

RESOLUCIÓN (Expt. 571/03, Uni2/Telefónica Móviles)

Pleno

Excmos. Sres.

D. Gonzalo Solana González, Presidente
D. Antonio del Cacho Frago, Vicepresidente
D. Antonio Castañeda Boniche, Vocal
D. Julio Pascual y Vicente, Vocal
D. Miguel Comenge Puig, Vocal
D. Javier Huerta Trolèz, Vocal
D. Fernando Torremocha García-Sáenz, Vocal
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal
D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal

En Madrid, a 22 de diciembre de 2004.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición arriba expresada y siendo Ponente el Excmo. Sr. Don Javier Huerta Trolèz, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente 571/03 (2421 del Servicio de Defensa de la Competencia), iniciado por denuncias de Uni 2 Telecomunicaciones y MCI Worldcom Spain S.A. contra Telefónica Móviles España e incoado por conductas supuestamente prohibidas por los artículos 6 de la Ley de Defensa de la Competencia y 82 del Tratado de la Unión Europea, consistentes en abuso de posición dominante.

ANTECEDENTES

1.- El día 31 de octubre de 2002 las compañías Uni 2 Telecomunicaciones y MCI Worldcom Spain S.A. presentaron sendas denuncias ante el Servicio contra Telefónica Móviles España, Airtel Móvil y Amena por supuestas prácticas restrictivas de la competencia, consistentes en discriminación de precios del servicio mayorista de terminación en la propia red.

2.- El Servicio, una vez practicadas las comprobaciones oportunas y previa la acumulación de todas las denuncias en un solo expediente, procedió a desglosar las actuaciones relativas a Telefónica Móviles de España, incoándose con éstas el expediente 2421/02 y, una vez concluida la instrucción, emitió Informe-Propuesta a este Tribunal, en el que, de conformidad con el Pliego de Concreción de Hechos, calificaba los hechos como constitutivos de dos infracciones de los artículos 6 de la Ley de Defensa de la Competencia y 82 del Tratado de la Unión Europea. Concretamente, el

Informe–Propuesta interesaba del Tribunal un pronunciamiento en el que se adoptasen las siguientes conclusiones: *Que por el Tribunal de Defensa de la Competencia:*

- a) *Se declare que el pinzamiento de precios (price squeeze) llevado a cabo por TME entre el precio del servicio mayorista de terminación de llamadas telefónicas en su red y el precio del servicio minorista de llamadas telefónicas de fijo a móvil que terminan en su red ofrecido por TME a empresas constituye un abuso de posición de dominio que infringe el artículo 6 de la LDC y el artículo 82 del TUE.*
- b) *Se declare que la discriminación entre los precios que TME aplica a cada uno de los otros dos operadores móviles por el suministro del servicio mayorista de terminación de llamadas telefónica en la red móvil de TME constituye un abuso de posición de dominio que infringe el artículo 6 de la LDC y el artículo 82 del TUE.*
- c) *Se considere responsable de las anteriores conductas a Telefónica Móviles España, S.A.U. (TME)*
- d) *Se intime a TME para que se abstenga, en lo sucesivo, de realizar prácticas semejantes.*
- e) *Se imponga a TME una multa de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 de la LDC.*

SEGUNDO.- Se adopten los demás pronunciamientos a que se refiere el artículo 46 de la LDC.

3.- Recibido el Expediente en el Tribunal, el Pleno del mismo, por medio de Providencia de 16 de enero de 2004, acordó su admisión a trámite y su puesta de manifiesto a los interesados para que en el plazo legal puedan proponer las pruebas que a su derecho convengan y solicitar la celebración de vista, lo que se comunicó al Servicio y se notificó a los interesados.

4.- Por Providencia de 20 de septiembre de 2004 se declaró como nueva interesada, a su instancia, a la compañía Auna Telecomunicaciones S.A.

5.- Una vez concluido el período probatorio, las partes imputadas presentaron sus escritos de valoración a prueba y, seguidamente, presentaron sus alegaciones por escrito.

6.- El Pleno del TDC deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 15 de diciembre de 2004.

7.-Son interesados:

Telefónica Móviles de España S.A.U.
Uni2 Telecomunicaciones S.A.U.
MCI WorldCom (Spain) S.A.
ONO Cableuropa
Auna Telecomunicaciones S.A.

HECHOS PROBADOS

1.- Telefónica Móviles España, S. A. (TME) es una Sociedad Unipersonal con domicilio social en España cuyo capital pertenece al 100% a Telefónica Móviles, S.A. la cual, a su vez, forma parte del Grupo Telefónica ya que dispone del 92.7% de aquélla.

TME es activa en el sector de telecomunicaciones en España para lo que dispone de los siguientes títulos habilitantes de acuerdo con la legislación sectorial vigente:

- Diversas Licencias individuales “B2” de ámbito nacional: para establecer y operar redes públicas de telefonía móvil_y para prestar el servicio móvil telefónico disponible al público.
- Una Licencia individual “B1”, de ámbito nacional: para establecer y explotar una red pública de telefonía fija y para prestar el servicio fijo telefónico disponible al público.
- Diversas Autorizaciones Generales tipo A (servicios a grupos cerrados de usuarios) y tipo C (transmisión de datos).

Según los datos que publica la propia TME, a finales de 2.002,

- La cobertura geográfica de su red móvil era del 90% del territorio español, que supone el 99% de la población.
- Prestaba servicio a 18.412.000 abonados (lo que supone una cuota del 55%).
- Ingresó 6.770 Millones de € en dicho año, con un margen de EBITDA del 51.6%.

2.- Telefónica Móviles de España (TME) ha comercializado, con carácter general y al menos durante los años 2.000, 2.001 y 2.002, ofertas de servicios minoristas o finales de telecomunicaciones a las empresas en las que se incluyen precios por llamadas telefónicas que terminan en su red móvil (tanto procedente de un terminal fijo como procedente de un terminal móvil pero siempre procedente de un terminal de la empresa cliente) inferiores a los precios mayoristas de terminación de llamadas telefónicas que ella impone a los demás operadores por terminar las llamadas telefónicas en la red de TME.

3.- TME aplicó precios nominales distintos entre los diversos operadores nacionales entre el 15 de febrero de 2001 y el 1 de septiembre de 2001 y entre el 1 de agosto de 2002 y el 1 de noviembre de 2002. En particular, a lo largo de todos esos meses vino aplicando a Vodafone, su principal competidor en el mercado de telefonía móvil, un precio por el mismo servicio de terminación de llamadas superior al que aplicaba a Amena, el tercer competidor en dicho mercado.

