediente y de las alegaciones presentadas por las partes.

Respecto al paralelismo de conducta supuestamente causado por el anuncio de TME dice la Dirección de investigación:

“MOVISTAR comunicó sus modificaciones a partir del 20 de enero y, además, las anunció en prensa el día 23 de enero. ORANGE y VODAFONE tuvieron conocimiento de las nuevas condiciones comerciales que aplicaría MOVISTAR entre el 23 y el 25 de enero, antes de haber comunicado las suyas, y cambiaron las modificaciones tarifarias que tenían la intención de aplicar para adecuarlas a las que había anunciado MOVISTAR (H.A. 3 a 6, 10 y 11).

Así, las nuevas tarifas aplicadas por los tres operadores a partir de marzo de 2007 en el tráfico de voz resultaron idénticas en cuanto a (H.A. 7 a 9):

- (i) La tarificación por segundos desde el inicio de la llamada en los planes residenciales, obligatoria por la Ley 44/2006.*
- (ii) La tarificación por segundos desde el inicio de la llamada en los planes de negocios (autónomos y PYMES).*
- (iii) La compensación de las pérdidas provocadas por la prohibición del redondeo y el consiguiente cambio en los sistemas de facturación mediante modificaciones en el resto de las condiciones económicas de los planes, con el objetivo de hacer neutro el impacto en los ingresos de cada operador.*
- (iv) Las variables utilizadas para compensar la pérdida de ingresos por la prohibición del redondeo: el establecimiento de llamada y las tarifas por tiempo de tráfico.*
- (v) El nuevo nivel del establecimiento de llamada en las llamadas nacionales de los planes residenciales (el establecimiento de llamada pasó de 12 a 15 céntimos de euro, salvo en el plan “Vitamina al Segundo” de VODAFONE, que se quedó en 12).*
- (vi) El nuevo nivel del establecimiento de llamada en las llamadas nacionales de los planes de negocios (el establecimiento de llamada pasó de 12 a 15 céntimos de euro en todos los planes).*
- (vii) El nuevo nivel del establecimiento de llamada en las llamadas en roaming para MOVISTAR y ORANGE (que pasó de 12 a 45 céntimos), muy similar al de VODAFONE (que pasó de 0 a 47 céntimos).*
- (viii) El nuevo nivel del establecimiento de llamada en las llamadas internacionales de los planes residenciales de pospago y de los planes de negocios de MOVISTAR y ORANGE (45 céntimos), muy cercano al de VODAFONE en los planes de negocios (42 céntimos).”*

La información contenida en el expediente y las alegaciones realizadas por partes lleva a cuestionar en unos casos los propios paralelismos o identidades de conducta y en otros la causalidad del anuncio sobre ellos.

Con respecto a (i), como bien dice la propia Dirección de Investigación la tarificación por segundos desde el inicio de la llamada en los planes residenciales vino impuesta por Ley, luego no cabe imputar tal paralelismo al anuncio.

En el caso de (ii), consta en el expediente evidencia de que en sus análisis sobre la modificación tarifaria a aplicar los operadores ya se inclinaban por hacer la tarificación por segundos extensiva al segmento de PYMES y de autónomos por razones diversas (reducir riesgo regulatorio, simplificar la gestión...). Sean cuáles fueren las razones, lo cierto es que no se puede afirmar que los operadores llegaron a esta decisión como consecuencia del anuncio.

Algo similar sucede con las identidades (iii) y (iv). Tal y como se ha expuesto en los Hechos Probados (Hecho Probado 11 a 15), de los documentos internos de las empresas que obran en el expediente se deduce que los operadores concluyeron de manera autónoma que estas opciones resultaban mejores que otras posibles. Ante la adopción de una norma que impedía la tarificación por tramos, cada uno de los operadores analizó por separado la modificación de sus tarifas y consideró que la opción preferible era variarlas de tal forma que su ingreso no se viera modificado a la baja. Asimismo, por razones diversas valoraron que la opción preferible para mantener su ingreso era una combinación de subida del establecimiento y ajuste, en la mayor parte de casos al alza, de las tarifas por tiempo.

Varias asociaciones de consumidores manifiestan que las operadoras han tratado de mantener su *statu quo* construido sobre un enriquecimiento injusto. Razonan diciendo que puesto que la Ley 44/2006 prohíbe la tarificación por tramos, el ingreso derivado por este concepto debe reputarse abusivo y, por tanto, ilícito su mantenimiento. No puede aceptar el Consejo esta alegación. En primer lugar, como se ha expuesto en el Hecho Probado 25, la Audiencia Provincial de Madrid anuló dicha Sentencia. Pero además, incluso la propia Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid explicita que no entra a valorar si el importe del precio era abusivo, sino la transparencia del mecanismo para su fijación (Hecho Probado 7).

Pese a todo lo anterior, no deja de ser revelador como pone de manifiesto la OCU, el comportamiento de los operadores. Ante la entrada en vigor de una norma que les obliga a suprimir la tarificación por tramos, los operadores toman la decisión de modificar sus tarifas de tal forma que su ingreso no se vea modificado a la baja y deciden que la opción preferible para mantener el ingreso es una combinación de subida del establecimiento y ajuste, en la mayor parte de casos al alza, de las tarifas por tiempo. Una de las razones que apoyan esta decisión es que de esta forma la subida resulta menos transparente para los consumidores. Aunque es cierto que los operadores llegan a estas conclusiones de manera autónoma, no lo es menos que al hacerlo tienen en cuenta el comportamiento esperado de los demás y, en particular, del líder, así lo manifiestan explícitamente en sus análisis y en sus alegaciones. No en vano nos encontramos en un mercado de características oligopolísticas, donde los operadores interactúan de forma repetida. Sabedores de que el establecimiento gana visibilidad con las modificaciones previstas, anticipan que salir al mercado con establecimientos diferentes a sus competidores directos puede favorecer la migración de clientes. Especialmente si se tiene en cuenta que el 107 del RD 424/2005 y el artículo 12.3 de la Ley 26/1984 modificada por la Ley 44/2006 permiten a los consumidores rescindir contrato sin pago de penalizaciones al tratarse de la modificación unilateral de una de las condiciones del contrato. Por eso ORANGE y VODAFONE coinciden, dado el contexto jurídico-económico, en que la mejor opción es esperar a conocer donde se posiciona TME.

