



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

IGNACIO REDONDO ANDREU, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que en la Sesión nº 23/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 19 de junio de 2008, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que, en el marco de la tramitación del presente procedimiento (expediente de referencia RO 2007/548), se aprueba la

RESOLUCIÓN RELATIVA AL CONFLICTO DE ACCESO PRESENTADO POR 1.949 ASKARI, S.L. FRENTE A VODAFONE ESPAÑA, S.A. EN RELACIÓN CON LA NEGOCIACIÓN DE UN ACUERDO DE ACCESO A REDES ENTRE AMBAS ENTIDADES.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 14 de septiembre de 2006, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (o, en adelante, la Comisión) dictó Resolución en el expediente con número de referencia RO 2006/359, relativo al conflicto suscitado por 1949 ASKARI, S.L. (en adelante, "Askari") frente a VODAFONE ESPAÑA, S.A. (en lo sucesivo, "Vodafone").

SEGUNDO.- Con fecha 4 de mayo de 2007, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de Askari por el que plantea conflicto de acceso frente a Vodafone en relación con la imposibilidad de alcanzar un acuerdo de acceso a la red de Vodafone, en el marco del mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil, de conformidad con la Resolución dictada por esta Comisión el pasado día 2 de febrero de 2006 (expediente AEM 2005/933).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En particular, Askari formula las siguientes alegaciones:

- Que, “siguiendo la Recomendación dada por esta Comisión en la Resolución de 14 de septiembre de 2006 relativa a la necesidad de negociar una actualización de tarifas entre las Partes, ASKARI ha continuado sus esfuerzos en lograr un acuerdo con VODAFONE tanto en lo que respecta a la actualización de tarifas como en lo relativo a la celebración de un contrato escrito que tenga por objeto la relación contractual de reventa existente entre las partes”.
- Que, a los efectos de iniciar un proceso de negociación y a solicitud de Vodafone, Askari envió un Plan de Negocio en fecha 24 de noviembre de 2006 donde detallaba la actividad a desarrollar como revendedor, con el objeto de negociar la actualización de tarifas en el marco de un contrato de reventa. Asimismo, Askari ha enviado a Vodafone diversas cartas y burofaxes (en fechas 28 de septiembre de 2006 y 23 de enero y 5 de marzo de 2007).

Así, en virtud del burofax de 28 de septiembre de 2006, Askari instaba a Vodafone a que, “realicen formalmente y por escrito a Askari, en un plazo no superior a 7 días, una oferta válida y completa de tarifas adecuadas a la actual situación de mercado para la reventa de servicios de telefonía móvil y en unas condiciones que permitan a Askari competir en el mercado de las telecomunicaciones, actualizando las tarifas vigentes entre las partes desde 2.002, (...)”.

- Que, sin embargo, en una reunión finalmente mantenida en fecha 20 de febrero de 2007, Vodafone “presentó a ASKARI una propuesta de OMV integral, que nada tenía que ver con el Plan de Negocio enviado por ASKARI ni con la solicitud de negociación reiterada (...)”. A este respecto, Askari “mostró su disconformidad con la Propuesta de fecha 20 de febrero de 2007 en la medida en que se trataba de una oferta relativa a la constitución de ASKARI como OMV “pleno” de nueva creación sin tener en cuenta que la Sociedad es refacturador desde 2001”.
- Que la aplicación de la propuesta de OMV completo ofrecida por Vodafone “supondría la pérdida de los siguientes servicios prestados actualmente por VODAFONE (bajo el contrato existente entre las Partes):
 - Entrega de terminales sin coste para nuevas líneas y portabilidades desde otro operador con un 60% de gama media y un 40% de gama alta.
 - Servicio de reparación y sustitución de terminales móviles con la posibilidad de préstamo en caso de reparación. Cambios y restitución de SIM en caso de avería, robo o pérdida, con stock de SIM para cambios en nuestro poder.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *Atención del departamento 122 como 155 de Vodafone para la resolución de incidencias, activación y desactivación de servicios en la red.*
 - *Acceso al programa de puntos para fidelización de clientes.*
 - *Envío de CDR por sistema Facturaweb y acceso a la aplicación para la comprobación de la misma.*
 - *Atención del gestor de VODAFONE para la tramitación de Altas, Bajas, Portabilidades y cambios de titular.*
 - *Acceso, área de clientes entre otros.”*
- Que la actuación de Vodafone supone una vulneración por parte de Vodafone de su obligación de ofrecer precios razonables, consignada en la Resolución de 2 de febrero de 2006, *“en la medida en que no ha atendido de buena fe a las reiteradas solicitudes de negociación y actualización de tarifas”* de Askari.

Según Askari, los precios propuestos por Vodafone no son razonables *“en la medida en que no existe una relación razonable entre el precio facturado por VODAFONE a ASKARI y el valor del servicio prestado. Prueba de la no existencia de una relación razonable entre ambos conceptos es la diferencia de precios aplicados por VODAFONE a otros clientes finales (con consumos de minutos inferiores a los de ASKARI) y los precios aplicados a ASKARI”*, alegando porcentajes de diferencia de hasta un 100% en determinados casos. Askari aporta otra información en orden a justificar la no razonabilidad de las tarifas contratadas con Vodafone, que serán analizadas en sede de Fundamentos de Derecho.

- Que en atención a los perjuicios económicos que se están causando a Askari *“resulta imprescindible establecer en la Resolución del presente conflicto por la CMT, un sistema o mecanismo de revisión de precios a los efectos de impedir que se produzcan en el futuro situaciones similares a la actualmente padecida por Askari”*.

Asimismo, considera que deberían imponerse obligaciones adicionales a Vodafone, concretamente de control de precios.

- Que, de otra parte, Askari ha solicitado a Vodafone información relativa al tiempo realmente consumido en cada llamada por cada uno de los clientes, negándose Vodafone a suministrarla, lo que impide a Askari cumplir sus obligaciones de facturación por segundos, conforme a la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Consumidores y Usuarios, y de la Orden Ministerial 912/2006, de 29 de marzo.

Formuladas estas alegaciones, Askari solicita a esta Comisión que:

I- Obligue a VODAFONE a negociar un contrato que tenga por objeto la prestación de servicios de reventa, o en su defecto obligue a VODAFONE a plasmar por escrito la relación contractual de reventa que la une a esta Parte de conformidad con la Resolución de esta Comisión de 14 de septiembre de 2006.

*II- Declare el incumplimiento por VODAFONE de la obligación de ofrecer precios razonables por la prestación de los servicios de acceso en su calidad de operador con PSM con arreglo a la normativa actualmente vigente; inste a VODAFONE a subsanar dicho incumplimiento ofreciendo los precios recogidos en el Plan de Negocio que se aporta como **Anexo 4**, o, en su defecto, aplique a ASKARI las tarifas que determine al efecto la CMT, tomando como referencia la evolución a la baja de los precios producida en el mercado (...), adopte las medidas oportunas a tal efecto y en su caso imponga las sanciones administrativas pertinentes.*

III- (...) establezca mediante resolución los precios y tarifas que deberán aplicarse por VODAFONE a ASKARI, en el marco de la relación contractual vigente entre ambas partes así como un sistema de revisión de precios con arreglo a criterios objetivos que reflejen la realidad de la evolución de los precios en el mercado.

IV- Imponga obligaciones adicionales a VODAFONE relativas al control de precios, de conformidad con lo establecido en el Anexo A de la Resolución de 2 de febrero de 2006.

V- Obligue a VODAFONE a suministrar a ASKARI información detallada relativa al consumo por segundos de los clientes de ASKARI a los efectos de que ésta pueda dar cumplimiento a las obligaciones que le son legalmente exigibles en materia de tarificación por segundos.”

A su escrito acompaña copia de la documentación que entiende apoya sus pretensiones.

TERCERO.- Por medio de sendos escritos de fecha 17 de mayo de 2007, esta Comisión comunicó a Askari y a Vodafone el inicio del correspondiente procedimiento para resolver el conflicto de acceso planteado por la primera entidad, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 42.4, párrafo segundo, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, “LRJPAC”), formulándose requerimiento a ambos operadores para que, en el plazo de diez días, remitieran determinada información.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A Askari se le requirió que aportase la siguiente información:

- *Contenido, o en su caso, actas de las reuniones mantenidas con la entidad Askari (orden del día, calendario de actuaciones previstas, condiciones técnicas y económicas negociadas, condiciones técnicas y económicas impuestas).*
- *Documentación aportada durante el periodo de negociación, en particular la propuesta de OMV integral, presentada a Askari en fecha 20 de febrero de 2007.*
- *Cualquier otra documentación adicional que considere relevante para la resolución del presente expediente.*

Asimismo se solicita que indique los aspectos mínimos y esenciales que deberían sustanciarse en el hipotético caso de que los operadores no llegaran a un acuerdo voluntario de acceso y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones debiera dictar las condiciones de dicho acuerdo, de conformidad con el principio de intervención mínima”.

Asimismo, se dio traslado a Vodafone de una copia del escrito presentado por Askari, y de sus documentos anexos, y se le requirió que remitiera la siguiente información, con la documentación acreditativa correspondiente:

- *Descripción de las características técnicas de los servicios mayoristas solicitados.*
- *Indicación del sistema de facturación.*
- *Descripción del soporte operativo y atención al cliente.*
- *Condiciones de prestación del servicio en relación con las tarjetas SIM.*
- *Contenido, o en su caso, actas de las reuniones mantenidas con la entidad Vodafone (orden del día, calendario de actuaciones previstas, condiciones técnicas y económicas negociadas, condiciones técnicas y económicas impuestas, en su caso, por Vodafone).*
- *Documentación aportada, en su caso, por Vodafone durante el periodo de negociación, en particular la propuesta de OMV integral, presentada a Askari en fecha 20 de febrero de 2007.*
- *Cualquier otra documentación adicional que considere relevante para la resolución del presente expediente.*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo se solicita que indique los aspectos mínimos y esenciales que deberían sustanciarse en el hipotético caso de que los operadores no llegaran a un acuerdo voluntario de acceso y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones debiera dictar las condiciones de dicho acuerdo, de conformidad con el principio de intervención mínima”.

CUARTO.- Con fecha 28 de mayo de 2007, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Vodafone por el que solicita la ampliación del plazo conferido para evacuar el trámite referido en el Expositivo anterior, la cual fue concedida por escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 29 de mayo de 2007.

QUINTO.- Con fecha 6 de junio de 2007, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Askari por el que contesta al requerimiento practicado, presentando la siguiente documentación: descripción de las características técnicas de los servicios mayoristas solicitados, descripción del sistema de facturación, condiciones del soporte operativo y atención al cliente y Manual de procedimiento interno de Askari; condiciones de prestación del servicio en relación con las tarjetas SIM; propuesta de OMV integral de Vodafone de 20 de febrero de 2007; y comunicaciones existentes entre las partes relativas a la negociación.

