

## RESOLUCIÓN EXPEDIENTE SANCIONADOR (Expte. 572/03, UNI2 Y WORLD/COM/VODAFONE)

### **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, 22 de diciembre de 2004.

El **PLENO** del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, Tribunal o TDC), con la composición expresada al margen, y siendo Ponente el Vocal Sr. Cuerdo Mir, ha dictado esta Resolución en el Expediente 572/03, UNI2 Y WORLD/COM/VODAFONE (2435/02 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante, el Servicio), por el que UNI2 y Worldcom denuncian a Vodafone por abuso de posición de dominio en el mercado de prestación de servicios de terminación de llamadas en sus redes móviles.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. Con fecha 31 de octubre de 2002 se recibe en la Dirección General de Defensa de la Competencia, escrito de denuncia de UNI2 TELECOMUNICACIONES S.A.U. (en adelante, UNI2) contra Telefónica Móviles de España S.A.U. por abuso de posición de dominio consistente en “la discriminación en las condiciones económicas de la prestación del servicio de terminación de llamadas en sus redes móviles” [páginas 1 a 18 del expediente del Servicio más anexos (páginas 19 a 39)].
2. Con fecha 31 de octubre de 2002 se recibe en la Dirección General de Defensa de la Competencia escrito de denuncia de MCI Worldcom (Spain) S.A (en adelante, Worldcom) contra Telefónica Móviles S.A.U, AIRTEL MOVIL, S.A (en adelante, Vodafone) y RETEVISIÓN MÓVIL, S.A, “ por abuso de posición de dominio consistente en pinzamientos de precios

(*price squeeze*) entre los precios de servicios de terminación de llamadas en sus redes móviles y los precios minoristas del servicio telefónico fijo-móvil (folios 44 a 249).

3. Con fecha 17 de diciembre de 2002 el Director General de Defensa de la Competencia acuerda admitir a trámite las anteriores denuncias e incoar expediente sancionador acumulando las mismas bajo el N° 2421/01, en virtud de lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 36 LDC.

A continuación, acuerda el desglose del citado expediente en tres expedientes sancionadores distintos. En el desglose el segundo expediente sancionador quedará registrado por parte del Servicio con el N° 2435/02 y las actuaciones se entenderán con "Vodafone así como con cualquiera otras personas o entidades que pudieran aparecer vinculados con los hechos denunciados; son interesados en el expediente además UNI2 y Worldcom".

De forma cautelar el Servicio, a solicitud de Worldcom, declara confidencial los folios 13, 14, 16 y 73 a 187 de la denuncia presentada por dicha empresa.

El Servicio considera que no se debe proponer ninguna medida cautelar de las solicitadas realizadas por los denunciantes.

4. Con fecha 17 de diciembre de 2002 el Director General del Servicio de Defensa de la Competencia ordena una investigación que se llevará a cabo al día siguiente y en posteriores días, si fuera necesario, con el fin "de probar la eventual participación de Vodafone en prácticas abusivas prohibidas por la LDC y por el artículo 82 del Tratado de la Unión Europea" (en adelante TUE).
5. Según consta en los folios 259 y 260 del expediente del Servicio, se levantó Acta de la práctica de la investigación.
6. Mediante Providencia de 13 de enero de 2003, se desglosan los folios 261 a 863 del expediente y se unen en pieza separada al ser considerados confidenciales a petición del interesado y según lo dispuesto por la Instructora del expediente D<sup>a</sup> Rocío Frutos Ibor.
7. Con fecha 13 de enero de 2003, el Servicio declara confidencial la información contenida en los folios 261, 262, 457 y 623 por contener nombres de clientes y de empresas a los que Vodafone ha realizado ofertas, así como de los documentos obtenidos en la inspección consistentes en contratos y ofertas y que constituyen los folios 263 a 456,

458, 622 y 624 a 863 del expediente por tratarse todos ellos de secretos comerciales.

