

RESOLUCIÓN (Expte. A 304/01, Pagos por Móvil)

Pleno

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente
Huerta Tròlez, Vicepresidente
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Franch Menéu, Vocal
Muriel Alonso, Vocal
del Cacho Frago, Vocal

En Madrid, a 15 de septiembre de 2002

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición arriba indicada y siendo Ponente el Sr. Huerta Trolèz, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente A 304/01 (Pagos por Móvil) (2303/01 del Servicio de Defensa de la Competencia), iniciado como consecuencia de la solicitud de autorización singular para determinados acuerdos presentada por las entidades mercantiles Banco Santander Central Hispano S.A., Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., Airtel Móvil S.A., Telefónica Móviles S.A. y Retevisión Móvil S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Mediante escrito presentado el 9 de julio de 2001 ante el Servicio de Defensa de la Competencia, las compañías mercantiles Banco Santander Central Hispano S.A., Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., Airtel Móvil S.A., Telefónica Móviles S.A. y Retevisión Móvil S.A., presentaron, actuando bajo una misma representación, una solicitud para que el Tribunal de Defensa de la Competencia dictara una resolución declarando que el Acuerdo de Intenciones suscrito por los solicitantes el 30 de mayo de 2001, relativo a la creación de un estándar técnico común para la activación de los medios de pago a través de la telefonía móvil y a la constitución conjunta de una sociedad mercantil para su funcionamiento y gestión no es un acuerdo contrario al artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia y en su defecto, subsidiariamente, para que procediera a

su autorización singular, en los términos del artículo 4 de la citada Ley. Al mismo tiempo, solicitaron también autorización singular para un acuerdo suscrito en la misma fecha por Banco Santander Central Hispano S.A., Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., Airtel Móvil S.A. y Telefónica Móviles S.A. el mismo día 30 de mayo de 2001, que, bajo la denominación de “Side Letter”, contiene un pacto de precios de referencia que los operadores de telefonía móvil deberían aplicar a la sociedad mercantil que debería crearse en ejecución del Acuerdo de Intenciones, durante el primer año de funcionamiento del sistema.

2. El SDC tramitó la solicitud de conformidad con el procedimiento regulado por el Real Decreto 157/1992, de 21 de enero, dando audiencia a las partes solicitantes e incorporando al expediente la documentación aportada por éstas y, finalmente, remitió las actuaciones al Tribunal, junto con un Informe en el que se concluye que el Acuerdo de Intenciones no queda incurso en las prohibiciones del artículo 1º de la Ley de Defensa de la Competencia porque carece de capacidad para generar efectos restrictivos en los mercados de móviles y de medios de pago electrónicos, mientras que el acuerdo contenido en la denominada “Side Letter” es una conducta prohibida por el citado artículo 1º, si bien puede ser objeto de autorización por plazo no superior a un año.
3. Una vez practicadas las diligencias oportunas y recibido el Informe preceptivo del Consejo de Consumidores y Usuarios, el Tribunal, mediante Providencia de 4 de marzo de 2002, convocó a la representación de las solicitantes y al Servicio para la práctica de una audiencia preliminar, con el fin de aclarar determinadas cuestiones relativas a la petición formulada. La audiencia se celebró el día 14 de marzo siguiente y en ella se comprometieron las solicitantes a aportar nuevo escrito aclaratorio al Tribunal que se recibió el día 26 de marzo y en el que las interesadas renunciaron a la confidencialidad declarada a su instancia por el Servicio, sobre determinados puntos de los Acuerdos presentados.
4. A la vista del nuevo escrito y de la documentación aportada por las partes, el Tribunal acordó seguir el procedimiento establecido por el artículo 9, a) del Real Decreto 157/1992, al estimarse que, en principio, los acuerdos presentados podían ser susceptibles de autorización singular, aunque estableciendo ciertas condiciones que fueron sometidas a las alegaciones del Servicio y de las solicitantes, mediante Providencia de 29 de mayo de 2002.
5. Recibidas dichas alegaciones, el Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia deliberó y falló esta Resolución en su reunión del día 23 de julio de 2002.

