

RESOLUCION (S/0248/10 MENSAJES CORTOS)

CONSEJO

D. Joaquín García Bernaldo de Quirós, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. M^a. Jesús González López, Consejera
D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera
D. Luis Díez Martín, Consejero

En Madrid, a 19 de diciembre de 2012.

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en adelante el Consejo, con la composición arriba expresada, y siendo Ponente la Consejera D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, ha dictado esta resolución en el expediente sancionador S/0248/10 Mensajes Cortos, incoado de oficio por la Dirección de Investigación de la CNC contra Telefónica Móviles de España, S.A.U. (TME), Vodafone España, S.A.U. (VODAFONE) y France Telecom España, S.A. (ORANGE) por considerar que han llevado a cabo prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el Artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Las actuaciones de la Dirección de Investigación se iniciaron con una solicitud (folio 1-9) a la CMT, el 16 de marzo de 2009, sobre datos básicos del mercado y los precios de los mensajes cortos de telefonía móvil, datos que fueron aportados por la CMT el 3 de abril de 2009 (folio 10-31).
2. El 24 de julio de 2009 la Dirección de Investigación remitió a TME, VODAFONE y ORANGE, sendas solicitudes de información sobre el servicio de mensajes cortos de texto de ámbito nacional y datos cuantitativos de tráfico e ingresos de los mercados minorista y mayorista de terminación de este servicio (folios 32-52). Dicha información fue facilitada por los citados operadores el 4 de septiembre de 2009 en el caso de VODAFONE (folios 141-186) y ORANGE (folios 102-140) y el 8 de septiembre de 2009 en el caso de TME (folios 187-209).
3. Con fecha 16 de septiembre de 2009 se requirió información adicional a TME y ORANGE (folios 210-220), cuya contestación tuvo entrada el 30 de septiembre de 2009 en el caso de TME (folios 221-230) y el 1 de octubre de 2009 en el caso de ORANGE (Folios 231-243).

4. El 30 octubre de 2009 se solicitó información complementaria a TME, VODAFONE y ORANGE (folios 244-258). La respuesta de TME tuvo entrada en la CNC el 5 de noviembre de 2009 (folios 259-271), la de VODAFONE el 11 de noviembre de 2009 (folios 272-290) y la de ORANGE el 13 de noviembre de 2009 (folios 291-328).
5. Con fecha 22 julio de 2010 la Dirección de Investigación solicitó a la CMT la elaboración de un informe sobre costes de servicios minoristas y mayorista de terminación relacionados con el servicio de mensajes cortos de texto SMS (folios 329-333). De la misma manera, se solicitó a la CMT una copia de la contabilidad de costes presentada ante la CMT por los tres operadores de telefonía móvil antes mencionados, de acuerdo con sus obligaciones derivadas de la normativa sectorial de comunicaciones electrónicas. Dicho informe de la CMT tuvo entrada en la CNC el 9 septiembre de 2010 (folios 334-338), acompañado de un CD (folio 339) que contenía los ficheros digitales con la información solicitada relativa a la contabilidad de costes presentada por los tres operadores ante la CMT correspondiente a los ejercicios 2005 a 2008. La Dirección de Investigación ha elaborado un esquema resumen (folios 340-343) con los ficheros y documentos electrónicos contenidos en dicho CD.
6. Por parte de la Dirección de Investigación se procedió asimismo a elaborar versiones censuradas de dicho informe de la CMT y la selección de la información digital de contabilidad de costes de los ejercicios 2005 a 2008 de cada operador, para facilitar su consulta por TME, VODAFONE y ORANGE.
7. Del análisis de la información obtenida durante el procedimiento de información reservada, pudo deducirse la existencia indicios racionales de la comisión, por parte de TME, VODAFONE y ORANGE, de una infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), consistente en la aplicación de precios excesivos en los servicios mayoristas de originación y de terminación de mensajes cortos SMS y MMS de ámbito nacional en sus redes de telefonía móvil.
8. De acuerdo con ello se procedió a la incoación (folios 344-346) del expediente sancionador de referencia, y su notificación a TME, VODAFONE y ORANGE (Folios 351-377) por la existencia de indicios de infracción del artículo 2 de la LDC y del artículo 102 del TFUE en los servicios mayoristas de originación y de terminación de mensajes cortos SMS y MMS de ámbito nacional en sus redes de telefonía móvil.
9. En el acuerdo de incoación se establece la acumulación de la denuncia de CEACCU contra los operadores de telefonía móvil en relación con la fijación de precios en el mercado minorista de mensajes cortos de texto SMS, que había dado lugar a la información reservada S/0164/09, dado que los hechos que se denunciaban quedaban subsumidos en los hechos y mercados que han dado lugar a la incoación del expediente de referencia.

- 10.** Con fecha 21 de enero de 2011, se realizó una nueva solicitud de información a TME, VODAFONE y ORANGE (folios 485-536), centrada en cuatro aspectos. En primer lugar, se solicitaban de datos relativos al mercado de mensajes cortos de texto SMS (minorista y mayorista de terminación y originación) con el objeto de actualizar y completar los ya solicitados en 2009 en el marco de la fase de información reservada del procedimiento. En segundo lugar, se solicitaban datos sobre el mercado de mensajes multimedia MMS. En tercer lugar, se solicitaba información sobre la fijación de precios mayoristas de estos servicios y los contratos o acuerdos suscritos con otros operadores móviles para este fin. Por último, se solicitaba a TME, VODAFONE y ORANGE la aportación de los resultados de la contabilidad de costes de ejercicios anteriores a 2005 y del ejercicio 2009 (la contabilidad de costes de los ejercicios 2005 a 2008 de los tres operadores había sido ya facilitada por la CMT a la Dirección de Investigación en septiembre de 2010).
- 11.** La respuesta de TME tuvo entrada en la CNC el 16 de febrero de 2011, y en la misma se aportaba un CD conteniendo la información de la contabilidad de costes regulatoria de este operador de los ejercicios 2000 a 2004 y 2009 (folios 795-859).
- 12.** VODAFONE aportó a la CNC el 21 de febrero de 2011 la información solicitada, incluyendo un CD que contiene la información de su contabilidad de costes regulatoria de los ejercicios 2000 a 2004, 2009 y 2010, y cierta información contable correspondiente al año 1999 (folios 860-1089).
- 13.** La respuesta de ORANGE tuvo entrada en la CNC el 22 de febrero de 2011. En cuanto a la contabilidad de costes, ORANGE señalaba en su escrito que la correspondiente al ejercicio 2009, pendiente de auditoría, todavía no había sido presentada a la CMT. Respecto a la contabilidad de los ejercicios anteriores a 2004, ORANGE informaba que en dichos ejercicios no tenía obligación de presentar dicha información contable a la CMT (folios 1090-1143).
- 14.** El 4 de mayo de 2011 la Dirección de Investigación solicitó nuevamente a ORANGE la presentación de la contabilidad de costes del ejercicio 2009 (folio 1220), información que fue aportada el 17 de mayo de 2011 (folios 1399-1454) por dicha empresa, junto con la actualización de la contabilidad de 2008. ORANGE ha aportado dicha información contable en un CD (folio 1454) así como la actualización de una de las tablas del ejercicio 2009 en soporte pen-drive (folio 1402).
- 15.** Por otra parte, tras la incoación del expediente sancionador, se han recibido en la CNC escritos de varias entidades solicitando la condición de interesado en el expediente de referencia. Varias de estas solicitudes corresponden a operadores móviles virtuales que compiten en los mercados minoristas de comunicaciones móviles con TME, VODAFONE y ORANGE, y que hacen uso de servicios mayoristas prestados por estos operadores relativos a los mercados de mensajes SMS y MMS. La Dirección de Investigación resolvió

con fechas 24 de enero de 2011, 28 de enero de 2011 y 9 de mayo de 2011 la admisión de la personación en el expediente en calidad de interesados de las siguientes entidades:

- *Jazz Telecom SAU (JAZZTEL, folio 550)*
- *KPN Spain SLU (KPN, folio 582)*
- *Cableuropa, S.A.U. y Tenaria, S.A. (conjuntamente ONO, folio 582)*
- *Asociación Española de Nuevos Operadores Móviles (AENOM, folio Folio 1251)*
- *BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones (BT, folio 1251)*

16. Por otra parte, solicitaron asimismo la personación en calidad de interesados en el presente expediente Alterna Project Marketing, S.L. (con fecha 1 de febrero de 2011, folios 619-675), y la Asociación de Empresas de Servicios de Valor Añadido en las Telecomunicaciones (AVA) (el 2 de febrero de 2011, folios 676-679).

17. La Dirección de Investigación acordó denegar el 14 de febrero de 2011 la personación de Alterna Project Marketing, S.L. y AVA en el expediente de referencia (folios 690-694 y 695-699). Una de las razones tenidas en cuenta para dicha denegación ha sido estimar que en ambos casos se trata de operadores de servicios de valor añadido sobre mensajes cortos (SMS Premium), que por los motivos señalados en las citadas resoluciones de la Dirección de Investigación, los servicios mayoristas utilizados por estos operadores son diferentes a los servicios mayoristas analizados en el presente expediente.

18. Alterna Project Marketing, S.L. y AVA presentaron sendos recursos ante el Consejo de la CNC contra las resoluciones de la Dirección de Investigación antes referidas. Tras la tramitación de dichos recursos (R/0065/11 ALTERNA y R/0066/09 AVA), el Consejo de la CNC, mediante resolución de 28 de abril de 2011, acordó desestimar el recurso interpuesto por Alterna Project Marketing, S.L. y mediante resolución de 11 de mayo de 2011, acordó desestimar el recurso de AVA.

19. Con fecha 18 de julio de 2011, el instructor acordó incorporar al expediente un conjunto de documentos que recogen diversa información de tipo numérico relevante para el expediente, recogiendo una breve descripción del contenido de cada documento. Los documentos incorporados son los siguientes:

- *"Datos públicos de la CMT sobre el mercado de los mensajes cortos" (folios 1577-1580)*
- *"Datos sobre el mercado de mensajes cortos SMS de ámbito nacional entre abonados" y tres versiones censuradas del mismo confidenciales*

excepto para TME, VODAFONE y ORANGE, respectivamente (folios 1581-1589, 1590-1598, 1599-1607 y 1608-1616)

- *“Datos sobre el mercado de mensajes cortos MMS de ámbito nacional entre abonados” y tres versiones censuradas del mismo confidenciales excepto para TME, VODAFONE y ORANGE, respectivamente (folios 1617-1624, 1625-1632, 1633-1640 y 1641-1648)*
- *“Comparativa Internacional precio minorista mensajes cortos SMS” (folios 1649-1650)*
- *“Ingresos, costes y márgenes de la contabilidad de costes de TME – Estándar Históricos”, e “Ingresos, costes y márgenes de la contabilidad de costes de TME – Estándar Corrientes” (folios 1651-1660 y 1661-1662)*
- *“Ingresos, costes y márgenes de la contabilidad de costes de VODAFONE – Estándar Históricos”, e “Ingresos, costes y márgenes de la contabilidad de costes de VODAFONE – Estándar Corrientes” (folios 1663-1672 y 1673-1680)*
- *“Ingresos, costes y márgenes de la contabilidad de costes de ORANGE – Estándar Históricos” (folios 1681-1686)*
- *“Ingresos, costes y márgenes de la contabilidad de costes de 3 operadores – Estándar Históricos”, en el que se recoge la suma de los datos de TME, VODAFONE y ORANGE, y la versión censurada no confidencial del mismo (folios 1687-1692 y 1693-1698)*

20. De acuerdo con lo previsto en el artículo 50.3 de la LDC, con fecha 26 de julio de 2011 se formuló el Pliego de Concreción de Hechos (PCH). El PCH fue notificado a TME, VODAFONE y ORANGE, así como a los demás interesados en el expediente (JAZZTEL, KPN, ONO, AENOM y BT) entre el 27 de julio de 2011 y el 3 de agosto de 2011 (folios 1860 a 1880).

21. De acuerdo con lo estipulado en el artículo 17.2.d) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, el 26 de julio de 2011, se solicitó a la Comisión Nacional del Mercado de Telecomunicaciones (CMT) el informe preceptivo previsto en la Ley. Con este fin, se le remite un anexo en el que consta el análisis de los mercados afectados realizado por la Dirección de Investigación y los hechos que se estiman acreditados en el marco del expediente de referencia. En virtud de lo dispuesto en el artículo 37.2.d) de la Ley 15/2007, la solicitud de dicho informe a la CMT suspende el transcurso de los plazos máximos para resolver el expediente.

22. TME presentó sus alegaciones al PCH con fecha 22 de agosto de 2011 (folios 1913 a 2023). Junto con dichas alegaciones se recogían una serie de Anexos con el propósito de respaldar algunas de sus alegaciones (folios 1980 a 2023: Anexo 1 Informe Yankee Group (folios 1980 a 1985), Anexo 2 Strategy Analytics (Spain) (folios 1986-1987), Anexo 3 Informe ARCEP 2009 (folios

- 1988 a 2021), Anexo 4 Tabla flujo/precios de terminación SMS (TME-OMV) (folios 2022-2023).
- 23.** VODAFONE presentó sus alegaciones al PCH con fecha 23 de agosto de 2011. Junto con dichas alegaciones se recogía en Anexo Informe de una consultora económica relativo a Precios Excesivos para los servicios mayoristas de originación y terminación de mensajes cortos, que vendría a respaldar varias de las alegaciones formuladas por VODAFONE (folios 2299 a 2370).
 - 24.** ORANGE presentó sus alegaciones al PCH con fecha 23 de agosto de 2011 (folios 2130 a 2180). Posteriormente, con fecha 3 de octubre de 2011 (folios 2617 a 2627) ha tenido entrada un informe sobre la posición competitiva de ORANGE en el mercado de la telefonía móvil. Dichas alegaciones complementarias han sido presentadas fuera del plazo concedido para contestar al PCH, con los efectos previstos en el artículo 35 RDC. Sin perjuicio de ello, la DI ha tenido presente el mismo de cara a la contestación de las alegaciones presentadas.
 - 25.** Con fecha 13 de septiembre se reiteró por parte de la DI la solicitud de informe preceptivo a la CMT. El 26 de septiembre de 2011 se recibió el informe de la CMT requerido de acuerdo con lo estipulado en el artículo 17.2.d de la LDC. De conformidad con el artículo 12.2 del RDC se reanudó el cómputo del plazo máximo para resolver el procedimiento.
 - 26.** Por su parte, ONO presentó escrito de alegaciones al PCH con fecha 30 de agosto de 2011 (folios 2523 a 2533). El resto de interesados en el expediente no ha presentado alegaciones al PCH.
 - 27.** Con fecha 30 de noviembre de 2011 VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. ha remitido a la DI escrito en el que ofrece a todos sus competidores sin exclusión una reducción de los precios del servicio mayorista de terminación de SMS y de MMS que supone una reducción de un 60% sobre los precios actuales en un periodo de 18 meses, con una bajada aplicable el 1 de diciembre de 2011 de un 30%, todo ello con la intención de dejar clara su activa cooperación con la Dirección de Investigación y su voluntad de poner fin a la conducta que, a juicio de la Dirección de Investigación, podría constituir una infracción del artículo 2 de la LDC.
 - 28.** En aplicación de lo establecido en el artículo 33.1 del RDC, el 2 de diciembre de 2011 se ha procedido al cierre de la fase de instrucción (folio 2673) y se ha notificado a los interesados en el expediente de referencia.
 - 29.** De acuerdo con lo previsto en el artículo 50.4 de la LDC, con fecha 12 de diciembre de 2011 se dictó la Propuesta de Resolución de la Dirección de Investigación (folios 2.697 a 2.945). La Propuesta de Resolución fue notificada a TME, VODAFONE y ORANGE, así como a los demás interesados en el expediente (JAZZTEL, KPN, ONO, AENOM y BT) entre el 12 y el 19 de diciembre de 2011 (folios 3.207 a 3.214).

- 30.** El 27 de diciembre de 2012 la Asociación de Empresas de Servicios de Valor Añadido en las Telecomunicaciones (AVA) solicita la condición de interesado en el expediente. Mediante acuerdo de 3 de enero de 2012 la DI le deniega la condición de interesado.
- 31.** Con fecha 5 de enero de 2012 tuvo entrada en la CNC escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución presentado por ORANGE, aportando pruebas documentales y conteniendo la solicitud de la práctica de pruebas, así como la solicitud de celebración de vista (folios 3222-4108).
- 32.** Con fecha 5 de enero de 2012 tuvo entrada escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución presentado por VODAFONE, aportando pruebas documentales y conteniendo la solicitud de la práctica de pruebas así como la solicitud de celebración de vista (folios 4109-4332).
- 33.** Con fecha 12 de enero de 2012 tuvo entrada escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución presentado por TME, aportando pruebas documentales y conteniendo la solicitud de la práctica de pruebas así como la solicitud de celebración de vista (folios 4350-4788).
- 34.** De acuerdo con el artículo 50.5 de la LDC, el 26 de enero de 2012 se remitió al Consejo de la Comisión Nacional de Competencia junto con el expediente, el Informe Propuesta (folios 4986-5236).
- 35.** Con fecha 10 de mayo de 2012 se remitió a la Comisión Europea la información prevista por el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado (folios 5237-5244). Asimismo, se acordó suspender el plazo máximo para resolver el expediente de referencia hasta que se diese respuesta por la Comisión Europea a la información remitida o transcurriera el término a que hace referencia el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n° 1/2003 (folios 5245-5250). Superado el citado plazo, procede levantar la suspensión acordada desde el día siguiente a la finalización del mismo, es decir, desde el 11 de junio de 2012, continuando el cómputo del plazo para dictar resolución (folios 5268-5274).
- 36.** El 10 de julio de 2012 se dicta acuerdo por el que se insta a la Dirección de Investigación a la realización de las pruebas y actuaciones complementarias (folios 5299-5309). En cumplimiento de lo previsto en este Acuerdo del Consejo, han tenido entrada en la CNC alegaciones de determinados operadores (folios 5388-5414, 5423-5430), así como los escritos de diferentes operadores de móviles virtuales aportando la información solicitada (folios 5386-87, 5416-5422, 5431-5471, 5474-5488, 5331-5333). Asimismo, se ha incorporado determinada documentación de acuerdo con lo requerido por el Consejo (folios 5381-5385).

- 37.** El 7 de agosto de 2012 DIGI SPAIN TELECOM, S.L.U. (en adelante, "DIGIMOBIL") solicitó la condición de interesado en su calidad de operador móvil virtual (folios 5472-5473).
- 38.** Mediante Acuerdo del Consejo de 16 de agosto de 2012 se reconoció a DIGIMOBIL la condición de interesado, se resolvió sobre la confidencialidad de las informaciones presentadas en el trámite de prueba y se concedió un plazo de 10 días a los interesados en el expediente para valoración de las pruebas y actuaciones complementarias practicadas, manteniendo la suspensión del plazo para dictar resolución (folio 5489-95).
- 39.** Con fecha 11 de septiembre TME, VODAFONE y ORANGE presentaron sus alegaciones (folios 5622 a 5724).
- 40.** Con fecha 12 de septiembre de 2012, formuladas alegaciones por los interesados, se procedió a levantar la suspensión acordada del plazo máximo para resolver (folio 5725-26).
- 41.** El Consejo, tras deliberar este asunto en diversas sesiones, terminó de deliberar y falló el presente expediente en su reunión de 19 de diciembre de 2012.
- 42.** Son interesadas:
- Telefónica Móviles de España, S.A.U. (TME),
 - Vodafone España, S.A.U. (VODAFONE)
 - France Telecom España, S.A.U. (ORANGE)
 - ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NUEVOS OPERADORES MÓVILES (AENOM)
 - BT ESPAÑA, COMPAÑIA DE SERVICIOS GLOBALES DE TELECOMUNICACIONES (BT ESPAÑA)
 - CABLEEUROPA, S.A.U. y TENARIA, S.A. (conjuntamente ONO)
 - JAZZ TELECOM S.A.U.
 - KPN SPAIN, S.L.U.
 - DIGIMOBIL-DIGI SPAIN TELECOM, S.L.U.

HECHOS PROBADOS

1. LAS PARTES

A. TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. (TME)

- 1.1. TME es una filial al 100% de Telefónica, S.A., empresa cabecera del Grupo Telefónica.
- 1.2. Según datos de su página web, el Grupo está presente en 25 países, con unos ingresos de 60.737 millones de euros y más de 287,6 millones de clientes a finales de 2010: más de 220 millones de accesos de telefonía móvil; más de 41 millones de accesos de telefonía fija; más de 18,6 millones de accesos de datos e Internet y 2,8 millones de accesos de televisión de pago.
- 1.3. En España, las principales actividades del Grupo Telefónica son la explotación de servicios de telefonía fija, móvil y banda ancha, así como la prestación de servicios mayoristas relacionados.
- 1.4. La explotación de servicios de telefonía móvil las realiza en España TME, servicios que se comercializan bajo la marca Movistar. Telefónica está presente en el mercado español de la telefonía móvil desde el comienzo de este servicio bajo tecnología analógica en la década de los años 70.
- 1.5. En el año 2010 TME obtuvo en España unos ingresos totales de 8.552 millones de euros. A final de 2010 TME contaba con 21.551.342 líneas móviles en el mercado español, un 41,8% del total. Sus ingresos minoristas durante el ejercicio 2010 en el sector de las comunicaciones móviles ascendieron a 6.593,67 millones de euros, el 47,0% del total del sector (CMT, Informe anual 2010).