El 18 de diciembre de 2000 TME ofreció a diversos operadores simultáneamente y con suficiente antelación a su aplicación, la reducción en los precios que les aplicaba por terminar las llamadas en su red, ofrecimiento que llevó de nuevo a cabo el 27 de marzo de 2001, no constando que lo hubiera ofrecido a Vodafone.

4.- Al menos desde el año 1.999 hasta marzo de 2.002, TME ha aplicado precios distintos por el mismo servicio de terminación en su red, que eran superiores para las llamadas telefónicas originadas en redes nacionales frente a las llamadas con origen internacional.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El Servicio de Defensa de la Competencia en el Pliego de Concreción de Hechos califica los hechos imputados, que coinciden con los declarados probados en esta Resolución, como constitutivos de dos conductas tipificadas tanto en el artículo 6º de la Ley 16/1989 como en el artículo 82 del Tratado de la Unión Europea:

- A) Una infracción del artículo 82.a) del Tratado y del artículo 6.2.a) de la LDC, consistente en abusar de su posición de dominio en el mercado de referencia mediante la aplicación de una pinza de precios entre el precio del servicio mayorista de terminación de llamadas telefónicas en la red móvil de TME y el precio del servicio minorista de llamadas telefónicas de fijo a móvil ofrecido a las empresas.

B) Una infracción del artículo 82.c) del Tratado y del artículo 6.2.c) de la LDC, consistente en abusar de su posición de dominio en el mercado de referencia mediante la aplicación de precios discriminatorios.

El Servicio solicita del Tribunal en el párrafo final de su Informe-Propuesta que tenga en cuenta que los problemas de competencia analizados en este expediente tienen un origen esencialmente regulatorio, en tanto que la red de terminación de llamadas de cualquier operador de móvil constituye un mercado relevante en sí mismo y por tanto su propietario es monopolista respecto de los servicios de terminación que presta. En tanto el órgano regulador no intervino el precio de dicho servicio monopolista, la empresa denunciada abusó de su posición de dominio en el mercado mediante la práctica de pinzamiento de precios y discriminación. Desde la fecha en que el regulador procedió a intervenir el precio de terminación (Agosto de 2002) los problemas para la competencia se han visto minimizados.

SEGUNDO.- La imputada Telefónica Móviles de España (TME) no discute la veracidad de los hechos a que se refieren las imputaciones del Servicio, si bien se opone a la calificación efectuada en el Pliego de Concreción de Hechos, solicitando del Tribunal una declaración de que no han existido las conductas abusivas que se le imputan.

TME alega, básicamente, con carácter general, la confianza legítima que protegía su actuación, dado que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones conocía las condiciones de los acuerdos de interconexión, pues éstos le son notificados tras su firma. Señala también, en cuanto a la imputación de pinzamiento de precios, que el Servicio no ha acreditado que TME tenga posición de dominio en el mercado de terminación de llamadas para clientes corporativos, que ha sido obviado en su análisis. Argumenta que los efectos del pinzamiento de precios deben producirse, para que éste pueda ser considerado abusivo, en el mismo mercado en el que el agente verticalmente integrado operaba con un producto en el que la relación de sustituibilidad con los de sus competidores era muy elevada y afirma que, como ello no sucede en este caso, debe concluirse la inaplicabilidad del test de imputación con el que el Servicio pretende acreditar la existencia del pinzamiento. Señala igualmente que la conducta imputada no produce perjuicios ni a los competidores ni a los usuarios y sí, en cambio, beneficia directamente al cliente empresarial y, por último, alega que la apreciación del SDC supone una aplicación del artículo 82 del Tratado de la Unión Europea incoherente con los precedentes comunitarios en materia de Derecho de la competencia.

En cuanto a la imputación de que TME aplicó precios discriminatorios a los distintos operadores por el servicio de terminación de llamadas, señala que

los otros dos operadores de telefonía móvil se encontraban en situaciones diferentes, máxime cuando Vodafone no solicitó a TME una reducción de precios por este servicio, lo que sí llevó a cabo Amena, siendo así que los acuerdos de interconexión son depositados en la CMT y eran o podían ser conocidos por todos los interesados. Añade que los precios de terminación de las llamadas fueron modificados con Vodafone tan pronto como ésta lo propuso.

Finalmente, respecto a la imputación de discriminación abusiva en el precios del servicio de terminación de llamadas, en función del origen nacional o internacional de éstas, TME alega haber actuado conforme al principio de confianza legítima, al ser conocidos los precios por la CMT, a quien corresponde, según la imputada, la salvaguarda en materia de interconexión. Señala que para que pudiese hablarse de una conducta abusiva por discriminatoria sería necesario que se colocase a unos operadores fijos en situación desventajosa frente a otros, lo que no sucede en este caso, y que dicha conducta carezca de justificación, siendo así que las diferencias de precios observadas no son atribuibles a TME sino que eran consecuencia de las circunstancias y características de las llamadas de origen internacional.

Por su parte, UNI2 Telecomunicaciones se muestra conforme con las imputaciones realizadas por el Servicio de Defensa de la Competencia , abundando en los argumentos del Informe-Propuesta, solicitando del Tribunal la declaración como prohibidas de las conductas denunciadas y la imposición de sanciones a TME teniendo en cuenta la duración del abuso, las sanciones impuestas anteriormente a Telefónica de España S.A.U. y los graves efectos de dichas conductas en un mercado en formación.

TERCERO.- De acuerdo con el artículo 2 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, éstos son servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia. En su artículo 6 establece que la prestación de servicios y el establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones podrá realizarse bien mediante autoprestación o bien a través de su oferta a terceros, en régimen de libre competencia, previendo que en el caso de oferta a terceros la actuación del operador de la red será conforme a los principios de objetividad y no discriminación. De igual forma, según el artículo 22 de la citada ley los titulares de redes públicas de telecomunicaciones estarán obligados a facilitar la interconexión de éstas con la de todos los operadores del mismo tipo de redes y servicios telefónicos disponibles al público que lo soliciten. Los acuerdos de interconexión se celebrarán libremente entre las partes y siempre amparados en los principios de no discriminación, de transparencia, de proporcionalidad y de objetividad. También se regula en esta ley la figura del operador dominante, que se declarará por parte de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (en

adelante, CMT) para aquellos operadores que tengan más del 25% de la cuota de mercado, medida por los ingresos brutos globales generados por la utilización de las redes o por la prestación de los servicios. Aunque no se llegue a esa cuota, si el operador puede influir de forma significativa en las condiciones del mercado, la CMT también puede declarar a un operador como dominante. Esta declaración será pública y anual. Cuando se trate de operadores dominantes, el artículo 26 de la citada ley establece que los precios de interconexión deberán atenerse a los principios de transparencia y de orientación a costes. Para ello se obliga, según el artículo 27, a los operadores a desglosar los costes de acuerdo con los criterios y condiciones del sistema de contabilidad de costes “al que habrán de ajustarse los titulares de redes”. Será la CMT la que fijará el procedimiento para que los criterios sean conocidos por las partes, así como la comprobación de que el sistema contable adoptado se ajusta a los citados criterios. Todo lo anterior es relevante al caso, puesto que TME fue declarado operador dominante en telefonía móvil por parte de la CMT.