El Consejo no va a poner en cuestión que el comportamiento al que nos referimos (decisión de mantener el ingreso a través de la modificación de las mismas variables) entra dentro del derecho de los operadores económicos a adaptarse con habilidad al comportamiento que han comprobado o que prevén que seguirán sus competidores. Máxime si tenemos en cuenta que el mismo tuvo lugar en un contexto de especial transparencia, generado por la aprobación de una norma que afectaba a la tarifa de los operadores imputados en un mismo sentido.

Pero el que la finalidad objetiva de dicho comportamiento, así como el contexto económico y jurídico en que el mismo se inscribe, no permitan calificar dicho comportamiento como ilícito no implica que debamos considerarlo competitivo. La decisión consciente de preservar el ingreso y esperar a la señal del líder para seguirle supone mitigar –aunque sea de forma racional y por medios en este caso lícitos- la rivalidad que caracteriza a los procesos competitivos.

A este respecto las partes imputadas se han esforzado en sus alegaciones por presentar elementos que a su juicio demuestran que el mercado es competitivo. A juicio del Consejo este ejercicio es poco útil para entender los hechos que nos ocupan. La cuestión relevante es que los operadores reconocen abiertamente su interdependencia: toman en cuenta los unos las decisiones de los otros, se enfrentan a un juego repetido y temen las represalias a las que puedan enfrentarse si su comportamiento no se alinea con el resto. De hecho, previamente a la modificación tarifaria analizada los tres operadores han mantenido durante años el establecimiento de llamada a 0.12€. Que haya elementos que revelen una cierta dinámica competitiva no está reñido con que la competencia entre los operadores se pueda ver, en determinados contextos, sofocada. El hecho de que los operadores anticipen que pueden recuperar ingresos vía la modificación de tarifas ante un cambio legislativo resulta revelador acerca del grado de intensidad de la competencia en precios.

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

Dicho lo anterior, la relativa falta de rivalidad observada ante la entrada en vigor de la Ley 44/2006 no viene causada por el anuncio de precios de TME que se analiza en el presente expediente.

Siguiendo con el análisis de identidades enunciadas por la DI, en lo que respecta a (vii) y (viii), los operadores han alegado que el anuncio de TME y la modificación de tarifas que entró en vigor en marzo no llevó de forma clara a una mayor similitud en las tarifas de establecimiento de las llamadas en *roaming* y en las llamadas internacionales. A la vista de la información puesta de manifiesto en el Hecho Probado 24, esta alegación debe ser tenida en cuenta.

Queda por tanto que el anuncio de TME sí conllevo la identidad en el nuevo nivel del establecimiento para llamadas nacionales a clientes residenciales y de negocios (PYMES y autónomos) entre los tres operadores. Claramente, VODAFONE y ORANGE se adaptaron a esta tarifa de establecimiento una vez conocieron la de TME y así lo han reconocido ambos operadores. Pero, como también han reconocido y se deduce de su documentación interna, la decisión de seguir a TME les llevo a modificar a la baja las tarifas de establecimiento –que no la tarifas por tiempo- sobre lo que tenían planificado para evitar su desposicionamiento respecto al operador líder del mercado.

En este orden de cosas no se puede concluir que el anuncio de TME haya provocado una cooperación ilícita entre operadores.

Respecto a la manifestación de las asociaciones de consumidores de que las diferentes estructuras de costes de las operadores deberían llevarles necesariamente a distintas tarifas, el Consejo comparte las reflexiones que la CMT realiza en su Resolución por la que da contestación a las preguntas formuladas por la SETSI y del INC en relación con las modificaciones tarifarias de la Ley 44/2006 aprobado el 29 de marzo de 2007. Dice la CMT: *“El precio minorista de un servicio es la expresión de su valor, el cual depende entre otros factores de su grado de utilidad para el consumidor, su calidad percibida, de la imagen que lleva consigo creada mediante publicidad y promoción y del nivel de servicio que acompaña a dicho servicio.”* Cita a partir de aquí las variables básicas de referencia sobre las que las compañías fijan sus precios minoristas en telefonía móvil, que son, entre otras, los costes en que incurren para proveer y comercializar el servicio, la necesidad de modular el consumo a efectos de la utilización eficiente de los recursos de la red, los precios fijados por la competencia, las restricciones de tipo legal o los objetivos que persiguen las operadoras con sus políticas comerciales. Y dice textualmente la CMT: *“Aunque la expresión precio por “establecimiento de la llamada” es de uso común por parte de los operadores, la realidad es que se trata de una parte del precio común a toda la llamada. De hecho en los sistemas de tarificación antiguos, el concepto tarifario de precio por establecimiento más el precio por el primer minuto constituyen sumados el precio real asociado a la llamada. El hecho de que ello suponga una franquicia de 59 segundos no altera la circunstancia de que se trata de un precio por llamada, dependiendo del usuario el que consuma o pierda la franquicia. Así es mucho más claro que hablar de que se factura un tanto fijo por cada llamada y otro tanto variable por la duración de la misma.”* Concluye la CMT que *“el coste, es por tanto, una variable más sobre la cual las compañías deciden en un mercado competitivo el precio al cliente final...”*. Estas consideraciones de la CMT van en la línea de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid sobre al tarificación por tramos citada en el Hecho Probado 25.

OCTAVO. La existencia de práctica colusoria según la Dirección de Investigación descansa sobre la antelación con que TME anunció su cambio tarifario y sobre el presupuesto de que dicha antelación sólo puede tener una finalidad colusoria. Este planteamiento, a la vista de la información que obra en el expediente, es cuestionable.

En primer lugar, porque las explicaciones alternativas a la colusión dadas por TME resultan racionales y plausibles. TME venía obligada a modificar sus tarifas por Ley antes del 1 de marzo y a publicitar dicha modificación con, al menos, un mes de antelación. TME ha respondido a diversos requerimientos de la Dirección de Investigación sobre la forma en que comunicó las nuevas tarifas y, en particular, sobre el proceso de emisión de las e-facturas. De forma simplificada, el proceso de emisión de la e-factura corre paralelo al de las facturas ordinarias.

