

RESOLUCIÓN (Expte. r 699/06, ASTEL/Telefónica 2)

Pleno

Sres.:

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Javier Huerta Trolèz, Vicepresidente
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vocal
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal
Dña. Pilar Sánchez Núñez, Vocal
D. Julio Costas Comesaña, Vocal
Dña. M^a Jesús González López, Vocal
Dña. Inmaculada Gutiérrez Carrizo

En Madrid a 13 de Abril de 2007

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC, el Tribunal), con la composición expresada y siendo Ponente la Vocal Dña. M^a Jesús González López, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 699/06 (número 2688/06 del Servicio de Defensa de la Competencia), del recurso presentado por D. L. F. G., en nombre y representación de la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL), contra el Acuerdo adoptado el 4 de Octubre de 2006, por la Dirección General de Defensa de la Competencia, de archivo de las actuaciones motivadas por la denuncia formulada por el recurrente contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (TESAU), por supuestas prácticas restrictivas de la competencia incursas en la prohibición del artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y del artículo 82 del TCE.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 10 de mayo de 2004, tuvo entrada en la Dirección General de Defensa de la Competencia escrito de denuncia del representante de ASTEL, contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. por supuestas prácticas prohibidas por el artículo 6 de la LDC y 82 del TCE.

Los hechos denunciados recogidos en el Auto de archivo son los que a continuación se relacionan:

- *TESAU ha lanzado un plan de descuentos llamado Plan Tarifa Mini Internacional (en adelante PTMI) o Plan de Precios 11 que consiste en*

la aplicación de un precio especial por minuto en llamadas a redes fijas y móviles de 55 destinos internacionales las 24 horas del día, de lunes a domingo, y sin cobro por establecimiento de llamada, pagando una cuota mensual de 3 euros.

- Junto con el PTMI, TESAU ofrece la posibilidad de obtener el alta de línea gratis, de tal manera que ligaría una promoción en el servicio telefónico disponible al público a la prestación de servicios de acceso.*
 - Según ASTEL la oferta PTMI constituiría un abuso de posición de dominio que tiene como finalidad excluir a los competidores de los mercados a través del uso de precios predatorios y del estrangulamiento de los márgenes de los competidores. Este abuso se estaría llevando a cabo en el segmento étnico dentro de los mercados mayoristas de terminación internacional de llamadas, los mercados minoristas de prestación de servicios de telefonía disponibles al público y de acceso a la red telefónica disponible al público.*
2. En concreto ASTEL recoge en su denuncia que *“TESAU a través de la comercialización del Plan Tarifa Mini Internacional y el alta de línea gratis, que se ofrece a nuevos clientes que contraten dicho Plan, está llevando a cabo una estrategia anticompetitiva, consistente en un abuso de posición de dominio que tiene como única finalidad excluir a sus competidores de los mercados ya señalados”* (“mercados mayoristas de terminación internacional de llamadas” y “mercados minoristas de servicios telefónicos disponibles al público desde una ubicación fija y, de acceso a la red telefónica disponible al público”).

Describe en la denuncia dos tipos de mercados afectados: mayorista y minorista. Respecto al primero, el servicio de terminación internacional, dice que consiste en *“el transporte de llamada desde el punto de interconexión en España con el operador español al país de destino de la llamada, en que se produce la interconexión con el operador que presta servicio al usuario llamado”*. Define la prestación de este servicio como “muy dinámica”, puesto que ningún operador cubre todas las rutas con todos los países, sino que los operadores subcontratan las rutas que no cubren con otros operadores que actúan en la zona geográfica, bien directamente o a través de un punto de conexión común. Incluso, dice, pueden programar sus centrales para enrutar el tráfico con un operador para prever que si hay algún problema se cambie inmediatamente a otro operador. No contratan la terminación con un solo operador sino con varios y deciden en función de las condiciones concretas de cada proveedor para cada ruta.

Estas características llevan al denunciante a la consideración de que puede identificarse un mercado de producto por cada ruta origen/destino,

y que por tanto deben de considerarse los mercados de servicios mayoristas de terminación internacional ruta a ruta.

