

RESOLUCIÓN DE EXPEDIENTE SANCIONADOR
Expte. 573/03, WORLDCOM/AMENA (2436/02 del Servicio)

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 y García-Sáenz, Vocal
- D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal
- D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal

Madrid, a 20 de diciembre de 2004

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal, TDC), con la composición expresada al margen y siendo ponente el Vocal Sr. Conde Fernández-Oliva, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 573/03 (2436/02 del Servicio de Defensa de la Competencia, el Servicio, SDC), iniciado por denuncia formulada por MCI WORLDSPAIN, S.A. (WORLDCOM) contra RETEVISIÓN MÓVIL, S.A. (AMENA), entre otros operadores de móviles, por presuntas prácticas restrictivas de la competencia contrarias a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, consistentes en el pinzamiento de precios entre el precio mayorista de terminación de llamadas telefónicas en sus redes y sus precios minoristas de servicio telefónico de fijo a móvil, con efecto excluyente para los operadores de redes y servicios fijos del servicio telefónico de fijo a móvil.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 31 de octubre de 2002, MCI WorldCom (Spain) presentó denuncia contra Telefónica Móviles España, S.A.U. (TME), Vodafone, S.A. (Vodafone) y Retevisión Móvil (Amena) por supuestas prácticas restrictivas de la competencia consistentes en el pinzamiento de precios (“price squeeze”) entre el precio mayorista de terminación de llamadas telefónicas en sus redes y sus precios minoristas del servicio telefónico de fijo a móvil.
2. El 17 de diciembre de 2002, el Director General del SDC, teniendo en cuenta que se trata de analizar conductas unilaterales de las empresas y

con vistas a proteger adecuadamente la confidencialidad de la documentación correspondiente, acordó el desglose del expediente acumulado en tres expedientes para examinar las conductas de cada empresa operadora de redes móviles.

3. El 17 de diciembre de 2003, se recibe en el TDC el expediente relativo a Retevisión Móvil (Amena).
4. El 13 de enero de 2004, el Tribunal acordó la admisión a trámite del expediente, designó Ponente y decidió poner de manifiesto el expediente a los interesados para que, en el plazo legal, puedan formular alegaciones, proponer las pruebas que a su derecho convenga y solicitar celebración de vista.
5. Por escrito recibido en el Tribunal el 30 de enero de 2004, Retevisión Móvil (Amena) solicita prórroga del plazo concedido.
6. Mediante Providencia de 3 de febrero de 2004 se concede prórroga del plazo de proposición de prueba y vista solicitada por Retevisión Móvil (Amena).
7. El 18 de febrero de 2004 se recibe escrito del Grupo Auna y Retevisión Móvil (Amena) en el que propone pruebas.
8. El 27 de febrero de 2004, solicita Cableuropa, S.A.U. (Cableuropa) que se le reconozca como interesado.
9. Por Providencia de 15 de marzo de 2004, a la vista del escrito de Cableuropa, se une el mismo al expediente y se la solicita justifique su interés legítimo en el expediente.
10. Por escrito recibido el 16 de marzo de 2004, el Grupo Auna/Amena realiza unas alegaciones preliminares sobre las afirmaciones y conclusiones contenidas en el Informe-propuesta del SDC.
11. Por Providencia de 22 de marzo de 2004 se notifica a los interesados el cambio de Ponente, por haber cesado el anterior en el Tribunal.
12. Por escrito de Retevisión Móvil recibido en este TDC el 2 de abril de 2004, se solicita se desestime la pretensión de Cableuropa de ser interesado en el expediente, por estimar que carece de interés legítimo, y que en caso de que se admita la personación, se declare la confidencialidad de la documentación aportada por Amena al expediente, por resultar sensible y ser objeto de secreto comercial.

Solicita adicionalmente que, en su caso, se le dé traslado de las alegaciones de Cableuropa en las que justifique su interés legítimo.