8. Con fecha 20 de enero de 2003, se recibe en el Servicio escrito de Vodafone que da cumplimiento a la demanda de documentos que le realizó el Servicio en la investigación que tuvo lugar el pasado 18 de diciembre en las oficinas de la empresa.
9. Con fecha 28 de enero de 2003, mediante providencia, el Servicio declara confidenciales los folios 899 y 900 que corresponden a los documentos entregados por Vodafone mediante escrito registrado con fecha 20 de enero de 2003 en el Servicio.
10. Con fecha 24 de enero de 2003 se recibe escrito de alegaciones de Vodafone por la que se suplica el sobreseimiento del presente expediente.
11. Con fecha 20 de febrero de 2003 mediante providencia, el Servicio requiere a Vodafone para que facilite la siguiente información:
  - Relación de operadores de telecomunicaciones nacionales e internacionales con las que tiene celebrados acuerdos de interconexión y con los que tiene establecida interconexión directa.
  - Copia de cada una de las actas de consolidación correspondientes a los tráficos por servicios de interconexión prestados a lo largo de los años 2001 y 2002 entre Vodafone y Telefonía Móvil España, S.A.U., Retevisión Móvil S.A, Comunitel Global, UNI2, Telefónica de España, Retevisión I y Jazztel.
  - También se le pide el cuadro de precios nominales que Vodafone ha venido aplicando a cada uno de los 7 citados por razón de servicio de terminación de llamadas telefónicas en su red para los años 2001 y 2002. Asimismo, y, también para los años 2001 y 2002, se le pide número anual de llamadas completadas, el número total-minutos aire correspondientes y la facturación anual correspondiente a las llamadas internas (on-net) de la propia Vodafone.
  - Se solicitan los precios que Vodafone ha aplicado en esos casos en los años 2001 y 2002 a cada uno de los operadores internacionales con los que haya llegado a acuerdos de interconexión.
  - Finalmente, una relación de compañías comerciales, programas de descuento y facturación anual por tráfico de terminación.

12. Con fecha 20 de marzo de 2003, Vodafone, mediante escrito, adjunta documento anexo con la información solicitada por el Servicio.
13. Con fecha 27 de marzo de 2003 mediante providencia, la Instructora del Servicio declara confidenciales, a petición de la interesada, los folios 1035 a 1641, en los que se recogen tanto las actas de consolidación y regularización con los principales operadores fijos nacionales e internacionales con los que tiene fijados acuerdo de interconexión, como la relación de llamadas entregadas por los principales operadores nacionales a Vodafone para su terminación y las cartas y faxes relativos a modificaciones de la tarifa de terminación en la red de Vodafone.
14. Con fecha 25 de abril de 2003 mediante providencia, la Instructora solicita a Vodafone “la definición del sistema de llamada de extensión a móvil con expresa indicación de si se permite convertir las llamadas de fijo a móvil en llamadas de móvil a móvil”.
15. Con fecha 13 de mayo de 2003, entra en el Servicio escrito de Vodafone por el que se entregan los documentos solicitados por el Servicio.
16. Con fecha 21 de mayo de 2003 mediante providencia, a petición de Vodafone se declara confidencial la información aportada en el punto anterior que corresponde a los folios 1655 a 1659.
17. Con fecha 2 de agosto de 2003 mediante providencia, el Servicio solicita a Vodafone que aporte la fecha de todos los documentos recibidos en la investigación realizada y algunos datos respecto a las llamadas externas de ámbito nacional para unas fechas determinadas. En relación con la duración media de las llamadas, la facturación, el número de minutos-aire y el número de minutos facturados, distinguiendo entre llamadas *on-net* y *off-net*, así como una estimación del precio de terminación en la red de Vodafone de las llamadas *on-net* solicitadas, distinguiendo los años 2000, 2001, 2002.
18. Con fecha 3 de julio de 2003, se recibió en el Servicio certificado del acuerdo adoptado por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en la sesión celebrada el 26 de julio de 2003, por el que se informa al Servicio de Defensa de la Competencia en relación con las denuncias objeto de este expediente.
19. Con fecha 11 de julio de 2003, se recibió en el Servicio la información requerida a Vodafone el 27 de marzo de 2003, si bien el cumplimiento era parcial.