A continuación analiza la posición de TESAU en los mercados mayoristas y dice que *“cuenta con una fuerte posición de dominio en la mayoría de las rutas incluidas en el Plan de descuento de Tarifa Mini Internacional”*. En concreto dice que, *“hay numerosas rutas en las que Telefónica cuenta con presencia en origen y destino”* y cita Colombia, Brasil, Perú y Ecuador, donde señala que TESAU cuenta con fuerte presencia bien como gestor del monopolio tradicional fijo, bien como operador móvil.

Respecto a los mercados minoristas de servicio telefónico fijo y de acceso a la red telefónica aporta datos del informe anual de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) sobre las cuotas de mercado de Telefónica.

Finalmente las prácticas denunciadas son dos: precios predatorios y pinzamiento de los márgenes de los competidores, dirigidas a reforzar su posición de dominio en los mercados de servicio telefónico disponible al público y de acceso a la red telefónica disponible al público, a través del denominado “mercado étnico” que dice es, *“una de las principales vías de crecimiento de tales mercados y donde hasta ahora mayor ha sido la penetración de la competencia”*. También alude a un posible empaquetamiento al decir que TESAU ofrece la posibilidad de compatibilizar el descuento en las tarifas con la promoción de alta de línea gratis.

3. Tras la instrucción de una información reservada el SDC, de acuerdo con el artículo 36.3 de la LDC, dictó Acuerdo de archivo de las actuaciones el 4 de octubre de 2006, por no observar indicios racionales de conductas prohibidas por la LDC, y lo remitió a este Tribunal el 5 de octubre.

El Servicio, a efectos de analizar la conducta de TESAU denunciada por ASTEL, basándose en que el PTMI se dirige a clientes residenciales y PYMES, define como mercado relevante de producto el de “prestación de servicios telefónicos internacionales disponibles al público prestados desde una ubicación fija para el segmento residencial residente en España” en el que constata que TESAU tiene una cuota elevada.

El SDC, sobre la base del mercado definido, siguiendo el análisis de precios realizado por la CMT en sus Resoluciones de 22 de septiembre de 2005 y 25 de enero de 2006, concluye respecto a los hechos denunciados que:

“la aplicación del PTMI no supone un abuso de posición de dominio por parte de TESAU en forma de estrechamiento de márgenes en el mercado relevante considerado.

En cuanto al hecho denunciado por ASTEL según el cual TESAU, junto con el PTMI, ofrece la posibilidad de obtener el alta de línea gratis, de tal manera que ligaría una promoción en el servicio telefónico disponible al público a la prestación de servicios de acceso, este Servicio considera que tal y como señala el propio denunciante, “el PTMI resulta compatible con la promoción consistente en el alta de línea gratis” pero en ningún caso se están vinculando ambas promociones o condicionando el alta de línea gratis a la contratación del PTMI. La compatibilidad del PTMI y una promoción como la señalada no supone un abuso por parte de TESAU en el mercado en forma de vinculación de ambos servicios”.

4. Con fecha 18 de Octubre de 2006 tiene entrada en el TDC escrito de recurso contra el Acuerdo de archivo presentado por D. L.F.G, en nombre y representación de ASTEL, alegando falta de motivación suficiente, en particular en relación a “los mercados de productos involucrados”, y solicitando:

“1. Que se tenga por presentado en tiempo y forma este escrito, y por interpuesto RECURSO DE REPOSICION contra el acuerdo del adoptado por esa Dirección General con fecha de 4 de octubre de 2006, por el cual se procedía a acordar el archivo de las actuaciones contenidas en el expediente 2688/06, que tiene como origen la denuncia presentada por ASTEL.

2. Que se proceda a declarar la anulabilidad (¿) del Acuerdo citado, o en su defecto, la anulabilidad del mismo, por las razones citadas en el presente escrito, procediéndose a acordar la retracción de actuaciones de cara a realizar un correcto análisis del supuesto denunciado.”