CUARTO.- Aunque no sea lo más importante para la resolución de este expediente, el Tribunal tiene que empezar por subrayar el razonamiento del SDC para imputar una posible conducta abusiva a un operador dominante de telefonía móvil como TME.

Según el Servicio, teniendo en cuenta que cualquier empresa que preste servicio de telefonía (fija o móvil) disponible al público está obligada a asegurar que sus abonados puedan hablar con los abonados de TME es evidente que, en el mercado mayorista, no hay sustituto para la terminación de llamadas telefónicas en la red de TME (el producto de partida), por lo que concluye que, basándose en estas consideraciones, el mercado relevante para apreciar el posible carácter abusivo de las conductas de TME es el mercado mayorista de prestación del servicio de terminación de llamadas telefónicas en la red móvil de TME en España.

El SDC después de recordar que, de acuerdo con el Art. 82 del TUE, se tiene una posición de dominio si el poder económico del que goza la empresa le permite obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado relevante posibilitándole comportarse independientemente con respecto a sus competidores y clientes y en definitiva de los consumidores, señala que “el mercado de terminación de llamadas en la red de TME es un mercado monopolístico [...] TME actúa con un apreciable grado de independencia a la hora de determinar el precio de terminación de llamadas telefónicas en su propia red, es decir, no se ve limitada por presión competitiva alguna”. Cita en este punto a la CMT que además añade que “los operadores carecen de incentivos para modificarlos a la baja”.

De acuerdo con la imputación, TME tiene poder de mercado e independencia de comportamiento cuando se producen llamadas telefónicas procedentes de otros operadores que terminan en su propia red, puesto que el que llama a un abonado TME no tiene sustitutos, es decir, no se puede comunicar con ese abonado si no es utilizando la red de TME. Por lo tanto, es en el mercado mayorista de terminación de llamadas en donde hay una posición de monopolio por parte de TME y, por ello precisamente, puede fijar una política de precios abusiva para sus competidores.

Sin embargo, a juicio de este Tribunal hay que entender que el oferente no se dirige al demandante directamente para ofertarle un servicio concreto de terminación. El servicio de terminación de llamadas es un servicio de demanda intermedia que está asociado a la existencia de un abonado de telefonía móvil del propio operador, aunque el servicio de terminación de llamadas se preste a través de un mercado mayorista a los otros operadores de telefonía, los cuales harán uso de él en tanto que sus propios abonados requieren de servicios de telefonía que afecten a diferentes redes. A partir de aquí, lo razonable es pensar que los ingresos por servicios de terminación tienen que ser claramente descompuestos en las dos variables básicas del valor obtenido, es decir, el precio y la cantidad. Esta cuestión no es baladí puesto que una se negocia en un mercado y la otra se negocia en otro mercado. Es decir, la cantidad viene determinada en gran parte por el número de abonados del operador móvil, mientras que el precio viene determinado por los términos del contrato bilateral que se establecen entre los dos operadores de red que se interconectan.

Se puede deducir de lo anterior que esta dicotomía entre mercado para la determinación del precio y mercado para la determinación de la cantidad es lo que lleva a los denunciantes y al propio Servicio a establecer que el precio de terminación queda al margen de las presiones competitivas del mercado. Si bien, el ingreso, en lo relativo a la cantidad, dependerá claramente del número de abonados y esta variable sí que está sometida a la competencia que exista entre los propios operadores móviles. Por lo tanto, es necesario como cuestión preliminar destacar esta peculiaridad en el supuesto mercado mayorista de terminación.

Con todo ello, y teniendo en cuenta lo que puede quedar al margen de la competencia, el Tribunal debe señalar que un contrato de interconexión es un acuerdo entre mayoristas que disponen de red y, por lo tanto, un acuerdo bilateral entre dos de esos operadores de redes. Por lo que no se puede hablar de monopolio unilateral en este caso, puesto que el otro operador, por la misma lógica y argumento, también lo tiene. Habría que aproximarse más bien a la idea de monopolio bilateral y en estos casos de lo que se trata es de discutir acerca del reparto de las ganancias entre ambas partes. También hay

que subrayar que los contratos de interconexión se producen bajo un conjunto de principios señalados en el Fundamento Segundo, especialmente aquellos referidos a la no discriminación y, en este sentido, no se puede perder de vista que entre los operadores fijos está el operador dominante de la telefonía en España, TESAU, cuyos precios de terminación, de acuerdo con la CMT, sirven de referencia para los demás. Por lo que, el resto de operadores fijos se pueden beneficiar directamente del poder negociador de TESAU cuando establece precios de interconexión con los operadores móviles. En todo caso, es discutible que haya independencia de comportamiento para un operador móvil como TME y se mantienen dudas razonables de que no haya presión competitiva alguna bajo estas condiciones de interconexión.

QUINTO.- No obstante lo anterior, una de las dos imputaciones del SDC, originada en la denuncia y confirmada en las alegaciones de los denunciantes, es que efectivamente hubo abuso de posición de dominio en el comportamiento de TME en relación con su estructura tarifaria, especialmente en aquello que afecta a las llamadas de fijo a móvil para los contratos con empresas clientes. A juicio de los denunciantes y del propio SDC, es en este tipo de llamadas donde, a partir de un test de pinzamiento de precios, queda de manifiesto que los operadores móviles siguen una estrategia anticompetitiva para dejar fuera del mercado de llamadas de fijo a móvil a los operadores fijos de telefonía. Con el fin de comprobar la existencia de indicios de las conductas denunciadas y prohibidas en la LDC, el SDC procedió a una investigación domiciliaria. Esta investigación le permitió analizar el contenido de diversos contratos entre empresas y TME. En estos contratos se incluían el tipo de llamadas señalado y se fijaba un precio para las mismas. Como consecuencia de este análisis, el Servicio cree que TME ha seguido un modelo estructural de fijación de precios para empresas clientes que, en lo relativo a “llamadas de fijo a móvil”, acreditaría que:

“TME ha comercializado, con carácter general y al menos durante los años 2000, 2001 y 2002, ofertas de servicios minoristas o finales de telecomunicaciones a las empresas en las que se incluyen precios por llamadas telefónicas de fijo a móvil que termina en la red de TME inferiores a los precios mayoristas de terminación de llamadas telefónicas que ella impone a los demás operadores por terminar las llamadas telefónicas en la red móvil de TME [...por lo tanto], TME ha llevado a cabo un estrangulamiento de margen o pinza de precios.[...] el mercado en el que se aprecian los efectos anticompetitivos de tal conducta es el de la ‘prestación del servicio de telefonía fija a empresas en España, incluido el servicio de telefonía de fijo a móvil [...] y el mercado en el que se produce la conducta anticompetitiva es el de ‘prestación del servicio de terminación de llamadas telefónicas en la red móvil de TME’” (folio 2072 del expediente del SDC).