13. Por escrito recibido en este Tribunal el 6 de abril de 2004, Cableuropa alega las razones que justifican su interés legítimo en el expediente.
14. Por Providencia de 4 de mayo de 2004, se reconoce como interesado en el expediente a Cableuropa.
15. El 30 de junio de 2004, se dicta Auto por el que se acuerda no acceder a la solicitud de Amena de declarar confidencial documentación adicional alguna a la que ya tiene tal carácter en el expediente.
16. El 21 de septiembre de 2004 se dicta Auto sobre prueba y vista.
17. El 1 de octubre de 2004, se recibe escrito de Telefónica de España, S.A.U. en el que solicita se le reconozca como interesado.
18. El 8 de octubre de 2004, se recibe escrito del Grupo Auna/Amena en el que se solicita ampliación del plazo concedido para valoración de la prueba.
19. Por Providencia de 11 de octubre de 2004 se concede la prórroga solicitada por un período de cinco días hábiles a partir del último concedido.
20. Por escrito recibido el 19 de octubre de 2004, se reciben alegaciones del Grupo Auna/Amena acerca de la prueba.
21. Por Providencia de 22 de octubre de 2004 se reconoce como interesado a Telefónica de España, S.A.U., se pone de manifiesto el expediente a los interesados y se les concede plazo para que aleguen cuanto estimen conveniente acerca de las diligencias de prueba.
22. Por Providencia de 29 de octubre de 2004, se corrige error padecido en la Providencia de 22 de octubre de 2004, en el sentido de que lo que se abría era el plazo para el trámite de conclusiones.
23. Por escrito recibido el 12 de noviembre de 2004, Retevisión Móvil (Grupo Auna/Amena) solicita prórroga del plazo concedido para conclusiones.
24. Por Providencia de 15 de noviembre de 2004, se deniega la ampliación de plazo solicitada.

25. Por escrito recibido el 22 de noviembre de 2004, se recibe escrito de conclusiones de Auna Operadores de Telecomunicaciones (Grupo Auna) y Retevisión Móvil, S.A. (Amena).
26. Por escrito recibido el 9 de diciembre de 2004, el Grupo Auna/Amena solicita el acceso al expediente para conocer las conclusiones formuladas por las otras partes interesadas.
27. Por Providencia de 14 de diciembre de 2004, se deniega el acceso al expediente solicitado por el Grupo Auna/Amena.
28. El Tribunal deliberó y fallo sobre este asunto en su reunión del 15 de diciembre de 2004.
29. Son interesados:
 - MCI WORLDCOM SPAIN, S.A.
 - RETEVISIÓN MÓVIL, S.A. (AMENA) Y AUNA OPERADORES DE TELECOMUNICACIONES (GRUPO AUNA)
 - CABLEUROPA, S.A.U.
 - TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

HECHOS PROBADOS

1. Retevisión Móvil, S.A. (Amena) es una empresa del Grupo Auna, el cual opera a través de diferentes empresas y unidades de negocio en cada ámbito de actividad, siendo Amena el operador de telefonía móvil.

Desde la perspectiva de las reglas de la competencia, cualquier imputación o referencia que se haga por conductas llevadas a cabo por Amena, puede entenderse hecha a todo el Grupo Auna, por la relación existente entre Amena , las demás empresas del Grupo Auna y el propio Grupo.

Hasta el 24 de diciembre de 2002, Amena ha fijado libremente el precio que facturaba a los demás operadores de telecomunicaciones por terminar en su red las llamadas que le entregaban los demás operadores, ya que por resoluciones de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (CMT) de 12 de diciembre de 2002, se la impuso un precio máximo por la terminación de las llamadas que le entregaban TME y Vodafone, con efectos a partir de aquella fecha.

El SDC en su Informe-Propuesta ha propuesto “Que por el TDC se 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 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 (Diciembre 2002) los problemas para la competencia se han visto minimizados”.

Según los datos publicados las cifras más relevantes de Amena en el año 2002 fueron:

- La cobertura geográfica de su red móvil es del 90% del territorio español, que supone el 98% de la población, prestando servicio a 6.460.000 abonados, lo que supone una cuota del 19,3% del mercado de telefonía móvil.
 - Sus ingresos fueron de 1996 millones de euros (un 17,9% del mercado) de los cuales 772 proceden de los servicios de interconexión (un 20,9% de lo ingresado por los operadores móviles en este epígrafe y un 31,8% de los ingresos totales de AMENA).
2. A partir del pasado 24 de diciembre de 2002 y hasta la fecha en que el SDC redactó el Pliego de Concreción de Hechos, Amena ha venido aplicando a sus competidores en mercados descendentes precios nominales diferentes, según que el operador que le entregara la llamada fuera un operador nacional móvil o fijo, para el mismo servicio intermedio (el servicio de terminación de llamada telefónicas en la red móvil de Amena).
 3. Durante largos períodos de tiempo, y al menos durante los años 2001 y 2002, el precio que Amena aplicaba por terminar en su red una llamada con origen internacional era muy inferior al que aplicaba a los operadores nacionales de telecomunicaciones por terminar en su red una llamada con origen nacional.
 4. Amena ha aplicado a sus clientes unos precios nominales por el servicio minorista de llamadas internas (on net: origen y terminación en la propia) tales que los precios efectivos resultantes de dicho servicio son