5. El 24 de octubre se recibe el Informe del SDC sobre el archivo, en el que informa que el mismo fue interpuesto en tiempo y que el recurrente tiene acreditada habilitación ante el Servicio que consta en el expediente. En cuanto a las alegaciones considera que no desvirtúan el contenido del Auto, que debe mantenerse, desestimando el recurso. Acompañan al informe las actuaciones realizadas por el Servicio (un tomo).
6. El Pleno del TDC admitió a trámite el recurso en su reunión de 26 de octubre de 2006 y lo puso en conocimiento de los interesados el día 27,

concediéndoles un plazo para la formulación de alegaciones. Las partes tomaron vista del expediente el 3 de noviembre de 2006.

7. Con fecha 24 de noviembre de 2006 se recibió en el TDC escrito de alegaciones de TESAU. La parte recurrente no aportó nuevo escrito ni alegación posterior a la presentación del recurso.

8. El Tribunal deliberó y falló en su sesión Plenaria de 29 de marzo de 2007, encargando a la Vocal ponente la redacción de la presente Resolución.

9. Son interesados:

- ASOCIACIÓN DE EMPRESAS OPERADORAS Y DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES, (ASTEL)
- TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., (TESAU)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso interpuesto por D. L. F. G., en nombre y representación de ASTEL, tiene por objeto la nulidad/anulación del Acuerdo adoptado por la Dirección General de Defensa de la Competencia, el 4 de octubre de 2006, mediante el que se ordenó el archivo de las actuaciones iniciadas con motivo de la denuncia formulada por ASTEL.

El recurrente, al amparo del artículo 47 LDC, tras justificar su legitimación para recurrir como asociación que representa intereses de operadores cuyos intereses pueden verse afectados por el acuerdo, alega como único motivo la falta de motivación adecuada y suficiente en el Acuerdo de Archivo, lo que dice le crea una grave indefensión, y en consecuencia solicita, *“se declare la anulabilidad del Acuerdo de 5 de octubre de 2006, procediéndose a la reapertura y tramitación del expediente 2688/06”*.

De acuerdo con el citado artículo 47 LDC, el Tribunal deberá fallar sobre aquellos recursos contra los actos del Servicio que *“decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento...”*. Al proceder al archivo de la denuncia el Servicio ha dado por finalizado el procedimiento decidiendo sobre el fondo del asunto. Por otra parte el recurso, aunque denominado de reposición, ha sido presentado ante este Tribunal y está fundamentado, si bien el recurrente no ha presentado alegaciones en el plazo que ha tenido para ello.

SEGUNDO.- ASTEL fundamenta su recurso en que el Acuerdo no está debidamente motivado lo que le produce grave indefensión al no conocer ni la razón esencial de la decisión, ni la razón por la cual no han sido tenidos en cuenta sus alegaciones en la denuncia. Lo hace al amparo de los artículos 47 de la LDC y 62/63.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC).

Sobre este último punto conviene señalar que existe una cierta confusión en el escrito respecto a los artículos a que se acoge, pues mientras en la parte expositiva del recurso se remite al artículo 62 de la LRJPAC (relativo a la nulidad de los actos administrativos), en el apartado tercero en el que fundamenta la falta de motivación, se remite al artículo 63.2 de la LRJPAC, (que prevé la anulabilidad de los actos administrativos que, por carencia de requisitos formales, den lugar a indefensión) en vinculación con el art. 54 de la misma Ley. Tampoco queda claro en la letra del recurso ya que como queda recogido en AH 4 si bien parece pretender la nulidad del Acuerdo o en su defecto que se anule, utiliza el mismo vocablo. En todo caso, teniendo en cuenta las alegaciones de motivación e indefensión se entiende se remite al artículo 63.2 de la LRJPAC.