B. VODAFONE ESPAÑA, S.A. (VODAFONE)

- 1.6. VODAFONE es una filial del Grupo Vodafone. El Grupo Vodafone es una de las compañías líderes en telefonía móvil a nivel mundial, cuenta con 24 filiales en los 5 continentes. En el ejercicio 2009-2010 obtuvo unos ingresos de 44.472 millones de libras esterlinas. A 31 de marzo de 2010 contaba con 341 millones de clientes.
- 1.7. En España, la actividad principal de VODAFONE es la explotación de servicios de telefonía móvil. VODAFONE está presente en el mercado español desde el comienzo de la telefonía móvil digital, iniciando la prestación de servicios en 1995. Hasta 1999 comercializaba sus servicios bajo la marca Airtel.
- 1.8. En el año 2010 VODAFONE obtuvo en España unos ingresos totales de 6.081 millones de euros. A final de 2010 VODAFONE disponía de 15.156.408 líneas móviles en el mercado español, un 29,4% del total. Sus ingresos minoristas durante el ejercicio 2010 en el mercado de las

comunicaciones móviles ascendieron a 4.270,26 millones de euros, el 30,4% del total del sector (CMT, Informe anual 2010).

C. FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. (ORANGE)

- 1.9. ORANGE es una compañía controlada por el Grupo France Telecom.
- 1.10. En 2010, el Grupo France Telecom presentó un volumen de negocios de 45.503 millones de euros por el conjunto de sus actividades. A 31 de diciembre de 2010, el Grupo contaba con casi 210 millones de clientes en 32 países del mundo, de los cuales 150 millones eran de telefonía móvil y 13,7 millones de ADSL. El Grupo France Telecom es el tercer operador de telefonía móvil y el tercer proveedor de acceso a Internet ADSL de Europa.
- 1.11. Las principales actividades de ORANGE en España son la prestación de servicios de telefonía fija, telefonía móvil y acceso a Internet.
- 1.12. En el ámbito de la telefonía móvil, el actual operador ORANGE comienza su presencia en el mercado español en el año 1998, con la adjudicación de una licencia al entonces Retevisión Móvil, quien comienza a operar en 1999 bajo la marca Amena, mediante un acuerdo de itinerancia nacional para utilizar transitoriamente la red de sus competidores.
- 1.13. En julio de 2005, France Telecom anunció la compra de Amena al grupo Auna. Amena y ORANGE se unieron en una única sociedad el 1 de agosto de 2006.
- 1.14. En el año 2010 ORANGE obtuvo en España unos ingresos totales de 3.811 millones de euros. A final de 2010 ORANGE disponía de 10.391.982 líneas móviles en el mercado español, un 20,1% del total. Sus ingresos minoristas durante el ejercicio 2010 en el mercado de las comunicaciones móviles ascendieron a 2.475,17 millones de euros, el 17,6% del total del sector (CMT, Estadísticas del sector IV Trimestre 2010).

2. SECTOR DE LAS COMUNICACIONES MÓVILES EN ESPAÑA

A. Descripción general

- 2.1. La entrada de los operadores en el mercado español y su acceso a los recursos de espectro necesarios para el desarrollo de redes de telefonía móvil se ha ido produciendo de manera gradual en el tiempo, en general por motivos regulatorios. Esta circunstancia ha tenido una influencia importante en la estructura del sector y las cuotas de mercado alcanzadas por cada uno de los operadores. De una manera resumida se recoge a continuación el proceso seguido.
- 2.2. En 1976 comenzó la explotación de la telefonía móvil analógica en régimen de monopolio por parte de Telefónica, que llegó a alcanzar en su momento máximo cerca de 900.000 clientes a finales de 1995. A principios de 2004, Telefónica dejó de prestar este servicio.

- 2.3. La telefonía móvil digital GSM empezó a prestarse usando la banda de 900 MHz en julio de 1995 por TME y en octubre de ese año por VODAFONE (en aquel momento Airtel), quienes habían obtenido las primeras licencias en el año 1994.
- 2.4. En 1998 se concedió una licencia de telefonía móvil GSM a ORANGE (entonces Retevisión Móvil) en la banda de 1.800 MHz, quien comenzó a operar meses más tarde. TME y VODAFONE obtuvieron asimismo licencias para operar en esa banda.
- 2.5. En marzo de 2000 se concedió a Xfera Móviles S.A. (Yoigo) una licencia de telefonía móvil de nueva generación UMTS, para operar en la banda de 2.100 MHz, otorgándose igualmente licencia para explotar esta tecnología en dicha banda a cada uno de los tres operadores ya presentes en el mercado (TME, VODAFONE y ORANGE). Yoigo comenzó a prestar servicios minoristas en el mercado español el 1 de diciembre de 2006. Para ampliar la cobertura geográfica de servicios para sus clientes a aquellas zonas en las que no contaba con red de acceso propia, Yoigo contrató inicialmente servicios de itinerancia nacional con VODAFONE. Desde mediados de 2008 TME pasó a prestar a Yoigo dichos servicios de itinerancia, y continúa haciéndolo en el momento actual.
- 2.6. Por último, a raíz de las obligaciones regulatorias establecidas por la CMT en su Resolución de 2 de febrero de 2006, relativa al análisis del mercado de originación móvil, comenzaron a aparecer en el mercado de la telefonía móvil español los operadores móviles virtuales (OMV). El primer OMV empezó a prestar servicios de manera efectiva en octubre de 2006. A final de mayo de 2011, figuraban en el registro de operadores de la CMT un total de 226 entradas correspondientes a operadores móviles virtuales, de las que 44 correspondían a operadores móviles virtuales completos y el resto a revendedores.
- 2.7. Por el lado de la oferta, a finales de 2010 operaban activamente cuatro operadores móviles con red propia (OMR) y por tanto con licencia de uso del espectro radioeléctrico necesario para desarrollar su propia red de acceso móvil (TME, VODAFONE, ORANGE y Yoigo) y varios operadores móviles virtuales (OMV). En el caso de los OMVs, se diferencia entre los OMV completos (Euskaltel, ONO, R Cable, E-Plus, Telecable, BT, JAZZTEL, Best Telecom y Fonyou), y diferentes OMV revendedores. Los OMV completos tienen elementos de red propia, reciben numeración directamente de la CMT y gestionan, cobran y pagan la terminación de los servicios de interconexión que generan sus clientes finales. En cambio, los revendedores no disponen de dichos elementos de red y su interconexión se gestiona desde el operador con red que los alberga.
- 2.8. A final del año 2010, había en España 54,9 millones de líneas, de las cuales 51,6 millones eran líneas de telefonía móvil con una tasa de penetración cercana al 110% de la población, y 3,33 millones datacards para conexiones

a Internet. A ello ha de añadirse 2,13 millones de líneas asociadas a máquinas.

NÚMERO LÍNEAS COMUNICACIONES MÓVILES EN ESPAÑA POR TIPOLOGÍA CONTRATACIÓN						
	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Telefonía móvil	42.693.832	45.675.655	48.422.470	49.623.339	51.083.880	51.601.028
Postpago	21.980.367	24.794.696	27.657.855	29.310.320	30.203.953	31.460.607
Prepago	20.713.465	20.880.959	20.764.615	20.313.019	20.879.927	20.140.421
Datacards	-	324.653	653.130	1.188.226	1.960.780	3.354.756
UMTS	-	276.450	99.300	80.805	97.332	216.800
HSDPA	-	48.203	553.830	1.107.421	1.863.448	3.137.956
Total	42.693.832	46.000.308	49.075.600	50.811.565	53.044.660	54.955.784

Fuente: Informe anual CMT 2010

2.9. De acuerdo con los datos de los informes anuales de la CMT, el mercado global de las comunicaciones móviles ha generado unos ingresos totales de 16.682 millones de euros, de los cuales 14.024 millones corresponden a servicios minoristas y 2.658 a servicios mayoristas. Durante 2010 el número de líneas ha crecido un 1%, y los ingresos totales han presentado un decrecimiento del 4,7%.

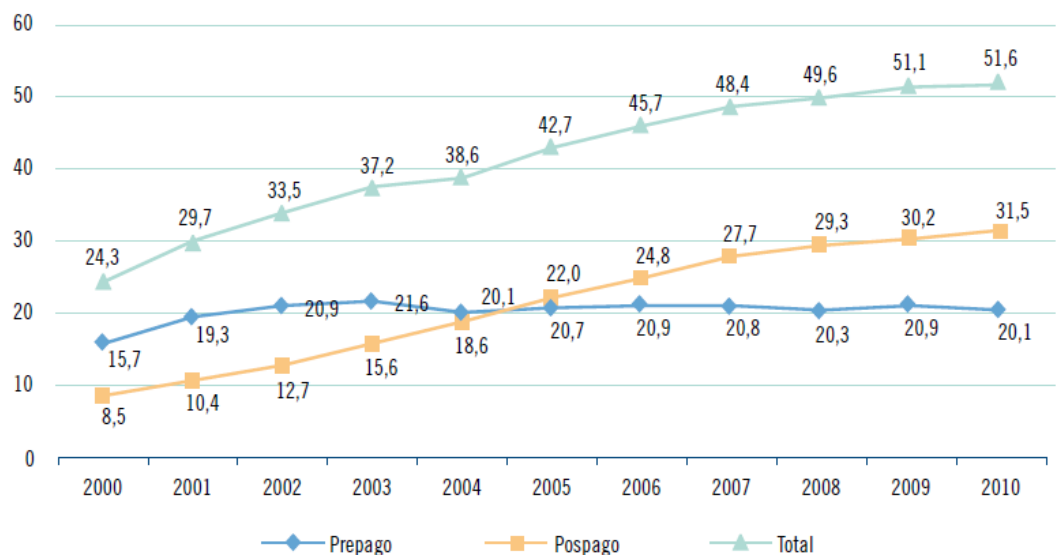
2.10. En los cuadros y la gráfica siguientes se recoge la evolución de las líneas móviles existentes en el mercado y la cuota de mercado de los diferentes operadores en término de líneas.

LINEAS TOTALES POR OPERADOR (Nº Líneas)										
	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
TOTAL 3 OPERADORES	29.655.729	33.440.997	37.219.800	38.622.582	42.693.832	45.672.234	47.495.968	47.871.084	48.223.457	47.099.732
Movistar	16.793.471	18.412.085	19.660.600	18.977.040	19.889.931	20.885.432	21.813.428	22.321.772	22.278.712	21.551.342
Vodafone	7.636.765	8.569.407	9.398.200	10.370.870	12.503.089	13.672.644	14.773.572	15.263.317	15.515.820	15.156.408
Orange	5.225.493	6.459.505	8.161.000	9.274.672	10.300.812	11.114.158	10.908.968	10.285.995	10.428.925	10.391.982
RESTO OPERADORES	0	0	0	0	0	22.827	926.502	1.806.422	2.860.423	4.501.296
Yoigo						15.414	426.949	970.730	1.275.258	2.037.105
OMVs						7.413	499.553	835.692	1.585.165	2.464.191
Total	29.655.729	33.440.997	37.219.800	38.622.582	42.693.832	45.695.061	48.422.470	49.677.506	51.083.880	51.601.028

CUOTAS MERCADO LÍNEAS TOTALES POR OPERADOR (% Líneas sobre mercado total)										
	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
TOTAL 3 OPERADORES	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	98,1%	96,4%	94,4%	91,3%
Movistar	56,6%	55,1%	52,8%	49,1%	46,6%	45,7%	45,0%	44,9%	43,6%	41,8%
Vodafone	25,8%	25,6%	25,3%	26,9%	29,3%	29,9%	30,5%	30,7%	30,4%	29,4%
Orange	17,6%	19,3%	21,9%	24,0%	24,1%	24,3%	22,5%	20,7%	20,4%	20,1%
RESTO OPERADORES	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	1,9%	3,6%	5,6%	8,7%
Yoigo							0,9%	2,0%	2,5%	3,9%
OMVs					0,0%	0,0%	1,0%	1,7%	3,1%	4,8%
Total	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

Fuente: Elaboración propia a partir de Informes anuales CMT 2002 a 2010 (No incluye datacards ni líneas asociadas a máquinas)

EVOLUCIÓN DE LAS LÍNEAS MÓVILES (millones)



Fuente: Informe anual CMT 2010

2.11. En lo que se refiere a ingresos, en los cuadros que se presentan a continuación puede verse la evolución de los ingresos totales de cada operador (minoristas y mayoristas) los últimos años, obtenidos a partir de los informes anuales de la CMT:

INGRESOS TOTALES SERVICIOS MINORISTAS MAYORISTAS (millones de euros)										
	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
TOTAL 3 OPERADORES	9.669	11.156	12.622	14.416	16.277	17.569	18.761	18.457	16.945	15.813
Movistar	5.545	6.108	6.810	7.490	8.083	8.427	8.896	8.837	8.171	7.627
Vodafone	2.654	3.052	3.399	4.094	5.039	5.865	6.501	6.352	5.686	5.138
Orange	1.470	1.996	2.413	2.832	3.156	3.277	3.364	3.268	3.089	3.047
RESTO OPERADORES	0	0	0	0	13	12	149	299	564	870
Yoigo						0,05	57	172	301	475
OMVs					13	12	91	127	263	394
Total	9.669	11.156	12.622	14.416	16.291	17.581	18.909	18.756	17.509	16.682

CUOTAS MERCADO INGRESOS TOTALES SERVICIOS MINORISTAS Y MAYORISTAS (% sobre mercado total)										
Cuota mercado total	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
TOTAL 3 OPERADORES	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	99,9%	99,9%	99,2%	98,4%	96,8%	94,8%
Movistar	57,4%	54,7%	54,0%	52,0%	49,6%	47,9%	47,0%	47,1%	46,7%	45,7%
Vodafone	27,4%	27,4%	26,9%	28,4%	30,9%	33,4%	34,4%	33,9%	32,5%	30,8%
Orange	15,2%	17,9%	19,1%	19,6%	19,4%	18,6%	17,8%	17,4%	17,6%	18,3%
RESTO OPERADORES	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,1%	0,1%	0,8%	1,6%	3,2%	5,2%
Yoigo							0,3%	0,9%	1,7%	2,9%
OMVs					0,1%	0,1%	0,5%	0,7%	1,5%	2,4%
Total	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

Fuente: Elaboración propia a partir de Informes anuales CMT 2002 a 2010

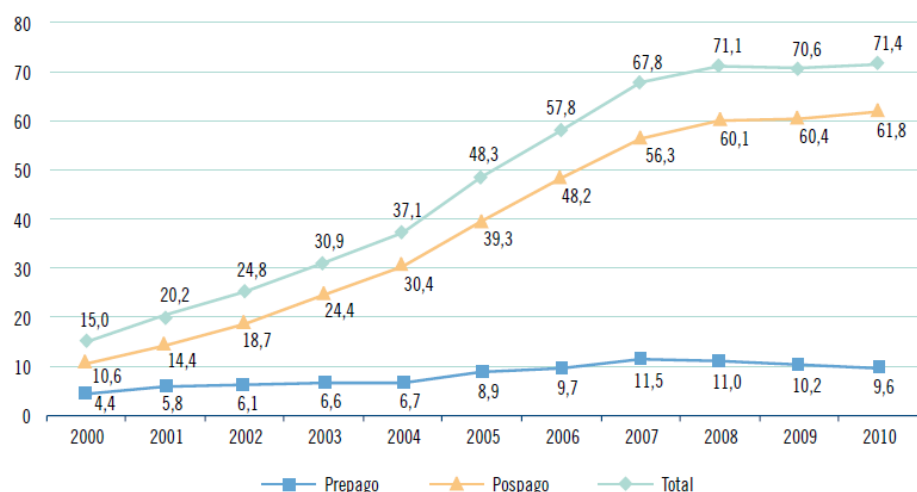
2.12. Desde un punto de vista de los servicios, el sector de comunicaciones móviles en España puede dividirse en servicios minoristas, que agrupa los servicios suministrados a los usuarios finales (mercados al por menor) y servicios mayoristas, que incluyen los recursos necesarios para que los operadores suministren tales servicios y productos a los usuarios finales (mercados al por mayor).

B. Servicios minoristas

2.13. Los operadores prestan servicios de conectividad a sus abonados a través del terminal móvil, que incluyen la transmisión de voz (llamadas y videollamadas), servicios de mensajería (mensajes cortos SMS y MMS), conexiones de datos y acceso a Internet, tanto de banda estrecha como de banda ancha, y otros servicios de valor añadido como acceso a contenidos premium o servicios de televisión móvil. Asimismo, han venido desarrollándose de manera relevante las líneas móviles asociadas a máquinas.

2.14. En términos de tráfico, las comunicaciones de voz presentan la siguiente evolución:

EVOLUCIÓN DEL TRÁFICO POR REDES MÓVILES (miles de millones de minutos)



Fuente: Informe anual CMT 2010

2.15. Los ingresos derivados de los mercados minoristas de telefonía móvil en España durante el año 2010 ascendieron a 14.024 millones de euros. En el cuadro siguiente desglosan los ingresos para los diferentes grupos de servicios, donde se aprecia que los mensajes cortos representan en torno al 9% de los ingresos minoristas de telefonía móvil en el año 2010.

INGRESOS MERCADOS MINORISTAS COMUNICACIONES MÓVILES EN ESPAÑA <i>POR MODALIDAD SERVICIO (millones euros)</i>						
	2005	2006	2007	2008	2009	2010
<i>Telefonía móvil</i>	11.981,89	13.251,49	14.769,94	14.918,39	14.323,34	13.855,53
<i>Cuotas de alta y abono</i>	295,90	319,62	551,51	799,89	983,88	1.362,58
<i>Tráfico</i>	9.829,73	10.821,27	11.692,47	11.280,18	10.270,95	9.273,01
<i>Mensajes cortos</i>	1.553,15	1.647,71	1.743,02	1.729,58	1.572,19	1.260,41
<i>Datos</i>	303,11	462,89	782,94	1.108,75	1.496,31	1.959,53
<i>Otros servicios</i>	118,01	92,82	116,87	149,27	133,80	168,41
Total	12.099,90	13.344,31	14.886,81	15.067,67	14.457,13	14.023,94

Fuente: Informe anual CMT 2010

2.16. Los operadores ofrecen contratos de postpago (conocidos como “contrato”) y de prepago (conocidos como “tarjeta”). Los contratos de postpago implican en general un compromiso de gasto mínimo al mes por parte del abonado (consumo mínimo mensual), mientras que los de prepago no tienen tal tipo de compromiso. A final de 2010, había 31,5 millones de líneas postpago, el 61% del total (excluyendo datacads), y 20,1 millones de líneas prepago, el 39%. En términos de ingresos, las líneas de postpago reportaban el 85,6% de los ingresos en ese momento, y las de prepago el 14,4% restante. Los ingresos medios por línea varían, por tanto, de manera relevante entre las líneas postpago y las prepago, como puede apreciarse en el cuadro siguiente de ingreso medio anual, elaborado por la CMT para año 2010:

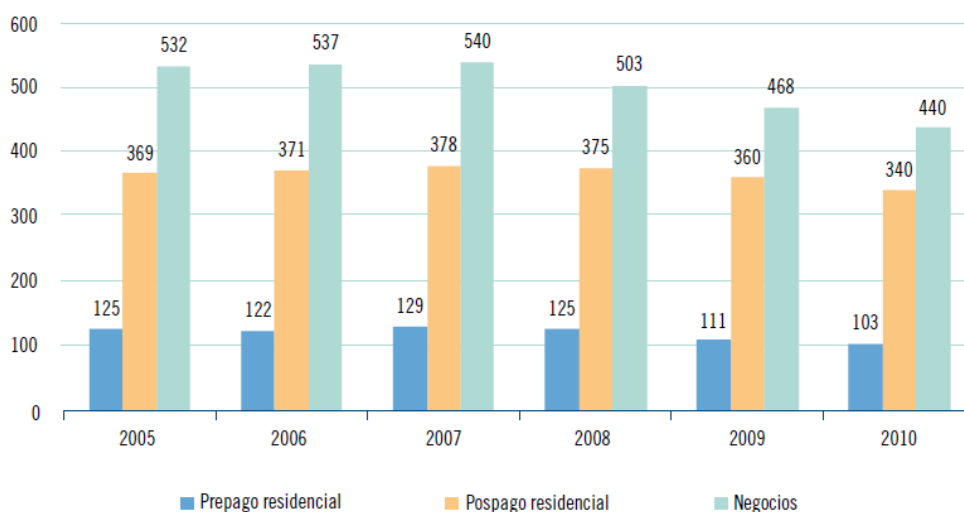
90. INGRESOS TOTALES POR LÍNEA (euros/línea/año)

	PREPAGO	POSPAGO	TOTAL
Servicio de voz	68,67	294,10	206,11
Cuotas	-	43,31	26,41
Tráfico	68,67	250,79	179,71
Mensajes cortos	14,91	30,52	24,43
Datos	19,38	49,88	37,97

Fuente: Informe anual CMT 2010

- 2.17. En lo que se refiere al empaquetamiento de los servicios de comunicaciones móviles con otros servicios de comunicaciones electrónicas, solo en fechas muy recientes ha comenzado una cierta dinámica en la oferta de estos empaquetamientos. La CMT no recoge por el momento en sus informes trimestrales o anuales datos de empaquetamientos con servicios móviles.
- 2.18. Por el lado de la demanda, los abonados pueden dividirse en clientes residenciales y de negocios. En el año 2010 los ingresos del segmento residencial representaban el 64,9% del total, frente al 35,1% del segmento de negocios. En ese año había 40,8 millones de líneas residenciales (79%) y 10,8 millones de líneas de negocios (21%). Los ingresos medios por línea de negocios son significativamente más elevados que los correspondientes a líneas residenciales, presentado estas modalidades una notable estabilidad temporal, tal y como se refleja en el cuadro siguiente tomado del informe anual de la CMT 2010.