20. Con fecha 14 de julio de 2003, mediante diligencia, se dio a Vodafone un plazo de ampliación para la información no presentada en el punto anterior.
21. Con fecha 25 de julio de 2003 mediante providencia, se declaró confidencial la nueva documentación aportada, folios 1715 a 1718 y 1726 a 1733, por considerar que contiene secretos comerciales.
22. Con fecha 30 de julio de 2003, se solicitó a Vodafone copia de la Resolución de la Comisión del Mercado de la Telecomunicaciones sobre la verificación de la contabilidad de costes presentados por Vodafone y referido a los años 2000, 2001 y 2002 así como las cantidades destinadas a la subvención de terminales indicada por Vodafone en su escrito al Servicio de 20 de marzo de 2002.
23. Con fecha 5 de agosto de 2003, se recibió en el Servicio escrito de Vodafone por el que se da cumplimiento al requerimiento del punto anterior.
24. Con fecha 10 de septiembre de 2003, el Servicio declaró confidenciales los documentos entregados referidos al punto anterior y que corresponden a los folios 1758 a 1818 del expediente.
25. Con fecha 24 de septiembre de 2003 mediante providencia, el Director General del Servicio comunicó el cambio de Instructor nombrándose a D. Joaquín Osa Buendía.
26. Con fecha 13 de octubre de 2003 mediante Providencia, el Servicio procedió a la formulación del Pliego de Concreción de Hechos en el que se concluye lo siguiente:

*“Se considera responsable a Vodafone de las siguientes infracciones:*

1. *Una infracción del artículo 82.a) del TUE o del artículo 6.2.a) 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 mayorista de terminación de llamadas telefónicas en la red móvil de Vodafone y el precio del servicio minorista de llamadas telefónicas de fijo a móvil ofrecido a las empresas.*
2. *Una infracción del artículo 82.c) del TUE y del artículo 6.2.c) LDC consistente en abusar de su posición de dominio en el mercado de referencia mediante la aplicación de precios discriminatorios”.*

27. Con fecha 13 de noviembre de 2003, se recibe en el Servicio escrito de alegaciones de UNI2 referido al Pliego de Concreción de Hechos remitido por el Servicio.
28. Con fecha 18 de noviembre de 2003, se recibió en el Servicio escrito de alegaciones de Vodafone contestando al Pliego de Concreción de Hechos.
29. Con fecha 17 de diciembre de 2003, el Servicio emitió informe en el que propone:

*PREVIO. Que por el TDC se tenga en cuenta que los problemas de competencia a 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.*

*PRIMERO.- Que por el Tribunal de Defensa de la Competencia:*

*a) Se declare que el pinzamiento de precios (price squeeze) llevado a cabo por Vodafone 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 Vodafone a empresas constituye un abuso de posición de dominio que infringe el artículo 6 LDC y el artículo 82 del TUE.*

*b) Se declare que la discriminación entre los precios que Vodafone aplica a cada uno de los otros dos operadores móviles por el suministro del servicio mayorista de terminación de llamadas telefónicas en la red móvil de Vodafone 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 VODAFONE ESPAÑA, S.A. (Vodafone).*

*d) Se intime a Vodafone para que se abstenga, en lo sucesivo, de realizar.*

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

30. Con fecha 17 de diciembre de 2003, se recibió en el Tribunal expediente tramitado en el Servicio de Defensa de la Competencia con el N° 2435/02 que corresponde a la denuncia formulada por UNI2 y Worldcom contra Vodafone por llevar a cabo prácticas restrictivas de la competencia contrarias a la LDC.

31. Con fecha 13 de enero de 2004 mediante Providencia, el Tribunal admite a trámite el expediente con el N° 572/03 y lo pone de manifiesto a los interesados para que puedan proponer las pruebas que estimen necesarias y soliciten la celebración de vista, si fuera el caso.

En la misma Providencia se declara interesados a:

- UNI2 Telecomunicaciones S.A.U.
- MCI Worldcom (Spain), S.A.
- Vodafone España, S.A.

32. Con fecha 4 de febrero de 2004, se recibe en el Tribunal escrito de proposición de prueba de UNI2.

33. Con fecha 5 de febrero de 2004, el Tribunal recibe escrito de Vodafone solicitando la concesión de un plazo de 8 días para la presentación de propuesta de prueba y solicitud de vista.

34. Mediante Providencia de 6 de febrero de 2004, el Tribunal concede la prórroga solicitada por un periodo de 8 días.

35. Con fecha 18 de febrero de 2004, tiene entrada en el Tribunal escrito de Vodafone para la proposición de prueba y vista.