6. Son interesados:

- Banco Santander Central Hispano S.A.
- Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A.
- Airtel Móvil S.A.
- Telefónica Móviles S.A.
- Retevisión Móvil S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El presente procedimiento tiene por objeto resolver sobre la solicitud de declaración negativa o, en su defecto, sobre la petición de autorización singular formulada por las compañías mercantiles Banco Santander Central Hispano S.A., Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., Airtel Móvil S.A., Telefónica Móviles S.A. y Retevisión Móvil S.A. en relación con un Acuerdo de Intenciones suscrito el día 30 de mayo de 2001 por las cuatro primeras y al que se adhirió la última por carta de igual fecha, cuyo objeto es crear una plataforma tecnológica de carácter informático para la creación de un “Sistema de Activación de Medios de Pago Mediante la Telefonía Móvil” (SAMP), que permita la activación de los medios de pago actuales u otros que pudieran desarrollarse en el futuro, mediante el teléfono móvil del cliente. Dicho Acuerdo de Intenciones contempla también la creación de una Sociedad Nacional, que será propietaria para España de la patente, del desarrollo de los Nodos de acceso y de enrutamiento y será responsable de velar por el desarrollo de los estándares y el buen funcionamiento del sistema para España. También se acuerda, finalmente, la constitución de una sociedad internacional que no es objeto de la solicitud presentada.

Al mismo tiempo, se somete a aprobación un acuerdo anejo al anterior, que los solicitantes denominan “Side Letter”, en el que las partes solicitantes acuerdan unos precios de referencia para los servicios que los operadores de móviles deberían aplicar a la Sociedad de carácter Nacional y, además, unos precios concretos para el primer ejercicio de actividad del sistema de pagos móviles, que será de 10 ptas/sesión por el Sistema de Pagos Móviles y de 12’50 ptas/sesión cuando la facturación se realice al cliente o comercio.

2. Por lo que se refiere al Acuerdo de Intenciones, los solicitantes alegan que no contiene ninguna restricción de la competencia que haga necesaria la obtención de una autorización singular, ya que, aunque se trata de un acuerdo entre competidores, es un acuerdo de colaboración y, como tal, no es por sí mismo contrario al artículo 1 de la Ley de Defensa de la

Competencia, salvo que implicase acuerdos de fijación de precios o afectase a la libertad de las empresas para definir sus productos o sus condiciones comerciales o conllevara efectos de cierre del mercado para terceros, lo que, según afirman los solicitantes, no ocurre en este caso, en el que la sociedad que se cree tiene como único objetivo realizar las funciones de tipo técnico necesarias para dotar de operatividad y eficacia al SAMP, incluyendo la administración y el desarrollo del estándar común, de forma que la colaboración entre las entidades partícipes en el SAMP es muy limitada.

Argumentan, además, que la creación del SAMP, lejos de incentivar la coordinación entre los accionistas de la sociedad que lo gestione, fomenta y refuerza la competencia al crear un estándar común válido y accesible para todos en iguales condiciones, ya que el Acuerdo prevé la incorporación a la Sociedad Nacional de un amplio número de empresas que actúan esencialmente en tres sectores económicos (emisión de medios de pago, procesamiento de medios de pago y telefonía móvil) y que dicha previsión es consecuencia directa de las propuestas del Tribunal y del mandato del Consejo de Ministros en relación con el expediente MOVILPAGO. Recuerdan, finalmente, que los solicitantes han adoptado posteriormente nuevos acuerdos para garantizar el funcionamiento del sistema con arreglo a los principios de neutralidad, objetividad y transparencia, sin que pueda condicionarse o ejercerse ningún tipo de influencia directa o indirecta en la actuación de la Sociedad Nacional.

En cuanto al acuerdo anejo (“Side Letter”) para el que también se solicita autorización, los peticionarios alegan que se trata de un compromiso asumido por los operadores de telefonía móvil, cuya finalidad es facilitar e impulsar la implantación de este sistema y la adhesión del mayor número posible de entidades financieras y afirman que reúne los requisitos necesarios para ser autorizado, pues se trata de tarifas máximas, que no impiden a ningún operador aplicar precios inferiores, tiene una duración limitada en el tiempo, ya que el compromiso sólo se contrae por un año, y debe valorarse su escasa significación económica, al ser muy escasa la dimensión del segmento que se verá afectado por la restricción, en relación con la total del mercado.