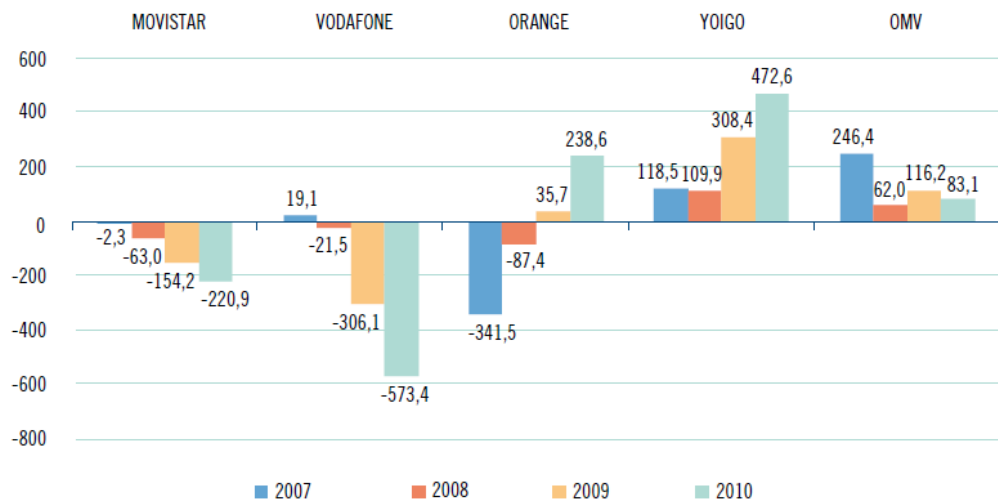
INGRESO MEDIO ANUAL POR LÍNEA (euros/línea)



Fuente: Informe anual CMT 2010

- 2.19. Merece igualmente una mención el sistema de portabilidad de número, que es la posibilidad que tiene un cliente de cambiar de operador manteniendo su número móvil. La portabilidad no conlleva coste directo para el consumidor y tradicionalmente se registra un volumen alto de cambios año tras año. En el año 2010, se realizaron un total de 4.827.719 portabilidades. A pesar del elevado número absoluto de portabilidades realizadas, ello no se ha traducido en una variación significativa en los saldos netos de ganancia o pérdida de clientes de los principales operadores en términos relativos al total de líneas de cada uno de ellos.

SALDO NETO DE PORTABILIDAD POR OPERADOR (miles de líneas)



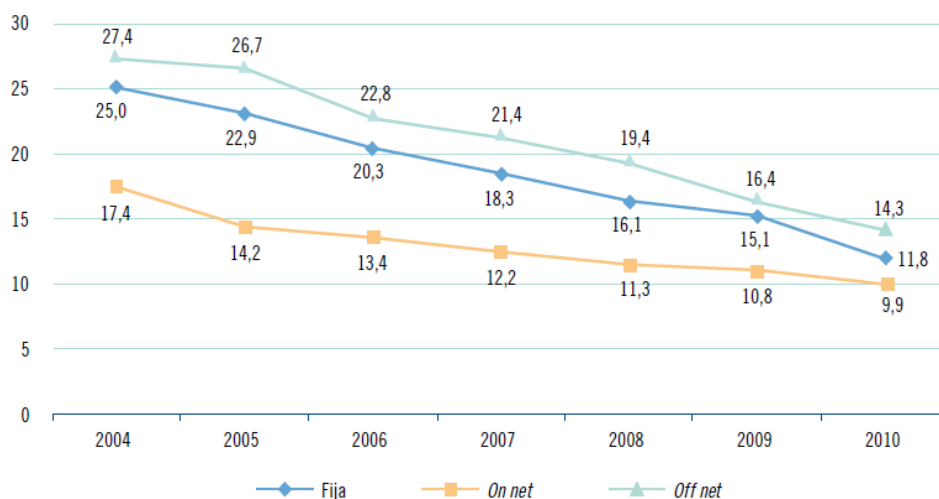
Fuente: Informe anual CMT 2010

- 2.20. Las estructuras de precios presentan notables diferencias en función del tipo de servicio de que se trate. Sin ánimo de resultar exhaustivos con las diferentes modalidades existentes, se resumen a continuación las estructuras más habituales para los diferentes servicios.
- 2.21. Así, en el caso de las llamadas de voz, se han venido manteniendo unos precios por llamada que comprenden un cargo inicial fijo por establecimiento de la llamada y un cargo variable en función de la duración de cada llamada. Para las llamadas nacionales, dichos precios se cargan a la persona que inicia la llamada, siendo gratuitos para el llamado.
- 2.22. En el caso de los mensajes cortos, tanto SMS como MMS, los operadores suelen facturar un precio fijo por cada mensaje enviado.
- 2.23. Tanto para las llamadas de voz como para el caso de los mensajes cortos existen otras opciones diferentes a las mayoritarias, que incluyen bonos de minutos para realizar llamadas o bonos de mensajes y, en los últimos meses, han comenzado a ofrecerse también tarifas planas para llamadas de voz.
- 2.24. En el caso de los servicios de conexiones de datos y acceso a internet, implantados en fechas más recientes, se han establecido por los operadores tanto modalidades de tarificación por consumo de tráfico de datos, como modalidades de “tarifa plana”, con un cargo fijo mensual, semanal o diario, acompañado en general de un límite absoluto del volumen de datos a descargar (a partir del cual se comienza a pagar por el tráfico de datos adicional o se reduce significativamente la velocidad de descarga).

2.25. Otra variable muy relevante en la determinación del precio minorista de los servicios de llamadas voz y de mensajes cortos es atendiendo al destino de la llamada o mensaje. Por una parte, existe una diferenciación entre llamadas nacionales e internacionales. Por otra parte, para el caso de las llamadas nacionales, los precios suelen presentar diferencias relevantes cuando se trata de llamadas o mensajes dirigidos a clientes del propio operador que origina la llamada (on-net), respecto de los dirigidos a clientes de otros operadores (off-net). Así, el tráfico on-net presenta unos precios minoristas medios más reducidos que el tráfico off-net.

2.26. En el gráfico siguiente se recoge la evolución en los últimos años del ingreso medio por minuto para llamadas de voz originadas en las redes móviles y con destino en la red fija, en la red móvil propia (on-net) o en las redes móviles de terceros (off-net).

EVOLUCIÓN DEL INGRESO MEDIO POR MINUTO POR TIPO DE TRÁFICO (céntimos de euro/minuto)



Fuente: Informe anual CMT 2010

2.27. Estos ingresos medios de las llamadas de voz móvil han presentado una gradual reducción en el tiempo, tal y como queda reflejado en la gráfica anterior.

2.28. Esta diferenciación es notablemente más acusada en el caso de las llamadas de voz que en el caso de los mensajes cortos, como se puede apreciar si se compara el gráfico recogido en el apartado 2.26 con los ingresos medios por mensajes cortos que se recogen en el HP 4.44.

2.29. Excepto en el caso del servicio de itinerancia internacional, el sistema de facturación de los servicios de telefonía móvil en España se basa en el principio de “el que llama paga” (CPP, “calling party pays”). Como consecuencia de este sistema de facturación, el usuario llamado no soporta

coste alguno por recibir llamadas o mensajes cortos, siendo el coste de la comunicación facturada íntegramente al cliente que ha originado la comunicación. En las comunicaciones off-net, el operador que factura la comunicación ha de pagar al operador del cliente destino de la misma un importe correspondiente al precio de terminación de la llamada.

- 2.30. A partir de la información facilitada por TME, VODAFONE y ORANGE a la Dirección de Investigación, relativa al servicio de terminación de mensajes cortos, segmentada según el origen del tráfico, se ha calculado la asimetría del tráfico entre cada par de redes de TME, VODAFONE y ORANGE. La asimetría se ha determinado a partir de la diferencia entre tráfico originado y terminado en cada par de redes respecto del tráfico total intercambiado entre dichas redes. En los cuadros siguientes se recogen los resultados de la asimetría del tráfico de terminación para los mensajes cortos SMS y MMS entre TME, VODAFONE y ORANGE.

SIMETRIA DE TRAFICO MAYORISTA ANUAL DE TERMINACION SMS ENTRE LOS 3 OPERADORES

(Tráfico originado en operador 1 - Tráfico originado en operador 2) / (Tráfico originado en operador 1 + Tráfico originado en operador 2)

(% DE MENSAJES)	2.000	2.001	2.002	2.003	2.004	2.005	2.006	2.007	2.008	2.009	2.010
TME-VODAFONE	9,9%	5,6%	6,9%	2,4%	3,0%	3,1%	2,1%	1,0%	1,1%	1,7%	3,9%
TME-ORANGE	65,8%	2,2%	1,1%	0,0%	0,2%	0,2%	0,2%	1,4%	3,0%	3,9%	6,5%
VODAFONE-ORANGE	10,9%	11,1%	7,9%	0,8%	2,6%	2,8%	1,8%	2,7%	4,7%	4,1%	2,6%

SIMETRIA DE TRAFICO MAYORISTA ANUAL DE TERMINACION MMS ENTRE LOS 3 OPERADORES

(Tráfico originado en operador 1 - Tráfico originado en operador 2) / (Tráfico originado en operador 1 + Tráfico originado en operador 2)

(% DE MENSAJES)	2.005	2.006	2.007	2.008	2.009	2.010
TME-VODAFONE	5,5%	5,7%	30,2%	2,0%	3,2%	0,1%
TME-ORANGE	1,2%	3,3%	1,9%	3,8%	5,2%	6,5%
VODAFONE-ORANGE	14,1%	7,9%	30,5%	0,2%	9,5%	6,8%

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de mercado aportados por TME, VODAFONE y ORANGE (Folios 1585 y 1621)

- 2.31. Como puede apreciarse, en ambos servicios se observa una fuerte simetría en el tráfico entre las redes de TME, VODAFONE y ORANGE, lo que unido a la simetría de los precios unitarios, conduce a una situación en la que los ingresos por terminación de cada uno de ellos son equivalentes a los pagos que ha de realizar a los otros dos operadores.
- 2.32. En lo que se refiere a las cuotas de mercado por operador, los mercados de servicios minoristas presentan una estructura similar a la del sector global. En los cuadros siguientes se muestra la evolución de los ingresos por servicios minoristas y las cuotas de mercado por operador, obtenidos a partir de los datos de los informes anuales de la CMT.

INGRESOS TOTALES SERVICIOS MINORISTAS (millones de euros)										
	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
TOTAL 3 OPERADORES	6.298	7.453	8.811	10.382	12.086	13.332	14.777	14.851	14.024	13.339
Movistar	3.812	4.268	5.021	5.680	6.293	6.676	7.305	7.364	6.937	6.594
Vodafone	1.603	1.961	2.246	2.814	3.594	4.357	4.990	4.988	4.612	4.270
Orange	884	1.224	1.545	1.888	2.199	2.299	2.483	2.499	2.475	2.475
RESTO OPERADORES	0	0	0	0	13	12	109	217	434	685
Yoigo							35	107	201	337
OMVs					13	12	74	109	233	348
Total	6.298	7.453	8.811	10.382	12.100	13.344	14.887	15.068	14.457	14.024

CUOTAS MERCADO INGRESOS TOTALES SERVICIOS MINORISTAS (% sobre mercado total)										
	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Cuota mercado total										
TOTAL 3 OPERADORES	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	99,9%	99,9%	99,3%	98,6%	97,0%	95,1%
Movistar	60,5%	57,3%	57,0%	54,7%	52,0%	50,0%	49,1%	48,9%	48,0%	47,0%
Vodafone	25,4%	26,3%	25,5%	27,1%	29,7%	32,7%	33,5%	33,1%	31,9%	30,4%
Orange	14,0%	16,4%	17,5%	18,2%	18,2%	17,2%	16,7%	16,6%	17,1%	17,6%
RESTO OPERADORES	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,1%	0,1%	0,7%	1,4%	3,0%	4,9%
Yoigo							0,2%	0,7%	1,4%	2,4%
OMVs					0,1%	0,1%	0,5%	0,7%	1,6%	2,5%
Total	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

Fuente: Elaboración propia a partir de Informes anuales CMT 2002 a 2010

C. Servicios mayoristas

2.33. Como señala la CMT en su informe anual 2010, el ámbito mayorista de telefonía móvil se compone de diversos servicios que tienen como principal objetivo permitir el acceso a una red móvil y/o interconectar dicha red con el resto de redes de telecomunicaciones (redes fijas o móviles).

2.34. Los servicios de interconexión más relevantes son:

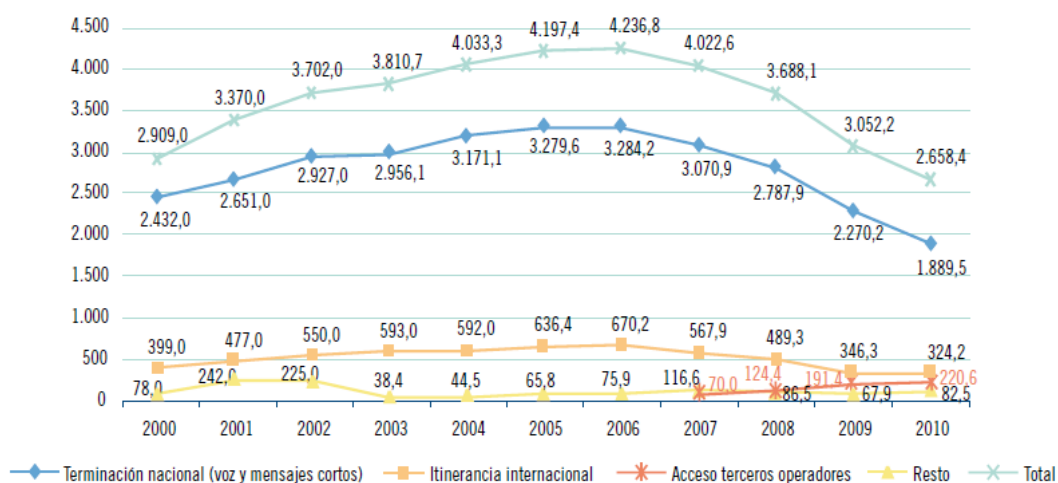
- la terminación nacional, es decir, el servicio que permite finalizar una comunicación móvil originada en una red distinta de la red de destino;
- el servicio de itinerancia internacional o roaming, utilizado por aquellos clientes de operadores extranjeros que, a pesar de que su operador no dispone de infraestructuras propias en territorio nacional, pueden seguir accediendo a los servicios móviles a través del acceso a una red nacional ajena;
- el servicio de terminación internacional —servicio que permite finalizar en una red móvil nacional las llamadas originadas en el extranjero—; y
- el servicio de acceso a redes móviles por parte de terceros operadores que no disponen de infraestructuras propias.

2.35. A los efectos del presente expediente, dentro del servicio de originación móvil se encuentran incluidos tanto los servicios de originación que los operadores con red propia (OMRs) prestan a los operadores móviles virtuales (OMV), como los servicios de itinerancia nacional. Mediante los servicios de itinerancia nacional un OMR ofrece a otro OMR servicios de acceso en las zonas en las que éste último no ha desplegado su propia red de acceso. Se trata de servicios equivalentes a los servicios de originación

ofrecidos a los OMVs, con la única diferencia de que pueden tener carácter transitorio mientras el operador que contrata dichos servicios de itinerancia nacional no despliega su propia red de acceso.

- 2.36. Los servicios de terminación, tanto de llamadas de voz como de mensajes cortos, y los de itinerancia internacional, están presentes en el mercado desde el inicio de los servicios de telefonía móvil en competencia, por resultar necesarios para la interoperabilidad de las distintas redes.
- 2.37. Los servicios mayoristas de origenación son más recientes y comienzan a prestarse por los operadores con red de acceso propia a los OMVs a finales de 2006, al igual que el servicio de itinerancia nacional prestado a Yoigo para complementar la cobertura de su propia red de acceso en aquellos lugares donde dicha red no está desplegada.
- 2.38. En el año 2010, los diferentes servicios mayoristas representaron un volumen de negocio total de 2.658 millones de euros. Desde el año 2006, este sector ha venido presentando una progresiva disminución en cuanto a ingresos totales, en gran medida debido a la regulación adoptada por la CMT, que se detalla en el apartado 3 de estos HP, que ha establecido unos precios máximos decrecientes para los servicios mayoristas de terminación de llamadas de voz. En el cuadro siguiente se recoge la evolución de los ingresos de los diferentes tipos de servicios mayoristas.

EVOLUCIÓN DE LOS INGRESOS DEL MERCADO MAYORISTA (millones de euros)



Fuente: CMT

- 2.39. La distribución de los servicios mayoristas entre los diferentes servicios se recoge en el cuadro siguiente tomado del informe anual de la CMT del año 2010. Así, en 2010 los servicios mayoristas de terminación y origenación de mensajes cortos representaron cerca del 12% de todos los servicios mayoristas.

104. INGRESOS DE LOS SERVICIOS DE INTERCONEXIÓN³⁹ (millones de euros)

	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Terminación móvil	3.396,82	3.495,29	3.490,60	3.267,99	2.987,80	2.446,67	2.031,04
Terminación nacional	3.171,12	3.279,58	3.284,16	3.070,86	2.787,94	2.270,20	1.889,48
Tráfico	2.980,65	3.079,06	3.074,34	2.845,37	2.569,16	2.063,75	1.686,37
Mensajes cortos	190,47	200,52	209,82	225,48	218,78	206,45	203,11
Terminación internacional	225,70	215,70	206,44	197,13	199,86	176,46	141,56
Tráfico	217,90	199,79	178,57	164,04	153,11	118,26	97,73
Mensajes cortos	7,81	15,91	27,87	33,09	46,75	58,21	43,83
Acceso móvil	43,06	59,31	55,93	110,37	177,47	241,22	276,18
Números 900	43,06	59,31	55,93	40,33	53,05	49,79	55,55
Terceros operadores	-	-	-	70,05	124,42	191,43	220,63
Voz	-	-	-	64,44	113,21	175,75	194,35
Mensajes cortos	-	-	-	5,60	11,20	15,69	26,28
Tránsito en red móvil	-	-	-	66,31	2,70	2,19	8,98
Itinerancia clientes de operadores extranjeros	591,98	636,36	670,24	567,91	489,28	346,27	324,23
Voz	506,55	509,31	521,96	409,11	334,70	241,75	234,55
Datos	11,54	24,67	36,77	39,41	42,73	33,60	51,67
Mensajes cortos	73,89	102,38	111,51	119,39	111,85	70,92	38,01
Otros servicios de interconexión	1,47	6,45	20,01	9,98	30,83	15,89	17,94
Total	4.033,34	4.197,41	4.236,78	4.022,55	3.688,09	3.052,24	2.658,37

Fuente: Informe anual CMT 2010

2.40. En los cuadros siguientes se recogen las cuotas en término de ingresos para el conjunto de servicios mayoristas móviles de los diferentes operadores.