36. Con fecha 27 de febrero de 2004, se recibe en el Tribunal escrito de Cableuropa S.A.U. por el que solicita personarse como interesado en la tramitación de este expediente.

37. Con fecha 15 de marzo de 2004, mediante providencia, se concede a Cableuropa S.A.U. un plazo 10 días para que alegue lo que a su derecho convenga a fin de justificar su interés legítimo en el expediente.

38. Con fecha 22 de marzo de 2004, mediante providencia, el Tribunal nombra Vocal Ponente al Sr. Cuerdo Mir en sustitución del Vocal Sr. Franch Menéu.

39. Con fecha 6 de abril de 2004, se recibe en el Tribunal escrito de Cableuropa S.A.U. en referencia a su interés legítimo en el expediente.
40. Con fecha 4 de mayo de 2004, el Pleno del Tribunal declara a Cableuropa S.A.U. parte interesada.
41. Con fecha 12 de mayo de 2004 se recibe escrito de Vodafone en el que se alega una situación de indefensión en su calidad de empresa imputada al admitir a Cableuropa S.A.U como interesada en el expediente y concederle un plazo de 15 días hábiles para proposición de prueba y solicitud de vista, considerando que ese “trámite” ya había finalizado y al nuevo interesado se le permite “presentar escritos cuando el plazo ya ha finalizado en el momento de su personación”.
42. Con fecha 25 de junio de 2004 el Tribunal, mediante auto, resuelve sobre las proposiciones de prueba y las solicitudes de vista.
43. Con fecha 19 de julio de 2004 se recibe en el Tribunal escrito de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones en el que se adjuntan copias compulsadas de diversas resoluciones dictadas por este organismo y que fueron solicitadas por este Tribunal mediante oficio a la CMT.
44. Con fecha 20 de julio de 2004 el Tribunal, mediante auto, deniega la solicitud formulada por Retevisión Móvil, S.A., en nombre de la sociedad perteneciente a su grupo, Auna Operadores de Telecomunicaciones, S.A (AUNA) para ser declarada interesada en este expediente.
45. Con fecha 27 de julio de 2004 se recibe escrito de Vodafone en el que se adjunta documento de la decisión adoptada el 21 de mayo de 2004 por *Office of Communications* (Ofcom), órgano regulador en el sector de las comunicaciones en el Reino Unido relativo a un expediente incoado de oficio en el que se imputaba a cuatro operadores móviles del mercado británico una práctica de pinzamiento de precios.
46. Con fecha 20 de septiembre, mediante providencia, se acuerda tener por parte interesada AUNA en este expediente.
47. Con fecha 1 de octubre de 2004 se recibe escrito de Telefónica de España en el que alega la existencia de interés legítimo para personarse en este expediente.

48. Con fecha 14 de octubre de 2004, mediante escrito, Vodafone adjunta documento titulado "*Redes privadas virtuales y el riesgo de pinzamiento de precios*" realizado por el profesor Jordi Gual.
49. Con fecha 15 de octubre de 2004 se recibe en el Tribunal escrito de alegaciones para valoración de prueba.
50. Con fecha 19 de octubre de 2004, mediante providencia, el Tribunal acuerda tener por parte interesada en este expediente a Telefónica de España.
51. Con fecha 5 de noviembre de 2004 UNI2 solicita ampliación de plazo para la formulación de conclusiones.
52. Con fecha 3 de noviembre de 2004 el Tribunal, mediante providencia, deniega la prórroga para conclusiones solicitada por UNI2.
53. Con fecha 18 de noviembre de 2004 se recibe en el Tribunal escrito de conclusiones de UNI2.
54. Con fecha 18 de noviembre de 2004 se recibe en el Tribunal escrito de conclusiones de Vodafone.
55. El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 15 de diciembre de 2004.
56. Son interesados:
  - UNI2 TELECOMUNICACIONES S.A.U.
  - MCI WORLDCOM (SPAIN), S.A.
  - VODAFONE ESPAÑA, S.A.
  - CABLEEUROPA S.A.U
  - AUNA
  - TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.