Mientras que estas tienen que ser físicamente emitidas, ensobradas y enviadas, la e-factura puede estar accesible con antelación. La cuestión es que no resulta acreditado que TME hiciera nada “anormal” con respecto a otras ocasiones en los procesos de facturación que sirven de soporte para publicitar la modificación de sus tarifas, ni en cuanto a los plazos en que se produjo ni en cuanto a los canales que utilizó para realizar el anuncio. También resulta racional la estrategia de comunicación pública que siguió, especialmente si se tiene en cuenta la presión mediática a la que estaba sometida la compañía en aquel momento.

Por tanto, tampoco se puede concluir que el único objeto –ni, posiblemente, el más probable- del anuncio de TME haya sido el de mitigar la rivalidad competitiva.

En segundo lugar, es plausible que de haberse pospuesto el anuncio o de haberse realizado de otra forma el resultado alcanzado no hubiera sido muy diferente. ORANGE y VODAFONE han manifestado explícitamente su intención de conocer la oferta de TME antes de tomar su decisión final sobre tarifas para no desposicionarse. De hecho, modificaron sus ofertas cuando el 23 de enero conocieron la oferta de TME. Hay razones para pensar que si el anuncio de TME se hubiera retrasado unos días el resultado hubiera sido similar. Y el anuncio es algo que, por imperativo legal, no se podía evitar.

Luego hay dudas razonables sobre que la supuesta antelación en el anuncio de TME tuviera por objeto restringir la competencia.

NOVENO. Dado que no se ha concluido la existencia de infracción por el artículo 1 de la Ley 16/1989, el Consejo considera que huelga entrar a dar respuesta a otros aspectos largamente debatidos en las alegaciones, cuáles son si hay infracción por el artículo 81 del TCE o el grado de responsabilidad de los distintos imputados en una conducta que, al fin y a la postre, no se ha declarado.

En su virtud, este Consejo, vistos los preceptos legales citados y los demás de general aplicación,

RESUELVE

ÚNICO.- Que de acuerdo con el artículo 53.1.c) procede declarar que no ha resultado acreditada la existencia de prácticas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 16/1989 entre las compañías operadoras TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U., VODAFONE ESPAÑA, S.A. y FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. a raíz de las modificaciones anunciadas en las tarifas de sus diferentes planes de consumo de telefonía móvil a finales de enero de 2007.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.

VOTO PARTICULAR

CONCURRENTE que pone el Señor Consejero D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, a esta Resolución dictada por el Pleno del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en el Expediente Sancionador 2759/07 Telefónica Móviles.

El Pleno del Consejo **RESUELVE** que de acuerdo con el Artículo 53.1c) procede declarar que no ha resultado acreditada la existencia de prácticas prohibidas por el Artículo 1 de la Ley 16/1989 entre las compañías operadoras TELEFONICA MOVILES ESPAÑA SAU, VODAFONE ESPAÑA SA., y FRANCE TELECOM ESPAÑA SA., a raíz de las modificaciones anunciadas en las tarifas de sus diferentes planes de consumo de telefonía móvil a finales de enero de 2007.

Estando conforme con lo resuelto, entiendo que tanto el establecimiento de Hechos Probados como la Fundamentación Jurídica de la resolución, o bien no aparecen claramente concretados y establecidos los primeros; o bien la segunda, al estar dictada en clave económica adolece, a mi entender, del suficiente rigor jurídico, que no cierra lo dispuesto en el Artículo 53.1c) de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia.

Por ello, este Voto Particular Concurrente abordará tanto el establecimiento y concreción de los Hechos Probados, como la Fundamentación Jurídica suficiente, a mi juicio, para concluir de conformidad con lo resuelto.

Voto Particular Concurrente que desarrollo del siguiente tenor:

I.- HECHOS PROBADOS

Entiendo que el establecimiento de los HECHOS PROBADOS que conforman la meritada Resolución del Pleno responde a una *traslación exclusivamente mimética* de la propuesta que eleva la actual Dirección de Investigación, partiendo de la instrucción hecha por el extinto Servicio de Defensa de la Competencia.

De ahí que, a mi entender, los HECHOS PROBADOS deberían haberse concretado así:

PRIMERO.- Es un hecho cierto, indubitado y fehaciente que el extinto Servicio de Defensa de la Competencia, el día 31 de Enero del 2007, inicia una **Información Reservada** “ante el conocimiento de los anuncios de aumentos de las tarifas de telefonía móvil, que tendrían lugar a partir del 1 de Marzo”. Y ello, con el objeto de conocer la realidad de tales hechos para determinar la existencia de indicios de infracción de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia y solicita información a MOVISTAR, VODAFONE y ORANGE.

En el Servicio de Defensa de la Competencia se reciben *denuncias sucesivas* de FACUA (1 Febrero 2007); CEACCU (2 Febrero 2007); OCU (5 Febrero 2007); UCE (12 Febrero 2007); ASGECO (26 Febrero 2007); UNAE (5 Marzo 2007); IRACHE (6 Marzo 2007) y AUSBANC (20 Marzo 2007).

SEGUNDO.- Es un hecho cierto, indubitado y fehaciente que con fecha 9 de Octubre del 2007, a la vista del resultado de la Información Reservada, la Dirección de Investigación toma el **Acuerdo de incoar Expediente Sancionador** (Expediente 2759/07) contra MOVISTAR, VODAFONE y ORANGE “*por prácticas restrictivas de la competencia, prohibidas por el Artículo 1 de la Ley 15/2007*” considerando como interesados, además, a Facua, Ceaccu, Ocu, Uce, Asgeco, Irache y Ausbanc.

TERCERO.- Es un hecho cierto, indubitado y fehaciente que, con fecha 1 de Julio del 2008, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 50.3 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, se formula por la Dirección de Investigación **Pliego de Concreción de hechos**.

