



VOTO PARTICULAR DE INMACULADA LOPEZ en su condición de Consejera de la Comisión del Mercado de las Comunicaciones.

He votado **en contra** de esta Resolución porque el análisis que contiene se centra, exclusivamente, en considerar si la práctica de TME y TESAU denunciada por Xfera (consistente, básicamente, en la fijación por parte de ambos operadores del Grupo Telefónica de un precio minorista para las llamadas *off net* con destino a la red de XFERA significativamente superior al precio fijado a las llamadas con destino en Vodafone y Orange) es, o no, contraria a la regulación sectorial de la CMT, llegando a la conclusión de que no lo es, y zanjando ahí la cuestión.

En mi opinión, el análisis realizado en la Resolución debería haber adoptado una perspectiva más amplia: las responsabilidades de la CMT según la la Ley General de Telecomunicaciones no se agotan en aquéllas que se refieren a su ámbito de competencias exclusivo como regulador ex ante; la CMT posee una importante función adicional: informar a la autoridad (horizontal) de competencia española de aquellas prácticas en las que pudiera haber indicios de un comportamiento anticompetitivo contrario a la Ley de Defensa de la Competencia.

En consecuencia, la Ley establece que la CMT :

“Pondrá en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia los actos, acuerdos, prácticas o conductas de las que pudiera tener noticia en el ejercicio de sus atribuciones y que presenten indicios de ser contrarias a la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia.”

Así pues, en ejercicio de esta responsabilidad que atribuye la Ley General de telecomunicaciones a la CMT, creo que la Resolución debería haber adoptado una perspectiva más amplia para no quedarse en el mero análisis de la conformidad de la práctica denunciada por Xfera con la regulación sectorial de la CMT.

Una perspectiva más amplia habría debido llevar a la examinar, con la máxima profundidad y rigor posibles a partir de la información disponible, los indicios que pudieran existir de que la práctica denunciada haya podido estar encaminada a distorsionar la competencia, por la vía, en mi opinión, de dificultar la entrada de Xfera en el mercado con su estrategia de operador de bajo coste.

TME alega que la conducta denunciada por Xfera se produce en un mercado, como es el mercado minorista de servicios de telefonía móvil- que no ha sido objeto de regulación específica por la normativa sectorial de la CMT y que, por tanto, tiene plena libertad para fijar los precios que deben pagar sus usuarios finales. Idéntico argumento utiliza la Resolución aprobada por el Consejo al afirmar (pág. 9):

“...los precios minoristas de los operadores de red móvil no están sujetos en la actualidad a ningún tipo de regulación sectorial específica. Los operadores de red móvil tiene libertad para fijar sus tarifas y podrán atender, o no, a factores objetivos como la diferencia en los costes de prestación de servicio -dada la existencia de distintos costes determinación mayorista- a la hora de determinar las condiciones económicas en que se ofrece el servicio.”

Sin embargo, el hecho de las tarifas minoristas de las llamadas con origen en red móvil no estén reguladas *ex ante* no significa que TME no tenga ninguna retricción a la hora de fijar esos precios. Si TME detentara una posición de dominio en el mercado minorista de llamadas, estaría obligada a no realizar prácticas abusivas contrarias al Artículo 82 del Tratado de la CE; prácticas cuyo análisis *ex post* y sanción, en su caso, corresponde a la autoridad horizontal de competencia española, la actual Comisión Nacional de Competencia (CNC).