Asimismo realiza las siguientes alegaciones:

- Que, en la reunión celebrada en Madrid en fecha 20 de febrero de 2007 entre Askari y Vodafone, éste último se limitó a entregar al primer operador la propuesta de OMV integral, que nada tenía que ver con el Plan de negocios enviado por Askari, ni con la naturaleza contractual de reventa vigente entre las partes, ni tampoco con las solicitudes de negociación realizadas, sin avenirse a entrar a valorar las peticiones formuladas por Askari.
- Por otra parte indica que los aspectos mínimos y esenciales que deberían sustanciarse en el supuesto de que las partes no llegaran a un acuerdo consisten en que *“Vodafone continúe dando acceso a Askari en los términos que se ha venido desarrollando la relación entre las partes hasta la fecha de presentación del presente conflicto de acceso, prestando los siguientes servicios esenciales:*
 - *Entrega de terminales sin coste para nuevas líneas y portabilidades desde otro operador con un 60% de gama media y un 40% de gama alta.*
 - *Servicio de reparación y sustitución de terminales móviles con la posibilidad de préstamo en caso de reparación. Cambios y restitución*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de SIM en caso de avería, robo, o pérdida, con stock de SIM para cambios en nuestro poder.

- Atención del departamento 122 como 155 de VODAFONE para la resolución de incidencias, información, activación y desactivación de servicios en la red.

- Acceso al programa de puntos para fidelización de clientes.

- Envío de CDR por sistema Facturaweb y acceso a la aplicación para la comprobación de la misma.

- Atención del gestor de Vodafone para la tramitación de Altas, Bajas, Portabilidades y cambios de titular.

- Acceso, área de clientes entre otros”.

- Adicionalmente reitera como aspectos mínimos y esenciales de la relación entre las partes los siguientes: la mejora de las tarifas ofrecidas por Vodafone a Askari, que no han sido actualizadas desde el año 2002; el establecimiento de un sistema o mecanismo de actualización de tarifas; y la facturación por segundos, entendiendo Askari que es necesario plasmar los anteriores aspectos por escrito en el contrato que se firme por ambas partes.

SEXTO.- Con fecha 15 de junio de 2007, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Vodafone en virtud del cual contesta al requerimiento formulado y realiza las siguientes alegaciones:

- Que, como operador con poder significativo en el mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil, ha cumplido con las obligaciones que le son exigibles en virtud de la Resolución de esta Comisión de 2 de febrero de 2006 (expediente AEM 2005/933).
- Que ha negociado de buena fe con Askari con la finalidad de llegar a un acuerdo de acceso, aunque la negociación haya sido infructuosa o no haya cumplido las expectativas de ese operador; que ha ofrecido precios razonables por la prestación de los servicios de acceso, que ha mantenido el acceso a Askari y ha continuado atendiendo las solicitudes de portabilidad, líneas telefónicas y terminales, en cumplimiento de lo establecido en la Resolución de 14 de septiembre de 2006 (expediente RO 2006/359).
- Que Askari *“pretende crear un esquema “híbrido” [de relación de proveedor de servicio] en el que, acogiéndose a los beneficios de ser un prestador de*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

servicio o revendedor, desea mantener las condiciones de cliente final de las que disfruta sobre la base del contrato vigente que, como la Comisión ha reconocido en su Resolución de 14 de septiembre de 2006, no es el marco contractual adecuado para regir la relación operador/revendedor”.

Así, el Plan de Negocios de Askari presenta “incoherencias”, según Vodafone, como es la exigencia de Askari de que Vodafone continúe suministrando de manera totalmente gratuita los terminales que Askari facilitará a sus clientes finales y que provea el servicio de atención al cliente directamente a los propios clientes de Askari.

Los dos aspectos anteriores representan, continúa diciendo Vodafone, los temas objeto de controversia de mayor relevancia, que evidencian la *“confusión de ASKARI en cuanto al papel al que puede optar en el mercado y la falta de compromiso de ASKARI con su proyecto”.*

- Que los precios cuya aplicación plantea Askari, *“además de estar muy lejos de las ofertas de acceso mayoristas negociadas por Vodafone (y ya firmadas por otros prestadores de servicios) podrían obligar a Vodafone a vender a pérdidas”.*

A este respecto, considera la exigencia de Askari como un *“modelo completamente desequilibrado en perjuicio del operador de red”.*

- Que, en ningún caso, las potestades de intervención de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones o la Resolución de 2 de febrero de 2006 pueden ser utilizadas para garantizar la entrada de un agente particular en el mercado, más aun cuando el mercado 15 *“plantea, por definición, una serie de limitaciones en cuanto al número de agentes que cada red puede albergar”.*
- Que, en cuanto a la solicitud de Askari relativa al suministro por Vodafone de información detallada relativa al consumo por segundos de sus clientes, Vodafone, como una prueba más de su buena voluntad, le hará llegar dicha información tan pronto como la fórmula empleada para ello esté disponible, y continuará enviándola con carácter mensual junto con la factura. No obstante alega que dicha fórmula tiene un carácter excepcional, por la situación particular de Askari, y entiende que los costes debería sufragarlos Askari.

Por todo ello, solicita a esta Comisión que desestime las pretensiones de Askari.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, solicita que se otorgue el tratamiento de confidencial al Anexo II adjunto a su escrito, conforme a lo establecido en la Disposición adicional cuarta de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, "LGTel").

SÉPTIMO.- Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 8 de agosto de 2007, y de conformidad con lo previsto en el artículo 78.1 de la LRJPAC, se requirió a Askari el envío de información en relación con las siguientes cuestiones:

"- Señale las razones que llevan a Askari a entender que en la propuesta formulada por Vodafone el 20 de febrero de 2007 y en la única reunión mantenida se le pide ser Operador Móvil Virtual completo y no prestador de servicios, toda vez que de la documentación presentada por Vodafone tal requerimiento no se deduce.

- Indique en qué medida considera excesivos los precios mayoristas contenidos en la oferta propuesta de Vodafone a Askari como OMV en el mercado español (página 2 de la propuesta), con independencia del aspecto de la subvención de terminales.

- Señale con mayor grado de detalle la justificación de los costes señalados en el escrito de fecha 4 de mayo de 2007 como Anexo 5 "Desventajas de la propuesta de Vodafone de 20 de febrero de 2007 en relación a la situación actual".

OCTAVO.- Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 8 de agosto de 2007, y de conformidad con lo previsto en el artículo 78.1 de la LRJPAC, se requirió a Vodafone el envío de información respecto de los siguientes puntos:

"- Indique si el modelo de negocio mayorista propuesto a 1.949 Askari, S.L. (en adelante, Askari) consiste en que esta entidad pase a ser Operador Móvil Virtual completo de Vodafone. En relación con lo anterior, señale por qué servicios prestados por Vodafone se requerían las denominadas "cuota de conexión inicial" y "cuota de mantenimiento mensual", señaladas en la página 2 de su propuesta de fecha 20 de febrero de 2007.

- En relación con las divergencias existentes en torno al servicio de atención al cliente, señale si se prevé en su propuesta a Askari el establecimiento de una segunda línea de atención al cliente o un backoffice, disponible para Askari, para solucionar las incidencias de red o servicio que se pudieran producir, toda vez que es a esto a lo que parece referirse Askari en su solicitud."

NOVENO.- Con fecha 12 de septiembre de 2007 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Vodafone, en virtud del cual aporta la información requerida, indicando lo siguiente:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que *“el modelo de negocio que VODAFONE propuso a ASKARI en la reunión mantenida el 20 de febrero de 2007 consistía en un modelo de negocio mayorista thin o service provider, coherente con las informaciones facilitadas por ASKARI (esta entidad no contempla la posesión de centrales de conmutación ni tiene interés en llegar a acuerdos de interconexión).”*

- Que la cuota de conexión inicial es una *“cantidad inicial a pagar por el operador móvil virtual (OMV) en concepto de coste de conexión a la red de VODAFONE”* y que incluye, entre otros, los siguientes conceptos: desarrollos internos de Vodafone para la adaptación de red; desarrollo en los sistemas de negocio y desarrollos necesarios para la tarificación del servicio móvil al OMV y envío de ficheros CODIFI (Comisión de Diseño de las Interfaces de Facturación Interoperadores); desarrollos en la plataforma de administración del servicio para posibilitar la gestión remota del servicio por parte del Servicio de Gestión de Clientes del OMV; reserva de uso del espectro radioeléctrico para el servicio del OMV; controles de calidad y pruebas técnicas (*live tests*) de funcionamiento de la red y sistemas; diseño y homologación de perfil técnico de SIM standard; colaboración en el diseño de la propuesta comercial de lanzamiento del servicio móvil del OMV (un plan de precios Prepago estándar y un plan de precios Prepago para promoción comercial estándar); desarrollo técnico de un plan de precios estándar y una promoción comercial; disponibilidad del servicio de recargas en base al acuerdo alcanzado; acceso a acuerdos de Roaming internacional del Grupo VODAFONE.

- Que la cuota de mantenimiento mensual consiste en *“la cantidad a pagar con carácter periódico mensual por el OMV en concepto de costes fijos de operación y mantenimiento de servicios soporte tales como:*
 - *Reserva de recursos físicos de red.*
 - *Soporte a las operaciones.*
 - *Operaciones y Mantenimiento (O&M).*
 - *Ingeniería de Red y Planificación.*
 - *Facturación.*
 - *Segunda línea soporte de Gestión de Clientes.”*

- Que la propuesta de Vodafone incluía el establecimiento de una segunda línea de atención al cliente o soporte de segundo nivel, en el que el personal de Askari sería atendido en caso de incidencias de red o servicio que se pudieran producir.

Por otra parte, manifiesta que Askari no presenta voluntad negociadora, al no mostrar interés por continuar con las conversaciones iniciadas entre ambos operadores, mientras que resulta incuestionable la voluntad negociadora de



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Vodafone, toda vez que, según esta entidad, esta Comisión *“conoce los numerosos acuerdos con todo tipo de operadores y en todo tipo de segmentos, que esta compañía ha alcanzado, y ello sin considerar las numerosas conversaciones que continúa manteniendo con distintos agentes del sector”*.

Asimismo entiende que las exigencias de Askari resultan abusivas en razón de que no es posible conseguir las mejores condiciones de los dos mercados, mayorista y minorista, es decir obtener *“tarifas de tráfico bajas y relación con el cliente”* y a su vez *“la subvención del terminal financiada por el Operador de Red”*.

DÉCIMO.- Con fecha 14 de septiembre de 2007 tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de Askari contestando al requerimiento de información practicado por esta Comisión, aportando documentación acreditativa de sus afirmaciones. En dicho escrito Askari manifiesta lo siguiente:

- Que la utilización de la expresión OMV integral o pleno no quería sino referirse a una condición de operador distinta de la de revendedor, en razón de que *“la propuesta de VODAFONE supone la constitución de ASKARI como un nuevo OMV como si no hubiera tenido nunca una relación de reventa con VODAFONE”*.
- Que en la única reunión mantenida entre Vodafone y Askari, el 20 de febrero de 2007, el primer operador se limitó a entregar al segundo su propuesta *“negándose a discutir el Plan de Negocio de ASKARI y la solicitud de actualización de tarifas requerida”*. Dicha propuesta, aportada al presente expediente, es el único documento que acredita esta situación, no existiendo acta que documente dicha reunión.
- Que la inexistencia de voluntad negociadora por parte de Vodafone se fundamenta en la falta de reconocimiento de Askari como revendedor, obviando la relación jurídica de reventa que vincula a ambas partes. *“Se deduce la voluntad de confundir la negociación de la actualización de las tarifas, que es la prioridad absoluta de ASKARI desde el principio, con la posibilidad de mantener con VODAFONE negociaciones tendentes a constituir en un futuro a ASKARI como posible Nuevo OMV a la luz de la Resolución de 2 de febrero de 2006, negociaciones que son absolutamente independientes y cuyos objetos son radicalmente distintos”*.
- Que los precios ofertados por Vodafone deben entenderse incrementados por los siguientes conceptos, que no sólo son costes adicionales sino que constituyen barreras de entrada en el mercado en la medida en que impiden a Askari ofrecer precios competitivos a sus clientes: cuota de conexión inicial, cuota de mantenimiento mensual, cuota de activación y mantenimiento de SIM. Según Askari, estos precios llegan *“casi a duplicar los precios que ofrece la misma operadora, en*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

la actualidad, a clientes que eran de ASKARI y ahora los son de VODAFONE, como puede ser INDIGO MEDIA y que son similares a los precios que ofrecen a sus clientes el resto de operadores dominantes”.