La Dirección de Investigación, con fecha 3 de Febrero del 2009, eleva a este Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, su **Informe Propuesta**, “a la vista de lo actuado, conforme al Artículo 50.4 de la LDC, y **PROPONE**:

- **Primero.-** Que se declare la existencia de una práctica prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989 consistente en el anuncio por MOVISTAR de sus nuevas tarifas a aplicar a partir del 1 de Marzo de 2007 con una antelación suficiente como para que ORANGE y VODAFONE pudieran imitarlas, con el único objetivo posible de que así fuera y en la imitación por ORANGE primero y VODAFONE después, de las nuevas tarifas de MOVISTAR.
- **Segundo.-** Que esa conducta colusoria se tipifique, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción muy grave del Artículo 62.4a) de la Ley 15/2007.
- **Tercero.-** Que se declare responsable de la infracción a MOVISTAR.
- **Cuarto.-** Que se imponga la sanción prevista en el Artículo 63.1c) de la Ley 15/2007 teniendo en cuenta los criterios para la determinación de la sanción previstos en el Artículo 64 de la Ley 15/2007.

CUARTO.- Es un hecho cierto, indubitado y fehaciente que el día 31 de Diciembre del 2006 entró en vigor la **Ley 44/2006 de 29 de Diciembre, de Mejora de la protección de consumidores y usuarios**, que venía a modificar la Ley 26/1984 de 19 de Julio, General para la defensa de consumidores y usuarios.

Entre otras modificaciones, en su **Artículo 1 Catorce** “reañaden dos nuevas Cláusulas, la 7 bis y la 17 bis, a la Disposición Adicional Primera y se modifica la Cláusula número 22, en los siguientes términos:

Cláusula 7 bis. Las estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los productos o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva.

En aquellos sectores en los que el inicio del servicio conlleve indisolublemente un coste para las empresas o los profesionales no repercutido en el precio, no se considerará abusiva la facturación por separado de tales costes, cuando se adecuen al servicio efectivamente prestado.

La Disposición Transitoria Primera sobre el Régimen transitorio en materia de contratos celebrados con los consumidores dispone que los contratos con los consumidores deberán adaptarse a las modificaciones introducidas por esta Ley, en el plazo de dos meses desde su entrada en vigor. Transcurrido dicho plazo, las cláusulas contrarias a lo previsto en esta Ley serán, por tanto, nulas de pleno derecho.

En relación y concordancia con lo anterior, dispone el *Artículo 10 bis párrafo 2* que “*serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas abusivas. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el Artículo 1258 del Código Civil y al principio de la buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato*”.

QUINTO.- Es un hecho cierto, indubitado y fehaciente que el **Reglamento** sobre condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por **Real Decreto 424/2005 de 15 de Abril**, dispone en su *Artículo 107* que “*cualquier propuesta de modificación de las condiciones contractuales, incluidas las mencionadas en el Artículo 105.2 deberá ser comunicada al abonado con una antelación mínima de un mes, en la que se informará, al mismo tiempo, del derecho del abonado a resolver anticipadamente el contrato sin penalización alguna en caso de no aceptación de las nuevas condiciones*”.

SEXTO.- Es un hecho cierto, indubitado y fehaciente que MOVISTAR comunicó a sus clientes que *cambiaría sus tarifas a partir del 1 de Marzo*, para adaptarlas a lo dispuesto en la Ley 44/2006, proporcionando el detalle de las nuevas tarifas.

MOVISTAR, entre el 20 y el 24 de Enero del 2007, colgó en su página web las facturas electrónicas (*e-facturas*) del 1 de Febrero de sus clientes que tuvieran contratado ese servicio. En las facturas se informaba que, en aplicación de lo dispuesto en la Ley 44/2006, a partir del 1 de Marzo del 2007.

- las llamadas se tarificarían por segundos desde el inicio de la llamada.
- asimismo, se informaba de las nuevas tarifas que serían aplicables a los planes residenciales (dirigidos a clientes particulares) y no residenciales (dirigidos a clientes de negocios o empresas)

de pospago (contrato) para llamadas nacionales (a fijos y móviles y a número de servicio), internacionales y en itinerancia internacional (*roaming*).

- a los clientes con *e-factura*, además, se les envió mensajes de texto (*SMS*) el día 31 de Enero.

MOVISTAR, el día 23 de Enero, emitió un comunicado de prensa informando sobre *la modificación de las tarifas de tráfico de voz nacional* (de planes de prepago y pospago) para adaptarlas a lo dispuesto en la Ley 44/2006. En dicha nota de prensa, MOVISTAR explicaba los principales elementos de sus modificaciones: *fecha de entrada en vigor; cambio en el establecimiento de llamada de doce a quince céntimos; aumento del precio medio por minuto; abaratamiento de determinadas llamadas; y efecto neutro de las modificaciones para MOVISTAR.*

MOVISTAR, el día 25 de Enero, publicó en su página web (*en abierto*) el detalle de las nuevas tarifas aplicables a partir del 1 de Marzo del 2007, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 44/2006, *para todos los planes (prepago y pospago) y toda la tipología de llamadas.*

MOVISTAR, el día 26 de Enero, envió una comunicación a sus puntos de venta informándoles de las nuevas tarifas y dando instrucciones de transmitir las a los clientes.

MOVISTAR, entre el 26 y el 31 de Enero, envió mensajes de texto a sus clientes de prepago (tarjeta) informándoles del cambio de tarifas a partir del 1 de Marzo del 2007 y de la posibilidad de consultarlas en su página web o *en el número gratuito 3503*. MOVISTAR comenzó el día 26 de Enero a informar en este número de las nuevas tarifas de prepago (tarjetas).

MOVISTAR, el día 31 de Enero del 2007, notificó a sus clientes de pospago las nuevas tarifas, mediante encarte en la factura de 1 de Febrero del 2007.

MOVISTAR *ahora* en lo atañente a la antelación de la comunicación ha actuado de *forma similar a la de otras comunicaciones de modificaciones de las condiciones económicas de los contratos con sus usuarios, que MOVISTAR ha practicado desde Mayo del 2005.*

SÉPTIMO.- VODAFONE comenzó a estudiar las implicaciones de la *posible obligación de facturar por segundos* todas sus llamadas a *finales del 2005*, creando un *grupo de estudio* de las *diferentes alternativas*, que denominó *BABIECA*.