## **HECHOS PROBADOS**

1. Vodafone 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 Vodafone.

2. Vodafone 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 TME, 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.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** 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) Se ha incurrido en un abuso de posición de dominio, que infringe el artículo 6 LDC y el artículo 82 TUE, por parte del operador de telefonía móvil Vodafone, a través de un pinzamiento de precios (*price squeeze*) 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 y que ofrece Vodafone a empresas.
- b) Se ha producido una discriminación entre los precios que Vodafone aplica a cada uno de los otros dos operadores móviles por el suministro del servicio mayorista de terminación de llamadas telefónicas en la red móvil de Vodafone que constituye un abuso de posición de dominio que infringe el artículo 6 de la LDC y el artículo 82 del TUE”.

**SEGUNDO.** Las alegaciones del denunciante UNI2 en su escrito de conclusiones vienen referidos en lo fundamental a que los precios del servicio de terminación de Vodafone nunca han estado ajustados a costes y que “el cuantioso margen que la propia CMT reconoce que existe entre los costes del servicio de terminación y los precios de ese servicio mayorista es el origen de la distorsión denunciada”. Asimismo, considera que este margen “es el que le permite lanzar ofertas de llamadas a móvil a precios muy inferiores a los de la competencia”. UNI2 alega también la resolución de 14 de octubre de 2004 del *Conseil de la Concurrente* francés por la que impuso sanciones de “20 millones de euros por pinzamiento de precios en las llamadas de fijo-móvil”. Del mismo modo, UNI2 que en los servicios a empresa ofertados por Vodafone como “Plan empresa sin Horarios” y “Contrato empresa Universal

60” se pone de manifiesto que se estaba comercializando “de forma generalizada servicios minoristas de llamadas móvil-móvil a precios muy inferiores a la suma de los costes de los servicios mayoristas de originación y terminación y en ocasiones incluso inferiores a los precios de terminación”.

También considera UNI2 que el Servicio se ha centrado en otras cuestiones y que ha ignorado “los precios igualmente abusivos de las llamadas *off-net*”. Es opinión del denunciante que el Servicio “identifica correctamente los hechos y realiza una valoración jurídica correcta de los mismos”, constatando la existencia de una posición de dominio de Vodafone “en el mercado mayorista de terminación de llamadas en su red y el abuso de dicha posición por la existencia de discriminación y de claras pinzas de precios”. UNI2 cree que Vodafone “intenta justificar desde un punto de vista económico la existencia de precios minoristas por debajo de sus precios mayoristas, hecho indiscutible e indiscutido”. Igualmente, UNI2 considera que las alegaciones de Vodafone basadas en la prestación de servicios en redes privadas virtuales móviles “en ningún caso justificarían la distorsión en el segmento principal de llamadas móvil-móvil dirigidas a profesionales y residencial”.

Para el denunciante “la competencia entre los operadores móviles españoles es, cuando menos, escasa”. Por este motivo, cree que no se puede alegar la resolución de 21 de mayo de 2004 del regulador británico Office of Communications (Ofcom) relativa también a una práctica de pinzamiento de precios en las llamadas de fijo-móvil de empresas. En definitiva, el denunciante considera que el supuesto abuso de posición de dominio en el mercado de terminación de llamadas ha producido un “grave efecto en un mercado en formación. La exclusión del segmento empresarial ha dificultado gravemente el asentamiento de UNI2 y del resto de los nuevos operadores en el mercado”

Por su parte, Vodafone ha alegado que el servicio de terminación de llamadas en la red Vodafone “no puede ser definido como un mercado relevante independiente”. Por otro lado, el denunciado considera que el principio de que la parte llamante es la que paga no rige en el seno de un mismo Grupo Cerrado de Usuarios que es el caso “de la mayoría de las llamadas realizadas por los clientes de Vodafone que tienen contratada una Red Privada Virtual o VPN”. Desde el punto de vista de la demanda, Vodafone considera que “el usuario compra un paquete de servicios móviles que incluye acceso, originación y terminación. Estos servicios son complementarios y se prestan utilizando una misma infraestructura, con el resultado de que la estructura de la demanda de dichos servicios no puede separarse si no es de manera artificial”. Es decir, “los servicios de terminación en red móvil únicamente pueden prestarse conjuntamente con otros servicios -el suministro de terminales móviles y la prestación de llamadas salientes- que son necesarios

para obtener clientes del servicio telefónico móvil que se suscriban a la red de Vodafone. Por todo ello Vodafone cree que “existe un único mercado de servicios móviles, incluyendo tanto terminación como originación, siendo ésta la definición de mercado correcta”.