Las exigencias formales de motivación previstas en la normativa tienen como finalidad el permitir al destinatario de los actos administrativos el conocimiento de las razones en que se sustenta la decisión de la Administración. Estas exigencias y supuestos de motivación de los actos administrativos están reguladas en los artículos 54, 89 apartado 3 y 5 y 138 apartado 1 de la LRJPAC. El recurrente alude exclusivamente al artículo 54.

En concreto ASTEL alega que en el Auto de Archivo no se justifica porque no se ha tenido en cuenta su alegación en la denuncia de analizar *“como mercados independientes los mercados de servicios mayoristas de terminación internacional uno por uno, y con ello las situaciones de competencia en cada ruta”*. Y añade que como recogía en su escrito de denuncia, *“la distinción de diversos mercados ruta a ruta no provenía tan sólo del lado de la demanda, sino que dicha distinción era también patente desde el lado de la oferta puesto que, como ya se manifestó en el escrito de denuncia,”(...)* las diferentes rutas presentan también notorias diferencias por el lado de la oferta, puesto que nos podemos encontrar con rutas en las que exista un relativo grado de competencia, y con rutas donde la competencia sea mínima por diferentes factores, entre ellos, que en el país destino no esté liberalizado el mercado de telecomunicaciones, como puede ser el caso

de varios de los países africanos incluidos por TESAU en el Plan Tarifa Mini Internacional.”

Entiende el recurrente, además, que el Acuerdo de Archivo confunde los términos de la denuncia al negar la existencia de mercados minoristas por rutas cuando lo alegado por la denunciante era la existencia de mercados mayoristas por rutas al decir que TESAU estaba *“trasladando su posición de dominio en varios de los mercados de servicios mayoristas de terminación internacional, al mercado minorista de llamadas internacionales”*.

En resumen, nada dice el recurrente de la definición de mercado que realiza el Servicio, centrando sus alegaciones en que éste no motive suficientemente el no haber utilizado el mercado mayorista ruta a ruta.

TERCERO.- La denunciada, TESAU, que sí ha comparecido en la fase de alegaciones, solicita la desestimación del recurso basada en los siguientes razonamientos sobre la adecuación del archivo: a) el “Plan de precios 11” ha sido objeto de autorización por la CMT, b) el mercado de *carrier* mayorista es muy competitivo y los competidores de Telefónica no dependen de la terminación internacional que le pueda ofertar ésta, c) las actividades de Telefónica en el mercado minorista son viables y replicables, y d) el Plan tiene carácter pro-competitivo y dinamizador del mercado.

CUARTO.- Expuestos los motivos del recurso procede ahora analizar el Acuerdo de Archivo para ver si están justificadas las alegaciones del recurrente de falta de motivación y, en ese caso, si de la misma pudiera derivarse la necesidad de un nuevo análisis de la conducta por parte del Servicio.

A juicio de este Tribunal, el Servicio ha tenido en cuenta los distintos mercados a los que alude ASTEL en su denuncia, y así en el punto IV, VALORACION, al tratar del mercado relevante (folio 174) se recoge lo siguiente:

“...Del escrito de denuncia de ASTEL ...se deduce la consideración de conductas anticompetitivas por parte de TESAU por un lado, en los mercados mayoristas de acceso a la red telefónica y de terminación internacional, y por otro, en el mercado minorista de prestación de servicios minoristas de telefonía desde ubicación fija a destinos internacionales.

Según ASTEL, teniendo en cuenta que los operadores no contratan los servicios de terminación internacional en bloque con un solo proveedor, sino que contratan con diversos proveedores y deciden ruta a ruta y en cada momento el proveedor del servicio, pueden definirse diferentes mercados de servicios mayoristas de terminación internacional, uno por cada ruta establecida desde España a las diferentes terminaciones internacionales, de modo que considera que debería analizarse la situación de competencia en cada ruta, constituyendo cada una de ellas un mercado de producto diferenciado.”