- Finalmente pone de manifiesto una alegación novedosa respecto de sus alegaciones iniciales, consistente en *“las dificultades que ASKARI encuentra en materia de captación de clientes en la medida en que al solicitar al operador donante la portabilidad, éste realiza una contra oferta al cliente en cuestión, con un descuento que oscila entre el 25 y el 60 por ciento, circunstancia que indudablemente impide que ASKARI desarrolle su actividad en condiciones competitivas, suponiendo claramente una desventaja competitiva”.*

DECIMO PRIMERO.- Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 6 de noviembre de 2007, y de conformidad con lo previsto en el artículo 78.1 de la LRJPAC, se requirió a Vodafone la remisión de *“los Anexos de precios correspondientes a todos los contratos que haya firmado Vodafone con otros operadores para el suministro de servicios de acceso mayorista de Vodafone para la prestación del servicio telefónico por tales operadores a sus clientes finales bajo el modelo de operador móvil virtual prestador de servicios u OMV revendedor. (...)”*

DECIMO SEGUNDO.- Con fecha 3 de diciembre de 2007 tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de Vodafone, en virtud del cual manifiesta que da contestación al requerimiento de información formulado por esta Comisión.

Vodafone manifiesta que *“[c]on objeto de que la CMT corrobore que los precios ofrecidos por VODAFONE a ASKARI son razonables al ser proporcionales a los servicios de acceso y complementarios solicitados por dicha compañía y por estar en línea con los precios firmados por otros operadores en el mercado, mi representada adjunta como Anexos a este escrito, las condiciones económicas y términos contractuales acordados con METRORED”.* Asimismo, indica que envía el Acuerdo firmado con Metrored Móvil, S.A. por considerarlo más adecuado para la comparación respecto de Askari.

A su vez reitera las alegaciones que formuló en sus anteriores escritos, en relación con la falta de voluntad negociadora de Askari y su absoluto desinterés por firmar un acuerdo de acceso mayorista que le permita actuar como operador móvil virtual en el mercado, como también sobre el carácter abusivo de las exigencias de Askari.

Finalmente Vodafone señala que, en el contexto actual de desarrollo del mercado de acceso a redes móviles, ha sido un operador proactivo con la firma de cuatro acuerdos de acceso de OMV completo y cuatro acuerdos de acceso tipo Prestador de servicios, razón por la cual cualquier imposición por parte de esta Comisión de contratar con un revendedor en concreto o de aceptar un



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

modelo de negocio diferente de los diseñados por Vodafone sería una infracción del principio constitucional de libertad de empresa y del principio de intervención mínima.

DECIMO TERCERO.- Mediante escrito del Presidente de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 15 de enero de 2008, se reiteró a Vodafone el requerimiento de información formulado mediante escrito del Secretario de esta Comisión, para que en el plazo de 5 días improrrogables remitiera la información citada en el Expositivo Decimoprimer.

DECIMO CUARTO.- Con fecha 29 de enero de 2008 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Vodafone en virtud del cual contesta al requerimiento de información formulado por esta Comisión y adjunta todos los Anexos de precios y servicios de los acuerdos firmados por Vodafone con otros operadores bajo el modelo de operador móvil virtual prestador de servicios o revendedor.

Vodafone manifiesta que *“la comparación de la oferta realizada a ASKARI con las condiciones finalmente pactadas en los Acuerdos ignora las modificaciones realizadas sobre la oferta inicial a resultas de una negociación efectiva y de buena fe que, como se ha mencionado a lo largo del presente expediente, no ha existido por parte de ASKARI”*. En todo caso, según Vodafone, se debería comparar la oferta realizada a Askari con las ofertas realizadas a los operadores que, finalmente, tras un proceso de negociación, firmaron con Vodafone un acuerdo de acceso y están, en la actualidad, prestando sus servicios en el mercado.

No obstante, sostiene que las ofertas no son necesariamente comparables ya que Vodafone tuvo en consideración el valor que el operador con el que negoció podía aportar a su desarrollo competitivo en el mercado y en el segmento específico.

DECIMO QUINTO.- Con fecha 12 de febrero de 2008, se ha dictado por el Secretario de esta Comisión declaración de confidencialidad del contenido de los Anexos adjuntados por Vodafone a su escrito de contestación al requerimiento formulado por esta Comisión, citado en el Antecedente anterior.

Asimismo, con fecha 11 de marzo del presente año, se ha emitido por el Secretario de la Comisión rectificación de la declaración de confidencialidad anterior.

En virtud de lo anterior, se omite en la presente resolución la inclusión de algunos datos de las entidades en conflicto, al haber sido los mismos declarados confidenciales.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DECIMO SEXTO.- Con fecha 1 de abril de 2008, los Servicios de la Comisión emitieron informe en el presente procedimiento, siéndole el mismo notificado a las partes el 9 de abril de 2008 y confiriéndosele el plazo de diez días para formular alegaciones. Ambas partes solicitaron ampliación del plazo para evacuar dicho trámite, la cual fue conferida mediante sendos escritos del Secretario de esta Comisión de fechas 16 de abril de 2008, para Vodafone, y de 17 de abril del corriente año, para Askari.

DECIMO SÉPTIMO.- Con fechas 28 y 29 de abril de 2008 tuvieron entrada en el Registro de esta Comisión sendos escritos de alegaciones de Askari y de Vodafone, respectivamente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

El artículo 48.2 de la LGTel determina cuál es el objeto de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que, entre otros aspectos, alcanza a la resolución de los conflictos que se produzcan entre los operadores:

“La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos.”

En relación con este objeto, y en lo que afecta a los mercados de telecomunicaciones, el artículo 48.3 d) de la LGTel atribuye a esta Comisión la siguiente función:

“La resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre los operadores en materia de acceso e interconexión de redes, en los términos que se establecen en el título II de esta Ley, así como en materias relacionadas con las guías telefónicas, la financiación del servicio universal y el uso compartido de infraestructuras. Asimismo, ejercerá las restantes competencias que en materia de interconexión se le atribuyen en esta Ley.”

En el número 2 del Anexo II de esta Ley General de Telecomunicaciones se define el concepto de acceso como la *“puesta a disposición de otro operador, en condiciones definidas y sobre una base exclusiva o no exclusiva, de recursos o servicios con fines de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas”*. Explica este mismo número 2 del Anexo II que el término acceso abarca, entre



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

otros supuestos, *“el acceso a elementos de redes y recursos asociados que pueden requerir la conexión de equipos por medios fijos y no fijos (en particular, esto incluye el acceso al bucle local y a recursos y servicios necesarios para facilitar servicios a través del bucle local)”*.

Específicamente, con relación a los conflictos que se produzcan en esta materia de acceso, el artículo 11.4 de la LGTel establece que *“[l]a Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3”*.

El artículo 14 de la LGTel reitera la competencia que corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para resolver este tipo de conflictos, concretando, además, ciertos aspectos del procedimiento a seguir por esta Comisión a este objeto.

Por otra parte, el artículo 48.3 de la LGTel establece que, en las materias de telecomunicaciones reguladas en esta Ley, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ejercerá, entre otras, la siguiente función:

“g) Definir los mercados pertinentes para establecer obligaciones específicas conforme a lo previsto en el capítulo II del título II y en el artículo 13 de esta ley”.

En uso de la habilitación competencial citada, mediante Resolución de esta Comisión de 2 de febrero de 2006, se aprobó la definición y análisis del mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil, la designación de los operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas (expediente AEM 2005/933) (en adelante, “Resolución del Mercado 15”).

En dicha Resolución, tras definir y analizar el mercado citado, se concluye que el Mercado 15 no es realmente competitivo y se identifica a Vodafone junto con Telefónica Móviles España, S.A. sociedad unipersonal (en adelante, “TME”) y Retevisión Móviles, S.A. (actualmente France Telecom España, S.A. -en adelante, “FTE”-) como operadores con poder significativo en el mismo, imponiéndose una serie de obligaciones a los operadores citados. Entre ellas se encuentra la de atender a las solicitudes razonables de acceso a recursos específicos de sus redes y a su utilización, y ofrecer precios razonables por la prestación de los servicios de acceso.

Asimismo, la propia Resolución de 2 de febrero de 2006 establece que, en el caso de que los operadores no lleguen a acuerdos voluntarios de acceso, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones resolverá sobre la



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

razonabilidad de la solicitud de acceso y, en su caso, dictará las condiciones del acuerdo para garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 de la LGTel, de conformidad con lo previsto en los artículos 11.4 y 14 del mismo texto legal.

SEGUNDO.- Sobre las condiciones impuestas en el Mercado 15 y el actual marco regulatorio.

La Resolución del Mercado 15 define al mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de comunicaciones móviles en España como *“aquél en el que cualquier ORM, con licencia para operar en el territorio español, facilita a otro operador el acceso y la originación de llamadas de voz y datos en la red de dicho ORM”*.

Este único mercado engloba a todos los Operadores con red móvil (o, en lo sucesivo, “ORM”), *“incluyéndose todas las posibles modalidades de servicios de acceso y originación de llamadas, (...)”*. Entre los mismos se incluyen a título enunciativo los siguientes:

“- Servicios mayoristas de acceso a las redes públicas de comunicaciones móviles y sus facilidades asociadas que permitiría a otros operadores prestar a sus clientes finales todo el conjunto de servicios de comunicaciones móviles, de la misma manera que los operadores con red móvil.

- Servicios mayoristas de interconexión de originación de tráfico de voz en dichas redes comprensivos de:

- *Originación de llamadas al por mayor, que permitiría a otros operadores de la prestación del servicio de tráfico móvil a sus clientes finales a través de mecanismos de acceso indirecto mediante selección de operador, bien automática bien llamada a llamada (con la marcación de un prefijo).*
- *Volumen de minutos al por mayor empaquetado con el acceso (reventa), que permitiría a los proveedores de servicios revender los servicios móviles de comunicación. Estos proveedores de servicios pueden adquirir un volumen determinado de minutos o capacidad.*

- Servicios mayoristas de interconexión de originación de tráfico de datos sobre redes móviles, que permitiría a otros operadores suministrar a sus clientes, servicios convencionales y avanzados de SMS y MMS con origen en las redes de los operadores móviles así como servicios de acceso a Internet móvil.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Itinerancia (Roaming) nacional, que permitiría a un operador con red móvil (en adelante ORM) el acceso a la red de otro operador ORM. Típicamente, estos servicios se demandarían de forma transitoria hasta que el ORM cliente hubiera alcanzado un despliegue de red a escala nacional."