En este sentido cabe aquí mencionar que:

- En el análisis del mercado del mercado de acceso y originación de llamadas en redes móviles (Mercado 15) realizado a finales de 2005, la CMT encontró una posición de dominancia conjunta en dicho mercado detentada por los tres operadores de red existentes en aquel momento (aunque no se pronunció en ese sentido en relación al mercado minorista de telefonía móvil, pronunciamiento que correspondería a la CNC). En esa misma Resolución, la CMT analizó, asimismo, los precios relativamente elevados de los servicios y algunas otras deficiencias en el funcionamiento del mercado minorista desde la perspectiva de la competencia. La entrada de Xfera en diciembre de 2006 como cuarto operador de red y la aparición de un buen número de operadores móviles virtuales a raíz de la aprobación por la CMT del Mercado 15 ha podido provocar cambios significativos en la situación de competencia de ambos mercados, minorista y mayorista, así como en el comportamiento estratégico de sus agentes por el lado de la oferta, que podrían llevar a conclusiones distintas a las que se derivan del análisis realizado por la CMT a finales de 2005.
- En el mercado minorista de servicios de telefonía móvil, TME viene manteniendo en los últimos años cuotas de mercado, en términos de ingresos, superiores al 50%. De acuerdo con el Tribunal Europeo de Justicia, cuotas de mercado muy elevadas, superiores al 50% pueden considerarse un fuerte indicio de existencia de posición dominante.¹

¹ Véase, entre otros, los pronunciamientos del Tribunal de Justicia en el Caso C-62/86 Akzo vs. Commission (1991) E.C.R.I-3359, párrafo 60; Case T-228/97, Irish Sugar vs. Commission (1999) ECR II-2969, párrafo 70; Caso 85/76 Hoffmann-L Roche vs. Commission (1979) ECR 461, párrafo 41, Caso T-83/91 Tetra Pak vs. Commission (1994) ECR II-755, párrafo 1009.

Así pues, por un lado, cabría señalar, por un lado, que la posición de dominancia conjunta identificada por la CMT en el citado mercado mayorista no implica, necesariamente, la existencia de una posición de dominancia conjunta en el minorista. Por otra parte, haría falta realizar un nuevo análisis de ambos mercados (mayorista y minorista) para ver en qué medida la situación puede haberse modificado sustancialmente desde el análisis realizado por la CMT en diciembre de 2005. En cualquier caso, corresponde a la CNC la identificación de los posibles agentes dominantes en el mercado minorista de servicios de telefonía móvil a partir de un análisis del mercado en las actuales circunstancias.

Cabe recordar, por otra parte, que detentar una posición dominante no es algo prohibido por la legislación comunitaria y nacional de la competencia: lo prohibido es abusar de esa posición. La posición dominante otorga, in embargo, una particular responsabilidad a la empresa afectada: no abusar de esa posición en cumplimiento del Artículo 82 del Tratado de la CE.

La aplicación del cumplimiento de ese Artículo del Tratado corresponde a la CNC, si bien, como se ha apuntado anteriormente, es responsabilidad de la CMT poner en conocimiento de la CNC aquellas prácticas en las que existan indicios de abusos de posición dominante. La lista de prácticas abusivas mencionadas en el propio Artículo 82 incluye las que la experiencia ha identificado como más comunes. Una de estas prácticas abusivas es la discriminación de precios, pero sólo en el caso de que la discriminación no esté justificada por razones de eficiencia económica, sino encaminada a distorsionar la competencia.²

Un análisis de la existencia, o no, de posibles indicios de que la practicada denunciada por Xfera pudiera resultar anticompetitiva debería, en mi opinión, incluir:

- Un análisis que permitiera concluir si TME y TESAU tienen un incentivo, o no, para llevar a cabo una práctica tendente a cerrar el mercado al nuevo entrante en el mercado minorista de telefonía móvil.
- Un análisis que permitiera concluir -o descartar -que además del incentivo, TME y TESAU tienen la capacidad para llevar a cabo esa práctica de cierre de mercado.
- Un análisis que permitiera concluir que la discriminación de precios practicada en los precios minoristas por TME y TESAU cobrando a sus abonados un precio superior a las llamadas que terminan en la red de Xfera está, o no, justificada por razones de eficiencia económica y, por tanto, resulta -o no- beneficiosa desde el punto de vista del bienestar social.