Este grupo estuvo activo hasta Abril del 2007, siendo el *encargado de liderar la propuesta de nuevas tarifas adaptadas a la Ley 44/2006.*

OCTAVO.- VODAFONE, el día 30 de Enero del 2007, comunicó que cambiaría sus tarifas a partir del 1 de Marzo para adaptarlas a lo dispuesto en la Ley 44/2006. Ese día emitió un comunicado de prensa en el que detallaba las nuevas tarifas que serían aplicables a sus clientes a partir del 1 de Marzo del 2007. VODAFONE reforzó la comunicación a sus clientes por medio de encartes en facturas (clientes pospago) y mensajes de texto (clientes prepago).

NOVENO.- ORANGE, el día 28 de Enero del 2007, comunicó a sus clientes que cambiaría sus tarifas para adaptarlas a lo dispuesto en la Ley 44/2006. El día 29 de Enero comunicó el detalle de las nuevas tarifas aplicables a todos sus planes. ORANGE, entre el 28 de Enero y el 2 de Febrero del 2007 envió mensajes de texto (SMS) a parte de sus clientes de prepago, informándoles que a partir del 28 de Febrero (algunas tarifas a partir del 6 de Mayo) sus llamadas tarificarían por segundos desde el inicio de la llamada y que cambiarían las tarifas de sus planes. El 29 de Enero, envió cartas al resto de sus clientes residenciales informándoles de las nuevas tarifas vigentes a partir del 28 de Febrero del 2007. El mismo día 29 publicó estas cartas en abierto en su página web. Finalmente, el 29 de Enero del 2007 envió una comunicación a sus puntos de venta, informándoles de las nuevas tarifas aplicables a partir del 28 de Febrero.

ORANGE, entre los días 24 y 25 de Enero, adoptó la decisión definitiva sobre sus tarifas.

DÉCIMO.- El anuncio de MOVISTAR *forzó una bajada en las tarifas de establecimiento, con respecto a las que manejaban en sus planes VODAFONE y ORANGE, ante la multitud de opciones de cada compañía y el riesgo de desposicionamiento, existiendo una muy alta probabilidad de que las nuevas tarifas de cada compañía fueran distintas,* **afirma** la Dirección de Investigación

UNDÉCIMO.- Según la Dirección de Investigación, la estructura del mercado de servicios minoristas de comunicaciones móviles, *en el momento de la investigación de los hechos se caracteriza:* (1) por ser un mercado marcadamente oligopolista; (2) oferta concentrada en un reducido número de operadores con economías de escala similares; (3) producto homogéneo; (4) barreras a la entrada y a la expansión; (5) falta de un poder compensatorio de la demanda; y (6) transparencia de los precios.

Sentado lo anterior, la Dirección de Investigación desarrolla tales características así:

1º oferta concentrada en un reducido número de oferentes, que acaparan la práctica totalidad del mercado. La cuota conjunta de mercado de MOVISTAR, VODAFONE y ORANGE, en el primer trimestre del 2007, sumaba el 99,6% de ingresos y el 99,2% de clientes (*líneas*).

Los operadores alternativos (YOIGO y los operadores móviles virtuales) tenían una importancia muy pequeña respecto a cualquiera de los operadores investigados, de manera que la presión competitiva que ejercían era prácticamente nula. Además las cuotas de mercado de los tres operadores investigados habían permanecido relativamente estables en el tiempo. Así, desde el primer trimestre del 2005 hasta el primer trimestre del 2007, la cuota de mercado por ingresos de MOVISTAR se mantuvo entre el 49%-53%; la de VODAFONE entre el 28%-33%; y la de ORANGE entre el 16%-18%.

Finalmente, las estructuras de costes de los tres operadores eran similares.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (*Resolución AEM 2005/933 de 2 de Febrero del 2006*) considerando que las economías de escala de los operadores se estancan a partir de cuotas de mercado del 20%-25% concluía que *“en resumen, estimamos que las diferencias entre los tres operadores móviles en las estructuras de costes y en los costes*

unitarios son de pequeña identidad. Es decir, no eliminan o compensan los incentivos que tienen los tres operadores para adoptar una acción coordinada. Más aún, es previsible que en el próximo periodo de dos años la principal diferencia derivada de las bandas de frecuencia que explotan los ORM se reduzca ya que, como consecuencia del concurso de la concesión de frecuencias citado, las tres ORM están casi equiparados en cuanto a disposición de espectro de frecuencias”.

2º los servicios son homogéneos, toda vez que las unidades ofrecidas por los diferentes oferentes son consideradas por los consumidores *sustitutivas perfectas unas de otras.*

Una de las principales causas de esta homogeneidad es la estandarización: el estándar GSM y sucesivos de telefonía móvil (DCS-1800 y UMTS) *constituyen un éxito de la industria de estandarización y equipamientos europeos.*

3º barreras a la entrada y a la expansión de nuevos competidores. Ello es debido a que el espectro radioeléctrico es limitado; la entrada y captación de clientes exige incurrir en elevados costes hundidos; la existencia de economías de escala significativas; y de red.

4º el poder de negociación de un usuario es nulo y la afectación al operador por el cambio de usuario es de cuantificación infinitesimal. Y sin embargo, *la movilidad de la demanda es relativamente elevada.* En España, la portabilidad es muy elevada en relación a la media de los países europeos y supone en torno al millón de líneas al trimestre y en torno al 8% del mercado anualmente.

5º finalmente, las tarifas de los tres operadores investigados a clientes residenciales y clientes autónomos y PYMES son perfectamente transparentes, *lo que produce información perfecta en los productos ofertados.*

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

La Dirección de Investigación, *desarrolla unos juicios de valor, sustantivamente subjetivos, sin base alguna, ni legal ni de probanza,* que le lleva a declarar:

(1) la existencia de una práctica prohibida por el Artículo 1 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia consistente en el anuncio por MOVISTAR de sus nuevas tarifas a aplicar a partir del 1 de Marzo de 2007, *con una antelación suficiente* como para que ORANGE y VODAFONE pudieran *miméticamente* imitarlas, con el único objetivo posible de que así fuera, y en la imitación por ORANGE primero y VODAFONE después, de las tarifas de MOVISTAR.