INGRESOS TOTALES SERVICIOS MAYORISTAS (millones de euros)										
	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
TOTAL 3 OPERADORES	3.371	3.703	3.811	4.033	4.191	4.237	3.983	3.606	2.922	2.473
Movistar	1.733	1.840	1.790	1.810	1.790	1.751	1.591	1.473	1.234	1.034
Vodafone	1.051	1.091	1.152	1.280	1.444	1.508	1.511	1.364	1.073	868
Orange	586	772	869	944	957	978	881	769	614	572
RESTO OPERADORES	0	0	0	0	0	0	39	82	131	185
Yoigo						0,05	22	65	100	138
OMVs						0,01	17	18	30	47
Total	3.371	3.703	3.811	4.033	4.191	4.237	4.023	3.688	3.052	2.658

CUOTAS MERCADO INGRESOS TOTALES SERVICIOS MAYORISTAS (% sobre mercado total)										
Cuota mercado total	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
TOTAL 3 OPERADORES	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	99,0%	97,8%	95,7%	93,0%
Movistar	51,4%	49,7%	47,0%	44,9%	42,7%	41,3%	39,6%	39,9%	40,4%	38,9%
Vodafone	31,2%	29,5%	30,2%	31,7%	34,5%	35,6%	37,6%	37,0%	35,2%	32,6%
Orange	17,4%	20,9%	22,8%	23,4%	22,8%	23,1%	21,9%	20,9%	20,1%	21,5%
RESTO OPERADORES	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	1,0%	2,2%	4,3%	7,0%
Yoigo							0,6%	1,8%	3,3%	5,2%
OMVs					0,0%	0,0%	0,4%	0,5%	1,0%	1,8%
Total	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

Fuente: Elaboración propia a partir de Informes anuales CMT 2002 a 2010

2.41. El mercado mayorista de acceso y originación en redes móviles contabilizó, a finales de 2011, más de 290 millones de euros de facturación. Esta cantidad equivale al 2,1% de la facturación total de los operadores. TME, a pesar de ser el operador con un menor número de OMVs en su red, es el que aglutina la mayor parte del mercado desde que consiguió ser el prestador de los servicios mayoristas a Yoigo en 1 de junio de 2008.

D. Barreras de entrada

2.42. Las comunicaciones móviles cuentan con importantes barreras de entrada.

2.43. Una de las principales barreras a la entrada deriva fundamentalmente de la existencia de una limitación en el número de operadores que disponen de red de acceso propia (OMRs), consecuencia del espectro radioeléctrico disponible en las distintas bandas de frecuencias que se pueden utilizar para prestar servicios de telefonía móvil, que han sido adjudicadas a través de concursos públicos.

2.44. Esto implica que durante un número elevado de años del periodo analizado sólo hayan existido tres operadores OMRs, TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE, número que se amplió a finales de 2006 a Yoigo.

2.45. Se trata esta de una barrera de entrada absoluta e infranqueable de carácter regulatorio, que impidió en la práctica la aparición de nuevos operadores hasta el desarrollo de la regulación ex ante de la CMT relativa a los OMVs, cuya entrada se produjo fundamentalmente a partir de finales de 2006 sobre la base de los de servicios mayoristas de originación y de terminación proporcionados por los OMRs competidores en la prestación de servicios finales.

2.46. Ello obliga a que los operadores de telefonía móvil que deseen prestar servicios en el mercado español lo hagan bajo la modalidad de operador móvil virtual (OMV). Para los OMV los costes de acceso al mercado tampoco son desdeñables puesto que deben afrontar el coste de los servicios mayoristas que les prestan los operadores con red propia (OMR), la necesidad de una red de distribución muy amplia, elevadas inversiones en marketing y publicidad que caracterizan a este mercado y, en el caso de los OMV completos, el desarrollo de la parte de red propia necesaria y la

interconexión de esta red con el resto de redes, así como el desarrollo de sus propias tarjetas SIM.

- 2.47. En general, puede afirmarse que la puesta en el mercado de un OMV resulta costosa y requiere de unos periodos de tiempo elevados. El caso más próximo podría ser el de grandes cadenas de distribución o empresas, con una amplia red de puntos de venta, que opten a prestar servicios de telefonía móvil bajo la modalidad de OMV revendedor sin redes propias. Incluso en este caso, es necesario afrontar elevados costes de adaptación de los puntos de venta, formación de los vendedores, disponibilidad de terminales, realización de importantes campañas de publicidad, puesta en marcha de servicios especializados de atención al cliente de los servicios móviles, etc.

3. Regulación de los mercados de comunicaciones móviles

A. Antecedentes

- 3.1. Los operadores de telefonía móvil presentes en el mercado español se encuentran sometidos a las obligaciones y condiciones regulatorias establecidas con carácter general en la normativa sectorial para los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, recogidas en su mayor parte en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y sus normas de desarrollo. En el caso de los operadores de telefonía móvil con red de acceso propia, éstos se encuentran sometidos asimismo a la regulación en materia de espectro radioeléctrico, así como a las condiciones que, en su caso, se deriven de los correspondientes procedimientos de adjudicación de las licencias de uso de dicho espectro.
- 3.2. Al margen de ello, los servicios de comunicaciones móviles han estado sometidos a determinada regulación específica establecida por la CMT, que ha afectado a los servicios mayoristas de interconexión prestados por estos operadores. Esta regulación específica ha pasado por dos etapas diferentes.
- 3.3. Una primera etapa hasta el año 2006, en la que se venían aplicando las disposiciones relativas a los servicios mayoristas de interconexión recogidas en la ya derogada Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones.
- 3.4. Conforme a lo previsto en la Disposición Adicional duodécima de la Ley 11/1998, *“Los operadores de telefonía móvil automática que tengan la condición de dominantes en el mercado nacional de interconexión, presentarán a los Ministerios de Economía y de Ciencia y Tecnología y a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, antes del 31 de julio de cada año, los estados de costes que justifiquen los precios de interconexión. Estos estados de costes serán los correspondientes al último ejercicio cerrado y al inmediatamente anterior y deberán presentarse auditados externamente.”*

- 3.5. Derogada la Ley 11/1998, el apartado 3 de la disposición transitoria primera de la vigente Ley 32/2003 *“Los mercados de referencia actualmente existentes, los operadores dominantes en dichos mercados y las obligaciones que tienen impuestas dichos operadores continuarán en vigor hasta que, en los términos fijados en el título II, se fijen los nuevos mercados de referencia, las empresas con poder significativo en dichos mercados y sus obligaciones”*.
- 3.6. La segunda etapa, a partir de 2006, fecha en la que la CMT completó el análisis de los servicios mayoristas de terminación de llamadas en las redes móviles de dichos mercados, en el marco del proceso de análisis de mercados previsto en el artículo 10 de la Ley 32/2003. A través de este proceso, la CMT ha establecido determinadas obligaciones a los operadores declarados con poder significativo en los mercados mayoristas de terminación móvil, así como en el mercado mayorista de originación móvil.
- 3.7. En los apartados siguientes se analiza de manera resumida el alcance de esta regulación específica de los servicios mayoristas en aquellos aspectos que resultan relevantes a efectos del presente expediente.
- 3.8. En cuanto a los servicios minoristas de telefonía móvil, no están sujetos a regulación de precios, siendo éstos establecidos de manera libre por los operadores presentes en el mercado.
- 3.9. Por último, se va analizar el Reglamento (CE) 717/2007, de 27 de junio de 2007, relativo a la itinerancia en las redes públicas de telefonía móvil en la Comunidad, posteriormente modificado en 2009, en el que se regula ciertos aspectos relativos a los servicios mayoristas y minoristas de telefonía móvil prestados en itinerancia internacional de ámbito comunitario.

B. Regulación de los mercados mayoristas de telefonía móvil hasta 2006. Sistema de contabilidad de costes

- 3.10. Como se ha mencionado, con anterioridad a 2006 los servicios mayoristas de terminación móvil venían regulados por las previsiones de la ya derogada Ley 11/1998 y sus normas de desarrollo. En lo que concierne más directamente al presente expediente, el aspecto más relevante de esta etapa regulatoria es el relativo a la obligación de los operadores dominantes en los mercados mayoristas de interconexión móvil de llevar una contabilidad de costes.
- 3.11. El artículo 13 del Reglamento por el que se desarrolla el Título II de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (hoy ya derogado), aprobado por el Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio, establecía que los precios de interconexión se determinarán en función del coste real de su prestación, señalando asimismo que *“A efectos de determinar el coste real, el operador obligado deberá formar y presentar anualmente una contabilidad de costes, de acuerdo con los principios y las normas contenidas en este Reglamento y siguiendo las instrucciones que dicte la Comisión del Mercado*

de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus facultades. La contabilidad habrá de ser sometida a auditoría externa bajo la supervisión de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”.

- 3.12. Por Resolución de 27 de julio de 2000, la CMT declaró a TME y a VODAFONE, operadores dominantes en el mercado nacional de servicios de interconexión (terminación de llamadas) y en el mercado de telefonía móvil.
- 3.13. La contabilidad de costes prevista regulatoriamente habría de ajustarse a los principios contables recogidos en el anexo a la Resolución de la CMT de 15 de julio de 1999 (Acuerdo por el que se aprueban los principios, criterios y condiciones para el desarrollo del sistema de contabilidad de costes), conforme a lo dispuesto en la resolución de fecha 27 de julio de 2000 (Acuerdo por el que se aprueban los principios, criterios y condiciones para el desarrollo del sistema de contabilidad de costes de los operadores declarados dominantes).
- 3.14. Con fecha 20 de diciembre de 2001, la CMT dictó una Resolución por la que se aprobaba el sistema de contabilidad de costes de TME, y con fecha 16 de mayo de 2002 la CMT aprobó el sistema de contabilidad de costes de VODAFONE.
- 3.15. A continuación, la CMT procedió a aprobar la tasa anual de retorno para el cómputo de los costes de capital en la Contabilidad de Costes, así como los tipos de amortización a aplicar para cada uno de dichos operadores.
- 3.16. Finalmente, mediante resoluciones de 26 de junio de 2003, la CMT aprobó los resultados de la contabilidad de costes de TME y VODAFONE de los ejercicios 2000 y 2001.
- 3.17. Siguiendo un esquema similar al señalado con anterioridad, ORANGE (Retevisión móvil) fue declarado por la CMT operador dominante en el mercado de la interconexión móvil mediante resolución de 11 de septiembre de 2003, y sometido a la obligación de presentar ante la CMT sus sistema de contabilidad de costes en las mismas condiciones a las que ya venían obligados TME y VODAFONE desde el año 2000. La CMT aprobó el 14 de diciembre de 2004 el sistema de contabilidad de costes de ORANGE, y el 30 de marzo de 2006 aprobó los resultados de la contabilidad de costes de este operador del ejercicio 2004.
- 3.18. La declaración de TME, VODAFONE y ORANGE como operadores dominantes en el mercado de interconexión móvil por la CMT, conforme a las previsiones de la ya derogada Ley 11/1998, con las obligaciones ya señaladas, se mantuvo hasta 2006, momento en el que la CMT completó su análisis del mercado de terminación móvil.
- 3.19. En el caso de TME, esta entidad ha presentado ante la CMT sus costes bajo el estándar de costes históricos a partir del ejercicio 2000, y ha introducido también el estándar de costes corrientes en el año 2008. En el caso de VODAFONE, ésta ha presentado sus costes bajo ambos estándares a partir

del ejercicio 2002, y solamente bajo el estándar de costes históricos para los ejercicios 2000 y 2001. ORANGE ha presentado sus costes sólo bajo el estándar de costes históricos, desde el año 2004.

3.20. A partir de los datos de contabilidad de costes de TME, VODAFONE y ORANGE, la CMT procedió a fijar en sucesivas resoluciones los precios máximos del servicio mayorista de terminación de llamadas de voz en las redes de cada uno de dichos operadores. Los precios de los servicios mayoristas de terminación de mensajes cortos no han sido objeto de regulación por parte de la CMT.

C. Regulación de los mercados mayoristas de terminación móvil a partir de 2006

3.21. Con fecha 23 de febrero de 2006 la CMT adoptaba una resolución por la que se analizaba el mercado de terminación de llamadas de voz en las redes de telefonía móvil, conforme al proceso de análisis de mercados previsto en la Ley 32/2003.

3.22. Según la definición elaborada por la CMT, la terminación de una llamada telefónica en una red telefónica móvil, *“Es un servicio que se presta entre operadores de redes: cada operador de red móvil (en adelante, ORM) lo ofrece a los demás operadores, tanto fijos como móviles para que puedan completar las llamadas telefónicas que gestionan y que tienen como destino a un abonado conectada a dicha red móvil.”*

3.23. La CMT constataba asimismo la existencia de un mercado de terminación diferente para cada operador móvil presente en el mercado, al no existir sustituibilidad por el lado de la demanda (“el operador del usuario llamante no tiene más opción que terminar la llamada en la red elegida por el usuario llamado, y no otra”), ni por el lado de la oferta (pues con la tecnología disponible únicamente el operador móvil del que es cliente el usuario llamado puede ofrecerle el servicio de terminación de llamadas de las que es destinatario). Por otra parte, el modelo de facturación del servicio minorista, que se realiza bajo el principio de que paga el usuario que llama y la llamada es gratuita para el que la recibe, refuerza la posibilidad de actuación independiente por parte del operador móvil que presta servicio al usuario llamado en cuanto a los servicios mayoristas, cuyo nivel de precios carecería de un efecto económico directo sobre sus propios clientes.

3.24. De acuerdo con ello, según la CMT, cada operador tendría poder significativo de mercado en la terminación de llamadas en su propia red, con una cuota de mercado del 100%.

3.25. En esta resolución de 23 de febrero de 2006, la CMT identifica como operadores con poder significativo en el mercado de terminación de llamadas a TME, VODAFONE y ORANGE (los 3 operadores presentes en el mercado en esa fecha), y les impone a cada uno de ellos la obligación de proporcionar servicios de terminación a todos los operadores. Como parte de

estas obligaciones, se incluían las de ofrecer los servicios de terminación a precios orientados en función de los costes de producción, separación de cuentas y no discriminación.

- 3.26. En virtud de las obligaciones referidas con anterioridad, la CMT estableció los precios máximos de interconexión de terminación de llamadas de voz en las redes de dichos operadores conforme a un esquema de precios decrecientes (glide-path) que finalizaba en septiembre de 2009.
- 3.27. Con fecha 4 de octubre de 2007 la CMT adoptaba una nueva resolución relativa a la terminación de llamadas de voz, en este caso en la red de Xfera Móviles S.A. (Yoigo), operador al que se imponía asimismo la obligación de proporcionar servicios de terminación a todos los operadores. A diferencia de los otros tres operadores con red propia (TME, VODAFONE y ORANGE), a Yoigo se le imponía la obligación de ofrecer precios razonables por la prestación de los servicios de terminación de llamadas de voz y la de no discriminación. En dicha resolución se fijaba una senda de precios máximos considerados razonables para la terminación de llamadas de voz en la red de Yoigo.
- 3.28. El 7 de febrero de 2008 la CMT adoptó una tercera resolución relativa a los mercados de terminación de llamadas de voz en las redes de los OMVs completos, con obligaciones similares a las ya citadas para el caso de Yoigo. En esta resolución se establecía asimismo que los precios máximos considerados razonables para la terminación de llamadas en las redes de estos operadores se corresponden con los precios medios aprobados por la CMT a los operadores de red anfitriones que prestan servicios a cada uno de los OMVs.
- 3.29. En virtud de los análisis de mercados referidos con anterioridad, la CMT estableció los precios máximos de interconexión de terminación de llamadas de voz en las diferentes redes conforme a un esquema de precios decrecientes (glide-path) que finalizaba en septiembre de 2009, conforme al esquema siguiente (precios máximos en euros por minuto de llamadas de voz).

Glide Path (2006-2009) de precios máximos de terminación de llamadas de voz de los OMRs (euros/minuto):

	OCT2006-MAR2007	ABR2007-SEP2007	OCT2007-MAR2008	ABR2008-SEP2008	OCT2008-MAR2009	ABR2009-SEP2009
TME	0,1114	0,1031	0,0948	0,0866	0,0783	0,07
VODAFONE	0,1135	0,1048	0,0961	0,0874	0,0787	0,07
ORANGE	0,1213	0,111	0,1008	0,0905	0,0803	0,07
YOIGO			0,143649	0,130523	0,117364	0,104174

Fuente: Elaboración propia a partir de resoluciones CMT (Resoluciones de la CMT de 28.09.2006 por la que se fijan precios de interconexión de terminación en las redes de TME, Vodafone y Orange, y Resolución de 4.10.2007 sobre la definición y el análisis del mercado de terminación de llamadas vocales en la red de Xfera Móviles, S.A.)

- 3.30. En lo relativo a las obligaciones de presentación de la contabilidad de costes, dicha obligación continuaba siendo exigible a TME, VODAFONE y ORANGE, en el marco de su obligación de orientar los precios de

terminación a los costes, mientras que no era exigible a Yoigo y los OMVs, para los que se imponía la obligación de precios razonables.

- 3.31. Por otra parte, durante el año 2008, la CMT emprendió una revisión de la regulación ex ante en los distintos mercados de terminación de llamadas de voz
- 3.32. En su propuesta inicial, la CMT proponía la imposición de obligaciones en los mercados de servicios de terminación de llamadas de voz, excluyendo la imposición de obligaciones regulatorias ex ante en los mercados de terminación de mensajes cortos SMS en las redes de telefonía móvil.
- 3.33. Con fecha 18 de diciembre de 2008 la CMT aprobó la regulación ex ante revisada de los mercados mayoristas de terminación de llamadas de voz en las redes móviles. En esta resolución la CMT aprobó el mantenimiento de las obligaciones establecidas en la primera ronda para los tres grupos de operadores antes señalados (TME-VODAFONE-ORANGE, Yoigo, OMVs completos).
- 3.34. Como cuestión reseñable, cabe destacar que la CMT ha extendido hasta 2012 la regulación de precios máximos decrecientes de terminación de llamadas de voz (glide-path) con el objetivo de alcanzar un precio final para este servicio mayorista de 4,97 céntimos de euro por minuto para Yoigo y 4,0 céntimos por minuto para el resto de operadores citados (Véase Resolución de la CMT de 29.07.2009 por la que se aprueba la determinación de un glide path para la fijación de los precios de interconexión de terminación de voz en las redes móviles de los operadores declarados con poder significativo de mercado).
- 3.35. Al igual que en todas las medidas regulatorias establecidas desde el año 2000, en los mercados mayoristas de terminación móvil, la regulación adoptada en 2008, y hoy todavía vigente, regula la terminación de llamadas de voz y excluye la regulación de mercados mayoristas de mensajes cortos SMS o MMS.
- 3.36. A este respecto, la CMT valora en su resolución de 18 de diciembre de 2008 que *“esta Comisión considera apropiado realizar un análisis específico de las condiciones de competencia del mercado de terminación de SMS en redes móviles individuales y su relación con el nivel de competencia en la prestación de los correspondientes servicios minoristas.”* No obstante, no se tiene constancia de que se haya realizado dicho análisis específico.

D. Regulación del mercado mayorista de originación móvil

- 3.37. Mediante Resolución del Consejo de la CMT de fecha 7 de julio de 2005, se acordó iniciar el procedimiento para la definición y análisis del mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición

de obligaciones específicas, así como la apertura del trámite de información pública y la solicitud de informe al Servicio de Defensa de la Competencia.

- 3.38. El Proyecto de Medida fue notificado a la Comisión Europea el 23 de diciembre de 2005. Con fecha 30 de enero de 2006 tuvo entrada en el Registro de la CMT escrito de la Comisión Europea aceptando la definición y análisis notificados por la CMT.
- 3.39. Con fecha 2 de febrero de 2006, la CMT adoptó su *Resolución sobre definición del mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil, el análisis del mismo, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la propuesta de obligaciones específicas*.
- 3.40. Según señala la CMT en su resumen sobre el alcance de esta resolución, este mercado recoge la figura de los Operadores Móviles Virtuales (OMV). Concretamente, el mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de comunicaciones móviles en España se define como aquél en el que cualquier operador de red móvil de acceso propia facilita a otro operador (OMV) el acceso y la originación de llamadas de voz y datos en la red móvil de dicho Operador de Red Móvil (ORM).
- 3.41. La CMT considera incluidos dentro de este mercado mayorista diversos servicios de acceso y originación de llamadas en las redes móviles, que permiten que operadores que no disponen de derechos de uso del espectro, puedan suministrar a sus clientes los servicios minoristas descendentes. A continuación, se detallan dichos servicios mayoristas:
- a) Servicios mayoristas de acceso a las redes públicas de comunicaciones móviles y sus facilidades asociadas, que permiten 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.
 - b) Servicios mayoristas de interconexión de originación de tráfico de voz en dichas redes, que incluyen:
 - Originación de llamadas al por mayor, que permiten a otros operadores la prestación del servicio de tráfico móvil a sus clientes finales.
 - Volumen de minutos al por mayor empaquetado con el acceso (reventa), que permite a los proveedores de servicios revender los servicios móviles de comunicación. Estos proveedores de servicios pueden adquirir un volumen determinado de minutos o capacidad.
 - c) Servicios mayoristas de interconexión de originación de tráfico de datos sobre redes móviles, que permiten 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.

d) Itinerancia (roaming) nacional, que permite a un operador con red móvil 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.

3.42. En su análisis sobre la estructura del mercado, la CMT estudia por una parte el ámbito minorista y, por otra, el ámbito mayorista de originación.