² En cualquier caso, la lista de prácticas abusivas que menciona el Artículo 82 no agota el ámbito de posibles prácticas contrarias a dicho artículo.

Como intentaré exponer a continuación, la Resolución objeto de este Voto Particular solo hace referencia a la tercera de estas cuestiones y el análisis que se realiza de esta cuestión es insuficiente y no permite, en mi opinión, concluir que la discriminación de precios practicada por TEM y TESAU tiene su justificación en los mayores costes de la terminación mayorista en la red de Xfera.

¿Qué representa la entrada de Xfera en el mercado desde el punto de vista de la competencia a largo plazo?

La estructura oligolística que caracteriza a la industria de la telefonía móvil en cualquier país proviene de la barrera de entrada en el mercado que impone la escasez de espectro, lo cual, inevitablemente, limita el número de operadores de red posibles.

¿Cuál sería el número de operadores de red óptimo en España desde el punto de vista de la competencia? La teoría económica no permite responder con demasiada precisión a esta pregunta. Sin duda, más de dos. Y cuatro mejor que tres, posiblemente. No obstante, a tenor de la experiencia internacional y teniendo en cuenta el tamaño del mercado español, en principio, parecería razonable concluir que la competencia de cuatro redes infraestructuras puede ser sostenible a medio-largo plazo, y tendería a producir un funcionamiento más competitivo de la industria que se traduciría en servicios de mayor calidad y a precios eficientes, en beneficio de los consumidores.

Desde esta perspectiva, a la que no pueden ser ajenos el regulador y las autoridades de competencia, la entrada de Xfera como cuarto operador se contemplaría como una oportunidad para conseguir a medio y largo plazo al logro de unos niveles de mayor competencia en beneficio de los usuarios finales.

Pero ese mayor grado de competencia a largo plazo sólo podrá conseguirse si el nuevo entrante consolida su posición, logra el *break even* y no se ve abocado a salir del mercado, algo que no está garantizado. Es misión del regulador *ex ante* y de la autoridad de competencia *ex post* actuar de manera coherente para proporcionar un marco en el que los agentes compitan por sus méritos y consigan mejores o peores resultados en el mercado en función de su mayor o menor eficiencia.

En este sentido, cabe mencionar que el nuevo entrante, Xfera, afronta una serie de desventajas objetivas respecto a los demás operadores, que tienen que ver con el retraso de su entrada en el mercado (en parte, motivada por el desfase en la oleada de licencias 3G con respecto a las 2G). Estas desventajas tienen su origen, entre otros, en dos factores principales:

- En las menores economías escala (lo que se traduce en mayores costes unitarios de red y de comercialización); Para compensar esos mayores costes, un buen número de reguladores *ex ante*, como la CMT, permiten a los operadores entrantes fijar transitoriamente unos precios de terminación de llamadas en su propia red más elevados que a los

demás operadores, lo que les permite obtener unos mayores ingresos de interconexión. Como se argumentará mas adelante, la decisión de TEM y de TESAU tiende a neutralizar la decisión de la CMT adoptada en su Resolución MTZ 2006/11593, de julio de 2007, sobre el conflicto de interconexión interpuesto por TEM contra Xfera, en la medida en que tiende a contrarrestar la ventaja -en terminos de ingresos derivados de la interconexión- otorgada a ese operador permitiéndole fijar transitoriamente unos precios de iterconexión asmétricos relativamente elevados.