3. Ante todo, en cuanto a la petición de que se declare que el Acuerdo de Intenciones no incurre en la prohibición del artículo 1 LDC, debemos destacar que en el sistema español de autorización singular de prácticas y acuerdos que, estando en principio prohibidos por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, son susceptibles de exención por concurrir en ellos alguna causa de justificación suficiente, dentro de las expresamente previstas en el artículo 3 de la propia Ley, no existe, como

sucede en cambio en el régimen comunitario, la posibilidad de obtener de los órganos de defensa de la competencia una declaración expresa de que la práctica que se somete a autorización no es contraria a las reglas de la libre competencia, sino que solamente cabe una declaración de contenido positivo, ya sea favorable o contraria a la pretensión del solicitante, si aquella práctica o acuerdo se encuentra entre los declarados prohibidos por el artículo 1 citado. Por ello, sin perjuicio de que el resultado del expediente pueda ser, en algunos casos, el de que el Tribunal se pronuncie en el sentido de declarar la improcedencia de someter a autorización singular un determinado acuerdo que no esté, en principio, prohibido por la Ley de Defensa de la Competencia, siguiendo el principio de que lo que no está prohibido no debe quedar sometido a autorización, éste no debe ser el objeto principal del procedimiento regulado por el Real Decreto 157/1992 ni tal declaración, en el caso de que se produjera, ampararía la conducta de los interesados. En consecuencia, debe examinarse primero si los acuerdos que se someten a autorización singular constituyen sendas conductas que, desde el punto de vista de su tipicidad formal, pueden considerarse incluidas entre las prohibiciones del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y, en caso afirmativo, si reúnen o no los requisitos necesarios para ser autorizadas, conforme al artículo 3 de la propia Ley.

4. Examinando en primer lugar el Acuerdo de Intenciones que, como queda dicho, tiene por objeto la constitución en común de una plataforma tecnológica de carácter informático para la creación de un “Sistema de Activación de Medios de Pago Mediante la Telefonía Móvil” (SAMP), que permita la activación de los medios de pago actuales u otros que pudieran desarrollarse en el futuro, mediante el teléfono móvil del cliente, así como la fundación de una sociedad mercantil encargada de velar por el desarrollo de los estándares y procedimientos técnicos y del buen funcionamiento del sistema para España y que será propietaria de la patente en el territorio nacional, que para las partes interesadas constituye un acuerdo de cooperación de carácter exclusivamente técnico y que, por lo tanto, no puede afectar negativamente a la libre competencia, al no implicar acuerdos de fijación de precios ni afectar a la autonomía de las empresas para definir sus productos o sus condiciones comerciales, debemos destacar, ante todo, que el Acuerdo de Intenciones tiene dos aspectos diferentes, aunque complementarios, ya que se refiere tanto a la creación de una plataforma tecnológica como a la constitución de una sociedad mercantil encargada de su gestión y desarrollo.

De esta manera, si la mera puesta en común de los conocimientos y medios técnicos para la creación y puesta en funcionamiento de un nuevo sistema de procesamiento de medios de pago constituye, en efecto, un

acuerdo de colaboración técnica y científica, en el que pueden concurrir las circunstancias alegadas por las partes solicitantes, la fundación de una sociedad mercantil para la gestión y explotación comercial de ese sistema supone un grado de colaboración que excede, en mayor o menor medida, del ámbito puramente técnico que se alega. En relación con este segundo aspecto, las partes argumentan que el Acuerdo de Intenciones cumple con los requisitos que fueron impuestos por el Gobierno con motivo del expediente de concentración C59/00 Movilpago, especialmente en cuanto al compromiso contenido en el Acuerdo de que la Sociedad Nacional tendrá una composición accionarial abierta, con participaciones equilibradas de tamaño reducido, contemplando la posibilidad de que se incorporen a la misma otras compañías, tanto entidades financieras como operadores de telefonía móvil y sociedades gestoras de medios de pagos, ya sea en el momento de la fundación, ya en fases posteriores.