3.43. En cuanto al ámbito minorista, la CMT ha constatado en su resolución la existencia de diferentes problemas y deficiencias con un efecto directo en la competencia. En relación con los mensajes cortos, la CMT realiza un análisis sobre la evolución de sus precios, señalando lo siguiente:

“En el año 2000 el ingreso medio por mensaje es igual a 11,4 céntimos Euro, en el 2004 esta magnitud es de a 10,7. En dicho período el volumen de mensajes cortos se ha incrementado en un 380%. En el primer trimestre de 2005 se ha registrado un incremento en el ingreso medio por mensaje corto del 10,4%. Se comprueba que el servicio de mensajería no ha transmitido a los usuarios mejoras en el precio debido a disminuciones de costos por economías de escala y alcance.”

3.44. En cuanto a los mercados mayoristas de acceso y originación móvil, tras analizar la estructura y características de estos mercados, la CMT determinó la existencia de un poder significativo de mercado colectivo por parte de los operadores TME, VODAFONE y ORANGE (en aquella fecha bajo la denominación Retevisión Móvil).

3.45. Para ello, la CMT constataba la existencia de un número muy reducido de operadores, con unos niveles de concentración muy elevados y estables, un mercado altamente transparente, la existencia de unas fuertes barreras a la entrada, en particular las barreras legales de acceso al espectro radioeléctrico que resultan infranqueables y que dan lugar a la existencia de instalaciones esenciales y la inexistencia de competencia potencial significativa.

3.46. De acuerdo con ello, la CMT destacaba los incentivos de TME, VODAFONE y ORANGE para alinear sus comportamientos competitivos y mantener el statu quo existente, así como la facilidad para la detección de desviaciones por parte de cualquiera de los operadores y la existencia de mecanismos de retorsión.

3.47. Como resultado de su análisis, la CMT resolvió imponer a cada uno de los tres operadores mencionados la obligación de poner a disposición a terceros todos los elementos necesarios para la prestación de los servicios de acceso y originación móvil minorista, obligación vigente hasta la fecha actual. Dicha obligación se concretaba en las condiciones de:

- a) Atender a las solicitudes razonables de acceso a recursos específicos de sus redes y a su utilización
 - b) Ofrecer precios razonables por la prestación de los servicios de acceso.
- 3.48. TME presentó recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la CMT de 2 de febrero de 2006 antes mencionada. El principal motivo de impugnación en dicho recurso se refería a la declaración de existencia de un poder significativo de mercado colectivo en el mercado mayorista analizado. La Audiencia Nacional, en Sentencia de 12 de enero de 2009, desestimó dicho recurso y confirmó la resolución impugnada. Dicha Sentencia es firme.
- 3.49. Con fecha 10 de mayo de 2012 la CMT adoptó una propuesta de revisión relativa a *“la definición y análisis del mercado de acceso y originación mayorista en redes móviles, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la propuesta de obligaciones específicas”*. En dicha propuesta la CMT considera vigente la definición del mercado relevante mayorista de acceso y originación en redes móviles de la resolución de 2006, que lo caracterizaba como aquél que incluye los servicios mayoristas necesarios para que un operador que no cuente con espectro y las infraestructuras de red necesarias pueda ofrecer servicios de comunicaciones móviles a usuarios finales, tanto de voz, como de datos (SMS, acceso a Internet, etc.). Esta propuesta de análisis a fecha de hoy, no ha sido aprobada.

E. Contabilidad regulatoria de costes de los operadores de telefonía móvil

- 3.50. Como ya se ha señalado, a través de sucesivas disposiciones regulatorias, TME, VODAFONE y ORANGE han venido obligados a presentar hasta la fecha actual sus contabilidades de costes, los dos primeros desde el ejercicio 2000 y ORANGE desde el ejercicio 2004.
- 3.51. La Dirección de Investigación, en el marco del presente expediente ha solicitado a la CMT y a TME, VODAFONE y ORANGE la información relativa a los resultados de dichas contabilidades de costes, que han quedado incorporadas al expediente. En la medida en que información contenida en dichas contabilidades de costes se ha considerado relevante para este procedimiento, se estima conveniente realizar una breve referencia al alcance de dichos sistemas de contabilidad de costes.
- 3.52. Tal y como se ha señalado, la CMT aprobó el 15 de julio de 1999 los Principios, Criterios y Condiciones para el desarrollo del Sistema de Contabilidad de Costes (SCC) de Telefónica de España, S.A.U. Con fecha 27 de julio de 2000, la CMT resolvió declarar aplicables a los operadores designados como dominantes en ese momento o que en el futuro pudieran serlo y que estuvieran obligados a llevar un sistema de contabilidad de costes, los Principios, Criterios y Condiciones para el desarrollo del sistema de Contabilidad de Costes que se habían impuesto a Telefónica de España,

S.A.U. Por ello, estos principios resultaban de aplicación a los operadores de telefonía móvil.

3.53. Por las razones que se señalarán más adelante, los principios recogidos en dicha resolución de 15 de julio de 1999 han sido aplicables en lo esencial a los operadores móviles hasta el momento actual, con determinadas modificaciones producidas en el año 2006.

3.54. De acuerdo con dichos principios establecidos en julio de 1999, *“el Sistema de Costes que habrá de proponer la operadora, será de naturaleza “multiestándar”, de forma que permita obtener para cada período de contabilización determinaciones de los costes de los servicios de acuerdo con los estándares de coste siguientes:*

a) Costes Históricos Totalmente Distribuidos: Este estándar de costes se basa en la asignación de la totalidad de los costes incluidos en la contabilidad financiera externa para la producción de los distintos bienes o servicios, incorporando además el “coste de retribución al capital propio”.

b) Costes Corrientes Totalmente Distribuidos: Este estándar surge como una transición desde el estándar de costes históricos totalmente distribuidos hacia el de costes incrementales a largo plazo. Su aplicación práctica consistirá en:

1. Sustituir el coste de la inversión en los activos existentes por el coste de reposición, con la tecnología más avanzada disponible y dimensionamiento óptimo, recalculando, sobre el nuevo valor de los activos, los costes derivados de amortización y retribución al capital invertido.
2. Ajustar los costes operativos de acuerdo con criterios de eficiencia, excluyendo los costes de naturaleza extraordinaria.
3. Establecer los mecanismos de cálculo de los anteriores costes derivados de las inversiones en los activos reevaluados, de tal modo que se imputen al proceso productivo en función de su contribución al mismo y a las circunstancias (de valor, temporales y de eficiencia) actualizadas del mercado en sustitución de las históricamente registradas.”

3.55. Se preveía igualmente en dicha resolución la definición de un estándar de costes incrementales a largo plazo (LRAIC), que hasta la fecha no ha sido implantado de manera efectiva para TME, VODAFONE y ORANGE.

3.56. En el anexo de la resolución de la CMT de 15 de julio de 1999 ya citada, se recogen diferentes criterios y principios, entre los que se encuentran los aplicables a la valoración de los activos, determinación de costes financieros y costes de capital, imputación de costes asignables a servicios y costes comunes, determinación de ingresos, etc.

3.57. Los principios, criterios y condiciones definidos por la CMT especifican que el sistema de contabilidad de costes deberá respetar un proceso de 4 fases, que a su vez se podrán dividir en tantas subfases como lo considere oportuno la operadora. Las fases definidas por la CMT son:

Fase 1.a) Determinación de costes reflejados y calculados

Fase 1.b) Determinación de los ingresos reflejados

Fase 2) Asignación de costes a centros de actividad

Fase 3) Asignación de costes a servicios

Fase 4) Asignación de costes e ingresos a la cuenta de márgenes

3.58. La CMT recoge el detalle de cada una de estas fases en su resolución de 15 de julio de 1999.

“Fase 1.a) Determinación de costes reflejados y calculados: *extraídos de la contabilidad financiera externa se reflejarán en cuentas de la Contabilidad de Costes los “costes por naturaleza” divididos en dos agrupaciones: la de “costes externos reflejados de la contabilidad financiera externa” y la de “costes calculados” en función de los activos asignados al proceso productivo.*

La primera agrupación contendrá, en cuentas por naturaleza del gasto, los costes operacionales del ejercicio que tienen su demostración en las cuentas del Grupo 6 del Plan General Contable (PGC) sometidas a los criterios de valoración y temporalidad establecidos en esta resolución.

La segunda agrupación contendrá en cuentas, según la naturaleza del activo que las origina, las partidas de gastos por dotación a la amortización, gastos de desmontaje, gastos financieros, coste de capital, etc. que sean imputables a los costes del ejercicio en función del valor de los activos asignados a los diferentes procesos productivos.

Las diferencias entre el valor de las distintas partidas del Grupo 6 y la reflejada en la correspondiente cuenta de la contabilidad de costes, según el estándar de que se trate, serán reflejadas en una cuenta única de “Costes no imputables al estándar” diferenciando dentro de la misma la naturaleza de cada diferencia.

Fase 1.b) Determinación de los ingresos reflejados: *se establecerán en cuentas del sistema de costes los ingresos brutos por servicios (valorados a precios de catálogo) deduciendo como cargos a las mismas los descuentos, reducciones y bonificaciones de carácter comercial que se han devengado, reflejados del grupo 7 de cuentas de la contabilidad financiera externa. De esta primera fase 1. deberá poder extraerse una relación valorada de los costes e ingresos por naturaleza imputados en el ejercicio al conjunto de la actividad empresarial (de acuerdo con cada uno de los estándares de costes a determinar), conciliable con la contabilidad financiera externa.*

Los ingresos se asignarán directamente a los servicios en función de los registros contables y de la información de los sistemas de facturación. En aquellos casos excepcionales en los que esto no sea posible, los ingresos deberán asignarse basándose en el principio de causalidad.

Respecto a los ingresos financieros, deberán imputarse de la misma forma que las inversiones con las que se relacionan. Respecto a aquellos ingresos generados por inversiones financieras en otras actividades, como participaciones en filiales y asociadas, se asignarán a “otras actividades no relacionadas con el negocio de las telecomunicaciones en España”.

Fase 2) Asignación de costes a “centros de actividad”: *en esta segunda fase la totalidad de los costes reflejados y calculados deberá quedar asignada a “centros de actividad”, de forma que se pueda extraer una “visión matricial” que relacione los resultados de la fase 1.a) con los “centros de actividad” definidos en el Sistema.*

Mediante las subfases que contenga la fase 2) que se consideren oportunas, se podrán desarrollar diferentes estadios de distribución de los costes en “centros de costes” diferentes de los “centros de actividad” definidos especialmente por el Sistema, de forma que, mediante procesos de asignación causal, conduzcan a la visión matricial anteriormente indicada.

Fase 3) Asignación de costes a “servicios”: *los costes imputados a cada “centro de actividad” en la fase anterior deberán quedar asignados a los distintos “servicios” de forma que con los resultados se pueda extraer una “visión matricial” que cruce los “centros de actividad” con los “servicios”, reflejando la imputación de coste que cada centro de actividad realiza a cada servicio. Todos los “centros de actividad” calificados como asignables deberán tener una o varias variables “generadoras” vinculadas a ellos y rigurosamente definidas en el sistema, el cual proveerá del criterio de reparto del coste total del “centro de actividad” entre los diferentes “servicios”, en función de la aportación de su actividad a la producción de éstos.*

Los costes de los “centros de actividad componentes de red” se asignarán en función del volumen de actividad realizada por cada centro y del grado de utilización que cada servicio realiza de éstos, configurando la tabla de factores de enrutamiento.

Para el reparto del coste total imputado a cada “centro de actividad” de los calificados como “no asignables” el sistema establecerá la base objetiva de reparto sobre los “servicios” debiéndose respetar el principio general de que los “servicios de interconexión” no reciben imputaciones procedentes de “centros de actividad no asignables” en cuantía superior al 10% del resto de los costes que le sean asignables.

Fase 4) Asignación de costes e ingresos a la cuenta de márgenes: *los costes imputados a los “servicios” en la fase anterior, deberán ser*

íntegramente reflejados en “ cuentas de márgenes correspondientes, así como los ingresos netos establecidos en la fase 1.b).

El “balance de sumas y saldos” obtenido a partir de la ejecución de esta fase constituirá la “Cuenta de Resultado Interno”, para cada uno de los estándares de costes “históricos” y “corrientes” totalmente distribuidos.”

- 3.59. Tras la aprobación de la primera ronda de análisis de mercados acometida por la CMT en 2006, tanto para el mercado mayorista de terminación de llamadas como el de acceso y originación, la CMT procedió a aprobar con fecha 13 de diciembre de 2007 un conjunto de normas para la adaptación de los sistemas de contabilidad de costes de los operadores móviles de red al nuevo marco regulatorio. En lo que concierne al presente expediente, las modificaciones más destacables consistían en la inclusión de información desglosada sobre servicios mayoristas de originación, así como un mayor grado de desglose de los diferentes servicios mayoristas y minoristas, incluidos los servicios de mensajes cortos en sus diferentes modalidades, y una mayor homogeneización entre los tres operadores obligados. No obstante, los aspectos sustanciales del sistema de contabilidad de costes mantenían las previsiones de la resolución de julio de 1999.
- 3.60. Mediante tres resoluciones de 19 de junio de 2008, la CMT procedió a modificar los sistemas de contabilidad de costes de TME, VODAFONE y ORANGE para adecuarlos a la resolución antes citada, quedando éstos obligados a incorporarlos a los resultados de sus respectivas contabilidades de costes a partir del ejercicio 2007 inclusive.
- 3.61. Adicionalmente, en las resoluciones de verificación de los resultados del sistema de contabilidad de costes de cada ejercicio, la CMT ha indicado modificaciones concretas a realizar por los operadores en su contabilidad.
- 3.62. En la fecha de emisión del presente PCH, el último ejercicio cuya contabilidad de costes había sido verificado y aprobado por la CMT es el ejercicio 2009 para TME, VODAFONE y ORANGE, verificación que se ha producido mediante resoluciones de la CMT de 28 de abril de 2011.
- 3.63. A modo de resumen, en lo que se refiere al presente expediente, el sistema de contabilidad de costes regulatoria a la que han venido sujetos los operadores de telefonía móvil TME, VODAFONE y ORANGE, desde las fechas ya señaladas para cada uno de ellos, responden a un modelo de costes totalmente distribuidos.
- 3.64. Este modelo computa la totalidad de los costes incurridos por el operador, incluyendo costes operativos, costes de capital determinados a partir de la amortización de los diferentes bienes, y costes de capital. Estos costes son imputados a los diferentes servicios, diferenciando los costes directamente atribuibles a servicios específicos de los costes comunes. Así, los primeros son objeto de una atribución directa y los segundos son atribuidos a los diferentes servicios mediante criterios de imputación objetivos propuestos

por el operador, en general basados en los ingresos por servicio, o en los costes acumulados.

- 3.65. Para determinar los costes de capital, la CMT aprueba anualmente para cada operador la tasa correspondiente al coste medio ponderado del capital (WACC), y para determinar los costes asociados a la red y demás inversiones, la CMT determina la vida útil de los diferentes elementos, que se utiliza como base para establecer la amortización anual imputable a cada uno de ellos.
- 3.66. Por su parte, los ingresos se determinan como los ingresos brutos correspondientes a cada servicio a precio de catálogo, minorados con los descuentos o promociones aplicadas.
- 3.67. De acuerdo con ello, la contabilidad de costes regulatoria permite obtener los datos de ingresos, costes y márgenes por servicios mediante la estimación directa de ingresos y el sistema de distribución de costes totales.
- 3.68. Por último, el modelo de la CMT prevé el uso simultáneo del estándar de costes históricos y el de costes corrientes. La principal diferencia entre ambos deriva del procedimiento para valoración de los activos y de la forma de computar los gastos extraordinarios.
- 3.69. En la práctica, los resultados de la contabilidad de costes de los operadores no presentan en general diferencias cuantitativas significativas a efectos de este expediente en cuanto a la aplicación de ambos estándares. Sin perjuicio de lo anterior, el único estándar de costes que ha sido utilizado por los tres operadores en todos los años que han elaborado una contabilidad de costes es el estándar de costes históricos.

F. Reglamento europeo sobre itinerancia internacional

- 3.70. En julio de 2009 se publicó el Reglamento (CE) No 544/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2009, por el que se modifican el Reglamento (CE) nº 717/2007 relativo a la itinerancia en las redes públicas de telefonía móvil en la Comunidad y la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas reglamento comunitario (CE) nº 544/2009 relativo a los servicios de itinerancia internacional dentro de la Unión Europea.
- 3.71. En este reglamento se modifica la regulación comunitaria existente, entre otros aspectos, extendiendo la regulación de determinados precios para los servicios mayoristas y minoristas de comunicaciones móviles en situaciones de itinerancia internacional a los servicios SMS.
- 3.72. Según señala el considerando 27 del reglamento, *“Por consiguiente, deben imponerse obligaciones reglamentarias con respecto a los servicios SMS itinerantes regulados a nivel mayorista, a fin de establecer una relación más razonable entre las tarifas al por mayor y los costes de prestación*

subyacentes, y a nivel minorista para proteger los intereses de los clientes itinerantes.”

3.73. En dicho Reglamento se establecen unos precios mayoristas máximos de 4 céntimos de euro por SMS, tanto de terminación como de originación de mensajes SMS en itinerancia internacional comunitaria. Igualmente, se fija un precio minorista máximo de 11 cent/SMS para los SMS enviados en itinerancia. Estos precios están vigentes desde el 1 de julio de 2009.

4. SERVICIOS MINORISTAS DE MENSAJES CORTOS

4.1. En el caso de los servicios de mensajería, se pueden distinguir los principales tipos de servicios siguientes:

- Servicios de mensajes de texto (SMS) entre abonados. El servicio de mensajes cortos de texto o SMS (Short Message Service) es un servicio disponible en los teléfonos móviles que permite el envío de mensajes cortos entre teléfonos móviles, teléfonos fijos y otros dispositivos de mano. Con carácter general los mensajes de texto SMS constan de una cadena alfanumérica de hasta 160 caracteres de longitud máxima limitada por el protocolo. Dentro de ellos podemos distinguir diferentes categorías:
 - Nacional
 - On-net si ambos usuarios son clientes del mismo operador
 - Off-net si el mensaje corto se intercambia entre abonados de distintos operadores
 - Internacional
- Servicios de mensajes multimedia entre abonados (Multimedia Messaging System, MMS), para los que se pueden identificar idénticas categorías a los SMS. Se trata de un estándar de mensajería que permite a los teléfonos móviles enviar y recibir contenidos multimedia, incorporando sonido, video, fotos o cualquier otro contenido disponible en el futuro. La mensajería multimedia permite el envío de estos contenidos además a cuentas de correo electrónico, ampliando las posibilidades de la comunicación móvil, pudiendo publicar fotografías digitales o actuar en weblogs sin mediación de un ordenador. El límite de cada mensaje multimedia suele ser de 100 o 300 KB, dependiendo de cada móvil, si bien ese límite lo definen el operador o las características del terminal y no el protocolo.
- Servicios de valor añadido sobre SMS o MMS, en los cuales se utiliza la capacidad de transmisión de los servicios de mensajes para facilitar al usuario la descarga de contenidos (tonos, melodías, logos), o bien el acceso a servicios de información bajo la modalidad de suscripción (información, alertas, noticias,...).

- 4.2. La DI analiza las características peculiares de los mensajes cortos por comparación a los servicios de llamadas de voz. Desde el punto de vista de la demanda, los servicios de llamadas de voz y de mensajes cortos responden a necesidades de comunicación diferentes.
- 4.3. Las llamadas de voz implican una comunicación bidireccional en tiempo real que permite mantener una conversación entre el usuario llamante y el llamado.
- 4.4. Los mensajes cortos, por el contrario, responden a una comunicación unidireccional en modo diferido, equivalente a la de la correspondencia postal, en la cual no existe necesariamente la posibilidad de establecer una conversación inmediata con el destinatario. El usuario que envía el mensaje no puede conocer el momento en el que el destinatario del mensaje va a recibir su contenido (por ejemplo por tener su terminal desconectado o encontrarse fuera de cobertura) y tampoco el momento en el que va a acceder al mismo una vez que el mensaje hay sido entregado a su terminal móvil.
- 4.5. Por otra parte, las características de ambos servicios presentan diferencias importantes en cuanto al contenido a transmitir. Las llamadas de voz no cuentan con una limitación en cuanto a la cantidad máxima de la información a intercambiar, que puede ser tan extensa como desee el usuario, simplemente prolongando la duración de la llamada. Por su parte, los servicios de mensajes cortos presentan limitaciones absolutas en cuanto a la cantidad de información que puede intercambiarse en cada comunicación.
- 4.6. En el caso de los MMS constituyen una evolución de los SMS, al permitir el envío de texto, audio, video o imágenes o una combinación de éstos, aunque con un tamaño limitado, en general a 300KB, siendo utilizados de manera habitual por los usuarios para intercambiarse fotografías digitales o videos cortos de formato reducido. Esta clase de información no puede obviamente intercambiarse a través de una llamada de voz.
- 4.7. Asimismo, la propia naturaleza de los mensajes cortos resultan especialmente útiles para la comunicación en situaciones o lugares en la que se exige discreción (reuniones, cines, teatros,...), donde una conversación de voz no resultaría posible o apropiada.
- 4.8. Por último, los esquemas tarifarios y de precios asociados a los mensajes cortos difieren de manera notable de los esquemas tarifarios asociados a las llamadas de voz. Como norma general, los mensajes cortos se tarifican a un precio fijo por mensaje, con independencia de su contenido, horario diario o semanal en que se envían, o que el abonado tenga una suscripción prepago o una modalidad de contrato. Las llamadas de voz tienen en general un precio variable, con un precio inicial de establecimiento y un coste variable asociado a la duración, y los precios pueden variar de manera importante en función de los factores señalados de horario, modalidad de contrato, etc.