Además, el Servicio, “con vistas a la aplicación de los artículos 6 de la LDC y 82 del Tratado”, considera que los mercados afectados por esta conducta son:

-por un lado, el mercado en el que se produce la conducta anticompetitiva, que en este caso sería el mercado mayorista de prestación de servicios de llamadas telefónicas en la red móvil de TME (mercado de referencia y en el que se producen las conductas a valorar)

-por otro lado, los mercados minoristas en los que se producen los efectos de esa conducta y que serían:

- el mercado minorista de prestación del servicio de telefonía fija para empresas en España, incluyendo la prestación de telefonía de fijo a móvil
- el mercado minorista de prestación del servicio de telefonía móvil en España
- el mercado minorista de prestación del servicio de telefonía fija residencial en España.

A la luz de estas imputaciones, el Tribunal considera que el test de pinzamiento solamente es posible hacerlo en tanto que se considera, como lo hacen los denunciantes y el SDC, que se puede trasladar el precio mayorista de terminación de llamadas de fijo a móvil, establecido en el acuerdo de interconexión entre un operador móvil y un operador fijo, como parte del coste del servicio prestado por el operador móvil a empresas que disfrutan de una Red Privada Virtual Móvil (RPVM).

Asimismo, el Servicio considera que, dado que se introduce un input intermedio -la terminación de llamadas- como parte de otro mercado -el de RPVM-, se puede desarrollar una teoría de los mercados conexos, de forma que se puedan seguir estrategias paralelas en esos dos mercados, con el objetivo de que el comportamiento en un mercado en el que se es dominante afecte al resultado en otro mercado “vecino” en el que no se es dominante pero que, con esa estrategia, se puede acabar por dominar.

En este sentido, el Tribunal considera, como a continuación desarrolla, que en este expediente no se dan tales circunstancias y que no hay una secuencia causal que explique que se sigue un comportamiento anticompetitivo en el mercado de terminación de llamadas para dominar el mercado de RPVM, de manera que no se da tal conexión. De igual forma, el Tribunal considera que no se ha hecho una valoración de todos los elementos pro-competencia que aparecen en la compleja economía de las telecomunicaciones, especialmente en el comportamiento asociado a los

operadores móviles, capaces de ofertar estos paquetes de servicios integrados a empresas.

Abundando en los contenidos de la imputación, habría un pinzamiento de precios o *price squeeze* si el margen es negativo o si la tasa resultante de la aplicación del test estuviera por debajo de la retribución de mercado, es decir, si la diferencia entre el precio y los costes que se le imputan –entre los cuales se incluye el precio mayorista de terminación de llamadas-para llamadas de fijo a móvil para la empresa es negativa o siendo positiva, fuera muy baja con respecto al mercado. Pero, a juicio del TDC, este ejercicio parte inexorablemente del principio de que se puede separar, desde la perspectiva de los costes, la red de los servicios de telecomunicaciones ofertados, y también unos servicios de otros. Por eso el SDC señala en su informe que “cabe señalar que una red es una red, sea virtual o real, y no un servicio y que, por tanto, en ningún caso una Red Privada Virtual (o VPN) puede ser “por definición” un conjunto de servicios”.

Muy al contrario, el Tribunal considera que las Redes Privadas Virtuales Móviles surgen como paquetes integrados de servicios a empresas, generalmente grandes empresas a tenor de los contratos analizados. Esto significa que cuando se trata del mercado de telefonía para empresas, se comercializa un tipo de producto integrado, a precios especialmente bajos para algunos de esos servicios, porque la empresa asegura que parte de sus empleados y directivos –en general un número de usuarios importante- disponen de un teléfono móvil con el que realizar las comunicaciones con el resto de los empleados y directivos, posibilitándose la denominada Red Privada Virtual Móvil, pensada especialmente para comunicaciones de Grupo Cerrado de Usuarios y que se extiende, lógicamente, a aquellas que acaban en la propia red suministradora de estos servicios, es decir, todas las llamadas *on net*, con independencia de que algunos o muchos de estos usuarios realicen llamadas fuera de la propia red, es decir, con terminación en otras redes. En esta forma de ofertar un paquete de servicios, no solamente uno, los operadores de red encuentran importantes economías de alcance, basadas en la existencia de complementariedad en los costes incurridos, de manera que se hace un uso más intensivo de la red a la vez que se incrementa la cadena de valor por incorporación de un mayor número de servicios ofertados.

En definitiva, no resulta igual de beneficioso utilizar la red por unidad de tiempo o de abonado por un único servicio que por un conjunto de ellos. Precisamente, son estas características las que imposibilitan la comparación por separado de una llamada de fijo a móvil como parte de un servicio de telefonía integrado a empresas respecto de una simple llamada de fijo a móvil.

Desde el lado de la demanda resulta también evidente que las empresas clientes que contratan los operadores de telefonía valoran el paquete integrado de los servicios y lo comparan con los precios de esos servicios por separado y si se deciden por un contrato que suponga un conjunto de servicios integrados es porque el coste total es inferior. No coinciden los costes por separado con los costes de los paquetes integrados de servicios. Las empresas deciden entre servicios integrados y entre competidores que ofrecen esos paquetes integrados de telefonía, una vez que éstos se ofertan en el mercado. Por lo tanto, el Tribunal entiende que la decisión del consumidor no es en estos casos entre Redes Privadas Virtuales Móviles y llamadas de fijo a móvil de forma separada, lo que plantea un problema serio de sustituibilidad entre ambos mercados y, por lo tanto, pierde fuerza el argumento de estrategia anticompetitiva, puesto que los que ofrecen las RPVM son competidores de aquellos que ofertan este tipo de servicio integrado y no de aquellos que solamente ofrecen llamadas de fijo a móvil.