Para llegar a esta conclusión, previamente la Dirección de Investigación desarrolla los siguientes juicios de valor y *cito literalmente:*

(a) en Enero del 2007, *ante la multitud de opciones de cada compañía y el riesgo de desposicionamiento, MOVISTAR era necesariamente consciente* de que si las tres compañías comunicaban sus nuevas tarifas “a la vez” (el último día del plazo o, al menos, sin la antelación

suficiente para que los demás pudieran imitar las ofertas) *existía una muy alta probabilidad de que las nuevas tarifas de cada compañía fueran distintas.*

(b) era necesariamente consciente de que su oferta podía quedar desposicionada frente a las de ORANGE y VODAFONE, **bien** porque éstos decidieran no compensar totalmente la pérdida de ingresos, **bien** porque éstos compensaran su pérdida de ingresos mediante *la alteración de las condiciones económicas que fueran menos perceptibles para los consumidores.*

(c) y era necesariamente consciente de que, *si anunciaba sus tarifas con antelación suficiente* como para que sus rivales pudieran imitarlas, **LA MEJOR OPCIÓN DE ÉSTOS SERÍA IMITARLAS**, como de hecho sucedió.

(2) en suma, partiendo de la ANTELACION, la Dirección de Investigación considera acreditado que:

- MOVISTAR *podía haber comunicado* sus nuevas tarifas en el plazo límite o sin la antelación suficiente como para permitir reaccionar a sus rivales.
- sin embargo de ello, el ser la primera empresa en anunciar una subida de sus tarifas nominales *tuvo un fuerte desgaste de imagen.*
- que MOVISTAR permitió a sus rivales conocer su estrategia comercial, *dándoles ventaja.*
- que MOVISTAR era consciente de que, tras conocer sus nuevas tarifas, la mejor estrategia para sus rivales *sería imitarla.*
- que para MOVISTAR *la mejor opción* era que sus rivales le imitaran, porque evitaba entrar en una guerra de precios.
- que el *paralelismo de conductas habría sido imposible*, sin que mediara el anuncio anticipado de MOVISTAR.
- finalmente y por tanto que *la única explicación posible de tal anticipación* por parte de MOVISTAR fue **“invitar a sus rivales”** a que realizaran modificaciones de tarifas **similares.**

ORANGE primero y VODAFONE después **aceptaron la invitación.**

(3) tras establecer como hecho probado **las tres conductas colusorias**, la Dirección de Investigación en la tercera de sus propuestas, que eleva a este Consejo, postula que **se declare responsable de la infracción a MOVISTAR (únicamente).** No haciendo imputación alguna a VODAFONE y ORANGE **olvidando fundamentar y motivar tal decisión.**

PRIMERO.- Sentado todo lo anterior, comparto la Resolución adoptada por el Pleno de la Comisión Nacional de la Competencia en la que se *Acuerda* con amparo en el Artículo 53.1c) de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia “ser procedente declarar que no ha resultado acreditada la existencia de prácticas prohibidas por el Artículo 1 de la Ley 16/1989

de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, entre las compañías operadoras TELEFONICA MOVILES DE ESPAÑA SAU, VODAFONE ESPAÑA SA., y FRANCE TELECOM ESPAÑA SA., a raíz de las modificaciones anunciadas en las tarifas de sus diferentes planes de consumo de telefonía móvil a finales de Enero del 2007”.

Inexistencia de prácticas prohibidas que tendría su explicación lógica *económica* (frente a los juicios de valor de la Dirección de Investigación): (1) en que la antelación temporal que se le imputa a MOVISTAR tiene su razón de ser en el cumplimiento de una norma legal; (2) haber cumplido con los tiempos establecidos en dicha norma legal; (3) haber cumplido con los requisitos de publicidad exigidos por la norma legal; (4) los paralelismos en las conductas imputadas a los tres operadores fueron decisiones tomadas previamente por éstos de manera autónoma (estudios probados); (4) la racionalidad económica que la Dirección de Investigación atribuye a las conductas seguidas por los tres operadores, calificándolas de ilícitas, decae por lógica argumental, por cuanto sí el comportamiento es racional no hay conducta colusoria; y si es racional imitar (seguir miméticamente) es racional anunciar.

Finalmente, “¿por qué MOVISTAR tiene una mayor responsabilidad que los otros dos operadores por mover primero? Los otros dos hubieran podido bajar precios para robar clientes una vez conocido el movimiento (antelación temporal) de MOVISTAR y se alinearon. De hecho, el anuncio de MOVISTAR forzó una bajada en las tarifas de establecimiento con respecto a las que manejaban en sus Planes de Estudio, tanto Vodafone como Orange.

Nada de ello, autoriza ni permite a la Dirección de Investigación concluir atribuyendo al anuncio de MOVISTAR *un carácter colusorio*.

SEGUNDO.- La conducta seguida por MOVISTAR tiene su amparo en la Ley 44/2006 de 29 de Diciembre, de Mejora de la protección de consumidores y usuarios (Artículo 1 Catorce – Cláusula 7 bis), que venía a modificar la Ley 26/1984 de 19 de Julio, General para la defensa de consumidores y usuarios; y en el Reglamento sobre condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por Real Decreto 424/2005 de 15 de Abril (Artículo 107).

En la Ley, como fuente del Derecho, se agrupan un conjunto de garantías constitucionales. Estas garantías formales expresan el concepto constitucional de Ley. Así, una interpretación constitucional del concepto de *Reserva de Ley* debe hacerse atendiendo a este significado específico de la Ley en nuestro Ordenamiento.

La Ley 44/2006 establecía *un periodo de dos meses*, desde su entrada en vigor *para que las compañías adaptaran sus contratos a las disposiciones relativas a la prohibición del redondeo*.

Por su parte, el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios *obligaba a comunicar cualquier modificación de las condiciones contractuales a los usuarios con un mes de antelación, dando a éstos el derecho a resolver el contrato por desacuerdos con las nuevas condiciones de contratación*.

Siendo de aplicación lo dispuesto en el Artículo 1258 del Código Civil, con sujeción al principio de la buena fe objetiva.