Tal y como se señalaba en la Resolución de 14 de septiembre de 2006, recaída en el expediente con número de referencia RO 2006/359, la relación contractual mantenida entre Askari y Vodafone, al menos desde el año 2004, debe entenderse como de acceso al servicio mayorista móvil de Vodafone, para la reventa del servicio telefónico móvil a terceros, relación que se desarrolla en el marco del Mercado 15.

Mediante la Resolución del Mercado 15, se impuso a los operadores con poder significativo de mercado (en adelante, "PSM") -TME, Vodafone y FTE- la obligación de poner a disposición de terceros todos los elementos de servicios de acceso y originación móvil mayoristas necesarios para la prestación de servicios minoristas. Esta obligación comprende la de todos aquellos servicios mayoristas que ofrecen acceso y capacidad a un operador autorizado, con el fin de que este operador pueda prestar servicios de telefonía móvil a sus clientes finales.

Así, el artículo 12 de la Directiva 2002/19/CE, de 7 de marzo de 2002, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (en adelante, "Directiva Acceso") establece que los Estados miembros velarán por que sean satisfechas todas las solicitudes razonables de acceso a elementos específicos de las redes y a los recursos asociados de los operadores con PSM en el mercado mayorista, así como las relativas a su utilización.

La efectividad de la mencionada obligación se concretó, en la Resolución del Mercado 15, en la imposición genérica de las siguientes obligaciones a los operadores declarados con PSM:

"a) Atender a las solicitudes razonables de acceso a recursos específicos de sus redes y a su utilización (arts. 13.1 d) de la LGTel y 10 del Reglamento de Acceso; art. 12 de la Directiva de Acceso)

Esta obligación implica, entre otros aspectos, el que cada operador designado con PSM tenga que,

- a. Dar acceso a terceros a elementos y recursos específicos de su red.*
- b. Negociar de buena fe con los solicitantes de acceso autorizados.*
- c. Prestar servicios específicos en régimen de venta al por mayor para su reventa a terceros.*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- d. *Conceder libre acceso a interfaces técnicas u otras tecnologías indispensables para la interoperabilidad de los servicios o de servicios de redes virtuales.*
 - e. *Facilitar modalidades de compartición de instalaciones.*
 - f. *Prestar los servicios necesarios para garantizar la interoperabilidad de los servicios de extremo a extremo ofrecidos a los usuarios.*
 - g. *Dar acceso a terceros a los sistemas de apoyo operativos o a sistemas informáticos con funciones similares.*
 - h. *Interconexión de redes o recursos.*
- b) Ofrecer precios razonables por la prestación de los servicios de acceso (arts. 13.1 e) de la LGTel y 11 del Reglamento de Acceso; art. 13 de la Directiva de Acceso)

En ningún caso los precios ofrecidos a terceros por los operadores declarados con PSM podrán ser excesivos ni comportar una compresión de márgenes operativos del operador solicitante que impida la entrada de un operador eficiente. La CMT tendrá en cuenta a estos efectos, entre otras referencias, los precios existentes en mercados competitivos comparables.”

La Resolución del Mercado 15 añade que, para la determinación de las concretas condiciones de acceso, “*en el caso de que los operadores no lleguen a acuerdos voluntarios de acceso, la Comisión resolverá sobre la razonabilidad de la solicitud de acceso y, en su caso, dictará las condiciones del acuerdo para garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 de la LGTel (arts. 11.4 y 14 de la LGTel).*

Al resolver estos casos, la Comisión valorará, entre otras cosas, la potencialidad del acuerdo de introducir competencia a largo plazo a nivel minorista de telefonía móvil teniendo en cuenta las condiciones del mercado, el grado de dificultad del solicitante para replicar la infraestructura necesaria para ofrecer sus servicios y la adecuación del precio y condiciones en que se dará el acceso, en particular que el precio aplicado permita recuperar adecuadamente las inversiones realizadas. Asimismo, en cada solicitud específica de acceso se valorará la viabilidad técnica y económica de utilizar o instalar los concretos recursos solicitados y la capacidad disponible en la red, así como cualquier otra justificación objetiva que pudiera fundamentar una posible negativa a la solicitud de acceso”.

TERCERO.- Objeto del presente procedimiento.

El presente procedimiento tiene por objeto determinar si las condiciones solicitadas por Askari para contratar los servicios de acceso y originación de llamadas en redes móviles de Vodafone son razonables de conformidad con la normativa sectorial de telecomunicaciones y, en particular, la Resolución del Mercado 15.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La valoración de las solicitudes de acceso ha de hacerse conforme al principio de intervención mínima de la Administración. La intervención de esta Comisión queda circunscrita a los supuestos en los que lo demande la salvaguarda de ciertos objetivos de interés general, como el fomento de la competencia en el mercado, el desarrollo de nuevas redes y servicios y la salvaguarda de los derechos de los usuarios.

CUARTO.- Sobre la solicitud de acceso formulada por Askari.

En su solicitud de acceso a Vodafone, Askari plantea las siguientes pretensiones:

a) Actualización de tarifas aplicables al contrato existente entre ambos

Askari solicita, en su plan de negocio de noviembre de 2006 (Anexo IV a su escrito inicial, página 44), las siguientes condiciones económicas:

Tabla 1: Solicitud de condiciones económicas de Askari – Plan de negocio noviembre de 2006.

	% descuento	Establecimiento llamada	Coste por minuto (€)
On net grupo	100%	0	0
On net	80%	0,024	0,030
Off net -nacional	70%	0,036	0,045
LDI		60%	
Roaming saliente		10%	
Roaming entrante		60%	
Nros. Especiales		35%	
SMS local		60%	
Datos		80%	
Otros		35%	

De la tabla anterior se desprende que Askari solicita:

- que el **tráfico on-net grupo** (entendiéndose por tal el tráfico generado en los grupos cerrados de usuarios que se constituyan en las empresas clientes de Askari) sea **gratuito**;
- el cobro de **0,024 euros por establecimiento de llamada** y de **0,030 euros por minuto** para el tráfico *on-net* general (entendiéndose por tal el tráfico con destino a clientes de Askari y de Vodafone) (5,4 céntimos



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de euro por el primer minuto completo + **3 céntimos de euro por minuto** por el tráfico cursado a partir del primer minuto), y;

- el cobro de **0,036 euros por establecimiento de llamada** y de **0,045 euros por minuto** por el tráfico *off-net* nacional (8,1 céntimos de euro por el primer minuto completo + **4,5 céntimos de euro por minuto** por el tráfico cursado a partir del primer minuto).

Conviene incidir en que Askari en su estructura tarifaria incluye un coste fijo, cual es el establecimiento de llamada y no hace alusión a cómo se cobraría el tráfico por períodos inferiores al minuto.

Por otro lado, solicita descuentos en otros servicios, como las tarifas de itinerancia, las llamadas a números especiales, transmisión de datos o el envío de SMS locales, no quedando claros los precios reflejados en la Tabla 1 ni en el escrito principal presentado, pues se refiere a descuentos porcentuales y no a cantidades fijas a cobrar.

b) Mejora de las tarifas ofrecidas por Vodafone en su oferta de 20 de febrero de 2007. Denuncia compresión de márgenes

Askari declara que ha requerido a Vodafone una mejora de las tarifas ofrecidas por dicho operador, manifestando que los precios propuestos no son razonables *“en la medida que no existe una relación razonable entre el precio facturado por VODAFONE a ASKARI y el valor del servicio prestado”* (página 8 de su escrito inicial). De esta forma, una de las discrepancias principales entre las entidades en conflicto se produce en los precios a cobrar por Vodafone.

Asimismo, Askari denuncia que las tarifas que le son ofrecidas por Vodafone no han sido actualizadas desde el año 2002 y que le ocasionan *“evidentes perjuicios, en la medida en que siendo ASKARI revendedor de servicios de telefonía móvil, obtiene de VODAFONE tarifas notoriamente superiores y desventajosas respecto de clientes finales de VODAFONE con lo que queda totalmente desvirtuada la capacidad de ASKARI de refacturar los servicios de telefonía móvil que adquiere, dado que no puede competir con las tarifas de mercado. Adicionalmente, la evolución a la baja de las tarifas en el mercado está agravando esta situación para ASKARI, que ve reducido cada vez más su margen de beneficio, restringiéndose de este modo, su competitividad en el mercado y la viabilidad de su negocio”*.

c) Mantenimiento de los servicios de los que disfrutaba con anterioridad al amparo del contrato firmado con Vodafone

Askari también solicita el mantenimiento de los siguientes servicios:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Entrega de terminales sin coste para nuevas líneas y portabilidades desde otro operador con un 60% de gama media y un 40% de gama alta.
- Servicio de reparación y sustitución de terminales móviles con la posibilidad de préstamo en caso de reparación. Cambios y restitución de tarjetas SIM en caso de avería, robo, o pérdida, proveyendo *stocks* de tarjetas SIM a su disposición para poder realizar cambios.
- Atención del departamento 122 como 155 de Vodafone para la resolución de incidencias, información, activación y desactivación de servicios en la red.
- Acceso al programa de puntos para fidelización de clientes.
- Envío de CDR por sistema Facturaweb y acceso a la aplicación para la comprobación de la misma.
- Atención del gestor de Vodafone para la tramitación de altas, bajas, portabilidades y cambios de titular.

d) Regulación de otros servicios

Finalmente Askari solicita, en su escrito de alegaciones de 28 de abril de 2008, la regulación de otros conceptos que se describen en el Anexo 7 que se adjunta al mismo. Dichos servicios son los siguientes:

- Servicios VOZ (Buzón de voz, Multitarjeta, Tarjeta Nexos, Tarjeta Twin, Pulsa y habla)
- Servicios DATOS (Banda Ancha 3G: Bonos, dispositivos, Navegación Internet, Vodafone Live!, Oficina Móvil Vodafone, Telemetría)
- Mensajería (SMS, MMS, Mensa-Red, Red-Box)
- Internet y correo MOVIL (Real Mail Profesional / Real Mail Empresa, Blackberry Profesional / Blackberry Empresa, Lite eMail Profesional / Empresa, Windows eMail, Vodafone mail, Vodafone GPS Navigator)
- Ahorro y control (Control de consumo, Consumo on line).

QUINTO.- Sobre la oferta de Vodafone a Askari de fecha 20 de febrero de 2007.

Por su parte, Vodafone proponía, con vigencia para el año 2007, las siguientes condiciones:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

[CONFIDENCIAL]

SEXTO.- Sobre la razonabilidad de las pretensiones de acceso formuladas por Askari.

Expuesto el contenido de la solicitud de acceso realizada por Askari y de la oferta de Vodafone, a continuación, esta Comisión analiza la razonabilidad de las pretensiones de acceso formuladas por Askari, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución del Mercado 15.

a) Actualización de tarifas aplicables al contrato existente entre ambos.