En cuanto a la independencia de comportamiento en los precios de terminación, el denunciado afirma que “no puede fijar los precios de terminación que les cobra a otros operadores sin tener en cuenta sus propios precios de acceso y originación”. A lo anterior, añade que su cuota de mercado en telefonía móvil no ha dejado de bajar desde 1999 hasta 2003 -se estabilizó en 2002 y cayó al año siguiente-. Alega Vodafone que fue precisamente “el poder negociador de Telefónica de España” lo que “forzó a Vodafone a reducir sus precios de terminación dos veces a lo largo del año 2001, resultando de ello una reducción acumulada del 17%”. Respecto a las cuotas en otros mercados, Vodafone subraya su escasa participación en el mercado fijo empresarial y en el mercado de “fijo a móvil para empresas (0,67%)” y “en el periodo de seis años en el que se ha venido llevando a cabo la práctica comercial cuestionada en el presente expediente Vodafone no ha ganado cuota de mercado alguna que pudiera ser significativa en ningún mercado fijo”.

A lo anterior hay que añadir que Vodafone “no niega los hechos que dan lugar al primero de los cargos que le imputa el Servicio”. Los precios más bajos para determinados clientes empresariales los justifica Vodafone en que “la reducción de precios a los clientes más sensibles a los mismos es una prueba de la existencia de competencia y no de una conducta anticompetitiva puesto que, en ausencia de cierre de mercado, el operador no puede recuperar los ingresos dejados de percibir como consecuencia de la rebaja de precios.

Por último, en lo relativo a la primera de las imputaciones, al igual que el denunciante, Vodafone alega la resolución reciente de la autoridad francesa de la competencia, antes aludida, para señalar que “Bouygues Telecom., tercer operador de telefonía móvil del país y único operador móvil francés que, al igual que Vodafone, no dispone una filial o de una sociedad del mismo grupo dedicada a la telefonía fija, que “no estaba en condiciones de falsear el juego de la competencia en el mercado descendente de la telefonía de fijo a móvil [...] la autoridad francesa se basó en la falta de una situación de “preeminencia” por parte de Bouygues en el mercado de la telefonía de fijo a móvil a empresas”. En cuanto a la segunda de las imputaciones del Servicio, Vodafone considera que “no puede haber discriminación alguna en relación con la aplicación de las reducciones de los precios de terminación de Vodafone a TME en momentos temporales diferentes respecto a otros operadores, puesto que las reducciones fueron ofrecidas a TME a la vez que a Amena”.

**TERCERO.** 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. 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 Vodafone 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 Vodafone. 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 Vodafone es evidente que, en el mercado mayorista, no hay sustituto para la terminación de llamadas telefónicas en la red de Vodafone (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 Vodafone es el mercado mayorista de prestación del servicio de terminación de llamadas telefónicas en la red móvil de Vodafone en España”

El SDC después de recordar que, de acuerdo con 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 de Vodafone es un mercado monopolístico [...] Vodafone 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 señala que “los operadores carecen de incentivos para modificarlos a la baja”.

De acuerdo con la imputación, Vodafone 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 Vodafone no tiene sustitutos, es decir, no se puede comunicar con ese abonado si no es utilizando la red de Vodafone. Por lo tanto, es en el mercado mayorista de terminación de llamadas en donde hay una posición de monopolio por parte de Vodafone 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. El servicio de terminación de llamadas se presta 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 de móviles. Por lo tanto, es necesario como cuestión preliminar destacar esta peculiaridad en el supuesto mercado mayorista de terminación de llamadas.

**QUINTO.** Por otra parte y teniendo en cuenta lo que se imputa tiene que ver sobre todo con 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 sin más 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.

Al hilo de ello, aparte 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 precios de referencia para los demás. Así, 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 Vodafone y se mantienen dudas razonables de que no haya presión competitiva alguna bajo estas condiciones contractuales de interconexión.