5. Partiendo de esta realidad objetiva sobre la naturaleza del Acuerdo de Intenciones, que en otros sectores y actividades de la vida económica más estables y más definidos podría considerarse como una mera cooperación de carácter técnico, sin aptitud para generar efectos nocivos para la competencia, hay que valorar su contenido en el marco de las especiales características de los mercados afectados, que son tanto el de los medios de pago electrónicos como el de los servicios prestados a través de la telefonía móvil. Se trata de mercados que, como la realidad cotidiana nos demuestra, evolucionan de manera permanente, al mismo tiempo que el progreso de la técnica introduce continuas innovaciones en los campos de la telefonía móvil y de los procedimientos informáticos, por lo que no es posible determinar con certeza las posibles estructuras de estos mercados en un futuro próximo, en el que cabe prever su apertura a nuevos servicios y a operadores de la misma o distinta naturaleza que en la actualidad. Se trata, además, de mercados emergentes y en plena expansión, que exigen un especial cuidado por parte de los Organos de Defensa de la Competencia para que su desarrollo no produzca situaciones de cierre o propicie la formación de barreras de entrada para futuros competidores.

En este sentido, el Acuerdo de Intenciones suscrito por las partes solicitantes se encuentra indudablemente entre las conductas tipificada por el artículo 1 de la Ley 16/1989, ya que, aunque no consta que haya generado una restricción efectiva de la competencia en los mercados afectados, sí contiene los elementos necesarios para poder producir ese resultado. En efecto, el Acuerdo celebrado entre los operadores de telefonía móvil y las entidades financieras solicitantes, aun contando con la incorporación a la Sociedad nacional de todas o la mayoría de las demás entidades financieras y de las sociedades de medios de pago actualmente existentes, proporciona a dicha Sociedad un control absoluto sobre la

plataforma técnica necesaria para el funcionamiento de los pagos a través de teléfonos móviles, plataforma que será tanto más imprescindible cuantas más sean las entidades financieras, sociedades de medios de pago y operadores de telefonía móvil que la utilicen, generándose un efecto red que puede provocar un cierre efectivo del mercado a futuros entrantes, al estar controlado o condicionado el sistema por los actuales usuarios. Por último, no debe olvidarse que el Acuerdo cuya autorización se solicita supone la creación de una situación que propicia o puede propiciar la fijación de precios o condiciones de servicio, aceptadas y pactadas por empresas competidoras entre sí, como demuestra el propio acuerdo anejo cuya autorización también es objeto de este expediente, por lo que deben extremarse las cautelas para evitar que estos acuerdos puedan adoptarse de forma descontrolada o como parte de las actividades ordinarias de la Sociedad nacional.

6. Una vez sentado lo anterior, en cuanto a la naturaleza del Acuerdo de intenciones y su inclusión entre las conductas descritas por el artículo 1 de la Ley de defensa de la Competencia, corresponde determinar si reúne las condiciones exigidas por el artículo 3 de la misma Ley para ser objeto de autorización singular, lo que sucederá si el Acuerdo contribuye a mejorar la producción o la comercialización de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, siempre que permita a los usuarios y consumidores participar adecuadamente de sus ventajas y, al mismo tiempo, no imponga a las empresas interesadas restricciones innecesarias para la consecución de esos objetivos y no consienta a los partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto a una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

A este respecto, la naturaleza y objeto del Acuerdo examinado, en cuanto está destinado a la creación y desarrollo de una plataforma tecnológica que ha de permitir el empleo de una nueva forma de pago de las transacciones mercantiles a través de los teléfonos móviles, constituye, sin duda, un paso adelante en la aplicación de las nuevas tecnologías a las prácticas y hábitos comerciales, que cumple con el presupuesto básico exigido por el artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia, tanto por suponer una aportación al desarrollo de las técnicas de procesamiento de medios de pago electrónico, como por introducir nuevas posibilidades para la comercialización de bienes y servicios.