- 4.9. La DI también analiza las diferencias de la mensajería con respecto a los servicios de acceso a internet en movilidad. Algunos de los servicios accesibles a los usuarios de estas conexiones de datos móviles presentan una funcionalidad equivalente a la de los mensajes cortos, en particular, los servicios de correo electrónico móvil y los de chat. Tales servicios han tenido un auge importante en los últimos meses. Entre las razones para este crecimiento, se pueden señalar una mejora en la capacidad de las redes de telefonía móvil para proporcionar acceso a internet de banda ancha, la ampliación de la cobertura geográfica de estos servicios, o las ofertas comerciales por parte de los operadores ofreciendo tarifas planas y otras modalidades de precios.
- 4.10. Los servicios de acceso a internet móvil comenzaron a tener presencia en el mercado el año 2006, pudiendo diferenciarse dos grandes modalidades de comercialización. Por una parte, se comercializan líneas exclusivas de tráfico de datos (datacards) y, por otra, servicios de acceso a internet desde terminales móviles.
- 4.11. Las primeras buscan facilitar la conexión a Internet en movilidad de ordenadores portátiles u otros dispositivos equivalentes.
- 4.12. La segunda modalidad es la que permite disponer en los terminales móviles de los servicios tradicionales de las redes de telefonía móvil y, además, de los servicios propios de acceso a Internet desde dichos terminales (navegación por internet desde el terminal, correo electrónico, chat y otros servicios de información o geolocalización). En lo que concierne a la comparación con los servicios de mensajes cortos y a la posible sustituibilidad por el lado de la demanda, resulta relevante esta segunda modalidad.
- 4.13. La CMT viene facilitando datos sistemáticos de evolución del número de líneas con datacards, pero no de los terminales móviles con acceso a internet. No obstante, resulta relevante valorar la evolución del número de líneas tipo datacard como buen indicador de la evolución de los servicios de acceso móvil a Internet. En el apartado anterior, relativo al mercado minorista de comunicaciones móviles, se recogía la evolución del número de datacards desde 2006. En la tabla siguiente se recoge la proporción del número de líneas de tipo datacard sobre el total de líneas móviles existentes en el mercado español

Porcentaje de datacards sobre el total de líneas móviles

2006	2007	2008	2009	2010	2011
0,7%	1,3%	2,3%	3,7%	6,1%	6,0%

Fuente: elaboración propia a partir de datos del informe anual CMT 2011

- 4.14. La disponibilidad de estos servicios de acceso a internet desde el terminal móvil por parte del cliente final presenta dos requisitos básicos. Por una

parte, es necesario disponer de un terminal móvil que disponga de la capacidad técnica para realizar conexiones de datos y acceder a las aplicaciones disponibles y, por otra, contratar con su operador el servicio de acceso a estos servicios de datos en movilidad.

- 4.15. En cuanto a los terminales móviles, el servicio de mensajes cortos de texto presenta una accesibilidad universal a todo el parque de terminales. Sin embargo, la posibilidad de acceder a servicios de internet móvil requiere de terminales móviles más complejos y específicos, funcionalidades hasta la actualidad ofrecidas por los terminales de alta gama (Smartphone).
- 4.16. Para acceder a estos terminales tipo Smartphone, los usuarios tienen dos alternativas, o bien adquirir el terminal a elevados precios, o bien acogerse a las promociones de terminales gratuitos o a precios rebajados, realizadas por los principales operadores y asociadas a la contratación de tarifas planas de servicio de datos móviles con compromisos de gasto de diferentes cuantías.
- 4.17. Además de disponer de uno de estos terminales, el usuario debe contratar alguno de los servicios de datos y acceso a internet móvil ofrecidos por los operadores. En los últimos meses se han desarrollado diferentes opciones de precios y modalidades de contratación. En todo caso, la estructura de la oferta del servicio de internet móvil desde terminales móviles de TME, VODAFONE y ORANGE resulta similar.
- 4.18. En general, para la contratación de los diferentes planes de precio para servicios de acceso a internet móvil suelen requerir su contratación junto con alguno de los planes de precios de llamada de voz y mensajes cortos.
- 4.19. Además, se ofrecen tarifas planas mensuales que permiten el consumo de una cierta cantidad de tráfico de internet móvil máxima, superada la cual o bien se reduce drásticamente la velocidad de acceso a internet o bien se tarifa el tráfico adicional a un precio elevado por unidad de tráfico. Estas tarifas pueden variar de manera importante según el volumen de tráfico máximo incluido dentro de cada tarifa plana, si se trata de clientes contrato o prepago, o el tipo de tarifa de voz contratada y el gasto mínimo contratado en ésta última. Los precios oscilan entre 8-10 euros mensuales para tarifas planas con fuertes limitaciones en el tráfico máximo mensual (por ej. 100 MB/mes), creciendo con el tráfico máximo contratado hasta en entorno de los 50 euros/mes para tráficos incluidos en la tarifa en torno a 2GB por mes.
- 4.20. Los operadores ofrecen también a sus clientes la posibilidad de disponer de un contrato de acceso a internet móvil de pago por día de conexión con un volumen de tráfico incluido de unos 10MB por día, a un precio en torno a 1,0-1,5 euros por día en que el usuario se conecte. Al igual que en el caso de las tarifas planas, superado el volumen contratado, se reduce la velocidad o se tarifa el tráfico adicional a precios más elevados.

- 4.21. Asimismo, es conveniente evaluar el alcance que han tenido los servicios de acceso a internet móvil y, en particular, los servicios de correo electrónico móvil y chat. En su informe anual de 2009, la CMT señala que a final de ese año existían en España 2,9 millones de líneas que tenían contratado algún servicio de internet móvil desde el terminal. De ellas, 1,5 millones eran residenciales y 1,3 millones de negocios. De acuerdo con ello, un 5,6% de las 51 millones de líneas existentes a final de 2009 tenían contratado este servicio.
- 4.22. En su informe de 2010, la CMT señala que en dicho año un total de 8,7 millones de líneas accedieron al servicio de Internet móvil, lo cual supone que aproximadamente el 17% de los terminales móviles utilizaron de forma activa la banda ancha. Añade asimismo la CMT que aunque la intensidad de uso del acceso a Internet de una datacard es superior a la registrada en los terminales, la mayoría de los usuarios de Internet móvil, un 73,9%, se conectaron a través de estos terminales, casi todos ellos smartphones, quedando la conexión a través de datacards en segundo lugar en lo que a número de usuarios se refiere.
- 4.23. En su informe de 2011 la CMT ofrece los siguientes datos de uso y penetración de la banda ancha móvil:

DATOS DE USO Y PENETRACIÓN DE LA BANDA ANCHA MÓVIL

	2006	2006	2006	2006	2006	2006
Telefonía móvil	45.675.655	48.422.470	49.623.339	51.052.693	51.389.417	52.597.287
Líneas de voz vinculadas al servicio de banda ancha móvil*	s.d.	s.d.	s.d.	s.d.	s.d.	s.d.
% banda ancha móvil sobre telefonía móvil	s.d.	s.d.	s.d.	s.d.	s.d.	s.d.
Datacards	324.653	653.130	1.188.226	1.959.599	3.354.720	3.377.018
%Datacards sobre total	0,70%	1,30%	2,30%	3,70%	6,10%	6,00%
% banda ancha móvil +Datacards sobre total	s.d.	s.d.	s.d.	s.d.	s.d.	s.d.
Total (Telefonía móvil +Datacrds)	46.000.308	49.075.600	50.811.565	53.012.292	54.744.137	55.974.305

*Se incluye como línea vinculada al servicio de banda ancha móvil si: 1) está asociada al pago de una cuota recurrente vinculada al servicio de acceso a Internet; o 2) sin estar asociada al pago de una cuota recurrente, se ha conectado al servicio de acceso a Internet en los últimos tres meses y se le facturó por tal conexión. Se excluyen líneas vinculadas a datacards y líneas que hayan accedido a servicios de Internet móvil a través de portal propio (walled-garden)

Fuente: Informe anual CMT 2011

4.24. A la hora de valorar la adaptación de los terminales y el uso del correo electrónico móvil, existe información de utilidad en el Informe “Las TIC en los hogares españoles – Encuesta panel 30ª oleada – IV Trimestre 2010 Octubre-Diciembre” elaborada y publicada por la entidad pública empresarial Red.es, dependiente del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, y relativa a usuarios residenciales y profesionales.

4.25. De acuerdo con este informe, a final de 2010 un 39,5% de los terminales móviles disponen de capacidad para acceso a servicio de correo electrónico móvil o de chat. Un 16,1% de los usuarios que disponen de esta clase de terminal hacen uso de dicho servicio de correo electrónico móvil, y un 6,7% el servicio de chat. En dicho informe se recogen datos detallados sobre la evolución del uso de los diferentes servicios móviles, conforme a lo siguiente:

8.6. Principales usos y funciones de la telefonía móvil

29ª oleada
Jul-Sep 2010

% individuos		TRIM108	TRIM308	TRIM109	TRIM309	TRIM110	TRIM310
Recibir llamadas	Diario o semanal	72,8	73,6	76,6	74,2	75,8	76,9
	Mensual o esporádico	14,1	14,5	12,9	14,2	12,5	12,5
Realizar llamadas	Diario o semanal	69,4	70,1	72,1	71,5	72,5	73,1
	Mensual o esporádico	16,2	16,7	16,3	16,4	15,2	15,3
SMS	Diario o semanal	50,5	48,9	50,0	50,4	49,7	49,0
	Mensual o esporádico	32,9	35,7	35,0	34,0	35,6	35,9
Buzon de voz	Diario o semanal	12,8	11,3	10,1	10,2	10,2	8,8
	Mensual o esporádico	23,6	24,4	22,8	23,4	24,8	22,1
Chat	Diario o semanal	1,2	1,1	1,1	0,9	1,1	1,4
	Mensual o esporádico	3,5	3,0	3,2	2,9	3,5	4,4
Acceso a Internet	Diario o semanal	1,3	1,6	3,2	2,0	2,8	3,4
	Mensual o esporádico	4,1	4,5	4,1	5,0	5,6	6,1
Utilizar desde extranjero	Diario o semanal	0,6	0,7	0,8	0,8	0,8	0,3
	Mensual o esporádico	19,9	21,6	20,1	21,4	19,8	22,8
Información en el móvil	Diario o semanal	1,7	2,6	2,2	1,6	2,1	1,7
	Mensual o esporádico	12,0	12,7	11,8	12,4	11,1	12,8
Juegos descargables	Diario o semanal	0,9	1,1	0,9	0,8	1,0	0,9
	Mensual o esporádico	14,0	14,6	12,7	11,7	11,8	11,2
Mensajes multimedia	Diario o semanal	3,4	3,8	3,0	2,8	2,7	2,7
	Mensual o esporádico	32,9	36,4	36,2	35,3	36,6	36,6
Descarga de tonos/melodías	Diario o semanal	1,6	1,4	1,3	1,0	0,9	0,5
	Mensual o esporádico	23,5	24,4	20,8	20,0	20,2	19,2
Conexión WAP	Diario o semanal	1,2	1,5	2,0	2,1	2,7	3,1
	Mensual o esporádico	8,6	8,4	7,9	7,2	10,1	10,7
Correo electrónico	Diario o semanal	1,4	1,8	2,6	2,8	3,2	3,8
	Mensual o esporádico	5,5	5,5	5,0	6,5	6,2	7,2

Fuente: Las TIC en los hogares españoles – Encuesta panel 30ª oleada – IV Trimestre 2010 Octubre-Diciembre. Red.es

- 4.26. Según estos datos, en el tercer trimestre de 2010 un 3,8% de los usuarios utilizaban de manera frecuente el servicio de correo electrónico móvil y un 7,2% de manera esporádica, mientras que el servicio de chat era usado de manera habitual por un 1,4% de usuarios y de manera esporádica por un 4,4%. Ambos servicios son susceptibles de ser utilizados simultáneamente por un mismo usuario
- 4.27. De acuerdo con lo señalado en los párrafos precedentes y de los datos en el expediente en virtud de la actuación complementaria realizada (folios 5383-5385), el uso de los servicios de acceso a internet móvil y, en particular, el correo electrónico móvil o el chat va en ascenso. No obstante, se trata de un fenómeno relativamente reciente que cuenta todavía con un número limitado de usuarios.
- 4.28. Asimismo, la estructura de precios de los servicios de acceso a internet en movilidad presenta notables diferencias con los precios de los servicios de mensajes cortos. Mientras los primeros se comercializan en general mediante tarifas planas con precio fijo mensual, y en muchos casos asociadas a terminales de alta gama, los segundos suelen tarifarse a un precio fijo por mensaje enviado.
- 4.29. En cuanto a las características de los diferentes tipos de mensajes, SMS y mensajes multimedia MMS, es necesario señalar que si bien ambos responden a un modelo de comunicación similar, el contenido de la información transmitida y la estructura de precios de los SMS y los MMS presentan diferencias sustanciales.
- 4.30. Así, los SMS responden en general a una necesidad de comunicación breve y textual, tales como avisos, citas, mensajes breves, mientras que los MMS responden a intercambio de fotografías, videos, melodías o fragmentos de canciones.
- 4.31. Los patrones de uso de los mensajes SMS y MMS, según los datos recogido en el informe de la entidad Red.es antes referido, son muy diferentes. Mientras que el 49,0% de los clientes utiliza de manera habitual el servicio de SMS, solamente un 2,7% envía habitualmente mensajes multimedia.
- 4.32. Por otra parte, existen diferencias importantes en el precio de ambos servicios, puesto que el precio medio minorista de los mensajes SMS se han mantenido en torno a los 11 céntimos por mensaje, mientras que el precio medio de los MMS ha oscilado entre 50 y 60 céntimos por mensaje, cinco veces superior al SMS.
- 4.33. Asimismo, los mensajes MMS requieren de terminales móviles más avanzados con capacidad para manipular esa clase de contenidos. Según el informe de Red.es antes señalado, a final de 2010 un 68% de los terminales disponía de capacidad para enviar mensajes multimedia, mientras que la accesibilidad al SMS es posible en la totalidad de los terminales.

- 4.34. Con respecto a los mensajes cortos denominados SMS Premium, según los define la CMT en su resolución de 22 de julio de 2010 (Resolución del conflicto de acceso presentado por Alterna Project Marketing, S.L. frente a Telefónica Móviles España, S.A., sociedad unipersonal, France Telecom España, S.A., Vodafone España, S.A., sociedad unipersonal, Xfera Móviles, S.A. y Euskaltel, S.A. en relación con la imposibilidad de alcanzar un acuerdo para la prestación de servicios SMS Premium): *“El servicio SMS Premium consiste en un servicio de comunicaciones electrónicas mediante el cual se permite realizar el envío de mensajes de texto o mensajes multimedia que conllevan el pago por los usuarios de una retribución añadida al precio del servicio de envío de mensajes sobre el que se soportan en concepto de remuneración por la prestación de algún servicio de información, entretenimiento, comunicación u otros.”*
- 4.35. Los servicios de mensajes Premium permiten a los usuarios acceder a servicios como la descarga de melodías, tonos o logos para los terminales móviles, suscribirse a servicios de información en tiempo real tales como resultados deportivos o noticias, y otros servicios similares, pagando por ello los precios correspondientes según la información recibida. Ello contrasta con la utilidad de los mensajes cortos ordinarios que se realizan entre usuarios finales de telefonía móvil y responden a necesidades de comunicación esencialmente de carácter particular, profesional o laboral.
- 4.36. Según señala asimismo la CMT, en esta clase de servicios Premium intervienen el proveedor del contenido, el operador de almacenamiento y reenvío de mensajes o proveedor de servicios SMS Premium, que es el titular de los recursos de numeración utilizados para estos servicios y el encargado de proporcionar la conexión directa al centro de servicio de mensajes cortos (SMSC) de las redes públicas de telefonía móvil de los distintos operadores y, por último, el operador de acceso (operadores de telefonía móvil).
- 4.37. Según se recoge en los informes anuales de la CMT, el precio medio de los mensajes Premium casi duplica el de los SMS entre abonados.
- 4.38. En la citada resolución de julio de 2010 la CMT valora la posible sustituibilidad entre servicios de mensajes cortos entre abonados y servicios de mensajes Premium, concluyendo que *“En definitiva, desde un punto de vista minorista, los servicios SMS Premium se diferencian de los servicios SMS entre abonados por los contenidos asociados a los mismos. La disponibilidad a pagar por estos contenidos hace que los precios finales observados sean superiores a los precios de los mensajes cortos entre abonados.”*
- 4.39. De acuerdo con ello, los mensajes entre abonados y los mensajes Premium responden a necesidades de comunicación diferentes, presentan niveles de precios diferenciados e involucran a agentes muy distintos en la cadena de valor.

- 4.40. Ha de considerarse la existencia de diferencias entre los mensajes de ámbito nacional y los mensajes cortos en itinerancia internacional. Así, mediante los servicios de itinerancia internacional, los operadores españoles ofrecen a los clientes de operadores de otros países con los que tengan un acuerdo de itinerancia, la posibilidad de enviar y recibir llamadas, mensajes o acceder a otros servicios mientras se encuentren en territorio español.
- 4.41. Desde el punto de vista de la demanda los servicios nacionales y los servicios en itinerancia no resultan intercambiables, pues exigirían al visitante extranjero durante su estancia en España disponer de un contrato de servicios con uno de los operadores nacionales, utilizar numeración telefónica nacional, y disponer de un terminal adecuado, situación inviable en la práctica para estancias temporales o viajes de corta duración. Por otra parte, los precios de los servicios minoristas y mayoristas para itinerancia internacional de clientes comunitarios ha sido objeto de regulación por el Reglamento CE 544/2009 ya citado, regulación diferente a la prevalente para servicios nacionales.
- 4.42. Como puede apreciarse en las tablas siguientes, los servicios de mensajes cortos SMS entre abonados constituyen tanto por número de mensajes como por ingresos, la proporción mayoritaria del mercado global de los servicios de mensajería en el segmento de la telefonía móvil.

<i>NÚMERO MENSAJES CORTOS EN ESPAÑA (millones de mensajes)</i>						
	<i>2005</i>	<i>2006</i>	<i>2007</i>	<i>2008</i>	<i>2009</i>	<i>2010</i>
<i>Mensajes SMS entre abonados</i>	8.635,89	8.760,68	9.539,44	8.940,65	8.242,52	7.914,44
<i>Nacional</i>	8.512,86	8.620,58	9.379,30	8.770,88	8.075,26	7.740,91
<i>On-net</i>	5.221,65	5.501,99	6.258,74	5.393,61	4.874,29	4.564,29
<i>Off-net</i>	3.291,21	3.118,59	3.120,57	3.377,27	3.200,97	3.176,62
<i>Internacional</i>	123,03	140,1	160,14	169,77	167,26	173,53
<i>Mensajes MMS entre abonados</i>	143,67	216,24	276,34	159,14	129	158,91
<i>Nacional</i>	143,11	215,03	275,18	157,71	127,3	157,22
<i>On-net</i>	98,40	151,19	216,6	104,13	89,12	117,31
<i>Off-net</i>	44,70	63,84	58,57	53,58	38,18	39,91
<i>Internacional</i>	0,57	1,21	1,16	1,42	1,69	1,69

Servicios de tarificación adicional	4.014,94	4.404,31	2.483,47	2.516,66	2.184,30	735,66
Itinerancia internacional	33,45	44,54	96,7	114,87	103,4	111,75
Total	12.827,95	13.425,77	12.395,96	11.731,32	10.659,22	8.920,77

Fuente: Informes anuales CMT 2009 y 2010

INGRESOS MENSAJES CORTOS EN ESPAÑA (millones de euros)						
	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Mensajes SMS entre abonados	1.025,87	1.057,14	1.075,91	1.062,37	976,11	890,81
Nacional	950,64	981,13	993,80	977,78	902,50	818,33
On-net	529,56	580,27	565,09	553,16	488,33	432,54
Off-net	421,08	400,86	428,71	424,61	414,17	385,79
Internacional	75,23	76,01	82,12	84,60	73,61	72,48
Mensajes MMS entre abonados	55,19	70,99	88,69	96,83	82,13	77,44
Nacional	54,63	69,75	87,13	94,46	79,56	74,63
On-net	37,49	47,93	57,21	71,80	46,47	42,60
Off-net	17,14	21,82	29,92	22,66	33,09	32,03
Internacional	0,56	1,24	1,56	2,37	2,57	2,81
Servicios de tarificación adicional	440,53	477,41	525,58	517,93	475,25	256,85
Itinerancia internacional	31,55	42,18	52,83	52,44	38,71	35,32
Total	1.553,15	1.647,71	1.743,02	1.729,58	1.572,19	1.260,41

Fuente: Informes anuales CMT 2009 y 2010

4.43. La tabla siguiente en términos porcentuales permite apreciar que en el año 2010 más del 64% de los ingresos del mercado español de mensajes cortos corresponden a SMS nacionales, y en torno al 6% a MMS nacionales.