- En la menor capacidad de aprovechar las externalidades positivas asociadas al efecto red: dado el considerable diferencial de precios de las llamadas *off net/on net* un cliente potencial de un operadores móvil tenderá *ceteris paribus* a adherirse a la red de mayor tamaño para aprovechar en mayor medida el menor coste de las llamadas *on net*. Los abonados a una red de tamaño reducido como la de Xfera realizan y reciben una proporción mayor de llamadas *off net* mucho mayor que los abonados a una red de mayor tamaño. Para contrarrestar este efecto los operadores entrantes pueden intentar aplicar políticas tarifarias muy agresivas. La cuestión es si esas políticas tarifarias capaces de contrarrestar la poderosa atracción del efecto club de la red del operador con mayor tamaño de clientes permitirán a un entrante lograr el *break even*. Esta cuestión ha sido analizada en profundidad por el regulador francés ARCEP y la autoridad de Competencia de este país, llegando a la conclusión de que las políticas de diferenciación tarifaria de las llamadas *off net/net* que tienden a establecer una diferenciación creciente entre el precio de las llamadas *on net* y *of net* producen un riesgo para la competencia en la medida en que son asimilables, en la practica, a una quiebra del principio de interconexión entre las distintas redes: la fijación de un precio muy elevado o infinito de una llamada *off net* es equivalente a la negación de la interconexión y, por tanto, negativo desde el punto de vista de la eficiencia económica y el bienestar social.³

En un mercado con un grado ya considerable de saturación debido a los elevado niveles de penetración, Xfera (igual que los operadores móviles virtuales) no puede confiar en que su expansión podrá provenir del crecimiento del mercado. Sus ganancias de cuota de mercado deberá obtenerlas principalmente arrebatando a los operadores establecidos parte de las suyas. En un contexto como éste, no cabe excluir el riesgo de prácticas anticompetitivas por partes de los operadores incumbentes tendentes a cerrar el mercado al nuevo operador, cuya consolidación acarrearía una reducción a largo plazo de las actuales rentas oligopolísticas de los operadores establecidos.

³ Esta cuestión, así como las desventajas de los operadores de tamaño más reducido asociadas al diferencial de *precios off/ net on net* (en parte motivadas porque los precios de terminación en las redes móviles, a diferencia de lo que ocurre en las fijas, no reflejan adecuadamente costes), se analiza también con detalle en la reciente consulta pública (diciembre de 2007) sobre la asimetría de los precios de terminación del grupo de reguladores europeos independientes, el ERG, que puede consultarse en su página web.

Cabe concluir, pues, que TME (y TESAU como empresa del Grupo Telefónica cuya integración con TME en el actual contexto de convergencia es, además, cada vez mayor) tiene pues un incentivo para intentar cerrar el mercado al operador entrante.

Peso de TEM y Xfera en el mercado minorista de telefonía móvil

Según los datos disponibles más recientes (extraídos del informe trimestral del II Trimestre de 2007 de la CMT), las cuotas de mercado de los principales operadores en términos de ingresos fueron las siguientes:

TEM 50,7%
Vodafone 34,3%
Orange 34,3%
OMVs (Operadores Móviles Virtuales) 0,5%
Yoigo (Xfera) 0,2%

El número total de líneas se distribuyó entre los operadores de la siguiente manera:

TEM 21.311.782; Vodafone 14.169.839; Orange 10.691.904; OMVs 374.245; Yoigo 161.297.

Así pues, TEM acapara más de la mitad del mercado minorista en términos de ingresos y un número de líneas que equivale aproximadamente a la mitad de la población española. Por su parte, la cuota de mercado del operador Yoigo apenas al 0,2% y el peso de sus líneas (0,3% del total), comparado con el de los operadores incumbentes, es aún apenas significativo en el conjunto del mercado.

Estas cifras ponen de manifiesto, asimismo, la enorme asimetría entre TME, el mayor operador establecido, y el operador de red entrante, Xfera. Ello corrobora que TEM, tiene el incentivo para actuar discriminadamente mediante a práctica denunciada por Xfera (una práctica dirigida exclusivamente a este operador -y no a los demás-, por ser precisamente el operador entrante, cuya permanencia en el mercado no está garantizada) y cuya salida del mismo supondría retornar al escenario previo de tres operadores de red..