En cuanto al resto de los requisitos que la Ley exige para la concesión de la autorización singular que se solicita, el criterio del Tribunal es coincidente con el expresado por el Servicio de Defensa de la Competencia en su Informe emitido en este expediente, en cuanto afirma que la implantación de la plataforma tecnológica a la que se refiere la solicitud es susceptible de generar efectos beneficiosos para los usuarios y consumidores, al facilitarles un método rápido y sencillo de acceso a todos los medios de pago físicos y virtuales que hayan contratado, haciendo posible su uso en puntos de venta en los que no existan terminales TPV. Al mismo tiempo, el Acuerdo presentado, si se adoptan las cautelas necesarias para evitar los efectos negativos que se mencionan en el apartado anterior, puede introducir un nuevo elemento de competencia entre los medios de pago y entre los operadores de telefonía móvil, obligando a unos y otros a realizar un mayor esfuerzo en términos de ofertas diferenciadas y de precios por servicio. Tan sólo los riesgos ya apuntados, derivados del control de la red tecnológica por parte de los propios usuarios, como la posibilidad de que se produzcan eventualmente concertaciones sobre precios o condiciones comerciales o de servicio entre competidores integrados en el seno de la Sociedad nacional, hacen necesario que se establezcan unas condiciones o requisitos a la concesión de la autorización solicitada, con el fin de cerrar el paso a esos riesgos eventuales, pareciendo oportuno fijar, al mismo tiempo, los límites estrictos del Acuerdo autorizable en los propios términos que son objeto de la solicitud presentada, evitando así posibles confusiones sobre su objeto, que ha de quedar limitado a la creación de la plataforma tecnológica antes descrita y a la constitución de la Sociedad nacional encargada del desarrollo de los Nodos de acceso y de enrutamiento y será responsable de velar por el desarrollo de los estándares y el buen funcionamiento del sistema para España, a la que se atribuirá la propiedad para España de la patente, sin que alcance la autorización que se concede a otros posibles objetos que pudieran contemplarse por los solicitantes, ya sean éstos comerciales o financieros, ni la habilite para actuar como una entidad gestora de medios de pago.

7. Para evitar los riesgos anteriormente expresados, el Tribunal considera necesario sujetar la autorización que se concede a las tres condiciones siguientes:

- 1ª) La autorización se limitará al objeto determinado por las partes solicitantes en el Acuerdo de intenciones de 30 de mayo de 2001, que no podrá exceder de la puesta en común de los criterios o funcionalidades de los sistemas y protocolos técnicos, mediante la creación de un estándar común desde el punto de vista tecnológico y operativo (cláusula primera), valoración de los sistemas actuales (cláusula segunda) y creación de una

sociedad nacional que será propietaria de la patente, del desarrollo del Nodo de Acceso y del Nodo de Enrutamiento.

2ª) El Acuerdo permitirá el libre acceso a la Sociedad nacional cuya creación se contempla en el mismo, de cualquier entidad financiera, sociedad de medios de pago o empresa de telefonía móvil que decida voluntariamente incorporarse al mismo, sin que pueda sujetarse su libre acceso a un régimen de autorización o aprobación por parte de los miembros ya adheridos, ni a plazo o condición alguna.

3ª) En el caso de que el funcionamiento de la sociedad cuya creación se autoriza pudiera dar lugar a la fijación de algún tipo de tasas o tarifas entre los partícipes o de éstos con terceros, la forma y criterios de fijación y de modificación de las mismas deberá someterse a autorización ante los Órganos de Defensa de la Competencia.

4ª) La autorización se concederá por un período de tiempo de cinco años susceptibles de renovación.