A fin de analizar la propuesta de Askari, no puede acudirse de una forma que sea determinante a los precios cobrados por Vodafone en el contrato GSM Airtel empresas firmado en noviembre de 2000. Habiéndose revisado las condiciones supuestamente en vigor entre las partes (a partir de la documentación obrante en el expediente con número de referencia RO 2006/359), la correspondencia en los conceptos facturables no está clara. Como Anexo III adjunto al escrito principal presentado por Askari se presentaba el contrato de noviembre de 2000 y las condiciones económicas pactadas en abril de 2002. Las primeras condiciones, aparte de ser aplicables a un cliente gran cuenta, no contenían todos los conceptos que oferta Vodafone, y establecían descuentos que esta Comisión desconoce a qué se aplicaban (se supone que los descuentos se aplicaban por volumen). Más aun, en fecha 15 de junio de 2002, se pactan otras condiciones, sobre la base de las anteriores, que consisten en la aplicación de descuentos porcentuales incrementales en función de los ingresos obtenidos (por importe mensual bruto) por Vodafone.

Pues bien, el cuadro de tarifas solicitadas por Askari reflejado más arriba (Tabla 1) incluye porcentajes de descuentos sobre los descuentos anteriores, no siendo posible con la información aportada determinar sobre la base de qué conceptos o descuentos propone Askari que se apliquen los mismos.

En su escrito de alegaciones de 28 de abril de 2008 Askari ha manifestado que a los efectos de clarificar lo indicado por esta Comisión *“dichos descuentos se entendían aplicables sobre el plan de precios “Red empresas sin horarios” de Vodafone (que es aplicable a esta parte)”*. Sin embargo, esta indicación no clarifica de qué precios se trata, pues como ya se ha indicado las condiciones del contrato inicial aportadas no especificaban todos los conceptos.

En consecuencia no resulta razonable la pretensión de Askari en relación con la actualización de precios.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

b) Mejora de las tarifas ofrecidas por Vodafone en su oferta de 20 de febrero de 2007. Denuncia compresión de márgenes.

Askari, en definitiva, está denunciando que Vodafone está llevando a cabo una práctica de pinzamiento de márgenes, por aplicarle tarifas superiores y desventajosas en el mercado mayorista, respecto de los precios que cobra por sus servicios en el mercado minorista o descendente, donde opera y compite en principio con Askari.

Como se ha señalado con anterioridad, la Resolución del Mercado 15 establece, en el Anexo A –donde están contenidas las obligaciones impuestas a los ORM declarados con PSM conjuntamente-, la obligación de ofrecer precios razonables por la prestación de servicios de acceso y se dispone que en ningún caso tales precios “*podrán ser excesivos ni comportar una compresión de márgenes operativos del operador solicitante que impida la entrada de un operador eficiente.*” Asimismo se establece que la Comisión “*tendrá en cuenta a estos efectos, entre otras referencias, los precios existentes en mercados competitivos comparables.*”

El concepto de precios razonables es un concepto indeterminado. En principio, se puede entender por precios razonables aquéllos que resulten de una negociación comercial voluntaria entre dos partes y no otros, pudiendo ser tan específicos como sean las particularidades de cada una de las partes que lo suscriban. En el mercado mayorista, como el de referencia, la obligación de ofrecer precios razonables debería permitir unos costes base razonables para que el solicitante de acceso pudiera ofrecer unos precios minoristas que permitieran al consumidor final beneficiarse de unos precios competitivos, que estuvieran ligados a los costes del operador mayorista con PSM.

El concepto de precios excesivos ha sido analizado por la jurisprudencia comunitaria. En el caso *United Brands*¹, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea estableció que el precio de un producto era excesivo, y constituía un abuso de posición dominante, si no guarda una relación razonable con el valor económico de dicho producto. Para alcanzar una conclusión al respecto ha de compararse el precio final del producto con los costes de producción en que incurre la empresa dominante en su prestación, lo que daría lugar al beneficio obtenido. Pero ha de tenerse en cuenta en todo caso que el “valor económico” del bien o servicio no tiene por qué estar ligado totalmente a los costes actuales, porque depende de los costes asumidos en el pasado² o de lo que el cliente esté dispuesto a pagar por el servicio o producto³. Esto es, el Tribunal no determinaba a qué nivel el beneficio obtenido podía ser excesivo.

¹ *United Brands v. Commission* 27/76 [1978] ECR 207, párrafos 250-253.

² Ver también *Duales System Deutschland AG* [2001] Diario Oficial L166/1.

³ *General Motors v. Comisión* 26/75 [1975] ECR 1367.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, la sentencia citada establecía que había que determinar si el precio era injusto por sí mismo o cuando era comparado con productos competitivos. Así, la jurisprudencia ha aceptado otras formas de valorar si un precio es excesivo, consistentes en comparar el precio del servicio en cuestión con los precios de servicios similares que presta la empresa dominante o con los precios de servicios similares prestados por otras empresas en el mismo o en otros Estados miembros⁴.

Con respecto a los precios en mercados competitivos comparables en otros Estados miembros, la comparación con otros mercados de acceso y originación de llamadas en las redes de telefonía móvil de países de la Unión Europea resulta difícil, en la medida en que en la mayoría de Estados Miembros de la Unión Europea el mercado 15 se ha considerado como un mercado donde hay competencia efectiva y por tanto no se controlan las tarifas cobradas por los ORMs.

En el presente caso, y en cuanto a la razonabilidad de la solicitud en relación con los precios, se ha optado principalmente por considerar, en primer lugar la comparativa de tarifas aplicadas por Vodafone a distintos clientes aportada por Askari y en segundo lugar la oferta realizada por Vodafone con fecha 20 de febrero de 2007 junto con los datos aportados por Askari en virtud de la denuncia formulada de estrechamiento de márgenes.

b.1) Análisis de la comparativa de tarifas aplicadas por Vodafone a diferentes clientes y la práctica de estrechamiento de márgenes.

Según Askari, una prueba de que los precios ofrecidos por Vodafone no son razonables se encuentra en la diferencia de precios aplicados por Vodafone a otros clientes finales y los precios aplicados a Askari. Askari denuncia que Vodafone está aplicando, a ex clientes de Askari, tarifas más baratas que las ofrecidas a Askari, por lo que es imposible competir.

A este respecto, Vodafone únicamente señala (página 7 del escrito presentado en fecha 15 de junio de 2007) que Askari solicita una revisión drástica de los precios que como cliente final le fueron ofrecidos en 2002 y que para sostener su solicitud, *“realiza una comparación, del todo inapropiada, con los precios de cliente final que VODAFONE ofrece”*, pero no señala por qué motivo.

Askari aporta, en el Anexo 6 adjunto a su escrito inicial, una comparativa de tarifas aplicadas por Vodafone a distintos clientes. Declara Askari que dichos clientes *“son (o deberían poder ser) posibles clientes de Askari”* (página 8 de su escrito inicial), afirmando en la página siguiente que con anterioridad eran sus

⁴ *United Brands*, vid supra. *Deutsche Grammophon v. Metro 78/70* [1971] ECR 487.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

clientes pero están siendo captados por Vodafone en virtud de los precios que ofrece. Si se hace una comparación de los precios ofrecidos hay algunos clientes a los que parecen ofrecerse tarifas mejores o prácticamente iguales a las ofrecidas a Askari.

Se pueden poner como ejemplo los siguientes clientes:

- Indigo Media, S.A. – según Askari, Vodafone le garantiza una tarifa de 4,8 céntimos de euro/establecimiento de llamada y 5,2 céntimos de euro/minuto (10 céntimos de euro por el primer minuto) por todo el tráfico – *off-net* y *on-net*; y 0 por el tráfico cursado en Grupo cerrado de usuarios.
- Gil y Sanz Editores – según Askari, Vodafone le garantiza una tarifa de 7,2 céntimos de euro/ establecimiento de llamada y 9 céntimos de euro/minuto (16,2 céntimos de euro por el primer minuto) por el tráfico *off-net*; 6 céntimos de euro/establecimiento de llamada y 7,5 céntimos de euro/minuto (13,5 céntimos de euro por el primer minuto) por el tráfico *on-net* y en Grupo cerrado de usuarios; y 6 céntimos de euro/SMS.
- Carvolum, S.L. – según Askari, Vodafone le garantiza una tarifa de 6 céntimos de euro/establecimiento de llamada y 7,5 céntimos de euro/minuto (13,5 céntimos de euro por el primer minuto) por el tráfico *off-net*; y 3 céntimos de euro/establecimiento de llamada y 3,75 céntimos de euro/minuto (6,7 céntimos de euro por el primer minuto) por el tráfico *on-net* y en Grupo Cerrado de usuarios.
- Elumina Ibérica, S.A. – según Askari, Vodafone le garantiza una tarifa de 6 céntimos de euro por establecimiento de llamada y 7 céntimos de euro/minuto por tráfico *off-net* y *on-net* (13 céntimos de euro por el primer minuto), y 0 euros, por el tráfico cursado en Grupo cerrado de usuarios.

No se aportan más detalles sobre otros conceptos facturados. Askari aporta asimismo facturas giradas a algunas de las entidades mencionadas donde se fijan descuentos del 60%, 50% y 40% en función del tipo de llamadas (por ejemplo en una factura de finales de 2005 girada a Gil y Sanz Editores, S.L., o en otra girada a Artículos de Ferretería, S.A., de abril de 2006, donde se ofrecen descuentos del 70% para tráfico en GCU).

En todo caso, ha de tenerse en cuenta que los descuentos se aplican al consumo, omitiendo Askari mencionar que en ocasiones se paga también una cuota mensual mínima y que se exige un consumo mínimo fijos.

Se aportan también un par de ofertas realizadas por Vodafone a Indigo Media, S.L. con unos descuentos promocionales del 60% y del 40%.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Se señala, asimismo, en la comparativa de Askari, que los precios de Askari son 8 céntimos de euro/establecimiento de llamada y 10,6 céntimos de euro por el tráfico *off-net*; 6,8 céntimos de euro/establecimiento de llamada y 8,5 céntimos de euro por tráfico *on-net* y en grupo cerrado de usuarios; y 15 céntimos de euro/SMS.

Si tales tarifas fueran ciertas, parecería que Vodafone estaría ofreciendo precios por minuto a los usuarios finales en algunos casos notoriamente inferiores a los que ofrece a sus operadores mayoristas y, **sobre todo**, que podría estar aplicando unos descuentos por consumo/volumen muy altos. Sin embargo, resulta un análisis muy parcial ya que se trata únicamente de algunos clientes señalados por Askari y, además, no se tiene seguridad de las fechas en que tales precios estaban siendo ofrecidos, ni tampoco de dónde proviene dicha información, porque se aportan cuadros y tablas preparados por Askari, sin base documental probatoria.

Por otro lado, se puede hacer una comparación con los planes para empresas que actualmente oferta Vodafone en su página web.⁵ Son los Planes 25/40/60/80 Mas Empresas, los Planes Universales, el Plan 15, el contrato Red Empresas, Plan al segundo y algunos de tarifa plana. El Plan 80 Mas Empresas, por ejemplo, exige un consumo mínimo mensual de 80 euros y oferta un coste por establecimiento de llamada de 15 céntimos de euro, 11 céntimos de euro para llamadas a móviles y fijos y 0 euros para llamadas entre los móviles en grupo cerrado de usuarios. Estos planes también suponen el pago de una cuota de alta por línea. Los precios de los distintos Planes varían en función del consumo realizado.