inferiores a los precios nominales medios que aplicaba a sus competidores móviles por el servicio mayorista de terminación de llamadas telefónicas en su propia red.

5. Se constata que Amena “ha comercializado con carácter general y al menos durante los años 2001 y 2002, 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 móvil de Amena”.
6. Por lo que se refiere a la comparación con las llamadas de fijo a móvil, se constata que “el margen entre el precio del servicio minorista y el precio de uno de los servicios mayoristas que son utilizados como input es negativo y, por tanto, que Amena ha llevado a cabo una práctica de estrangulamiento de margen. Amena compite con esos otros operadores en el mercado descendente de comunicaciones de empresas y sus competidores tienen que comprar a Amena dicho servicio mayorista para, entre otras cosas, poder ofertar el mismo servicio minorista a dichos clientes empresariales.

Por lo que se refiere a la comparación con las llamadas de móvil a móvil, concluimos que Amena hace uso de su propia red móvil a un precio de transferencia y en unas condiciones más favorables que el precio y condiciones en que ofrece su red a los otros operadores con los que compite en mercados descendentes”.

7. El SDC afirma que “los efectos del price squeeze llevado a cabo por Amena en el mercado ascendente han sido hasta ahora pequeños en razón tanto de su escasa cuota de mercado en el mercado descendente como del menor tamaño relativo de su red móvil” y los efectos anticompetitivos de las prácticas discriminatorias “son pequeños dado el tamaño relativo de su red móvil y la escasa cuota del Grupo Auna en los mercados descendentes”. También afirma que “las prácticas denunciadas están prohibidas aunque la intención de Amena... no hubiera sido la de eliminar a un competidor. Será a la hora de imponer la sanción correspondiente, en su caso, cuando el Tribunal de Defensa de la Competencia pueda apreciar esta falta de intencionalidad”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El asunto que se somete a resolución por parte de este Tribunal es si, de acuerdo con la propuesta del SDC, se debe declarar que:
 - a) “El pinzamiento de precios (precio squeeze) llevado a cabo por Amena 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 Amena a empresas hasta el momento en que sus precios de terminación fueron intervenidos por la CMT, constituye un abuso de posición de dominio que infringe el artículo 6 de la LDC y el artículo 82 del TUE”.
 - b) Que “la discriminación entre 1) las condiciones y precios de terminación que Amena se ofrece a sí misma y los que ofrece a terceros y 2) en el precio de terminación que aplica a otros en razón de su origen, nacional o internacional, móvil o fijo, de la llamada constituye un abuso de posición de dominio que infringe el artículo 6 de la LDC y el artículo 82 del TUE”.

De estas conductas considera responsable a Retevisión Móvil, S.A. (Amena). Amena no discute la veracidad de los hechos a que se refieren las imputaciones del SDC, 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.

2. El Grupo Auna y Amena, en su escrito de conclusiones, alegan en resumen lo siguiente:
 - a) Que está en desacuerdo con las imputaciones del SDC, el cual no ha demostrado la existencia de un pinzamiento de márgenes o un trato discriminatorio que reduzca la capacidad de los operadores fijos para competir.
 - b) Considera que la valoración de los hechos por parte del SDC se centra en una competencia “imaginaria” entre los servicios de telefonía fija y los servicios integrados de llamadas móvil-móvil y fijo-móvil soportadas en una red privada virtual (“Servicios RPV”). El pinzamiento de precios se basa en una errónea comparación de los precios de uno solo de los elementos que integran los Servicios de RPV (el precio de las llamadas fijo-móvil) con los precios que pueden ofrecer operadores fijos que no tienen

capacidad para ofrecer esos Servicios, y el análisis del trato discriminatorio no parece tener en cuenta que las empresas consideradas discriminadas compiten en mercados distintos y no soportan desventaja competitiva por los precios aplicados por Amena.