Dichas condiciones fueron notificadas a las empresas solicitantes que, mediante escrito de fecha 14 de junio de 2002, manifestaron su improcedencia en vista de que su petición principal era la de que el Tribunal se pronunciara en el sentido de declarar que el Acuerdo notificado no necesita ser autorizado, aunque después, refiriéndose concretamente a cada una de las condiciones propuestas, consideran que la primera es innecesaria, ya que coincide literalmente con los términos del Acuerdo presentado, la segunda es improcedente, pues bastaría con que se exigiera el libre acceso a la utilización de los servicios de la plataforma de todos los operadores que estuvieran interesados en ello, pero no consideran oportuno que se exija el libre acceso al accionariado de la Sociedad nacional y, en cuanto a la tercera, consideran que el funcionamiento de la plataforma exigirá acuerdos bilaterales entre empresas no competidoras, por lo que la condición debería establecerse sólo para acuerdos entre partícipes que operen en el mismo mercado o de éstos con terceros. Finalmente, en cuanto a la limitación temporal de la autorización, estiman que el plazo de cinco años es excesivamente reducido, por razón de las elevadas inversiones a que obliga la implantación de la plataforma, y consideran más aceptable un plazo de diez años.

Pese a las alegaciones de las solicitantes, el Tribunal considera necesario mantener las condiciones expuestas, como medio necesario para garantizar la competencia en un sector en continuo desarrollo y cuya evolución futura es difícilmente previsible, evitando los riesgos de cierre de

mercado y de la implantación de barreras que impidan o dificulten la participación plural en el desarrollo tecnológico. Por eso se hace especial mención de la necesidad de garantizar el acceso de todos los operadores financieros, telefónicos y de gestión de medios de pagos, actuales o futuros, no sólo al uso de la plataforma, sino a la participación en su gestión, como medio para impedir exclusiones o marginaciones indeseadas y, dentro de ello, para garantía de los usuarios y consumidores así como de los partícipes minoritarios y de terceros competidores, la necesidad de que los acuerdos multilaterales sobre precios o condiciones comerciales o de servicio que se adopten para la utilización y funcionamiento de la plataforma o sobre la forma de fijarlos, sean sometidas a la aprobación de los Organos de Defensa de la Competencia.

En cuanto a la primera de las condiciones impuestas, efectivamente viene a recoger los términos del Acuerdo sometido a autorización, pero parece conveniente recalcar que esos son los términos estrictos de la autorización que se concede, saliendo así al paso anticipadamente de posibles interpretaciones más extensas, que las ambigüedades contenidas en algunos escritos presentados por las partes interesadas con posterioridad a la presentación de la solicitud y algunas de sus actuaciones también posteriores, pudieran sugerir. Finalmente, en cuanto al plazo de cinco años que se impone, se trata de un medio para hacer más eficaz el control por este Tribunal de la autorización concedida, que no supone ninguna merma para la seguridad y eficacia de las inversiones realizadas, ya que se trata de plazos renovables con las mismas garantías y requisitos que la autorización inicial misma.

8. En cuanto al Acuerdo anejo contenido en la denominada “Side Letter”, por el que las tres empresas que actualmente operan en telefonía móvil pactaron unos “precios de referencia que los operadores móviles deberían aplicar a la Sociedad de carácter Nacional del servicio de sesiones” y un precio de “10 ptas/sesión por el Sistema de Pagos Móviles y de 12,5 ptas/sesión cuando la facturación se realice al cliente o comercio”, todo ello con carácter temporal y durante el primer ejercicio de actividad de Sistema de Pagos Móviles, se trata de un acuerdo sobre precios, realizado entre empresas competidoras y, como tal, plenamente incurso entre las prohibiciones del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia. Teniendo en cuenta, no obstante, los argumentos aportados por las solicitantes, de que se trata de un pacto cuyo objeto no es el de limitar la competencia, sino el de facilitar e impulsar la implantación inicial del sistema, la adhesión del mayor número posible de entidades financieras y la aceptación del mismo por parte de los clientes, se considera que el Acuerdo anejo reúne los requisitos necesarios para su autorización

singular, aunque limitada al plazo de un año desde el comienzo del funcionamiento público del sistema.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, el Tribunal, con el voto en contra de la Vocal Sra. Muriel

RESUELVE

1. Conceder autorización singular para el Acuerdo de Intenciones suscrito por las partes solicitantes el 30 de mayo de 2001, que obra en el expediente del Servicio en los folios 126 a 136, relativo a la creación de un estándar técnico común para la activación de los medios de pago a través de la telefonía móvil y a la constitución conjunta de una sociedad mercantil para su funcionamiento y gestión, con las condiciones que se expresan en el apartado siguiente.