INGRESOS MENSAJES CORTOS EN ESPAÑA (% sobre total)						
	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Mensajes SMS entre abonados	66,1%	64,2%	61,7%	61,4%	62,1%	70,7%
Nacional	61,2%	59,5%	57,0%	56,5%	57,4%	64,9%
On-net	34,1%	35,2%	32,4%	32,0%	31,1%	34,3%
Off-net	27,1%	24,3%	24,6%	24,5%	26,3%	30,6%
Internacional	4,8%	4,6%	4,7%	4,9%	4,7%	5,8%
Mensajes MMS entre abonados	3,6%	4,3%	5,1%	5,6%	5,2%	6,1%
Nacional	3,5%	4,2%	5,0%	5,5%	5,1%	5,9%
On-net	2,4%	2,9%	3,3%	4,2%	3,0%	3,4%
Off-net	1,1%	1,3%	1,7%	1,3%	2,1%	2,5%
Internacional	0,0%	0,1%	0,1%	0,1%	0,2%	0,2%
Servicios de tarificación adicional	28,4%	29,0%	30,2%	29,9%	30,2%	20,4%
Itinerancia internacional	2,0%	2,6%	3,0%	3,0%	2,5%	2,8%
Total	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

Fuente: Informes anuales CMT 2009 y 2010

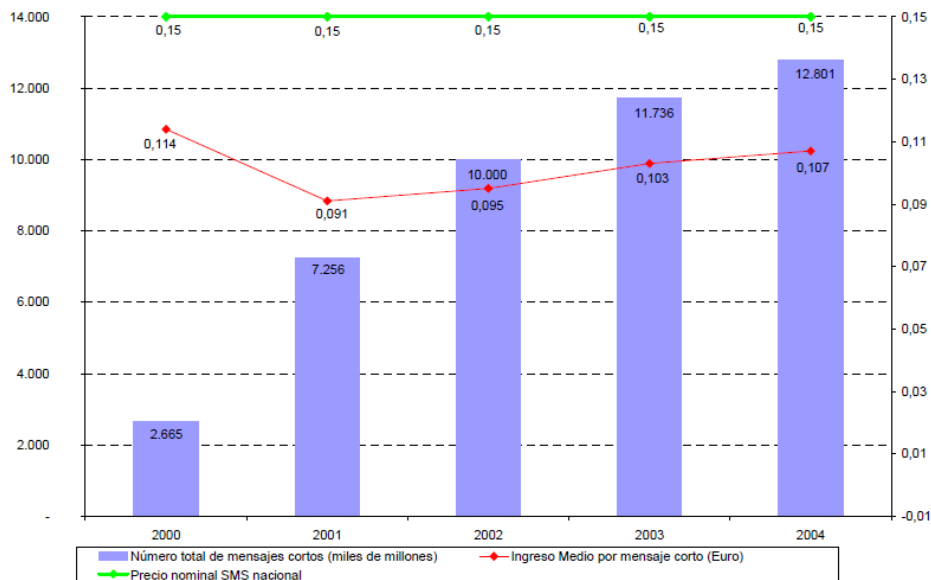
4.44. En cuanto a los precios, como ya se ha señalado, los precios minoristas de estos servicios no han estado sujetos a regulación y son fijados libremente por los operadores. A continuación se recoge la evolución de los precios medios de los diferentes tipos de servicios relacionados con los mensajes cortos.

INGRESOS POR MENSAJE CORTO EN ESPAÑA (céntimos euro/mensaje)						
	2005	2006	2007	2008	2009	2010
<i>Mensajes SMS entre abonados</i>	11,88	12,07	11,28	11,88	11,84	11,26
<i>Nacional</i>	11,17	11,38	10,60	11,15	11,18	10,57
<i>On-net</i>	10,14	10,55	9,03	10,26	10,02	9,48
<i>Off-net</i>	12,79	12,85	13,74	12,57	12,94	12,14
<i>Internacional</i>	61,15	54,25	51,28	49,83	44,01	41,77
<i>Mensajes MMS entre abonados</i>	38,41	32,83	32,09	60,85	63,67	48,73
<i>Nacional</i>	38,17	32,44	31,66	59,89	62,50	47,47
<i>On-net</i>	38,10	31,70	26,41	68,95	52,14	36,31
<i>Off-net</i>	38,34	34,18	51,08	42,29	86,67	80,26
<i>Internacional</i>	98,25	102,48	134,48	166,90	152,07	166,27
<i>Servicios de tarificación adicional</i>	10,97	10,84	21,16	20,58	21,76	34,91
<i>Itinerancia internacional</i>	94,32	94,70	54,63	45,65	37,44	31,61
Total	12,11	12,27	14,06	14,74	14,75	14,13

Fuente: Informes anuales CMT 2009 y 2010

4.45. Respecto de la evolución del volumen de mensajes cortos y de sus precios unitarios con anterioridad a 2005, la CMT en su Resolución de 2 de febrero de 2006 relativa al mercado mayorista de origenación móvil, publicó la tabla siguiente con datos desde 2000.

Gráfico II.3.9: Ingreso medio por mensaje corto (Euro)



Fuente: CMT

4.46. Por último, en cuanto a las cuotas de mercado, los datos públicos facilitados por la CMT hacen referencia a cuotas individualizadas por volumen de mensajes cortos en su conjunto, aglutinando por tanto SMS y MMS. No existen datos públicos de la CMT sobre cuotas de mercado individualizadas por ingresos correspondientes a los operadores del mercado español.

4.47. En los cuadros siguientes se recoge de manera resumida la evolución de las cuotas de los operadores para el conjunto de mensajes cortos, referidas a volumen total de mensajes enviados desde la red de cada operador.

2.1. MERCADO MINORISTA ANUAL: TRÁFICO MENSAJES CORTOS Y CUOTAS DE MERCADO									
TRAFICO DE MENSAJES CORTOS									
Millones de mensajes	2.002	2.003	2.004	2.005	2.006	2.007	2.008	2.009	2.010
Mensajes cortos	10.000	11.730	12.820	12.828	13.425	12.396	11.731	10.659	8.921
TME	7.140	7.820	7.890	6.989	7.045	5.486	5.061	4.617	3.742
Vodafone	1.370	1.820	2.370	3.123	3.590	4.191	3.529	3.464	3.422
Orange	1.490	2.090	2.560	2.716	2.790	2.657	2.979	2.305	1.320
Yoigo					0	32	105	176	280
OMV						30	57	99	157

CUOTA DE MERCADO TRÁFICO DE MENSAJES CORTOS									
Cuota de mercado (% mensajes)	2.002	2.003	2.004	2.005	2.006	2.007	2.008	2.009	2.010
Mensajes cortos	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
TME	71,4%	66,7%	61,5%	54,5%	52,5%	44,3%	43,1%	43,3%	42,0%
Vodafone	13,7%	15,5%	18,5%	24,3%	26,7%	33,8%	30,1%	32,5%	38,4%
Orange	14,9%	17,8%	20,0%	21,2%	20,8%	21,4%	25,4%	21,6%	14,8%
Yoigo						0,3%	0,9%	1,6%	3,1%
OMV						0,2%	0,5%	0,9%	1,8%

Fuente: elaboración propia a partir de informes anuales de la CMT (Folio 1578)

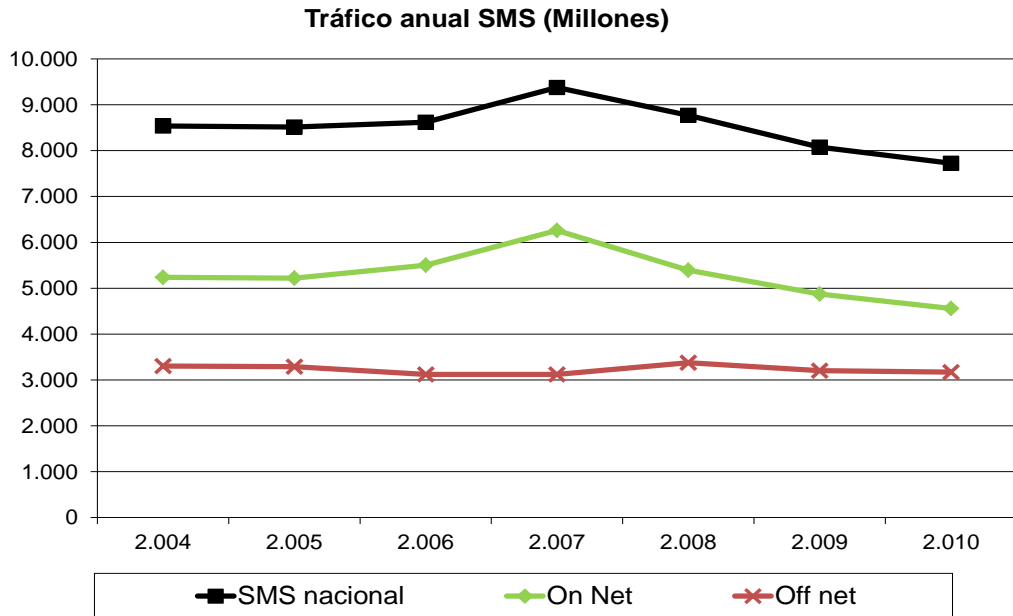
4.48. Como puede apreciarse, transcurridos 4 años desde la entrada en el mercado de Yoigo y de los OMVs, producida a final de 2006, el conjunto de competidores de TME, VODAFONE y ORANGE han alcanzado en el año 2010 una cuota global del 4,9% del ámbito minorista en términos de volumen de mensajes enviados.

4.49. De acuerdo con los datos que obran en poder de la CMT (propuesta de revisión relativa al mercado de acceso y originación referida en el HP 3.49) se encuentran activos en el mercado minorista español 9 OMVs completos, 14 OMVs prestadores de servicios (en adelante, PS) y Yoigo, como operador híbrido que presta servicios mediante red propia y servicios mayoristas de acceso de otro OMR. Dice la CMT: “La entrada de estos operadores en el mercado se ha producido de forma paulatina desde la entrada en vigor de la regulación mayorista impuesta por la CMT. Sin embargo, los procesos de negociación hicieron que la entrada más significativa en el nivel minorista se retrasara hasta los años 2008-2009”.

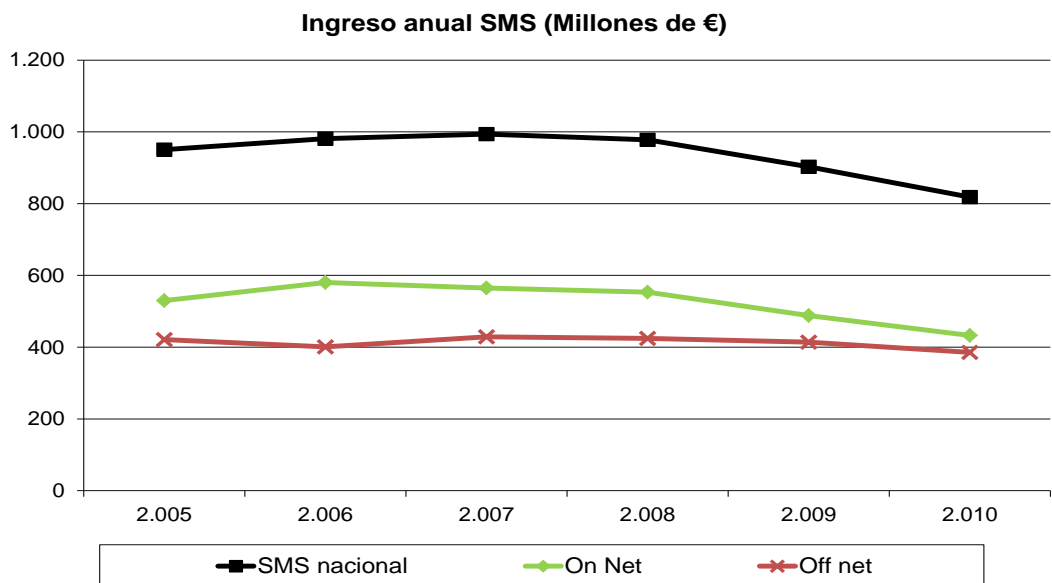
Servicios minoristas SMS nacional (folios 1581-1598, y sus versiones censuradas Folios 1590-1598, 1599-1607 y 1608-1616)

4.50. Los SMS comenzaron utilizarse desde el comienzo de los servicios de telefonía móvil digital en España.

4.51. El mercado ha presentado un progresivo crecimiento en volumen de SMS e ingresos hasta alcanzar su máximo en el año 2007, con un progresivo decrecimiento a partir de ese año. En los gráficos siguientes, elaborados a partir de los datos de los informes anuales de la CMT (folio 1578), se recoge la evolución del mercado de SMS nacional en términos de tráfico y de ingresos, así como de los SMS on-net u off-net.

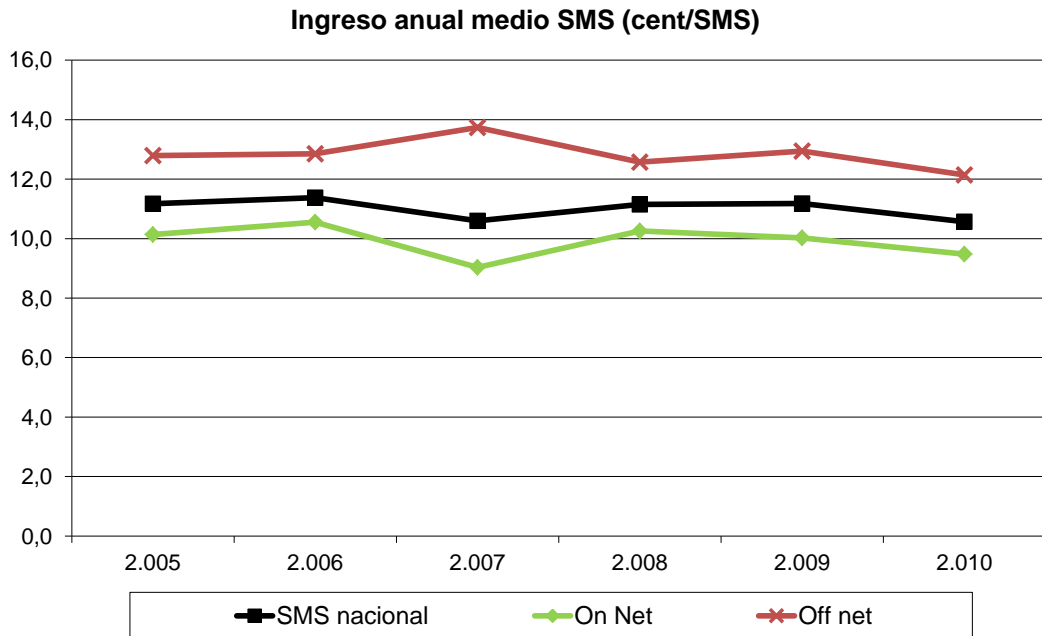


Fuente: Elaboración propia a partir de informes anuales CMT 2004 a 2010



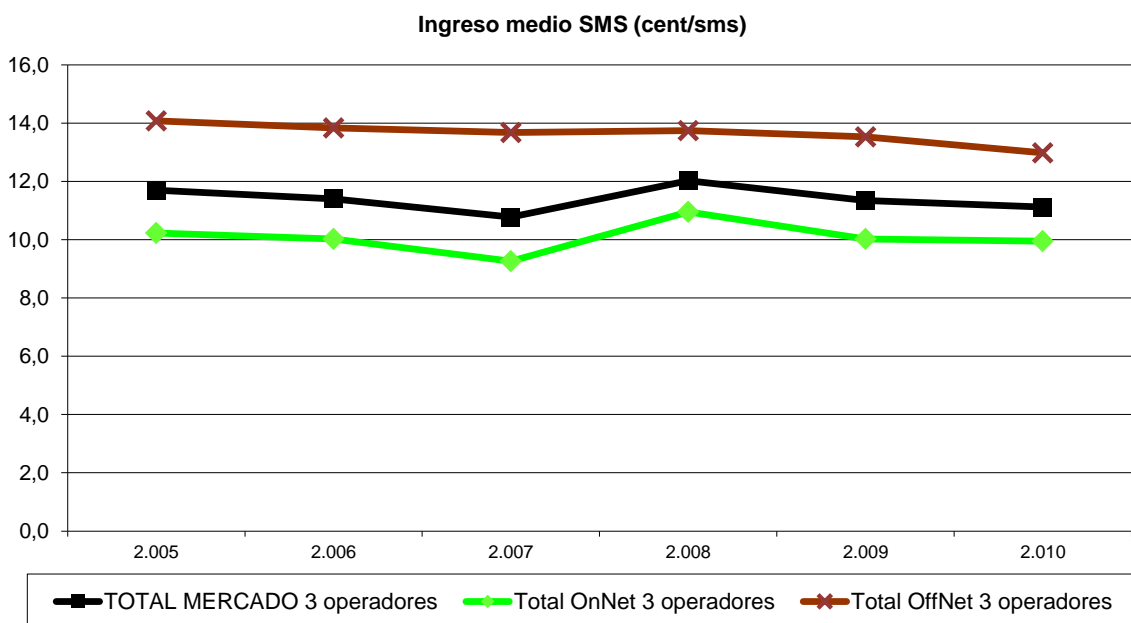
Fuente: Elaboración propia a partir de informes anuales CMT 2005 a 2010

4.52. En cuanto a la evolución de los precios medios minoristas por SMS, se puede apreciar una elevada estabilidad en los precios por SMS, tal y como refleja la gráfica siguiente, elaborada asimismo a partir de los datos de la CMT (folio 1578).



Fuente: Elaboración propia a partir de informes anuales CMT 2005 a 2010

4.53. La información sobre precios medios de los servicios minoristas proporcionados por TME, VODAFONE y ORANGE, elaborada por la Dirección de Investigación a partir de los datos aportados por los operadores (folio 1582) se recoge en la gráfica siguiente. Los datos coinciden sustancialmente con los datos de la CMT para el mercado global.



Fuente: Elaboración propia a partir de datos aportados por TME, VODAFONE y ORANGE

4.54. Puede apreciarse que los mensajes SMS siguen la dinámica de precios minoristas de otros servicios de telefonía móvil, con unos precios para mensajes on-net más reducidos que los mensajes off-net.

4.55. En ausencia de esta diferenciación de precios, la proporción de mensajes on-net de cada operador sobre el total de mensajes debería de guardar una proporción directa con su cuota de mercado en término de tráfico originado por sus clientes frente al tráfico total del mercado. Sin embargo, los tres operadores presentan un volumen de tráfico de mensajes on-net proporcionalmente superior, debido a dicha diferenciación de precios. En la tabla siguiente se recoge una estimación del efecto sobre el tráfico on-net de la diferenciación de precios on-net / off-net.

DIFERENCIA ENTRE LA PROPORCIÓN DE TRAFICO ON-NET DE CADA OPERADOR Y SU CUOTA DE MERCADO POR TRÁFICO ESTIMADA
(Proporción de tráfico on-net del operador - cuota estimada de mercado del operador en términos de tráfico)

(% DE MENSAJES)	2.005	2.006	2.007	2.008	2.009	2.010
TME	18%	19%	22%	21%	22%	23%
Vodafone	24%	28%	31%	29%	30%	31%
Orange	26%	28%	30%	29%	28%	19%

Fuente: Elaboración propia a partir de datos aportados por TME, VODAFONE Y ORANGE (folio 1582)

4.56. En su Resolución de 2 de febrero de 2006 relativa al análisis del mercado mayorista de originación móvil, la CMT hacía pública determinada información relativa a las cuotas de mercado desde el año 2000 hasta marzo de 2005 de los tres operadores presentes en el mercado en dicho momento (TME, VODAFONE y ORANGE).