Para Amena es básico para entender adecuadamente los hechos lo siguiente:

- que es un operador de redes móviles (el más pequeño de ese mercado) y que los servicios de telefonía móvil son fundamentalmente distintos a los de telefonía fija, no siendo ambos tipos de servicios sustituibles (por la movilidad proporcionada por el servicio móvil) y formando mercados completamente separados.

- que los Servicios RPV son productos de telefonía móvil que responden a la exigencia de grandes empresas y administraciones públicas, y que el mercado para Servicios RPV es altamente competitivo y muy influido por los compradores de sus servicios, que son muy sensibles a los precios.

- que ni el denunciante ni los otros operadores compiten actualmente en el mercado de Servicios RPV ni en otros mercados de telefonía móvil, ya que centran sus actividades en la telefonía fija y otros servicios de redes fijas.

- que es el más pequeño tanto en el mercado de servicios de telefonía móvil como en el segmento de Servicios de RPV (su cuota en 2002 se estima en un 6%), por lo que los efectos de su estructura de precios sobre las actividades de otros operadores, si es que lo ha habido, habrán sido insignificantes y resueltos por la intervención de la CMT.

- c) Para el pinzamiento de precios, los mercados relevantes son el mercado para Servicios RPV y el mercado ascendente de acceso a una red móvil, pero el SDC erróneamente incluye los Servicios de RPV dentro del mercado de telefonía fija, lo que le lleva a definir el mercado ascendente como el mercado para terminación en la red de Amena. Por otra parte, tampoco cree justificado que el SDC base su análisis del supuesto trato discriminatorio en unos mercados en los que supuestamente competirían, entre otros, los proveedores de servicios de telefonía fija y los servicios de telefonía móvil.

En cuanto al supuesto pinzamiento de precios, Amena considera como mercados relevantes:

- los mercados relevantes descendentes son por un lado el mercado de los Servicios RPV, y por otro, el de telefonía fija. Así, los compradores de Servicios RPV adquieren llamadas fijo-móvil a través de la RPV como parte de un servicio integrado (que implica el despliegue de una red privada virtual, conectando las locales del comprador con la red móvil del operador móvil y, a través de ella, a las otras redes móviles) y los operadores móviles no venden dichas llamadas de forma separada. Por ello, estos servicios tienen características (funciones, precios y atributos) distintos a los de los servicios de telefonía básica que permiten llamadas fijo-móvil. La *Office of Communications* del Reino Unido en una decisión publicada el 21 de mayo de 2004, definió mercados que coinciden con los aquí identificados por Amena.

- En cuanto al mercado ascendente, basándose en la *Recomendación de la Comisión Europea relativa a los mercados pertinentes del sector de las comunicaciones electrónicas* (DOCE 2003/L 114/45) y en la decisión de *Ofcom* precitada, así como en el mercado descendente relevante para Servicios RPV, estima que el mercado relevante es el de acceso a una red móvil en general.

d) Respecto a los mercados relevantes en el supuesto trato discriminatorio, señala que los mercados de telefonía fija y telefonía móvil están separados y no existe competencia directa entre ellos.

e) Para el pinzamiento de márgenes a efectos del artículo 6 LDC y del artículo 82 del Tratado, Amena debería ostentar posición de dominio en el mercado ascendente y debe, además tener al menos una posición significativa o de liderazgo en el descendente, ya que sólo en este caso puede el operador dominante en el mercado ascendente conseguir la exclusión efectiva de su rival en el descendente.

- la falta de dominio en el mercado ascendente, debe apreciarse en función de su cuota de mercado en 2002 para acceso a redes móviles, que según datos de la CMT es entre un 15-19%.

- la falta de liderazgo en el mercado descendente, aunque no hay fuentes públicas fiables de información sobre las ventas de Servicios de RPV, puede estimarse, en términos de ingresos en un 6% en el año 2002. Por otra parte, según el Informe Anual de la CMT para el año 2002, la cuota de mercado por facturación de servicios de comunicaciones corporativas de Auna Telecomunicaciones es sólo del 2,9%.

f) Amena no tiene capacidad de distorsionar la competencia de manera significativa en ningún mercado, ya que sus cuotas en los mercados relevantes son reducidas (15-19% en el ascendente y 6% en el descendente) y aún siguiendo el análisis del SDC, los ingresos por llamadas de fijo-móvil a la red de Amena por clientes empresariales representan apenas un 7% de los ingresos totales de operadores fijos. Por ello, considera imposible que pueda incurrir en prácticas restrictivas y que cualquier estrategia destinada a aumentar su cuota de mercado puede reputarse como pro-competitiva.

g) Aún en el caso de que existiera un estrangulamiento de precios, ello no supondría infracción de la normativa de la competencia por:

- la necesidad de demostrar efectos u objetivos anticompetitivos para que pudiera haber un abuso.