2. La autorización concedida queda sujeta a las siguientes condiciones:

1ª) La autorización se limita al objeto determinado por las partes solicitantes en el Acuerdo de intenciones de 30 de mayo de 2001, que no podrá exceder de la puesta en común de los criterios o funcionalidades de los sistemas y protocolos técnicos, mediante la creación de un estándar común desde el punto de vista tecnológico y operativo, valoración de los sistemas actuales y creación de una Sociedad nacional que será propietaria de la patente, del desarrollo del Nodo de Acceso y del Nodo de Enrutamiento. Su función principal será la de enrutar los mensajes de salida de los Nodos de Acceso hacia los procesadores de medios de pago que decidan las entidades financieras, así como recoger los mensajes de éstos hacia el Nodo de Enrutamiento. La Sociedad nacional no asumirá capacidad de procesamiento ni gestión de transacciones ni los medios técnicos para soportarlas, ni mantendrá bases de datos de clientes con fines que no sean estrictamente dotar de operatividad al sistema. No quedarán, por lo tanto, amparados por la autorización que se conceda los actos o contratos de las partes solicitantes entre sí o con terceras partes, que excedan de los límites objetivos que se señalan.

2ª) El acuerdo permitirá el libre acceso a la Sociedad nacional cuya creación se contempla en el mismo, de cualquier entidad financiera, sociedad de medios de pago o empresa de telefonía móvil que decida voluntariamente incorporarse al mismo, sin que pueda sujetarse su libre acceso a un régimen de autorización o aprobación por parte de los miembros ya adheridos, ni a plazo o condición alguna.

3ª) En el caso de que el funcionamiento de la sociedad cuya creación se autoriza pudiera dar lugar a la fijación de algún tipo de tasas o tarifas entre los partícipes o de éstos con terceros, la forma y criterios de fijación y de modificación de las mismas deberá someterse a autorización ante los Órganos de Defensa de la Competencia.

3. La autorización se concederá por un período de tiempo de cinco años susceptibles de renovación, cualquiera que sea la forma contractual, societaria o de otro tipo mediante la que se instrumente el desarrollo del acuerdo autorizado.
4. Autorizar el acuerdo anejo al anterior, contenido en el documento denominado "Side Letter", de la misma fecha, 31 de mayo de 2001¹, relativo a la fijación de precios de referencia que los operadores de telefonía móvil deberían aplicar a la sociedad mercantil que debería crearse en ejecución del Acuerdo de Intenciones, durante el primer año de funcionamiento del sistema. Esta autorización se concede por plazo de un año improrrogable, a contar desde la puesta en funcionamiento público del sistema.
5. Encargar al Servicio de Defensa de la Competencia, con remisión de copia compulsada de los acuerdos autorizados, que vigile la ejecución y el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Resolución y que proceda a su inscripción en el Registro de Defensa de la Competencia.

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

¹ que obra en el expediente del Servicio en los folios 164 a 166

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA VOCAL DÑA Mª JESÚS MURIEL ALONSO

Frente a la opinión mayoritaria de los miembros de este Tribunal estimo que la solución dada en esta Resolución no es correcta en la aplicación de la LDC, habida cuenta de que, a mi juicio, el Acuerdo de Intenciones que se autoriza excede del ámbito de un expediente de autorización tal y como se configura en los artículos 3 y 4 de la Ley de Defensa de la Competencia y, en todo caso, considero que las razones contempladas para la solución adoptada no contienen fundamento suficiente para justificar la concurrencia de las condiciones exigidas por el art.3.1 de la LDC para otorgar la autorización singular a aquellos supuestos que, pese a estar prohibidos por el art. 1 de la LDC, podrían ser admitidos.