Por tanto, surge un problema de sustituibilidad de mercados asociado a un problema claro de comparabilidad en el que es de difícil aplicación un test de pinzamiento de precios cuando se trata de llamadas de fijo a móvil gestionadas *on net* por el operador de la red móvil en un entorno de servicios de telecomunicaciones integrados a empresas. El test de *price squeeze* puede resultar de utilidad cuando se puedan imputar costes de forma separada sin afectar a las decisiones de conjunto. En presencia de complementariedades de costes, es posible que se produzcan situaciones de apariencia engañosa como las de *price squeeze*, es decir, márgenes negativos o positivos, pero insuficientes para retribuir al capital de acuerdo con el mercado, compatibles con una estrategia empresarial favorecedora de la competencia y del progreso tecnológico. En definitiva, no se puede utilizar una desagregación lineal de costes para la realización de un test de pinzamiento de precios en presencia de economías de alcance y producción conjunta de servicios que hacen imposible la separación de los mismos o responden a una estructura no lineal difícilmente desagregable.

SEXO.- Al problema de comparabilidad señalado, hay que añadir otro elemento también importante en las llamadas de fijo a móvil *on net* que no utilizan red fija que enfatiza el problema anterior. En estos casos las comunicaciones se realizan contando solamente con la red del operador móvil y ciertos elementos de conmutación y terminales propios de la telefonía fija que lo hacen posible. Como pone de manifiesto la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones en su Resolución de 11 de julio de 2002:

“A juicio de esta Comisión, conviene resaltar que los costes asociados a una llamada *on-net* no se corresponden con los costes asociados a dos terminaciones, puesto que en ambos casos no se utilizan los mismos

elementos de red ni se realizan las mismas actividades. Así, una llamada *on-net* no utiliza los elementos asociados a los puntos de interconexión ni, en ciertos casos, los elementos de conmutación más altos de la jerarquía de red, o la facturación se realiza en origen y no en terminación como ocurre en interconexión.”

SEPTIMO.- El Tribunal tampoco puede dejar de subrayar que el propio SDC ha señalado que en materia de *price squeeze*:

“Los análisis y casos de competencia sobre este tipo de práctica comercial han sido pocos y centrados básicamente en el sector de transformación de materias primas (caso Alcoa en USA y casos Nacional Carbonising y Napier Brown en la Comunidad Europea)”.

Efectivamente el número de casos citado es pequeño y los sectores de actividad implicados nada tienen que ver con un sector de tanta especificidad como el de las telecomunicaciones. Ni tan siquiera se señalan casos en los que aparezcan involucradas economías de red que podrían servir de base para la relevancia del debate.

OCTAVO.- A juicio de este Tribunal, es imprescindible revisar el centro de gravedad competitivo y localizarlo en la telefonía móvil. Precisamente, son los operadores móviles los que siguen estrategias pro competitivas –compiten entre ellos- que les llevan al desarrollo de productos cada vez más complejos y de mayor alcance, porque su objetivo es hacerse con el mayor número de abonados y, sobre todo, hacerse con aquellos abonados que van a utilizar más intensivamente su red, no solamente porque consuman más minutos en comunicaciones telefónicas, sino porque buena parte de ellas se hacen en la propia red y, además utilizan la red para satisfacer otro tipo de servicios que les son útiles y que el operador de móvil es capaz de proporcionarles.

NOVENO.- De igual forma y al hilo del argumento anterior, dado que se trata de ganar cuota en el mercado de servicios de telecomunicaciones a grandes empresas –que por su tamaño son las que pueden acceder a una red virtual móvil-, no se puede obviar otro elemento pro competitivo de primer orden como es la capacidad de negociación de estas grandes empresas frente a los operadores de telefonía móvil y telefonía fija. En este sentido se ha observado que es muy importante tener en cuenta para explicar el comportamiento pro competitivo de estos operadores y de este tipo de servicios integrados el propio poder compensatorio que tiene este tipo de demanda a la que se dirige el servicio integrado de los operadores. Por lo tanto, la disciplina competitiva de estos precios viene dada tanto por el lado de la oferta, es decir, por los otros operadores de comunicaciones que

ofrecen los mismos servicios, como por el poder de negociación desde el lado de la demanda.

DECIMO.- El Tribunal no puede dejar de considerar la posición de TME en el mercado de telecomunicaciones y la consideración de operador dominante por parte de la CMT, puesto que es esta circunstancia la que le obliga legalmente a orientar los precios a costes en el servicio de terminación de llamadas en la propia red. Hay que reiterar que, como se ha señalado anteriormente, resulta extraordinariamente complicado asignar costes en presencia de complementariedad de costes y economías de alcance. De ello se puede deducir que por aplicación de un conjunto de criterios convencionales, aunque no pueda explicar el comportamiento económico de las empresas, puede arrojar alguna luz sobre la orientación que están siguiendo los precios en los casos de interconexión en los que se considera que no hay suficiente competencia. Efectivamente, como ya se ha señalado, la interconexión supone un acuerdo libre entre dos operadores de telecomunicaciones que por imperativo legal tienen que interconectarse en cuanto una de las dos partes lo demande. De igual modo, dado que aunque haya una situación de monopolio bilateral, uno de los operadores puede tener mayor fuerza negociadora que el otro, el legislador en la propia ley, decide intervenir en el mercado y fijar *ex ante* un criterio de orientación a costes en los precios de interconexión si uno de los dos contratantes de ese mercado mayorista es dominante y, si ello no fuera factible temporalmente, para asegurar las mejores condiciones que favoreciera la competencia entre operadores, el regulador de telecomunicaciones podría establecer *ex post* unos precios máximos de interconexión.

En el caso que nos ocupa, a partir del 1 de agosto de 2002 la CMT impuso precios máximos de interconexión a Vodafone y a TME. Como quedó reseñado en el Fundamento segundo de esta Resolución, la orientación a costes en los precios de terminación de llamadas solamente quedará verificada cuando se desarrolle una contabilidad específica de costes que permita tal asignación. Los Fundamentos utilizados por la CMT se basaban en que el modelo de estructura de los precios de interconexión viene condicionado por el artículo 26 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, desarrollado en el Reglamento de Interconexión, por Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio. En concreto, el artículo 13 del citado Reglamento dice que “los precios de interconexión se determinarán en función del coste real de su prestación. A estos efectos se presumirá que dicho coste coincide con el coste de prestación eficiente a largo plazo, incluyendo una remuneración razonable de la inversión, mediante el uso de una planta de dimensiones óptimas, valorada a coste de reposición, con la mejor tecnología disponible y en la hipótesis de mantenimiento de la calidad del servicio. La carga de la prueba de que el coste real en el que se basan los

precios de interconexión es superior al presunto corresponde al operador que proporciona la interconexión”. En ese mismo Reglamento, la Disposición Transitoria Primera dice que se permitirá a la CMT establecer con carácter transitorio unos precios de interconexión a los operadores dominantes “en tanto no esté verificado o validado que los costes a los que ha de orientarse los precios de interconexión se ajustan al sistema contable aprobado por la CMT”.