Ambos dos requisitos con valor *sine qua non* han sido cumplidos, según explícitamente reconoce la Dirección de Investigación, en su establecimiento de Hechos Probados, al decir que “*los operadores investigados, a finales de Enero anunciaron sucesivamente que, para adaptarse a lo dispuesto en la Ley 44/2006 no sólo cambiarían sus sistemas de tarificación de las llamadas, pasando a facturar por segundos desde el inicio de la llamada; sino que también modificarían las condiciones económicas de los contratos con los usuarios*”.

En otro momento posterior, la Dirección de Investigación concluye diciendo que “*MOVISTAR llevó a cabo la notificación de las nuevas tarifas a sus clientes*” y apostilla diciendo que “*es a lo que obligaba la normativa legal*”.

Por todo ello, deviene evidente que tanto MOVISTAR como las otras dos operadoras han actuado *secundum legem* y *no contra legem*.

Lo que me lleva a concluir diciendo que en todo caso las conductas seguidas por las tres operadoras investigadas lo han sido con pleno cumplimiento de lo dispuesto en la Ley (plazos y publicidad) por lo que habiendo sido reconocido explícitamente por la Dirección de Investigación no puede llevar a ésta a proponer al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia “declare la existencia de una práctica prohibida por el Artículo 1 de la Ley 16/1989” so pena de aplicarse un uso alternativo del Derecho.

TERCERO.- El *Principio de Constitucionalidad* recogido en el Artículo 9.1 de la Constitución Española (“*Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico*”), en su apartado tercero desarrolla los principios esenciales de Ordenación del Estado de Derecho, al consagrar los *principios constitucionales de legalidad y seguridad jurídica*.

De acuerdo con dicho apartado “*la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*”. Los dichos principios constitucionales no son compartimentos estancos, *ni declaraciones de buenas intenciones o utópicas*, muy al contrario, cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y en tanto sirvan a promover los valores superiores del Ordenamiento Jurídico” (*STC 27/1981 de 20 de Julio*).

La Dirección de Investigación *no cuestiona* la legalidad de la implantación del sistema de tarificación (anunciado y comunicado por las operadoras investigadas a sus clientes-usuarios), **sino la antelación en sí misma**. Ello es tanto como cuestionar el cumplimiento del Ordenamiento Legal, lo que les lleva a pronunciarse alternativamente al Derecho, vulnerando principios constitucionales anteriormente citados.

Antes de llegar a tal aserto, la Dirección de Investigación manifiesta: (1) que las operadoras investigadas, en su momento temporal y formal, llevaron a cabo las notificaciones de las nuevas tarifas a sus clientes “*que es a lo que obligaba la normativa*”; (2) que, si bien la antelación de la comunicación *fue similar* a la de otras comunicaciones de modificaciones de las condiciones económicas de los contratos con sus usuarios, que MOVISTAR *ha practicado desde Mayo del 2005...*; (3) ...que no parece *racional* que ninguna compañía quisiera ser la primera en anunciar un incremento de precios y *menos de una forma tan visible como hizo MOVISTAR*. La Dirección de Investigación quiero entender “no ha sido consciente de tal aserto”, porque de serlo no sólo iría contra su propio desarrollo argumental (negando la colusión y, por ello, la imputación), o le llevaría a vulnerar el principio de legalidad; (4) que, en un entorno *tan competitivo*, ninguna compañía que actuara *racionalmente* querría que sus competidores *tuvieran información anticipada sobre su estrategia comercial*, porque dicha información les daría *una ventaja* para intentar contrarrestar la estrategia y *desposicionarla*.

Es obvio que la Dirección de Investigación se mueve en el mundo de las conjeturas, subjetivos juicios de valor y meras suposiciones, frente al de la legalidad, de ahí que llegue a confundir *no conscientemente* “*las estrategias comerciales empresariales*” con las “*invitaciones a sus directos competidores*” “*tendientes a colisionar el mercado*”. Aunque entrando en notoria y evidente contradicción cuando en momento anterior-posterior afirma que “*ante la multitud de opciones de cada compañía*”.

CUARTO.- Las partes investigadas, a las que la Dirección de Investigación les imputa una relación de hechos o conductas sancionables, por vulneración de normas legales de aplicación en el campo del Derecho de la Competencia, *vienen obligadas* a probar lo contrario, dentro del principio de contradicción. Carga probatoria que, *prima facie*, se convierte en lo que procesalmente se conoce como probanza diabólica, dado que se invierte en fraude de ley la inversión de la carga de la prueba.

Tal necesidad debe predicarse, igualmente, para la Dirección de Investigación, dado que la Ley le concede, para la instrucción del expediente, un largo periodo de tiempo, con la posibilidad de suspenderlo por y con razones motivadas. De ahí que, tras la concreción de los hechos imputados a las operadoras investigadas, como resultado de unas conductas concretas, *debe probar de forma plena, directa y suficientemente los mismos*, como relevantes para ser incardinados en preceptos sustantivos que regulan las infracciones de normas concretas de la Ley de Defensa de la Competencia y, por ello, sujetos a sanción.

Sólo y excepcionalmente *podrá acudir a la indirecta de presunciones*, que conforme a doctrina jurisprudencial *deberá centrarse inexcusablemente* y dar cumplimiento a tres requisitos, con el valor de sine qua non. Es decir, que el solo hecho de no producirse uno de ellos, *hará decaer la prueba indirecta o de presunciones*.

En todo caso, el término presunciones nada tiene que ver con conjeturas, suposiciones o subjetivos juicios de valor. De ahí que sea imposible, metafísicamente hablando, confundir ello con la realidad tozuda de que las tres operadoras (en diversa medida, tiempo e intensidad) se han ajustado al principio de legalidad.

La Sección Sexta, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional ((*Recurso 295/2007*) en su *Sentencia 3 de Junio del 2009* respondiendo a la prueba de presunciones, en su Cuarto Fundamento Jurídico, reseña la Sentencia de 28 de Enero de 1999 del Tribunal Supremo, actuando como Sala de Instancia, que a su vez se apoya en doctrina del Tribunal Constitucional (reiteradas Sentencias 174/1985 , 175/1985 , 229/1988 entre otras) para estimar el motivo del recurrente basado en la “inadecuada prueba de indicios” y así dispone que *“los indicios han de ser plenamente probados, no puede tratarse de meras sospechas y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pues de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho, ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo”*.