Es por tanto consciente el Servicio de la doble definición de mercados a que alude el denunciante: mercado mayorista de terminación internacional y mercados minoristas de prestación de servicios y acceso. Esto no obsta para que, apoyándose en Resoluciones del órgano regulador de las telecomunicaciones, niegue la oportunidad de la diferenciación del mercado mayorista por rutas y defina como mercado relevante a los efectos de analizar la conducta denunciada el de “prestación de servicios minoristas de telefonía desde ubicación fija a destinos internacionales prestados al segmento residencial”.

QUINTO.- Una vez definido por el Servicio el mercado minorista como el relevante a los efectos de análisis de la conducta denunciada, analiza su relación con el mercado mayorista de terminación internacional, pero desestima su relevancia a los efectos del análisis de la conducta objeto de la denuncia, el plan de descuentos denominado PTMI, y lo justifica remitiéndose al contenido de la propia denuncia en la que se dice que los precios mayoristas de terminación internacional no son responsabilidad de TESAU (folio 175):

“Este mercado minorista, tal y como señala el denunciante, está relacionado con una serie de mercados mayoristas en los que se adquieren los servicios necesarios para la prestación del servicio final al usuario.

En efecto, uno de los mercados a tener en cuenta es el de terminación internacional. Sin embargo, los precios mayoristas de terminación internacional que pagan tanto TESAU como los demás operadores no son responsabilidad directa de TESAU, ya que como reconoce ASTEL en su escrito de denuncia, los precios dependerán de la situación desde el punto de vista de la competencia del destino y de sus características, de la existencia o no de regulación y, en última instancia, de los

acuerdos que en su caso alcance cada operador con los operadores de destino”.

Y más adelante reitera (folio 179),

“...no puede considerarse que los servicios mayoristas de terminación internacional son prestados exclusivamente por TESAU a estos operadores (sus competidores en el mercado minorista), sino que por el contrario, tal y como señala ASTEL en su escrito de denuncia, existen diferentes opciones en función del destino de la llamada y el precio mayorista que se pague en cada caso dependerá de los acuerdos que alcance cada operador con el operador de destino”.

El Tribunal considera que el SDC ha tenido en cuenta la relación entre los mercados a los que se refiere el recurrente, y no comparte la alegación de falta de motivación en el Auto de Archivo respecto a la consideración de los mercados involucrados en la conducta que constan en la denuncia.

SEXTO.- Delimitados por parte del Servicio los mercados, para lo cual como se ha visto en el punto anterior han sido tenidas en cuenta y valoradas las argumentaciones del denunciante, el Servicio ha procedido de forma ortodoxa al tratar los elementos objetivos para analizar si las conductas denunciadas presentaban indicios de ser constitutivos de infracción del artículo 6 de la LDC y 82 del TCE.

Para determinar si una empresa está cometiendo una infracción de los artículos 6 de la LDC, y en su caso, 82 del TUE, que prohíben la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en el mercado, lo primero es definir el mercado relevante a efectos de analizar la conducta de que se trate, a continuación debe dilucidarse si la empresa en cuestión es dominante en el mercado definido y finalmente, en ese caso, determinar si su comportamiento constituye una conducta abusiva de esa posición dominante, contraria a los normas de competencia.

El Servicio definió en primer lugar el mercado relevante de la conducta, que como se ha dicho considera es el minorista de prestación de servicio telefónico internacional desde el segmento residencial, (incluidas PYMES).

A continuación y tras el análisis pertinente de los diversos factores que conforman una posición de dominio de un operador en el mercado de las telecomunicaciones, concluye que TESAU, *“ostenta posición de dominio en*

el mercado de prestación de servicios telefónicos internacionales disponibles al público prestados desde ubicación fija para el segmento residencial' (folio 178), condición previa para entrar a analizar si la conducta puede ser considerada abusiva.

Por tanto, a los efectos que importan, que son analizar si las conductas denunciadas han sido realizadas desde una posición de dominio, y por tanto sometidas al artículo 6 de la LDC, el Servicio ha constatado dicha posición de TEASU en el mercado relevante definido, sin que la no consideración del mercado mayorista propuesto por el denunciante haya impedido que las conductas denunciadas sean analizadas como realizadas por un operador dominante y por tanto susceptibles de ser consideradas infracción del artículo 6 de la LDC. Más aún, esta consideración de operador dominante en el mercado minorista de prestación de servicios telefónicos internacionales en el segmento residencial afecta a todas las rutas, sin que sea necesario demostrar dominancia ruta a ruta, como planteaba el denunciante, para que las conductas puedan ser consideradas abusivas.