En su escrito de alegaciones de 28 de abril de 2008, Askari manifiesta que es necesario que esta Comisión tenga en cuenta que en el segmento negocios compite directamente con los operadores con PSM, *“los cuales ofrecen tarifas mucho más ventajosas a sus clientes finales que las que la propia Vodafone ofrece a Askari impidiendo de este modo que esta última compita en el mercado”*.

Para argumentar esto Askari aporta como Anexo 3 *“el catálogo Oficial de Vodafone de productos y Servicios Distribución acreditada de abril 2008, en el que aparecen los precios que Vodafone recomienda aplicar a sus distribuidores para la fidelización de su cartera de clientes y para la captación de nuevos clientes”* (...) *“Vodafone debería ofrecer a Askari unos precios competitivos en relación con las tarifas que la misma ofrece al segmento negocios”* (página 7).

⁵ La comparación se lleva a cabo con las tarifas del segmento postpago, en la medida en que el modelo de negocio de Askari está centrado en el mercado de pequeñas empresas y autónomos. Como describía Askari en sus escritos de alegaciones, dispone de una base de clientes formada por 4.500 líneas y 1.000 clientes dentro de este segmento. Su objetivo es centrarse en el segmento de pequeñas empresas, autónomos y clientes residenciales de alto valor, pero parece más enfocado al sector empresas.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Esta Comisión entiende que la aplicación de las condiciones contempladas en el “Catálogo de Productos y Servicios Distribución acreditada” y su comparativa con la oferta de Vodafone a Askari no arrojan conclusiones tan evidentes como pretende Askari, dado que los descuentos aplicados a sus clientes dependen del tipo de Plan que han contratado, de la duración y condiciones de permanencia de dichos contratos, así como de su facturación. Asimismo dicho catálogo no contiene una indicación pormenorizada de los precios por la prestación de los servicios de tráfico de voz (on-net, off-net) envío de SMS y MMS. Con los datos anteriores, es difícil hacer una comparativa y determinar que existe estrechamiento de márgenes.

b.2) Análisis de la oferta de Vodafone a Askari y sobre la práctica de estrechamiento de márgenes denunciada por Askari.

Al objeto de hacer un análisis integral de la razonabilidad de la solicitud de Askari, resulta fundamental analizar la oferta realizada por Vodafone con fecha 20 de febrero de 2007, así como los datos aportados por Askari en virtud de su denuncia formulada por pinzamiento de márgenes.

En efecto, Askari reitera, en su escrito de 28 de abril de 2008, que Vodafone está llevando a cabo una práctica de pinzamiento de márgenes, por aplicar tarifas superiores y desventajosas en el mercado mayorista respecto de los precios que cobra por sus servicios en el mercado minorista, donde opera y compite con Askari (página 9).

El test de estrechamiento de márgenes realizado por Askari se basa en estimaciones sobre la magnitud de las siguientes variables del negocio relevantes:

- 1) Tráfico de voz mensual por línea (on-net, off-net y a fijo) y volumen de SMS (on-net, off-net e internacional). Se calculan a partir de los precios por minuto de la CMT y del número de líneas activas (5.135) de Askari, conforme la siguiente tabla:

Tabla 1: Consumo mensual de llamadas de voz y SMS [CONFIDENCIAL]

	Tráfico total	Tráfico por línea activa
Llamada a fijo (minutos)	*	*
Llamada a on-net (minutos)	*	*
Llamada off-net móvil (minutos)	*	*
SMS on-net (unidades)	*	*
SMS off-net (unidades)	*	*
SMS internacional (unidades)	*	*

FIN CONFIDENCIAL]



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por tanto, según Askari, en media una línea móvil genera **CONFIDENCIAL** minutos de voz y **CONFIDENCIAL**SMS al mes.

- 2) El coste de los servicios de postventa y de fidelización de clientes, que ascienden a **CONFIDENCIAL** y **CONFIDENCIAL**, respectivamente.
- 3) Ingreso medio por minuto de las llamadas de voz y SMS. Se calculan a partir de los ingresos considerados por Askari y el tráfico estimado en el punto 1), conforme a la siguiente tabla:

Tabla 2: Ingreso medio por minuto y SMS **CONFIDENCIAL**

Llamada a fijo (€/minuto)	*
Llamada a on-net (€/minuto)	*
Llamada off-net móvil (€/minuto)	*
SMS on-net (€/SMS)	*
SMS off-net (€/SMS)	*
SMS internacional (€/SMS)	*

FIN CONFIDENCIAL

- 4) El coste de captación asociado al regalo del terminal, valorado por Askari en **CONFIDENCIAL**.
- 5) El periodo de permanencia estimado por Askari en **CONFIDENCIAL** meses

Así, según ASKARI:

- Los ingresos y los costes recurrentes mensuales (derivados, no sólo, de los servicios de tráfico de voz y los mensajes sino también de la cuota mensual de mantenimiento, el buzón de voz, la tarjeta SIM, el servicio postventa y la fidelización de clientes) ascenderían a **CONFIDENCIAL** euros y **CONFIDENCIAL**, respectivamente. Por tanto, el margen mensual sería igual a **CONFIDENCIAL** euros, o equivalentemente, a **CONFIDENCIAL** euros por línea activa.
- Los costes de captación por línea ascendería a **CONFIDENCIAL** euros ya que incluyen el coste del terminal y también el coste de activación de la tarjeta SIM y la gestión de la portabilidad.

Por tanto, el margen recurrente que se obtiene a lo largo de los **CONFIDENCIAL** meses de permanencia del cliente **CONFIDENCIAL** es insuficiente para financiar los costes de captación **CONFIDENCIAL**.

Como se observa, el resultado depende de manera crítica de las estimaciones realizadas por Askari sobre los parámetros clave del negocio señalados. Se constata que los tráficos de voz y el periodo de permanencia no son razonables para un operador eficiente, que aporte valor al mercado, tal y como se argumenta a continuación.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En primer lugar, el tráfico de voz está muy lejos del tráfico medio por línea de negocios estimado a partir de la información recabada en los Informes Anuales. Como se observa en la siguiente tabla, el tráfico considerado por Askari es inferior a la media registrada en el segmento de negocios en el año 2002:

Tabla 3: Trafico por línea de negocios **[CONFIDENCIAL]**

	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Líneas	5.120.728	5.874.667	6.335.169	7.818.565	9.426.176	*
Tráfico anual (millones de minutos)	10642,34	12396,15	14628,27	18424,54	23101,19	*
Tráfico mensual por línea (minutos)	173	176	192	196	204	*

Fuente: Informes Anuales CMT

FIN CONFIDENCIAL]

En segundo lugar, el periodo de permanencia de **[CONFIDENCIAL]** meses no guarda relación alguna con el nivel de fidelización de los clientes de Askari. En su explicación del modelo de negocio Askari explica que su base de clientes se caracteriza por su alta fidelidad, con una tasa de *churn* del **[CONFIDENCIAL]** (frente a la tasa de *churn* media del **[CONFIDENCIAL]**).

De acuerdo con la formula matemática empleada por OFTEL para estimar la vida media de un cliente a partir de la tasa de *churn*⁶, se obtiene que el periodo de permanencia para el perfil del cliente de Askari sería igual a **[CONFIDENCIAL]** años, o prácticamente **[CONFIDENCIAL]** meses. Adicionalmente, la siguiente tabla muestra que ASKARI infraestima el periodo de permanencia de los clientes, ya que su estimación está muy alejado del un nivel razonable en el mercado de la telefonía móvil, que estaría entorno a **[CONFIDENCIAL]** meses⁷.

Tabla 4: Periodos de permanencia de los clientes **[CONFIDENCIAL]**

	Tasa de <i>churn</i> anual	Años permanencia	Meses de permanencia
Clientes del segmento empresarial de ASKARI	*	*	*
Clientes del segmento empresarial	*	*	*
Mercado móvil	*	*	*

⁶ Investigation by the Director General of Telecommunications into alleged anti-competitive practices by British Telecommunications Plc in relation to BTOpenworld's consumer broadband products. (20 de noviembre de 2003)

$$Vida Media = - \frac{1}{\ln(1 - churn rate)}$$

⁷ Este valor está próximo al utilizado por la CMT en la metodología para el análisis ex-ante de las ofertas de TESAU, aprobada el 26 de julio de 2007. En línea con la Comisión Europea en el caso Telefónica/Wanadoo, la CMT fijó un periodo de permanencia de 36 meses



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

(1) Fuente: Anexos aportados por ASKARI
(2) Fuente: Informe Anual 2007. Dato preliminar [**FIN CONFIDENCIAL**]

En consecuencia, y al objeto de valorar si el test de emulabilidad presentado por Askari sirve para demostrar que se produce un estrechamiento de márgenes resulta fundamental realizar un análisis crítico de dicho test teniendo en consideración los precios de acceso propuestos por Vodafone, en fecha de 20 de febrero de 2007, el tráfico mensual por línea y periodo de permanencia iguales a [**CONFIDENCIAL**] minutos y [**CONFIDENCIAL**] meses (de acuerdo con la tasa de *churn* estimada por Askari en el segmento de negocios).

De acuerdo con las condiciones iniciales propuestas por Vodafone a Askari las llamadas dirigidas a Vodafone se consideran off-net y, en consecuencia, el precio medio por minuto por el servicio de acceso y originación de dichas llamadas era de 13 céntimos, en vez de 10 céntimos). Por esta razón, se han modificado la distribución del tráfico por cliente, de acuerdo con la siguiente tabla.

Tabla 5: Modificación en la distribución

	Distribución del tráfico según ASKARI bajo las condiciones propuestas por la CMT en el informe de audiencia	Distribución del tráfico según CMT bajo las condiciones propuestas por Vodafone a ASKARI ⁸
Llamada a fijo	10,9%	10%
Llamada a on-net	46,0%	20%
Llamada off-net móvil	43,1%	70%

Asimismo, en este análisis de considera lo siguiente:

- El coste del servicio de acceso y originación de los SMS on-net asciende a 10 céntimos según la oferta de Vodafone.
- La cuota inicial de conexión es igual a 1.500.000€, que supone un incremento en los costes de captación por valor de 292€ por línea móvil (tomando como referencia las 5.135 líneas que considera ASKARI).
- La cuota de activación de la tarjeta asciende a 0,8€ por línea, lo cual también supone un incremento en los costes de captación por dicha cuantía.

Así, manteniendo constante el resto de magnitudes (es decir, sin modificar los valores aportados por Askari en su análisis de estrechamiento de márgenes) y alterando las variables correspondientes a cada uno de los escenarios, se calculan los ingresos, los costes y márgenes, que se muestran en la siguiente tabla:

⁸ Según estas condiciones, el tráfico destinado a Vodafone sería off-net en vez de on-net, lo cual debe ser tenido en cuenta. El porcentaje de llamadas on-net debe reducirse.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tabla 6: Test de estrechamiento de márgenes

	Ingreso mensual total	Coste mensual total	Margen mensual total ⁹	Margen mensual por línea ¹⁰	Margen total por línea en el periodo de permanencia ¹¹	Margen neto por línea ¹²
Test de emulabilidad (según Askari) bajo las condiciones económicas del Informe Audiencia	147.151,47	132.892,90	14.258,57	2,78	49,98	-107,02
Test de emulabilidad (según CMT) bajo las condiciones económicas de la oferta de Vodafone	241.132,21	194.638,08	47.115,47	9,18	550,52	100,61

Del análisis realizado se comprueba que, manteniendo un tráfico por línea tan bajo como el considerado por Askari y teniendo en cuenta solamente el periodo de permanencia resultante de la tasa de *churn* del segmento de negocios (aportada por Askari), esta última estaría en condiciones de recuperar los costes de adquisición en que debe incurrir, incluidos los costes del terminal.