- la ausencia de efectos anticompetitivos, ya que el propio SDC concluye su Informe Propuesta señalando que en el caso de Amena nunca han sido significativos y actualmente son casi, si no totalmente, inexistentes; no consta en el expediente indicio alguno de efectos negativos para los competidores por las prácticas imputadas; aún aceptando la definición de mercados del SDC, los efectos de las actuaciones de Amena en dicho mercado más amplio serían todavía menores; y, la CMT está obligada a orientar los precios de terminación a costes reales.

- no se ha aportado ninguna prueba de objeto anticompetitivo, siendo los verdaderos motivos de Amena respecto de los precios que ofrece en el mercado de RPV, su deseo de captar clientes y hacer frente a la competencia de los otros operadores móviles.

h) En cuanto a las supuestas prácticas discriminatorias contrarias a la competencia, se señala:

- en cuanto a los precios internos de Amena, señala que no es dominante en ningún mercado descendente, por lo que no tiene posibilidad de aplicar precios abusivos en los mismos; el hecho de que se haya desarrollado una estructura de precios que diferencia los precios de las llamadas que se inician y terminan en una misma red (*on net*) y los de llamadas que terminan en redes distintas (*off net*), se debe a que sólo así puede competir contra los otros dos operadores de móviles, y luchar contra la desventaja de tener la red más pequeña, por lo que su estrategia es pro-competitiva.

- en el caso de la supuesta discriminación entre operadores móviles y operadores fijos, la diferencia de precios resulta de la intervención de la CMT, y como los operadores móviles y los operadores fijos compiten en mercados separados, no existe una desventaja competitiva para los operadores fijos como resultado de la política de precios seguida.

- en cuanto a las diferencias de precios de terminación para operadores nacionales e internacionales, considera que está justificada y que no crea desventaja competitiva, ya que como parece aceptar el propio SDC, estos son mercados separados.

Por otra parte, no cree que se pueda causar una desventaja competitiva para los operadores que no utilicen la práctica del *tromboning* frente a los operadores que la utilicen, ya que Amena no tiene capacidad para inducir a los operadores fijos a realizar estas prácticas ni, por ello, puede ser responsable de sus efectos perjudiciales, especialmente para los derechos de los propios usuarios.

Por todo lo anterior, estima que no se han probado conductas que supongan infracción de las normas de la competencia, y que una intervención por parte de las autoridades de la competencia, lejos de impedir prácticas restrictivas, perjudicaría gravemente la influencia pro-competitiva que Amena ofrece en el mercado para Servicios de RPV.

3. De acuerdo con el artículo 2 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, éstas 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.

4. 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 de telefonía móvil como Amena. Dice el SDC:

“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 Amena es evidente que, en el mercado mayorista, no hay sustituto para la terminación de llamadas telefónicas en la red de Amena (el producto de partida)” [...] “Conclusión: basándonos en todas estas consideraciones concluimos que el mercado relevante para apreciar el posible carácter abusivo de las conductas de Amena es el mercado mayorista de prestación del servicio de terminación de llamadas telefónicas en la red móvil de Amena en España”.

El SDC después de recordar que, de acuerdo con el Art. 82 del TUE y la jurisprudencia comunitaria, 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 móvil de Amena es un mercado monopolístico” [...] Amena 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, Amena 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 Amena no tiene sustitutos, es decir, no se puede comunicar con ese abonado si no es utilizando la red de Amena. Por lo tanto, es en el mercado mayorista de terminación de llamadas en donde hay una posición de monopolio por parte de Amena 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 parte por el número de abonados del operador móvil, mientras que el precio viene determinado por los términos del contrato bilateral que se establece 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.

5. Con todo ello, y teniendo en cuenta que lo que se imputa 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, 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 Amena y se mantienen dudas razonables de que no haya presión competitiva alguna bajo estas condiciones contractuales de interconexión.