Como bien señala la CMT en su Resolución de 11 de julio de 2002, cuando toma la decisión de regular los precios de interconexión de forma transitoria, fijando precios máximos, lo hace porque “no se han verificado los resultados de la contabilidad de costes para los ejercicios 2000 y 2001”. Para la fijación de precios de interconexión, la CMT establece como criterios “la evolución de los precios y costes de interconexión en los países de la Unión Europea, las ganancias derivadas de la productividad de los operadores y la eficacia de las nuevas inversiones, realizadas o previstas, empleando las mejores tecnologías disponibles”. No obstante, el análisis comparativo se ha completado con un “modelo de costes botton-up que va a permitir a esta Comisión perfilar los resultados obtenidos con la comparativa internacional y definir la fijación de unos determinados precios de interconexión con la aportación de las conclusiones que se extraen, entre otros datos, de la estimación teórica de los elementos de red utilizados para la prestación eficiente del servicio de telefonía móvil, con total independencia de la estructura real de red de un operador específico y de la contabilidad de costes de un operador en particular”.

Por lo tanto, la intervención de los precios de interconexión se hace al hilo de la aplicación de ciertos criterios contables a los datos de los operadores móviles dominantes. De hecho, no va a ser hasta el 26 de junio de 2003 cuando la CMT aprueba su resolución sobre la verificación de los resultados de la contabilidad de costes presentados por TME referidos a los ejercicios correspondientes a los periodos 1 de enero a 31 de diciembre de 2000, 1 de enero a 31 de marzo de 2001 y 1 de abril de 2001 a 31 de marzo de 2002. En esta Resolución se pone de manifiesto las discrepancias entre el regulador y el regulado hasta ese momento respecto a los criterios de asignación de costes y especialmente en lo referido a la imputación de costes de interconexión y la CMT llega a decir que respecto de los métodos y criterios de contabilización de costes que:

“Teniendo en cuenta que ninguno de los métodos analizados garantiza suficientemente la adecuada asignación de estos costes, la CMT no considera apropiado cambiar el criterio de reparto de los Costes directos de materiales a los servicios de terminación para el ejercicio 2002”.

De igual modo, añade que no se introducen modificaciones para ese ejercicio y TME habrá de someter a esta Comisión otros criterios de asignación que sean respetuosos con los Principios establecidos para futuros ejercicios.

Asimismo, ante la presencia de costes no asignables, importantes para determinar el coste contable asignado a interconexión, la CMT considera respecto de la imputación a los servicios de interconexión de los costes procedentes de “Centros de Actividad No Asignables Directamente” (CANADS) que:

”TME ha detectado la superación del límite máximo de asignación de los CANADS y ha implementado un sistema que respeta el límite del 10% de asignación de dichos costes”

A partir de esta verificación a posteriori de costes y de criterios utilizados por TME hasta ese momento, la CMT aprobó una Resolución, de fecha 2 de octubre de 2003, relativa a la adopción de medidas cautelares tendentes a fijar precios de interconexión de TME orientados a costes. En la misma señala la CMT que:

“...a pesar de la declaración de dominancia de TME, se ha venido postergando la orientación a costes reales de los precios de interconexión. La causa se encuentra en la evidente complejidad y dificultad para poner en práctica el Sistema de Contabilidad de Costes al que viene obligado el operador móvil [...] Ahora bien, una vez identificada la diferencia entre el precio aplicado y el coste real [...] se hace necesario establecer una reducción de los precios de terminación de TME con la mayor brevedad y eficacia posible.”

La medida cautelar quedará confirmada con otras Resoluciones de la CMT, de fecha 18 de diciembre de 2003 por las que TME y Vodafone tienen que reducir sus precios de interconexión. Hay que hacer notar que el precio para uno y otro operador son diferentes, siendo más alto el de Vodafone que el de TME.

Pero, en definitiva y más allá de los precios máximos fijados que este Tribunal no valora, se pone de manifiesto que se partía de una idea de orientación de precios a costes en interconexión para el operador dominante que requería un ajuste complejo ex novo de criterios en la esfera contable de asignación de costes. De hecho, las diferencias aparecen asociadas a unos criterios que han sido modificados por el regulador solamente a posteriori y en estas condiciones surgen dudas razonables de que el regulado, TME, declarado operador dominante por parte de la CMT, utilizara una imputación de costes

de interconexión no ajustados a los criterios generales, puesto que la certeza de que se estaba desviando de ellos solamente se ha producido después de la verificación y la CMT no ha puesto de manifiesto ningún hecho que pudiera apuntar en otro sentido, como ha quedado patente al no sancionar esa diferencia de criterio y fijar la obligación de ajuste a futuro.

UNDECIMO.- En cuanto a la imputación de haber discriminado por aplicación de precios distintos por el mismo servicio de terminación en su red, que eran superiores para las llamadas telefónicas originadas en redes nacionales frente a las llamadas con origen internacional, debemos señalar que, como se ha declarado probado en esta Resolución, dicha diferencia de precios se produjo al menos desde el año 1999 hasta marzo de 2002.

En un sentido general, discriminar equivale a separar, diferenciar o distinguir a una persona o cosa de otra, aunque el uso habitual de esta palabra pone el acento en la circunstancia de que esa diferenciación sirva para dar trato de inferioridad a una persona o colectividad. En el ámbito del Derecho de la competencia la discriminación exige que la diferencia de trato respecto a una misma prestación, que se impone a clientes, competidores o consumidores carezca de una justificación objetiva y que, al mismo tiempo, vaya dirigida a producir efectos sobre el mercado, ya sea mediante la expulsión de alguno de los operadores afectados, ya sea colocando a alguno o algunos de éstos en una situación de desventaja frente a otros.