En efecto, resulta incuestionable que si nos hallamos ante la mera creación de una plataforma tecnológica de carácter informático para la creación de un Sistema de Activación de Medios de Pago Mediante la Telefonía Móvil (SAMP), que permita la activación de los medios de pago actuales u otros que pudieran desarrollarse en el futuro, mediante el teléfono móvil del cliente, podría ser autorizada, al tratarse de un acuerdo de cooperación entre empresas competidoras (de un lado, las telefónicas entre sí y, de otro, los bancos), al que podrían atribuirse los beneficios que la mayoría señala e, incluso, se podría afirmar que no sería necesario, como recuerda el propio Servicio en el Informe obrante en el expediente, que la misma siguiera procedimiento alguno ante este Tribunal por tratarse de materia no prohibida por la LDC.

Por consiguiente, surge desde un principio la duda acerca de cuál es el verdadero objeto de esta autorización y, por lo tanto, del alcance que la misma pudiera tener en realidad.

A este respecto, hay que coincidir con la Resolución que apoya la mayoría en que, en realidad, la pretensión de los solicitantes excede de lo que, en un primer momento, pudiera parecer la creación de una mera plataforma de carácter tecnológico, puesto que el Acuerdo que se autoriza contempla la constitución de una Sociedad integrada por los solicitantes, (cuya creación ya consta en el expediente, Mobipay, obrando en el mismo sus Estatutos), que es la que, además de ser la propietaria de la patente en el territorio nacional, va a gestionar y explotar comercialmente dicho sistema de pago mediante el teléfono móvil del cliente; en definitiva, con el Acuerdo cuya autorización se solicita, se están poniendo las bases para futuras acciones con eficaz incidencia económica en el mercado.

Al ser esto así, sorprende que la conclusión que este Tribunal obtiene no sea la de considerar el asunto como más propio de un procedimiento de concentración empresarial, sometido a la última decisión del Gobierno de la Nación, especialmente por las consecuencias que ello pudiera tener en el mercado para los usuarios, destinatarios últimos, de toda esta actividad, toda vez que, en el mercado de los medios de pago electrónicos (que constituye un mercado en sí mismo en pleno desarrollo), la Sociedad cuya constitución ahora se autoriza, será la única operadora hasta el momento, pudiendo tener, como la propia Resolución reconoce, un control absoluto para el funcionamiento de los pagos a través de teléfonos móviles. Por ello, a mi juicio, la solicitud de constitución de esa Sociedad encajaría más adecuadamente en el molde del artículo 14.2.c) LDC, debiendo ser tratada dicha operación como una concentración, ya que supone, citando literalmente el precepto indicado, *Ala creación de una empresa en común y, en general, la adquisición del control conjunto sobre una empresa, cuando ésta desempeñe con carácter permanente las funciones de una entidad económica independiente y que no tenga por objeto o efecto fundamental coordinar el comportamiento competitivo de empresas que continúen siendo independientes*®.

Es más, incluso, yendo un paso más allá, considero que el argumento utilizado por la Resolución mayoritaria acerca de que la creación de dicha Sociedad *A*con las cautelas necesarias, puede introducir un nuevo elemento de competencia entre los medios de pago y entre los operadores de telefonía móvil, obligando a unos y a otros a realizar un mayor esfuerzo en términos de ofertas diferenciada y de precios por servicio® se encuentra falto de la suficiente justificación como para poder servir de fundamento a la decisión favorable a la autorización que se concede, en un terreno que, como el presente, puede resultar tan sensible, dado el carácter de mercado emergente y con las consecuencias negativas posibles de cierre de mercado a otros competidores, a los que en la propia Resolución se alude, máxime cuando del propio expediente se desprende la existencia ya en la actualidad de una Compañía que opera bajo la denominación de Mobipay, interviniendo efectivamente en el mercado de los medios de pago y a la que en ningún lugar de la Resolución se hace mención.

En conclusión, desde el punto de vista de la estricta aplicación de la norma jurídica, considero inadecuado el acceder a la autorización interesada que, o no procedería por razón de la materia a la que se refiere, excediendo del ámbito de un expediente de autorización, o, en todo caso, sería contraria a la previsiones contenidas en el artículo 3 de la LDC toda vez que, a mi juicio, la motivación de la Resolución de la que se discrepa no demuestra en los términos exigidos por la literalidad del citado artículo que la constitución de la Sociedad que se autoriza permita al consumidor participar de sus ventajas.

Madrid, 17 de septiembre de 2002