Se debe tener en cuenta que el escenario analizado no exige un nivel de eficiencia por encima de la media del mercado, esto es, superior al de sus competidores; de hecho, se ha considerado un periodo de permanencia del cliente, basado en la tasa de churn estimada por Askari para el segmento de negocios y no para sus propios clientes, que según esta empresa es inferior.

De todo lo expuesto puede concluirse que, de acuerdo con unos parámetros razonables de mercado analizados anteriormente, el modelo de Askari podría ser viable con las condiciones iniciales de acceso ofrecidas por Vodafone. Por ello, esta Comisión considera que Askari no ha acreditado suficientemente que los precios ofrecidos por Vodafone no sean razonables y provoquen un estrechamiento de márgenes.

⁹ Ingreso mensual total – coste mensual total

¹⁰ Margen mensual total / Número de líneas activas de ASKARI

¹¹ Margen mensual por línea X Periodo de permanencia del cliente

¹² Margen total por línea – costes de captación



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, Askari debería estar en disposición de ofrecer los descuentos con que, según esta última, Vodafone opera en el mercado. Si no fuera así, la razón no sería tanto que los precios mayoristas se lo impidieran como que el consumo de los clientes de Askari no sería lo suficientemente elevado para justificar el descuento.

Más aún, la viabilidad del modelo de negocio propuesto no exige que Vodafone subsidie a Askari los terminales, como si este último fuera un cliente final del mercado minorista.

En consecuencia, sobre la base del análisis de estrechamiento de márgenes llevado a cabo, no resulta probada la existencia de una compresión de márgenes con los precios ofrecidos por Vodafone a Askari.

Al respecto cabe recordar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención. Todo ello porque *“al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimarán las pretensiones del actor o del reconviniendo, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones”*.

Por todo ello, al no resultar probado la existencia de compresión de márgenes en relación con los precios ofrecidos por Vodafone, no resulta razonable la pretensión de Askari en relación con la mejora de dicha oferta.

c) Mantenimiento de los siguientes servicios de los que disfrutaba con anterioridad al amparo del contrato firmado con Vodafone:

Procede, finalmente, analizar las demás pretensiones de acceso formuladas por Askari, consistentes en que se sigan prestando una serie de servicios de los que disponía con anterioridad.

Como consideración de orden previo, interesa señalar que, según el modelo de negocio definido por Askari y la solicitud de acceso que presenta frente a Vodafone, aquella entidad desea operar en el mercado móvil como un OMV PS. Askari se concentrará en el diseño del producto (tipo de servicio, segmento objetivo, calidad, imagen de marca y precio), su comercialización, atención al cliente y facturación, dejando el resto de actividades en manos de Vodafone.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Si bien existen distintos niveles de prestación de servicios finales y de reparto de funciones con el ORM, en los contratos con OMVs PS son éstos quienes, habiendo solicitado al operador de red –en este caso, Vodafone- la prestación de los servicios de acceso mayoristas necesarios para la prestación de servicios de telefonía móvil a sus usuarios finales bajo el modelo de reventa, comercializan bajo su propia marca los servicios prepago y pospago, asumiendo directamente con el usuario final la propia contratación de los mismos.

En este sentido, la facturación, el cobro de los servicios, la gestión de impagos, la provisión de terminales, el servicio de atención al cliente como los servicios de posventa y reparación de terminales, son normalmente realizados por el OMV PS, no existiendo vinculación alguna entre el cliente de este último operador y el ORM.

En cuanto a la pretensión de acceder al programa de puntos para la fidelización de clientes, esta Comisión entiende la obtención de puntos se realiza de forma automática por los clientes del operador de telefonía móvil en función del consumo del servicio y de la facturación. Por lo tanto, no tiene sentido que los clientes de Askari se beneficien de un programa de puntos que viene a premiar la permanencia con Vodafone.

En consecuencia, una vez reconocida su condición de revendedor, Askari no puede exigir la actualización automática de este tipo de condiciones contractuales propias de un cliente minorista, en el marco de una relación contractual entre el ORM y el OMV PS, es decir que no resulta razonable la exigencia de Askari de extender una práctica que pertenece al ámbito del mercado minorista al mayorista. Asimismo, la prestación de dichos servicios no es obligatoria conforme a la Resolución del Mercado 15.

Finalmente, con respecto de la solicitud de Askari de que se envíen los CDR por sistema Facturaweb, corresponde al ORM remitir al OMV PS, en formato electrónico, todas las facturas emitidas durante la vigencia del contrato. Y el OMV PS tendrá la oportunidad de comprobar la facturación y de comunicar al operador de red la recepción de la misma, con lo que la solicitud se considera razonable, en relación con la remisión a Askari de dichos datos tal y como se venía haciendo hasta el momento. No obstante, la gestión de la facturación y del cobro de los servicios prestados por el OMV PS a sus usuarios finales es lógico que sea exclusivamente responsabilidad de este último operador, como entiende Vodafone.

En relación con la atención del gestor de Vodafone para la tramitación de altas, bajas, portabilidades y cambios de titular, está contemplada en la Oferta económica que Vodafone realizó a Askari, y que el ORM ha venido prestando este servicio a los clientes de Askari, razón por la cual se



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

entiende como razonable su solicitud, no existiendo discrepancia en este tema entre ambos operadores.

d) Regulación de otros servicios

Askari solicita, en su escrito de alegaciones de 28 de abril de 2008, la regulación de otros servicios tales como servicios Voz, de datos, de Mensajería, de Internet y correo móvil.

De conformidad con lo manifestado por Askari, estos servicios vienen siendo prestados por Vodafone, pero no han sido objeto de discusión ni de oferta y contraoferta por parte de Vodafone y Askari, con lo cual esta Comisión entiende que para estos servicios, así como para aquellos que aun están pendientes de definición, las partes deberán negociar al objeto de llegar a un acuerdo.

QUINTO.- Sobre la solicitud de que se establezca por esta Comisión un mecanismo de revisión de precios.

Askari manifiesta que *“resulta imprescindible establecer en la Resolución del presente conflicto por la CMT, un sistema o mecanismo de revisión de precios a los efectos de impedir que se produzcan en el futuro situaciones similares a la actualmente padecida por ASKARI. Asimismo entendemos consustancial a la noción de razonabilidad el establecimiento de dicho mecanismo, dadas las características del mercado de las telecomunicaciones y en particular del mercado de telefonía móvil que hacen necesario una continua adecuación de los precios a las evoluciones del mercado” (página 11 del escrito presentado en fecha 4 de mayo de 2007) .*

Asimismo, indica que podría tomarse como referencia *“la variación porcentual experimentada por el Precio de Interconexión u otro parámetro que refleje la realidad”*.

A este respecto, Vodafone, en su oferta de 20 de febrero de 2007 (página 4 del Anexo II de su escrito de fecha 15 de junio de 2007), establece como mecanismo para la revisión de precios del tráfico, cada doce meses, la aplicación de la variación porcentual interanual recogida en el último informe anual de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que se haya publicado antes de la revisión. Asimismo prevé que los costes recurrentes del servicio (excluyendo tráfico) se revisan anualmente conforme a la evolución del IPC.

Esta Comisión sostiene que no procede normar el contrato al extremo de establecer un mecanismo de revisión de tarifas, en virtud del principio de mínima intervención del regulador.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEXTO.- Sobre la solicitud de que se establezcan medidas de control de precios.

En su escrito de fecha 4 de mayo de 2007, Askari manifiesta que *“debido a los numerosos intentos frustrados llevados a cabo por esta Parte, a los efectos de negociar con VODAFONE las condiciones y tarifas vigentes, así como debido a los reiterados incumplimientos de VODAFONE de las obligaciones que le son exigibles en virtud de la Resolución de 2 de febrero de 2006, la CMT debería imponer obligaciones adicionales a VODAFONE, concretamente en lo relativo al control de precios sin que VODAFONE pueda alegar la aplicación del principio de proporcionalidad”* (página 12 del escrito de Askari de fecha 4 de mayo de 2007).

Esta Comisión entiende que esta pretensión de Askari debe desestimarse. La imposición de nuevas obligaciones de control de precios –artículos 13.e) de la LGTel y 11 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre- supondría una modificación de las medidas impuestas en la Resolución del Mercado 15, extremo que ha de llevarse a cabo a través del procedimiento establecido en el artículo 5 del Reglamento citado.

SÉPTIMO.- Sobre la pretensión relativa a que se proporcione información detallada relativa al consumo por segundos de los clientes.

Askari solicita, asimismo, que esta Comisión:

“V- Obligue a VODAFONE a suministrar a ASKARI información detallada relativa al consumo por segundos de los clientes de ASKARI a los efectos de que ésta pueda dar cumplimiento a las obligaciones que le son legalmente exigibles en materia de tarificación por segundos.”

A este respecto, Askari manifiesta que tiene una serie de obligaciones de facturación de sus servicios por segundos, en virtud de lo previsto en la cláusula 22 de la Disposición adicional primera de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de Consumidores y Usuarios (en adelante, “Ley 44/2006”), y el apartado segundo, letra e), del Anexo II de la Orden Ministerial 912/2006, de 29 de marzo, por la que se regulan las condiciones relativas a la calidad de servicio en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas.

Askari señala que ha solicitado en varias ocasiones a Vodafone que le proporcione información detallada relativa a los segundos consumidos por sus clientes con la finalidad de dar cumplimiento a su obligación de facturar por segundos a sus clientes, *“sin que la anterior solicitud haya supuesto ni deba o pueda entenderse como un requerimiento de facturación por segundos de ASKARI a*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

VODAFONE, lo cual no es objeto de esta reclamación” (página 23 del escrito inicial de Askari).

Askari alega que no ha recibido respuesta alguna de Vodafone y que la imposibilidad de dar cumplimiento a sus obligaciones está irrogando un daño a su imagen y un perjuicio comparativo en relación con los demás operadores prestadores del servicio telefónico móvil, que ofrecen a sus clientes una facturación detallada por segundos.

Analizada la documentación aportada, la entidad denunciante presenta correos electrónicos dirigidos al supuesto gestor de su cuenta de Vodafone en fechas 1, 2 y 13 de marzo y 13 de abril de 2007, sin que figure en dichas comunicaciones contestación alguna de Vodafone. En dichos correos electrónicos se solicita y reitera la solicitud de recibir los registros de llamadas (CDR's) en segundos, para cumplir lo dispuesto en la Ley de mejora.

Por su parte, Vodafone manifiesta (Alegación Cuarta, página 10, de su escrito de alegaciones presentado el 15 de junio de 2007) que en la respuesta que le dio a Askari *“insistió en que la obligación que le imponía la Ley 44/2006 era respecto a clientes finales y no frente a entidades intermediarias en la comercialización, por lo que no estaba obligada a proporcionar la información solicitada por no ser ASKARI un cliente final”*.