Mutatis mutandi la doctrina citada es aplicable al presente expediente *pero sin hacer abstracción*, que la conducta valorativa seguida por la Dirección de Investigación supone, antes de todo, una frontal vulneración del principio de legalidad, al ignorar que las conductas investigadas con propuesta de sanción tienen el amparo de Ley, al adecuarse las mismas a dar cumplimiento a una Ley específica, que puntual y concretamente, les impele a tomar acción en un plazo de dos meses. Plazo que empieza en un día y termina en el sesenta, a lo largo del cual las partes son soberanas de adecuar sus conductas a tal mandato legal, sin que ello implique colusión.

QUINTO.- *El principio de confianza legítima* de los actos emanados de la Administración derivado del principio de seguridad jurídica ex Artículo 9.3 de la Constitución Española, *es un principio inspirador de la actuación administrativa*, reconocido hoy por el Artículo 3.1 de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, tras la reforma efectuada por la Ley 4/1999 de 13 de Enero.

El Artículo 103 de la Constitución Española dispone en su apartado primero que “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación *con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho*”.

Ninguno de los tales principios, ni de los preceptos legales anteriormente citados han sido observados en la tramitación, instrucción y propuesta en este Expediente. Por lo que el expediente debe ser reconducido bajo el imperio de la Ley.

SEXTO.- El principio de confianza legítima que, en el presente expediente tiene una evidente correlación con *la doctrina de los actos propios*, sustentada por nuestro Tribunal Supremo y reconocida como Principio General del Derecho, en el sentido de “no ser lícito a nadie ir contra sus propios actos”, que ha sido sancionada por el Artículo 1 del Código Civil y recogida y seguida por una muy numerosa, constante y reiterada jurisprudencia.

La Dirección de Investigación, en el apartado de Valoración Jurídica, establece que “*se investiga si las modificaciones tarifarias efectuadas por las principales compañías operadoras*

de telefonía móvil, a tenor de la entrada en vigor de la Ley 44/2006 son constitutivas de una infracción del Artículo 1 LDC”. Para ello, resulta necesario, en primer lugar, valorar el tipo de competencia que enfrentaban las empresas investigadas **en el mercado**.

Y al efecto se dice por la Dirección de Investigación que “*la estructura del mercado de servicios minoristas de comunicaciones móviles.....es marcadamente oligopolista* y que en el momento de los hechos investigados se caracterizaba por: (1) oferta reducida en un reducido número de operadores con economías de escala similares (2) producto homogéneo; (3) barreras de entrada y a la expansión; (4) falta de poder compensatorio de la demanda; y (5) transparencia de precios.

A modo de ejemplo, citar dos Resoluciones del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia:

1º *Resolución 224/86 de 13 de Julio de 1998*. Según el Tribunal *la práctica concertada* es aquella conducta que se deriva de una identidad de comportamientos que no se explican de modo natural por la propia estructura o las condiciones de competencia en el mercado y que, por esta razón, induce a pensar en la existencia de acuerdos tácitos o formas de coordinación entre los operadores económicos.

“.....este es un mercado....en el que la competencia en precios puede ser prácticamente concebida como un juego de suma cero e incluso de suma negativa, es decir, partiendo de una situación de equilibrio sí un operador disminuye sus precios con el fin de aumentar su cuota de mercado, sólo puede hacerlo a costa de la cuota de mercado de sus competidores, lo que haría a éstos reducir asimismo los suyos, en una situación donde la demanda es prácticamente invariable. **Sería este un alineamiento natural del mercado.**

La anterior doctrina, *mutatis mutandi*, es extrapolable a la presente, con sus propias peculiaridades, con el ítem añadido, de estar acogida al principio de reserva de legalidad: cumplimiento de una Ley.

2ª *Resolución 387/90 de 11 de Mayo de 1998* define la *práctica conscientemente paralela* como un comportamiento armonizado de varias empresas en el mercado, sin que medie un acuerdo expreso o tácito entre las mismas, que es simple consecuencia de desarrollar cada una de ellas las respectivas acciones con el propósito de evitar discordancia, conociendo cada una de ellas previamente los fines y medios de los demás.

“Tal y como viene admitiendo el Tribunal para que pueda imputarse la comisión de una práctica concertada o conscientemente paralela, es preciso que se cumplan conjuntamente los siguientes requisitos, que son necesarios para admitir la prueba de presunciones: 1) que los hechos estén suficientemente probados; 2) que existe una relación causal entre la presunta conducta y los hechos; 3) que no quepa concebir otra interpretación racional de los supuestos comportamientos, debiendo, en el caso de que existan otras razones para explicar los indicios, analizar y explicar la causa de su rechazo.

Me reitero en lo anteriormente expuesto.

SÉPTIMO.- En el Informe de la Dirección de Investigación “no existen elementos para eliminar la *teoría del liderazgo*, antes al contrario; según la cual, cualquier cambio de precios de la empresa reconocida como líder en el mercado es seguida por el resto”.

Y “aun rechazando las tesis anteriores (competencia perfecta y liderazgo) tampoco podría pensarse, sin más, que la simultaneidad de las conductas pueda deberse a una concertación o conducta conscientemente paralela”.

OCTAVO.- Finalmente decir que, a todo lo largo y ancho del Informe de la Dirección de Investigación *nunca se han abordado los efectos de tales conductas en el mercado y que las tales conductas hayan supuesto un perjuicio para los consumidores y usuarios.*

Al contrario, toda conducta que se desarrolla en cumplimiento perfecto con el mandato de una Ley, lo imposibilita de iure y, por ende, de facto.

CONCLUYENDO : por este mi Voto Particular Concurrente, presto mi conformidad con lo Resuelto por el Pleno del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, pero discrepo frontalmente con el establecimiento de Hechos Probados y con la Fundamento Jurídica que han llevado al mismo, en cuanto sean disconformes con los por mí expuestos.

Así por este mi Voto Particular Concurrente, lo pronuncio, mando y firmo en Madrid, a tres de Julio de 2009.