Pero esas cifras, que la Resolución no considera ni analiza, apuntan, además, a que TEM y TESAU, dado su enorme peso en el mercado, tienen también la capacidad para frenar la expansión de Xfera por la vía de reducir sus ingresos de interconexión provenientes de las llamadas que reciben los clientes de Xfera:

- El mayor precio minorista cobrado por TEM a su enorme masa de clientes equivalente a la mitad de la población española, tiene el efecto de reducir, el número de llamadas (y la duración de las mismas) realizadas por el conjunto de clientes de TEM y terminadas en Xfera erosionando así la fuente de ingresos derivados de la interconexión. En

la Resolución aprobada por el Consejo, antes de descartar la importancia de ese efecto, se debería haber intentado cuantificarlo. Este efecto, que Xfera denomina en su denuncia *elasticidad-precio*, es potencialmente importante, tal y como refleja la literatura de economía industrial que analiza la fijación de los precios de acceso e interconexión en los mercados de telecomunicaciones (literatura cuyos resultados no se toman en consideración en la Resolución). Máxime teniendo en cuenta que los abonados a una red de tamaño reducido como la de Xfera tienden a realizar una proporción mayor de llamadas *off net* mucho mayor que los abonados a una red de mayor tamaño.

- La actuación conjunta de TESAU –el operador incumbente en el mercado minorista de telefonía fija que absorbe casi el 70% del total de ingresos correspondientes a las llamadas de fijo a móvil- no hace sino intensificar mucho más aún este efecto.


Esas cifras, que reflejan el peso relativo de los distintos operadores del mercado, ponen también en cuestión el argumento de TEM de que la justificación de fijar unos precios minoristas superiores i en 6 centimos de euro para las llamadas que terminen en red de Xfera a partir de enero de 2007 (prácticamente coincidiendo con la entrada de Xfera en el mercado) tiene su explicación en los mayores costes de terminación de Xfera. ¿Por qué en el pasado, y en la actualidad, TEM no ha reflejado en sus precios minoristas los mayores precios de terminación en la red de Orange? TEM alega que se trata de una política tarifaria innovadora que se explica por el elevado margen diferencial fijado por Xfera en sus precios de terminación, y que luego la CMT ha autorizado.

Sin embargo, la mera comparación de los 10,6 millones de líneas de Orange con los apenas 160.000 líneas de Yoigo, pone de relieve que el impacto en la cuenta de resultados de TEM del diferencial de precios de interconexión en la red de Orange, aunque sea porcentualmente muy inferior, puede producir un efecto incluso mayor que los precios más elevados de Yoigo. La CMT debería haber cuantificado este efecto antes de asumir que la discriminación practicada por TEM por primera vez con Xfera tiene su justificación, como alega TEM, en el diferencial de precios de terminación de este operador.

La alegación de TESAU, por su parte, según la cual, entre los factores que tiene en cuenta para fijar los precios minoristas a sus abonados, se encuentran “sobre todo” los costes del precio de interconexión de la terminación de llamadas resulta, asimismo, cuestionable. Basta recordar que, tal y como muestran los datos del informe anual de la CMT de 2006, el ingreso por minuto de las llamadas de fijo a móvil de TESAU ha permanecido invariable en 2004, 2005 y 2006, no habiéndose producido ninguna traslación de los descensos en los precios de la terminación que se han producido como consecuencia de las decisiones regulatorias de la CMT. Con ello, los descensos de los precios de interconexión han supuesto una fuerte redistribución de renta desde los operadores móviles hacia los operadores fijos, principalmente TESAU (y, en

conjunto, a favor del Grupo Telefónica) pero no se han trasladado a los consumidores.

Parece, pues, que la discriminación de precios practicada por TEM y TESAU no se explica suficientemente por razones de costes existiendo, pues, indicios de que el motivo de esa práctica puede ser, más bien, distorsionar la competencia cerrando el mercado a Xfera.



Inmaculada López