Aun así, Vodafone manifiesta que no se niega a facilitar la información solicitada pero que la falta de planificación de Askari, que no ha solicitado la citada información con una antelación suficiente, ha motivado que Vodafone tenga que analizar una solución técnica que permita proporcionar dicha información de la manera menos gravosa posible. Vodafone alega asimismo que, debido a la situación anómala que tiene Askari, ha tenido que desarrollar una *“solución personalizada”*, debiendo Askari sufragar los costes que le supone a Vodafone. Finalmente señala que como prueba de su buena voluntad hará llegar esta información a Askari *“tan pronto como dicha solución esté disponible y continuará enviándola”* como fórmula de carácter excepcional.

Finalmente, Vodafone solicita que se *“desestime la solicitud de intervención de ASKARI en lo relativo a obligar a VODAFONE a suministrar a ASKARI información detallada relativa al consumo por segundos de los clientes de ASKARI, al haber atendido VODAFONE la solicitud de ASKARI y estar en breve en disposición de enviar la información solicitada con carácter mensual”*.

Pues bien, en relación con este aspecto, Askari se refiere al artículo 1, apartado Catorce, de la Ley 44/2006, que introdujo en la disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, una nueva cláusula 7 bis, que establece como abusivas:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*“7 bis. Las estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los productos o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva”.*¹³

Conforme a lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera de la Ley 44/2006, *“los contratos con los consumidores deberán adaptarse a las modificaciones introducidas por esta ley, en el plazo de dos meses desde su entrada en vigor. Transcurrido dicho plazo, las cláusulas contrarias a lo previsto en esta Ley serán, por tanto, nulas de pleno derecho”*. A raíz de la aprobación de la citada Ley 44/2006, algunos de los operadores de telefonía móvil que operan en España anunciaron que procederían a modificar la estructura tarifaria aplicable en los contratos con sus abonados y comenzaron a configurar y ofrecer sus planes de precios tarifando por segundos, con el objeto de facturar las llamadas por tiempo consumido real. La obligación de tarifificar y facturar servicios sin redondear al alza, para evitar la calificación como abusiva de una determinada cláusula, es una previsión que afecta a cualquier prestador de servicios o productos –empresario- en su relación con consumidores y usuarios, tal y como se prevé en el artículo 2 del texto refundido de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios.

A este respecto, los OMVs PS o revendedores del servicio telefónico móvil disponible al público son, de forma evidente, empresarios, bajo la definición acuñada por el artículo 3 del texto refundido citado –*“se considera empresario a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada”*- y deben tener en cuenta lo dispuesto en esta Ley.

Por otra parte, al contrario de lo que señala Askari, no parece que en principio tal obligación se desprenda, con carácter taxativo, del apartado 2 del Anexo II, letra e) de la Orden ITC/912/2006, de 29 de marzo, en la medida en que tal Anexo establece requisitos aplicables al sistema global de aseguramiento de la calidad de la facturación que deben ser implantados por los operadores indicados en el artículo 17 de la misma Orden –operadores que presten el servicio telefónico disponible al público (entre los que no se encuentra Askari, que es OMV PS) u otros que presten otros servicios de comunicaciones electrónicas que incluyan conceptos tarifados en función de la utilización del servicio, siempre que cuenten con una facturación anual por la prestación de este servicio superior a los veinte millones de euros¹⁴.

¹³ La Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, ha sido derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. En este texto, quedan incorporadas las modificaciones introducidas por la Ley 44/2006, en el artículo 87.5 (rubricado *Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad*).

¹⁴ Si bien cualquier operador puede solicitar voluntariamente su inclusión en el ámbito de este artículo, se desconoce en que situación se encuentra Askari.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sin perjuicio de lo anterior, en todo caso es cierto que los ORMs no tienen obligación de tarificar a los OMVs PS por el tiempo real consumido por sus clientes finales, en tanto que el OMV no es un consumidor o usuario a los efectos de lo previsto en la norma citada, pero los OMVs sí deben poder informar y facturar a sus clientes en función del tráfico efectivamente cursado, para evitar que su facturación sea calificada como abusiva.

Los ORMs disponen en sus sistemas de la información relativa al consumo efectuado por los clientes de los OMVs, toda vez que dicha información está contenida en los registros de llamadas (conocidos como CDR's), por lo que no tienen que hacer ningún desarrollo informático nuevo para disponer de dicha información. Más bien al contrario, es a través de un simple tratamiento de dichos CDR's como se proporciona la información de los consumos de forma diferente a los OMVs.

A juicio de esta Comisión, dicha información debe ser suministrada a los OMVs –completos y PS- para que éstos puedan ofrecer un detalle de facturación a sus clientes similar a la que los propios ORMs, como prestadores del servicio telefónico móvil disponible al público, ofrecen a sus propios clientes que sean consumidores y usuarios finales. Ello se enmarca en la obligación que tienen impuesta en el marco del Mercado 15 de poner a disposición de terceros todos los elementos necesarios mayoristas para la prestación de los servicios de acceso y originación móvil minorista. Esto es, se trata de información de consumos necesaria para ofrecer un servicio replicable al que ofrecen los ORMs y para cumplir con sus obligaciones en materia de facturación, es decir, para que el usuario final pueda conocer también del prestador de servicios los distintos conceptos por los cuales le está facturando. Más aun, en virtud de que el ORM ya dispone de dicha información y proveerla no supone costes operativos adicionales de gran entidad, al contrario de lo que señala Vodafone, se estima que dicha información ha de suministrarse gratuitamente.

La propia Comisión ha reconocido, en su Resolución de 24 de abril de 2008, por la que se da contestación a la consulta formulada por “MOBILELESS, S.L.” en relación con la aplicabilidad de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de protección de consumidores y usuarios, a los revendedores de telefonía móvil (RO 2007/1081), que los operadores con PSM en el Mercado 15 deberían suministrar dicha información a los revendedores para que éstos pudiesen ofrecer un detalle de facturación a sus clientes similar a la que los propios operadores de red, como prestadores del servicio telefónico móvil disponible al público, ofrecen a sus propios clientes que sean consumidores y usuarios finales.

En consecuencia, procede estimar la pretensión de Askari, en el sentido de que los registros de llamadas deberán contener la información de los consumos por segundos, sin suponer ello costes adicionales para el OMV PS.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

OCTAVO.- Sobre la pretensión relativa a que se declare el incumplimiento por Vodafone de sus obligaciones y se incoe procedimiento sancionador.

Por último, Askari solicita de esta Comisión que:

“II- Declare el incumplimiento por VODAFONE de la obligación de ofrecer precios razonables por la prestación de los servicios de acceso en su calidad de operador con PSM con arreglo a la normativa actualmente vigente; (...), adopte las medidas oportunas a tal efecto y en su caso imponga las sanciones administrativas pertinentes.”

Esta Comisión estima que no se han encontrado indicios razonables de incumplimiento de la obligación de ofrecer precios razonables consignada en la Resolución del Mercado 15 para incoar un procedimiento sancionador e imponer una sanción administrativa, en la medida en que la obligación de ofrecer acceso y precios razonables es una obligación genérica necesitada de concreción ulterior y, a la luz de lo señalado en los apartados precedentes, no se ha incurrido en una conducta que claramente vulnere la Resolución del Mercado 15, por lo que no concurren los elementos de antijuridicidad necesarios para entender que se vulnera un tipo de infracción concreto y sancionar dicha conducta.

NOVENO.- Sobre las pretensiones relativas a que se nombre un árbitro que tutele la negociación y que se mantengan las condiciones del contrato vigente que entre Vodafone y Askari, hasta el momento en que las partes alcancen un acuerdo.

En su escrito de alegaciones de 28 de abril de 2008, Askari solicita “el nombramiento de un árbitro que tutele la negociación hasta el momento en que las Partes alcancen un acuerdo, evitando que se repitan situaciones de falta de entendimiento pasadas que conduzcan a la eternización de la situación transitoria”. Asimismo pretende que se mantengan las condiciones del contrato vigente que hasta la fecha rige la relación entre Askari y Vodafone.

Estas son pretensiones nuevas respecto del escrito inicial de Askari. Al respecto, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones manifiesta que no resulta razonable el nombramiento de un árbitro, dado que en virtud del principio de intervención mínima son las partes, y no el regulador, quienes deben alcanzar acuerdos voluntarios, interviniendo sólo esta Comisión en aquellos casos en los que los operadores no lleguen a dichos acuerdos.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otra parte, esta Comisión considera razonable que se mantengan las tarifas y condiciones vigentes en relación con aquellos conceptos pendientes de negociación, pero no así en relación con aquellos conceptos respecto de los cuales esta Comisión se pronuncia en la presente resolución.

Vistos los citados Antecedentes y Fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Primero.- Estimar que la solicitud de acceso de 1.949 Askari, S.L. es razonable, y por tanto deber ser atendida por Vodafone España S.A, en los siguientes extremos:

- Corresponde al ORM remitir al OMV PS, en formato electrónico (CDR por sistema Facturaweb), todas las facturas emitidas durante la vigencia del contrato. No obstante, la gestión de la facturación y del cobro de los servicios prestados por el OMV PS a sus usuarios finales es responsabilidad de este último operador.
- La prestación del servicio de atención del gestor de Vodafone España S.A. para la tramitación de solicitudes de portabilidad está contemplada en la oferta económica que Vodafone España, S.A. realizó a 1.949 Askari, S.L. y Vodafone España, S.A. ha venido prestando este servicio a los clientes de Askari. Por esta razón, se entiende como razonable la solicitud de Askari.
- En relación con la tarificación por segundos, los registros de llamadas deberán contener la información de los consumos por segundos de los clientes, sin tener que suponer ello costes adicionales para el OMV PS.

Segundo.- Por no resultar razonable la solicitud de 1.949 Askari, S.L., se desestiman las siguientes pretensiones que, por tanto, no corresponde que sean atendidas por Vodafone España, S.L.:

- La actualización de precios y la existencia de una compresión de márgenes en relación con los precios ofrecidos por Vodafone España, S.A.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- La extensión de una práctica que pertenece al ámbito minorista al mayorista, es decir que Vodafone España, S.A. le preste los siguientes servicios: entrega de terminales sin coste para nuevas líneas y portabilidades desde otro operador con un 60% de gama media y un 40% de gama alta, el servicio de posventa, el programa de puntos, la reparación y sustitución de los terminales de los clientes de 1.949 Askari, S.L., la prestación del servicio de atención al cliente y los cambios y la restitución de tarjetas SIM en caso de avería, robo, o pérdida.
- El establecimiento de medidas de control de precios no resulta razonable.
- La declaración del incumplimiento por Vodafone de sus obligaciones y la incoación del procedimiento sancionador.
- El nombramiento de un árbitro que tutele la negociación hasta el momento en que las partes alcancen un acuerdo.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior aprobado por Resolución del Consejo de la Comisión de fecha 20 de diciembre de 2007 (B.O.E. de 31 de enero de 2008), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o directamente, recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de lo dispuesto en el número dos del artículo 58 de la misma Ley.

Vº Bº



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Reinaldo Rodríguez Illera

Ignacio Redondo Andreu