6. No obstante lo anterior, una de las imputaciones del SDC, originada en la denuncia, es que efectivamente hubo abuso de posición de dominio en el comportamiento de Amena 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 del denunciante y del propio SDC, en este tipo de llamadas es 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 Amena. Como consecuencia de este análisis, el Servicio cree que Amena ha seguido un modelo estructural de fijación de precios para empresas clientes que, en lo relativo a “llamadas de fijo a móvil”, acreditaría que:

“Amena ha comercializado, con carácter general y al menos durante los años 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 terminan en su red móvil....

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 Amena [...por lo tanto], Amena ha llevado a cabo un estrangulamiento de margen [...] 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 Amena.” 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 Amena (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.

7. 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 hace el denunciante 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 SDC 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.

8. 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. Para el SDC una red es una red, sea virtual o real, y no un servicio y que, por tanto, en ningún caso una Red Privada Virtual 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- dispone 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 (con terminación en otras redes). En esta forma de ofertar un paquete de servicios y 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.

9. 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. Para ellas 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. Esta cuestión 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.
10. 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.

11. 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 y 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.”

12. Tampoco se 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)” (folio 2083).

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.

13. 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). Esto les lleva 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.

14. 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.
15. El Tribunal no puede dejar de considerar la posición de Amena en el mercado de telecomunicaciones. 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 la 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 favorezca

la competencia entre operadores, el regulador de telecomunicaciones podría establecer *ex post* unos precios máximos de interconexión.

En el caso que nos ocupa, mediante resoluciones de fecha 12 de diciembre de 2002 la CMT impuso a Amena un precio máximo por la terminación de las llamadas telefónicas que le entregaban TME y Vodafone. Estos precios eran efectivos a partir del 24 del mismo mes. Cuando el 12 de diciembre de 2002, la CMT aprobó mediante resolución la aplicación de precios máximos de interconexión, lo que el regulador estaba haciendo era intervenir de oficio en el mercado de interconexión y en concreto en los contratos bilaterales que el operador móvil tenía con otros operadores de red fija o de red móvil.

16. Respecto a la imputación de discriminación abusiva en el precio del servicio de terminación de llamadas, en función del origen nacional o internacional de éstas, cabe señalar que estos precios eran conocidos por la CMT, a quien corresponde, la salvaguarda en materia de interconexión. Debe señalarse 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 Amena sino que eran consecuencia de las circunstancias y características de las llamadas de origen internacional.

En la 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, como se ha declarado probado en esta Resolución, se produjo al menos durante los años 2001 y 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 y el 82 del TUE, 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 Amena, 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 al menos durante los años 2001 y 2002 aplicó al resto de las compañías telefónicas un precio de terminación de llamadas inferior cuando se trataba de llamadas de procedencia de la red internacional, en relación al aplicado a las 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.

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. Por otra parte, los operadores nacionales podían acceder a la red móvil de Amena, como a las terminales de cualquier otro operador, durante las horas en las que el servicio internacional era más barato, desviando sus llamadas a

través de la red de un operador internacional, lo que les permitía obtener el precio de terminación de llamada internacional, con alguna pérdida de calidad técnica de la comunicación, pero sin que se demuestre en el expediente que la misma es apreciable para los usuarios. 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, 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 Amena 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.

17. Por lo que se refiere a la conducta abusiva de discriminación imputada por el Servicio a Amena, por haber aplicado precios nominales distintos entre los diversos operadores nacionales, debe ser desestimada, pues no se aprecia actuación abusiva por parte de la imputada.

En efecto, 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 Amena 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.

En consecuencia, tanto TME como Vodafone y Amena, establecían entre sí sus recíprocos acuerdos de interconexión, en los términos y condiciones que pactaban libremente, 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 o judiciales. Deviene indubitado que el expediente sancionador surgía como consecuencia de una denuncia unitaria para los tres operadores de móviles TME, VODAFONE y AMENA y que el SDC, posteriormente, acordó la desacumulación de forma que se incoaron tres expedientes sancionadores independientes elevándose al Tribunal la correspondiente propuesta sancionadora en cada uno. Propuesta que hubiera devenido imposible de realizarse por inexistencia de causa, ya que resulta incongruente que se imputen conductas de abuso de posición de dominio recíprocas 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 de los artículos 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.