En consecuencia este Tribunal no puede aceptar que exista falta de motivación en el Acuerdo para el archivo de las actuaciones ni omisión de actuaciones respecto a la definición de mercados que impidieran analizar la conducta de TESAU desde una posición de dominio.

Por tanto, procede desestimar el recurso presentado por el denunciante de falta de motivación en relación con los mercados involucrados.

SEPTIMO.- Finalmente, aunque no es objeto del recurso, el Servicio analiza y valora la conducta denunciada (el *Plan Tarifa Mini Internacional o Plan de Precios 11*) realizada por el operador desde una posición dominante. El denunciante argumentaba en su denuncia que la posición de dominio de TESAU (él aludía a la posición de dominio en algunas rutas del mercado mayorista) le permitía llevar a cabo prácticas de precios predatorios y estrangulamiento de márgenes a través de las ofertas del plan de descuentos PTMI.

El Servicio apoyándose en las investigaciones llevadas a cabo por la CMT del cálculo de precio de *llamada típica*, comparando ruta a ruta los precios (minoristas) de la *llamada típica* sin descuento de las 55 rutas, con los descuentos del PTMI, llega a la conclusión de que si bien los descuentos del *Plan* son muy elevados, fundamentalmente por la supresión del coste de establecimiento de llamada, el precio efectivo resultante de la *llamada típica* (incluida la cuota mensual de alta de 3€) es siempre superior al precio sin descuento. Si bien aclara que individualmente la diferencia depende del perfil

(número de llamadas y tiempo utilizado mensual) del usuario. No aprecia por tanto indicios de conducta predatoria.

En cuanto al pinzamiento, la comparación de los precios minoristas del plan con los precios (se entiende que mayoristas) de terminación internacional en país de destino, incluido en su caso, acceso prestado por TESAU (precio medio de terminación internacional con la tarifa de acceso máxima de la OIR de TESAU), le lleva a la conclusión de que los márgenes (teniendo en cuenta correcciones de los precios a algunos destinos realizadas por TESAU sobre el PTMI inicial) son positivos para todos los destinos con un margen de 10 a 20%. En resumen considera que no existen indicios de estrechamiento de márgenes.

Finalmente respecto al posible empaquetamiento del Plan de descuento y el alta de línea gratis, el Servicio razona que, como dice el denunciante (folio 4), el descuento en las llamadas es compatible con la promoción del alta gratis, pero no existe vinculación entre ambas promociones.

Nada ha alegado el denunciante sobre estos extremos, ni sobre la replicabilidad de los precios, aunque en su denuncia utilizaba unos precios de servicios mayoristas de terminación internacional en OIR (para demostrar el estrechamiento de márgenes) muy distintos de los utilizados por la CMT para sus cálculos y que el Servicio ha asumido para evaluar las conductas desde el punto de vista de competencia.

A juicio de este Tribunal el Acuerdo de Archivo cumple los requisitos formales en el análisis de la conducta denunciada y contiene justificación y motivación suficiente para permitir al interesado valorar las razones que han llevado a la Administración a dictar el mismo, por lo que no puede concluirse que existan razones que determinen la nulidad o anulabilidad del acto.

En conclusión, por las razones más arriba explicadas, corresponde desestimar el recurso interpuesto por ASTEL contra el Acuerdo del Servicio de 4 de octubre de 2006.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal de Defensa de la Competencia.

HA RESUELTO

Desestimar el recurso interpuesto por la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones, (ASTEL), contra el

Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia de archivo de las actuaciones que tuvieron origen en la denuncia formulada por la citada Asociación contra Telefónica de España, S.A.U (TESAU).

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que ésta agota la vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.