Por ello, partiendo de la premisa de que el autor de tal conducta se encuentre en una posición de dominio que le atribuya la necesaria independencia de comportamiento para fijar en cada caso los precios o condiciones que tenga por conveniente, para que pueda incardinarse dicha actuación dentro de los márgenes establecidos por el artículo 6º de la Ley de Defensa de la Competencia, será necesario que concurren en ella tres elementos, dos objetivos y uno subjetivo. El primer elemento objetivo está constituido por la falta de justificación jurídica o económica de la conducta realizada, de tal manera que ésta pueda ser calificada como arbitraria, mientras que el segundo es la aptitud de la conducta realizada para perturbar la libre competencia. Por su parte, como cualquier otra conducta, para que la discriminación pueda ser sancionada como infractora de la Ley de Defensa de la Competencia, se requiere un elemento intelectual o volitivo, de carácter subjetivo, que es la existencia de dolo o culpa consciente, que igualmente deben quedar acreditados.

A) En relación con la conducta imputada en este último apartado, de discriminación de precios en la prestación del servicio de terminación de llamadas en la red de TME, aplicado por ésta a todas las llamadas cuyo destinatario final era uno de sus abonados, ha quedado acreditado, incluso

por reconocimiento de la propia imputada, que desde el año 1999 hasta marzo de 2002 TME aplicó al resto de las compañías telefónicas un precio de terminación de llamadas de 25 pesetas, cuando se trataba de llamadas de procedencia de la red internacional, y de entre 20 y 40 pesetas, según los horarios, cuando se trataba de llamadas nacionales. A la hora de examinar si concurren o no en esta conducta los elementos antes mencionados, es preciso señalar que, si desde un punto de vista exclusivamente técnico, el servicio de terminación de llamadas en la propia red es idéntico cualquiera que sea el origen de la llamada, no sucede lo mismo con las circunstancias económicas o comerciales que deben tenerse en cuenta para fijar sus precios.

En efecto, el precio de la terminación de las llamadas nacionales fue fijado por la propia TME entre cinco opciones que ofreció el Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente por Orden Ministerial de 12 septiembre de 1994, eligiendo el nivel 4: 40 pesetas por minuto en hora punta y 20 pesetas por minuto en hora valle. El de las llamadas internacionales fue fijado por la misma Orden en 25 pesetas por minuto. Por lo tanto, fue la propia Administración, mediante la publicación de una normativa vinculante para la imputada, la que estableció precios diferentes para el servicio de terminación de llamadas en la telefonía móvil, según se tratara de llamadas de procedencia nacional o internacional y no puede presumirse una ausencia de discriminación objetiva para establecer dos tarifas distintas para uno u otro servicio. Posteriormente, desaparecida la obligatoriedad de la tarifa administrativa para las llamadas de origen internacional en septiembre del año 1996, TME mantuvo la situación anterior hasta la fecha mencionada en el cargo imputado por el Servicio. En este sentido, la explicación ofrecida por TME para mantener el doble precio hasta el año 1998, en relación con la imposibilidad de poderse identificar hasta entonces las llamadas en origen según su destino a un teléfono fijo o móvil y durante los años 1999 y hasta marzo de 2000 en la necesidad de esperar a que Telefónica de España S.A.U., a través de cuyas redes se recibían todas las llamadas de origen internacional, pudiera modificar sus acuerdos de precios con los operadores internacionales dedicados al tráfico internacional de llamadas, parece plausible y no resulta contradicha por las afirmaciones del Servicio basadas en meras especulaciones acerca de que “constantemente se están llevando a cabo cambios de este tipo y su viabilidad viene demostrada por el hecho de que varios operadores lo consiguieron mucho antes de 2002”. Si el contenido y objeto de la infracción que examinamos es que, como dice el Pliego de Concreción de Hechos “lo que se le imputa a TME, y al Grupo Telefónica en general, es que no hubiera hecho lo necesario y con la adecuada prontitud para, un cambio avisado y conocido con mucha antelación”, parece que hubiera debido acreditar con mayor precisión que las alegaciones de TME sobre las dificultades y la necesidad del tiempo empleado por TESAU para

lograr la adaptación de los acuerdos internacionales, son inciertas o carentes de credibilidad.

B) En cuanto al segundo elemento objetivo, de que la discriminación practicada tuviera aptitud para distorsionar la competencia, dicha aptitud se muestra en este caso de manera muy débil, pues, en primer lugar, los precios fijados tanto para la terminación de las llamadas nacionales como internacionales eran aplicados indiscriminadamente a todos los operadores, tanto de telefonía fija como móvil, que le entregasen sus llamadas, por lo que no se colocaba a unos en situación de desventaja ni de privilegio frente a otros. Esta práctica es observada desfavorablemente por el Servicio, que afirma que “los operadores que podían llevar a cabo ese tránsito tenían ventaja competitiva frente a los que no”, pero no justifica, ante las alegaciones de la imputada, que existieran algunos operadores que no pudieran acudir a ella, por lo que debe rechazarse, por no acreditada, dicha posibilidad y, consecuentemente, la discriminación a que ésta pudiera haber dado lugar.

C) Por último, la justificación inicial de la diversidad de precios entre uno y otro servicio de terminación de llamadas y la posterior vinculación del mantenimiento de aquellos precios a la modificación de los acuerdos internacionales mantenidos por un tercero, TESAU, y la no demostración de ventajas competitivas para TME con el mantenimiento de los precios diferentes a que nos venimos refiriendo, impiden la apreciación de dolo o culpa anticompetitivos en la imputada en relación con el cargo de discriminación examinado.

DUODÉCIMO.- Por lo que se refiere a la segunda conducta abusiva de discriminación imputada por el Servicio a TME, por haber aplicado precios nominales distintos entre los diversos operadores nacionales entre el 15 de febrero de 2001 y el 1 de septiembre de 2001 y entre el 1 de agosto de 2002 y el 1 de noviembre de 2002, expresando que en particular, a lo largo de todos esos meses vino aplicando a Vodafone, su principal competidor en el mercado de telefonía móvil, un precio por el mismo servicio de terminación de llamadas superior al que aplicaba a Amena, el tercer competidor en dicho mercado, se trata de una imputación que, igualmente, debe ser desestimada, pues no se aprecia actuación abusiva por parte de la imputada.

En efecto, como recoge el Informe-Propuesta del Servicio, las condiciones en que dos operadores de red intercambian tráfico entre sus redes vienen recogidas en el correspondiente Acuerdo General de Interconexión, suscrito entre ambos operadores, que es objeto de sucesivos Addenda cada vez que haya alguna modificación de las condiciones. Dado que el servicio de terminación es uno de los servicios de interconexión de redes, la fijación de

precios nominales de terminación que TME aplica a los demás operadores sigue este procedimiento. Todos los operadores deben enviar a la CMT una copia de los Acuerdos de Interconexión y de sus Addenda, los cuales son accesibles a terceros interesados si uno de los operadores firmantes es un operador con poder de mercado significativo en el mercado nacional de interconexión. Este es el caso de TME.