**SEXTO.** De las dos imputaciones concretas que mantiene el SDC, la primera de ellas es que, efectivamente, hubo abuso de posición de dominio en el comportamiento de Vodafone 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, 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 Vodafone. Como consecuencia de este análisis, el Servicio cree que Vodafone ha seguido un modelo estructural de fijación de precios para empresas clientes que, en lo relativo a “llamadas de fijo a móvil”, acreditaría que:

“Vodafone 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 terminan en la red de Vodafone 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 Vodafone [...por lo tanto], Vodafone 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 Vodafone” (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 Vodafone (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.

**SÉPTIMO.** A la luz de esta primera imputación, 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 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 se puede incorporar como parte del coste del servicio prestado por el operador móvil a empresas que disfrutaran de una Red Privada Virtual Móvil (RPVM).

Asimismo, hay que subrayar que como soporte de la imputación el SDC sostiene 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.

Sin embargo, 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 siguen 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.

**OCTAVO.** Abundando en los contenidos de la imputación, habría un pinzamiento de precios o *price squeeze* si el margen es negativo o, siendo positivo, 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.

A juicio del TDC, este ejercicio sólo es posible si se parte 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” (folio 2074).

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 pueden encontrar 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 sucesiva de un número cada vez mayor 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.

**NOVENO.** 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. Si finalmente se deciden por un contrato que suponga un conjunto de servicios integrados es porque el coste total es inferior y porque encuentran una importante complementariedad entre los servicios que se presentan en un paquete integrado de estas características y una mayor utilidad en esta forma de consumirlos. Para ellas no coinciden la suma de 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 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 ofertan llamadas de fijo a móvil.

**DÉCIMO.** 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.

**UNDÉCIMO.** 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.”

**DUODÉCIMO.** El Tribunal tampoco puede dejar de subrayar que el propio SDC ha señalado que en materia de test de pinzamiento de precios:

*“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 citados 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.

**DÉCIMOTERCERO.** A juicio de este Tribunal, es imprescindible revisar el centro de gravedad competitivo señalado por el SDC para este caso 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.

**DÉCIMOCUARTO.** 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.

**DÉCIMOQUINTO.** El Tribunal no puede dejar de considerar la posición de Vodafone 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 economías de alcance. De ello se puede deducir la aplicación de un conjunto de criterios convencionales por la vía contable aunque no pueda explicar el comportamiento económico de las empresas, sí puede, de acuerdo con los criterios de la CMT, 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 intervino en el mercado fijando *ex ante* un criterio de orientación a costes en los precios de interconexión si uno de los dos contratantes de ese mercado mayorista fuera dominante; y si ello no fuera factible, para asegurar las mejores condiciones que favorecieran la competencia entre operadores, temporalmente, 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 CMT. Como quedó reseñado en el Fundamento Tercero, 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 han 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 en los precios de interconexión no 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 apruebe su resolución sobre la verificación de los resultados de la contabilidad de costes presentados por Vodafone España, S.A, referidos a los ejercicios correspondientes a los periodos de 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 ponen 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, como respuesta de la CMT a las discrepancias en la imputación de costes directos de materiales, responde diciendo que:

“Respuesta 2. No se introducen modificaciones para este ejercicio y Vodafone habrá de someter a esta Comisión otros criterios de asignación que sean respetuosos con los Principios establecidos para futuros ejercicios”

Cuando responde a la imputación de Costes directos de interconexión dice que:

”Respuesta 34. Vodafone debe modificar el error en próximas propuestas de costes.”

De igual modo, 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:

”Vodafone 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 Vodafone 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 Vodafone orientados a costes. En la misma señala la CMT que:

“...a pesar de la declaración de dominancia de Vodafone, 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 Vodafone 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 tiene 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.

En definitiva y más allá de los precios máximos fijados, que a este Tribunal no le corresponde valorar, 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, Vodafone, 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.

**DÉCIMOSEXTO.** Por lo que se refiere a la segunda conducta abusiva de discriminación imputada por el Servicio a Vodafone, es decir, la de 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 TME, 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 Vodafone 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 Vodafone.

En consecuencia, tanto Vodafone como TME 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. 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 el art. 82 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.