En consecuencia, tanto TME como Vodafone, como Amena establecían entre sí sus recíprocos acuerdos de interconexión, en los términos y condiciones que pactaban libremente entre sí, que debían siempre producirse dentro de los límites establecidos por la normativa vigente, por lo que si en alguno de los acuerdos de interconexión ha existido alguna irregularidad o incumplimiento formal o material de dichas normas, la consecuencia inmediata no debe ser la de interpretar que se ha producido una imposición abusiva por parte de quienes adoptaron el acuerdo, sino la de la existencia de responsabilidades de otro orden cuya vigilancia corresponde a otros órganos administrativos. De otra manera nos encontraríamos con la incongruencia que supone que se imputen conductas de abuso de posición dominante recíproco a empresas que contrataron entre sí, como sucede en el presente caso, en relación con tres expedientes distintos, pero tramitados paralelamente y segregados de un mismo expediente inicial.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal por mayoría

HA RESUELTO

Único.- Declarar que no han resultado acreditadas las infracciones del art. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia y 82 del Tratado de la Unión Europea que son objeto de este expediente.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso en vía administrativa, pudiendo interponer recurso Contencioso-Administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde la notificación de esta Resolución.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN LOS SEÑORES CASTAÑEDA Y COMENGE EN LA RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE 571/03 UNI2 / TELEFONICA

No podemos coincidir con la mayoría del Tribunal cuando señala en el FD 4 que *es discutible que haya independencia de comportamiento para un operador móvil como TME y se mantienen dudas razonables de que no hay presión competitiva alguna bajo estas condiciones de interconexión*, fundando dichas dudas en el hecho de que entre los operadores fijos se encuentra Telefónica de España (TESAU), operador dominante cuyos precios de terminación sirven de referencia para los demás, de forma que el resto de operadores fijos se pueden beneficiar directamente del poder negociador de TESAU cuando establece precios de interconexión con los operadores móviles.

Este tipo de razonamiento sólo puede hacerse pasando por alto que tanto el operador fijo Telefónica de España (TESAU) como Telefónica Móviles España (TME) pertenecen al mismo grupo empresarial (Grupo Telefónica) y que ambos ostentan cuotas superiores al 50% en los respectivos mercados. Es obvio, entonces, que en las relaciones entre ambas entidades no se puede hablar de *poder negociador* del operador fijo frente al operador móvil, si no de fijación convenida de precios de conexión que optimicen la estrategia del grupo Telefónica frente a sus competidores en los diversos mercados.

Para los firmantes de este voto particular, no cabe duda alguna sobre la capacidad, en el momento de los hechos, de un comportamiento independiente de TME y sobre su posición de dominio en el mercado mayorista de terminación de llamadas en su propia red.

En cuanto a la conducta desarrollada desde esta posición dominante, creemos que está plenamente acreditado en el expediente (folios 2050-2060) y no es negado por la empresa denunciada que, mediante el llamado *Servicio Corporativo 2000*, TME ofreció a las empresas servicios minoristas en los que las llamadas de telefonía de fijo a móvil se facturaban a precios muy inferiores a los precios de conexión que imponía a nivel mayorista a los operadores de telefonía fija, imposibilitando a éstos la competencia en la oferta de servicios integrados a las empresas.

Discrepamos, a este respecto, de la valoración que hace la mayoría en el FD 5 cuando señala que no cabe hablar de pinzamiento de precios ya que las llamadas de fijo a móvil constituyen sólo una parte del servicio integrado ofrecido por TME a las empresas que disfrutaban de una Red Privada Virtual Móvil (RPVM) y, por ello, no pueden desagregarse linealmente los costes para la realización de un *test* de pinzamiento de precios. Creemos que,

aunque sólo sean una parte de los servicios ofrecidos por TME dentro del *Servicio Corporativo 2000*, lo cierto es que tal parte puede ser más o menos importante según las características de cada empresa cliente y que los numerosos competidores de telefonía fija no podrán entrar en este mercado de servicios integrados, sin incurrir en fuertes pérdidas, si tienen que ofrecer las llamadas de fijo a móvil a un precio muy inferior del que tienen que pagar a TME por la terminación de llamadas en su red.

Tampoco podemos coincidir con la mayoría cuando, siguiendo al Servicio, mantiene en el FD 7 que los análisis y casos de competencia sobre este tipo de práctica son pocos y no tienen nada que ver con las telecomunicaciones, ni siquiera con las economías de red.

Aunque es cierto que aún no existe mucha jurisprudencia al respecto, es obligado aludir a casos no sólo relativos a economías de red, sino precisamente a redes de telefonía, como la Decisión de la Comisión *Deutsche Telekom AG*, de 21 de mayo de 2003, en la que se establece, para un caso de acceso al bucle local, que

“Por lo que se refiere al acceso a la red local considerado en el presente caso, cabe presumir que se aplica una compresión abusiva de márgenes cuando la diferencia entre las tarifas minoristas de una empresa dominante y las tarifas mayoristas para servicios comparables que aplica a sus competidores es negativa o insuficiente para cubrir los costes específicos de producto incurridos por el operador dominante en la prestación de sus propios servicios minoristas en el mercado descendente.

En una situación de este tipo, se produce una presión anticompetitiva sobre los márgenes comerciales de los competidores, puesto que dichos márgenes son inexistentes o demasiado reducidos para permitir que estas empresas puedan competir con el operador tradicional en los mercados de acceso minorista. Un margen insuficiente entre las tarifas mayoristas y minoristas de un operador dominante integrado en sentido vertical constituye un comportamiento anticompetitivo en particular cuando da lugar a que otros proveedores queden excluidos de la competencia en un mercado descendente a pesar de ser cuando menos igual de eficientes que el operador tradicional.”

Igualmente es necesario mencionar la Decisión de 14 de Octubre de 2004 del *Conseil de la Concurrence*, referente a prácticas realizadas por operadores telefónicos en Francia plenamente similares a las que han sido objeto de este expediente sin que la alegada prestación de servicios integrados fuera estimada por el *Conseil de la Concurrence* como justificación de la eliminación de competidores a través de un pinzamiento de precios.

Creemos, en consecuencia, que la presente Resolución debería concluir como en los dos casos citados, comunitario y francés, con la declaración de práctica abusiva prohibida y la imposición de la multa correspondiente a la empresa responsable.

Madrid, 22 de diciembre de 2004