Tabla II.3.4: Cuotas de mercado por ingresos por SMS y por número de SMS⁴

	2000		2001		2002		2003		2004		Enero-Marzo 2005	
	Ingresos	Número SMS	Ingresos	Número SMS	Ingresos	Número SMS	Ingresos	Número SMS	Ingresos	Número SMS	Ingresos	Número SMS
TME	66,3%	57,5%	66,0%	72,2%	62,8%	71,4%	60,3%	66,6%	52,2%	61,6%	49,3%	53,6%
VODAFONE	21,8%	28,1%	19,6%	15,7%	20,3%	13,7%	22,3%	15,5%	26,5%	18,4%	28,7%	24,5%
AMENA	11,9%	14,5%	14,4%	12,1%	16,9%	14,9%	17,4%	17,8%	21,3%	20,0%	22,0%	21,9%

Fuente: Informes Anuales de la CMT.

4.57. La información que obra en el expediente sobre las cuotas estimadas de mercado relativas a TME, VODAFONE y ORANGE y sus competidores ha sido obtenida a partir de las solicitudes de información realizadas a estos operadores por la Dirección de Investigación en el curso del expediente y su comparación con los datos del mercado global publicados por la CMT en sus informes anuales (folio 1582). Estas estimaciones se resumen a continuación.

4.58. En términos de tráfico o volumen de mensajes enviados las proporciones de tráfico on-net / off-net y las cuotas estimadas de mercado de los diferentes operadores serían las siguientes.

CUOTA DE MERCADO ANUAL ESTIMADA DE TRAFICO MINORISTA SMS SOBRE MERCADO TOTAL (% Mensajes)						
(% DE MENSAJES)	2.005	2.006	2.007	2.008	2.009	2.010
TOTAL MERCADO 3 operadores	100%	100%	99%	95%	97%	95%
Total OnNet 3 operadores	62%	64%	65%	59%	60%	58%
Total OffNet 3 operadores	38%	36%	34%	36%	36%	37%
TME	[50-60]%	[50-60]%	[50-60]%	[40-50]%	[40-50]%	[40-50]%
Vodafone	[20-30]%	[30-40]%	[30-40]%	[30-40]%	[30-40]%	[30-40]%
Orange	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%
Cuota estim competidores (Yoigo,OMV)			0,8%	4,8%	3,3%	5,4%

(1) Para los años anteriores a 2007 calculada sobre el total mercado de los 3 operadores. A partir de 2007 estimada a partir de datos mercado global CMT

Fuente: Elaboración propia a partir de datos aportados por TME, VODAFONE y ORANGE e informes anuales CMT

4.59. Si se analizan las proporciones de tráfico on-net / off-net y las cuotas de mercado en término de ingresos los resultados serían (folio 1582):

CUOTA DE MERCADO ANUAL ESTIMADA DE INGRESO MINORISTA SMS SOBRE MERCADO TOTAL (% Ingresos)						
(% DE INGRESOS)	2.005	2.006	2.007	2.008	2.009	2.010
TOTAL MERCADO 3 operadores	100%	100%	101%	103%	98%	99%
Total OnNet 3 operadores		56%	57%	58%	54%	55%
Total OffNet 3 operadores		44%	44%	45%	44%	45%
TME	[50-60]%	[40-50]%	[40-50]%	[40-50]%	[40-50]%	[40-50]%
Vodafone	[20-30]%	[30-40]%	[30-40]%	[30-40]%	[30-40]%	[30-40]%
Orange	[20-30]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%
Cuota estim competidores (Yoigo,OMV)		0,0%	-0,8%	-2,7%	1,8%	0,5%

Fuente: Elaboración propia a partir de datos aportados por TME, VODAFONE y ORANGE e informes anuales CMT

4.60. En los apartados 8, 9 y 10 de los Hechos Probados de esta Resolución se recogen datos confidenciales individuales relativos a la evolución de la distribución del tráfico de cada operador entre mensajes on-net y off-net y sobre la evolución de los precios de cada operador.

4.61. En lo que concierne al nivel de precios, sin ánimo de resultar exhaustivos en cuanto a las múltiples ofertas comerciales minoristas presentes en el mercado, otra característica del mercado de mensajes cortos SMS es la existencia de un precio nominal minorista de 15 céntimos de euro por mensaje corto enviado, que es aplicado como precio básico por TME, VODAFONE y ORANGE, y se ha mantenido estable desde el año 2000.

4.62. Sobre este precio base, los operadores ofrecen diferentes alternativas y modalidades de precios y paquetes, en general bajo la fórmula de paquetes de mensajes, que permitirían a los clientes obtener precios medios más reducidos por mensaje enviado.

4.63. Sin embargo, hasta la fecha actual TME, VODAFONE y ORANGE facturan una proporción mayoritaria de todos los mensajes SMS al precio nominal de 15 céntimos por mensaje, proporción que crece de manera importante para los SMS con destino off-net, con tasas de mensajes facturados a ese precio que son superiores al 80%.

4.64. En los cuadros siguientes se facilita información de la proporción de SMS facturados al precio nominal de 15 céntimos sobre el total de SMS enviados por los clientes TME, VODAFONE y ORANGE (folio 1582).

PORCENTAJE DE MENSAJES SMS FACTURADOS A 15CENT (% mensajes)						
(% DE MENSAJES)	2.005	2.006	2.007	2.008	2.009	2.010
TME (15 cent)	[70-80]%	[70-80]%	[70-80]%	[70-80]%	[70-80]%	[70-80]%
TME On Net (15 cent)	[50-60]%	[60-70]%	[60-70]%	[60-70]%	[50-60]%	[50-60]%
TME Off Net (15 cent)	[90-100]%	[90-100]%	[90-100]%	[90-100]%	[90-100]%	[90-100]%
Vodafone (15 cent)	[70-80]%	[70-80]%	[60-70]%	[70-80]%	[60-70]%	[50-60]%
Vodafone On Net (15 cent)					[40-50]%	[30-40]%
Vodafone Off Net (15 cent)					[90-100]%	[90-100]%

(% DE MENSAJES)	Junio 09	Julio 09	Agosto 09
Orange (15 cent)	[70-80]%	[70-80]%	[70-80]%
Orange On Net (15 cent)	[60-70]%	[60-70]%	[60-70]%
Orange Off Net (15 cent)	[80-90]%	[80-90]%	[80-90]%

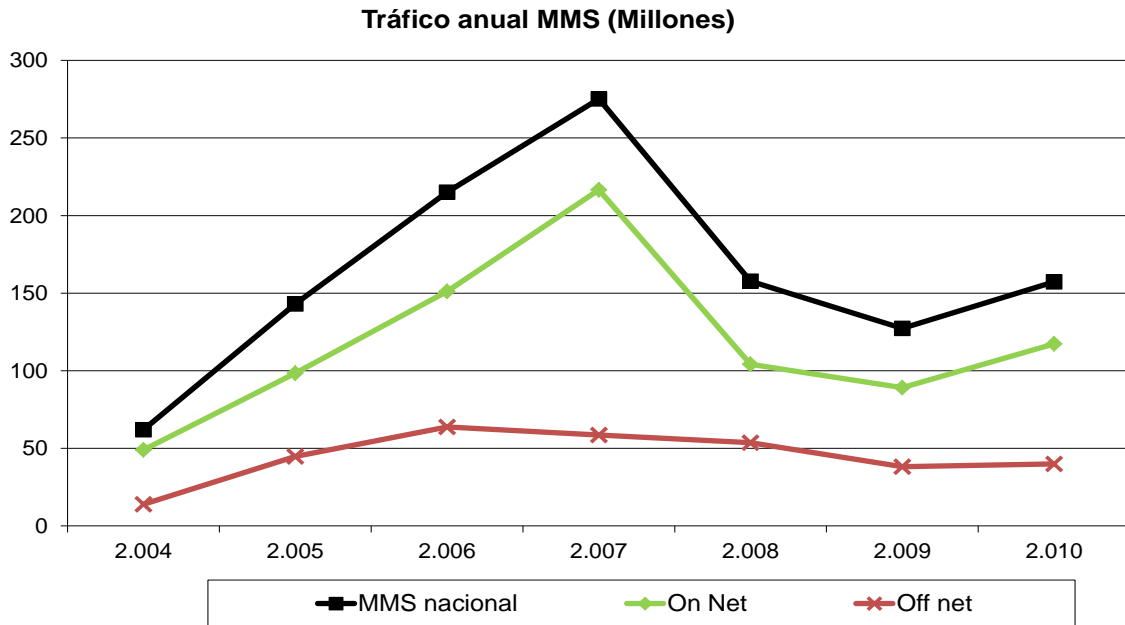
Fuente: Elaboración propia a partir de datos aportados por TME, VODAFONE y ORANGE

4.65. Los nuevos operadores que han accedido al mercado a partir de 2006 han utilizado una oferta base con precios nominales más reducidos por SMS. En julio de 2011, Yoigo ofrece precios nominales de envío de SMS a 8 cent y 10 cent, según diferentes modalidades de tarifas. Los OMVs ofrecen tarifas nominales en ese mismo rango de precios entre 8 y 10 céntimos por mensaje.

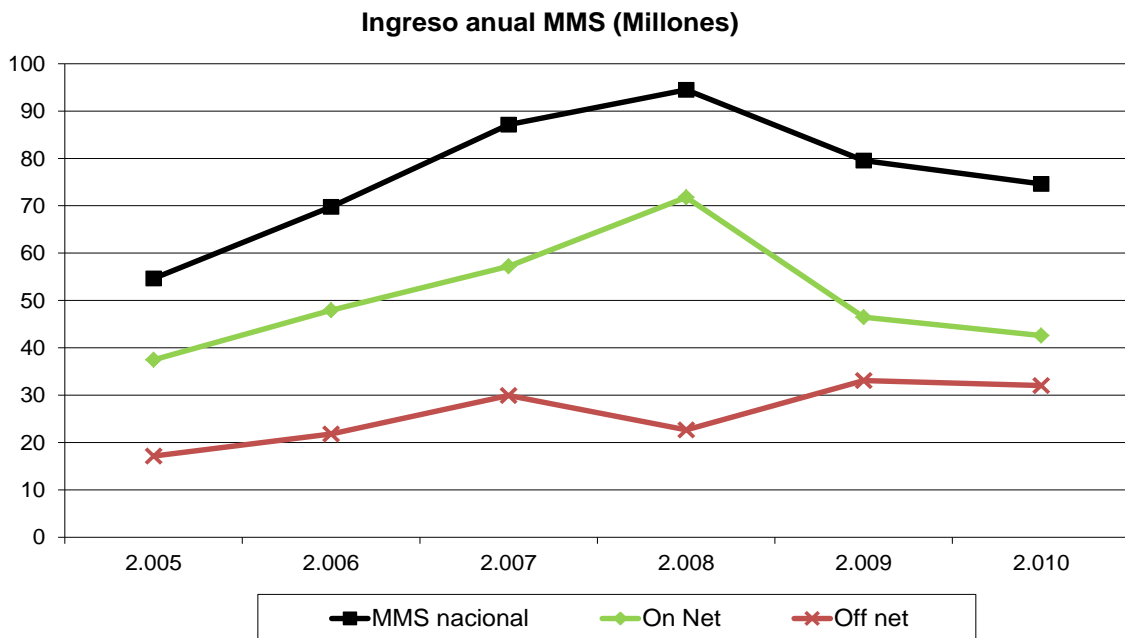
Servicios minoristas de MMS nacional

4.66. Ha de tenerse en cuenta que los servicios MMS se vienen prestando en el mercado español desde 2002, si bien hasta 2005 el mercado no alcanzó un crecimiento y dimensión significativos, aspecto directamente relacionado con la evolución y el crecimiento del parque de terminales con capacidad para enviar y recibir esta clase de mensajes.

4.67. En los gráficos siguientes, elaborados a partir de los datos de los informes anuales de la CMT (folio 1578), se recoge la evolución del mercado minorista de MMS nacional, así como de los MMS on-net y off-net.



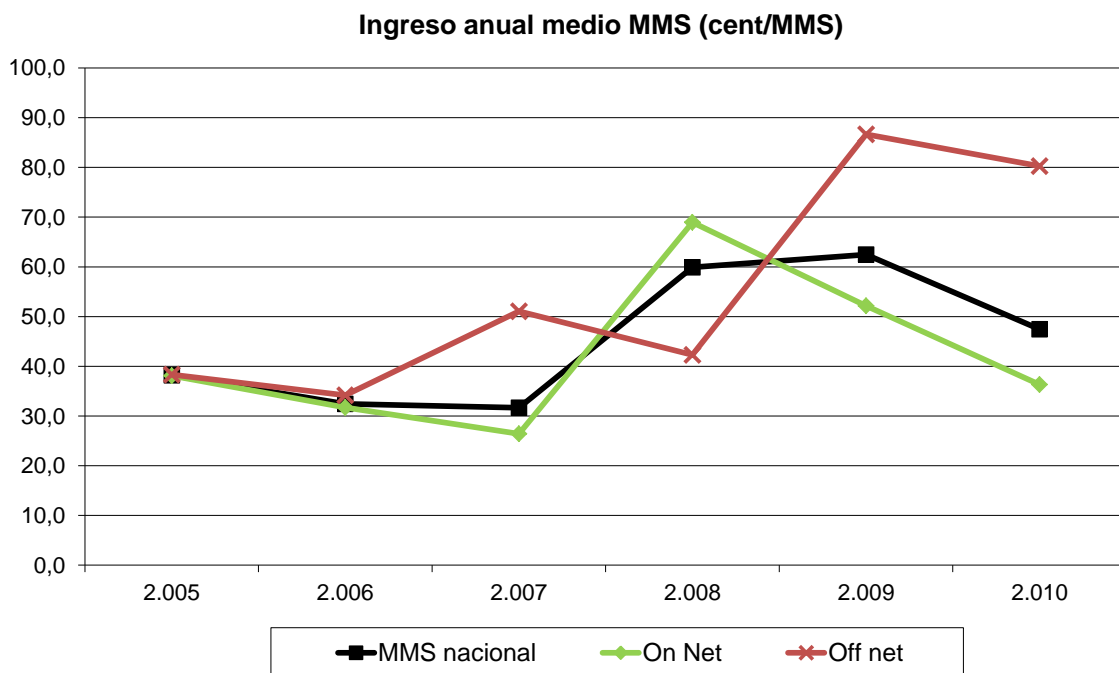
Fuente: Elaboración propia a partir de informes anuales CMT



Fuente: Elaboración propia a partir de informes anuales CMT

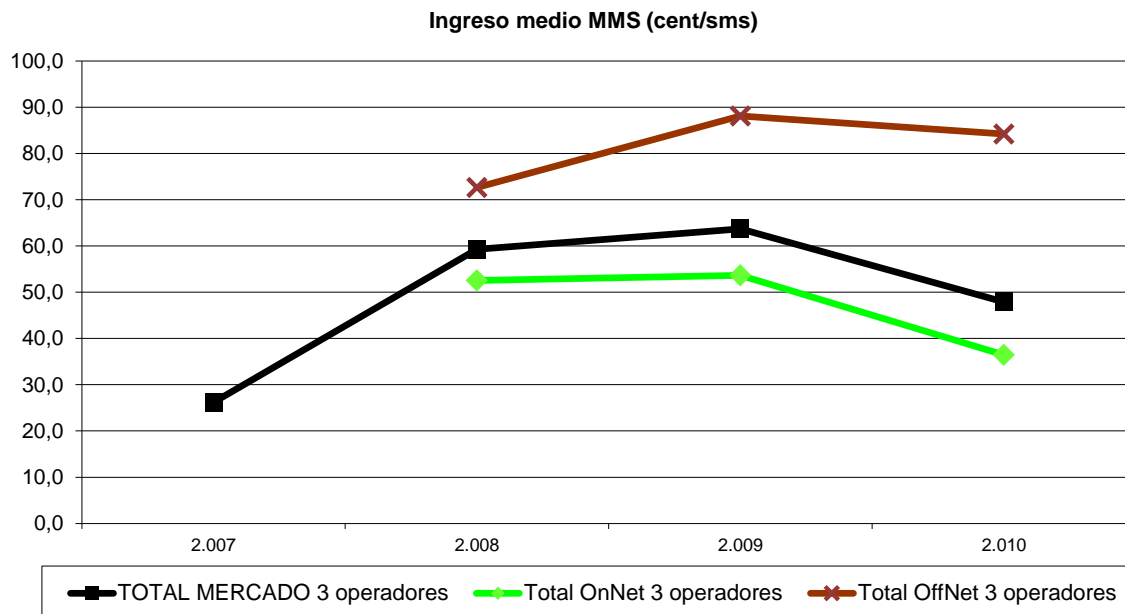
4.68. En cuanto a la evolución de los precios medios minoristas por MMS, a diferencia del caso de los SMS, se puede apreciar una cierta volatilidad en los precios por MMS, tal y como refleja la gráfica siguiente, elaborada

asimismo a partir de los datos de la CMT (folio 1578). Como podrá observarse, se aprecia una anomalía en los datos de precios medios de MMS on-net y off-net en el año 2008, año en el que según los datos de la CMT los precios medios on-net habrían sido más elevados que los off-net.



Fuente: Elaboración propia a partir de informes anuales CMT

4.69. La información sobre precios medios de los MMS correspondientes a TME, VODAFONE y ORANGE, elaborada por la Dirección de Investigación a partir de los datos solicitados (folio 1648), se recoge en la gráfica siguiente. Los datos coinciden sustancialmente con los datos de la CMT para el mercado global, si bien en el año 2008, los datos aportados por TME, VODAFONE y ORANGE no presentan la anomalía de precios on-net / off-net que aparece en los datos de la CMT.



Fuente: Elaboración propia a partir de datos aportados por TME, VODAFONE y ORANGE

4.70. Puede apreciarse que los mensajes MMS siguen la dinámica de precios minoristas de otros servicios de telefonía móvil, con unos precios para mensajes on-net significativamente más reducidos que los mensajes off-net.

4.71. Como ya se ha señalado en el análisis del mercado minorista de SMS, en ausencia de esta diferenciación de precios, la proporción de mensajes on-net de cada operador sobre el total de mensajes debería de guardar una proporción directa con su cuota de mercado en término de tráfico originado por sus clientes frente al tráfico total del mercado. Sin embargo, los tres operadores presentan un volumen de tráfico de mensajes MMS on-net significativamente superior debido a dicha diferenciación de precios. En la tabla siguiente se recoge una estimación del efecto sobre el tráfico MMS on-net de la diferenciación de precios on-net / off-net.

2.1.4. DIFERENCIA ENTRE LA PROPORCIÓN DE TRAFICO ON-NET DE CADA OPERADOR Y SU CUOTA DE MERCADO				
(Proporción de tráfico on-net del operador - cuota estimada de mercado del operador en términos de tráfico)				
(% DE MENSAJES)	2.007	2.008	2.009	2.010
TME	n.d.	27%	26%	36%
Vodafone	36%	38%	37%	36%
Orange	38%	27%	51%	45%

Fuente: Elaboración propia a partir de datos aportados por TME, VODAFONE y ORANGE (folio 1618)

4.72. La información sobre las cuotas estimadas de mercado relativas a TME, VODAFONE y ORANGE y sus competidores ha sido obtenida a partir de las solicitudes de información realizadas a estos operadores por la Dirección de Investigación en el curso del expediente y su comparación con los datos del

mercado global publicados por la CMT en sus informes anuales (folio 1618). Estas estimaciones se resumen a continuación.

- 4.73. En términos de tráfico o volumen de mensajes enviados las proporciones de tráfico on-net / off-net y las cuotas estimadas de mercado de los diferentes operadores serían las siguientes.

CUOTA DE MERCADO ANUAL ESTIMADA DE TRAFICO MINORISTA MMS SOBRE MERCADO TOTAL (% Mensajes)

(% DE MENSAJES)	2.007	2.008	2.009	2.010
TOTAL MERCADO 3 operadores	100%	99%	99%	97%
Total OnNet 3 operadores		66%	70%	74%
Total OffNet 3 operadores		33%	29%	23%
TME	[30-40]%	[40-50]%	[40-50]%	[30-40]%
Vodafone	[50-60]%	[30-40]%	[30-40]%	[40-50]%
Orange	[10-20]%	[20-30]%	[20-30]%	[10-20]%
Cuota estim competidores (Yoigo,OMV)		0,6%	0,8%	2,6%

(1) Para 2007 calculada sobre el total mercado de los 3 operadores. A partir de 2008 estimada a partir de datos CMT

Fuente: Elaboración propia a partir de datos aportados por TME, VODAFONE y ORANGE e informes anuales CMT

- 4.74. Si se analizan las proporciones de tráfico on-net /off-net y las cuotas de mercado en término de ingresos los resultados serían:

CUOTA DE MERCADO ANUAL ESTIMADA DE INGRESO MINORISTA MMS SOBRE MERCADO TOTAL (% Ingresos)

(% DE MENSAJES)	2.007	2.008	2.009	2.010
TOTAL MERCADO 3 operadores	100%	98%	101%	98%
Total OnNet 3 operadores		58%	60%	57%
Total OffNet 3 operadores		41%	41%	41%
TME	[20-30]%	[50-60]%	[50-60]%	[50-60]%
Vodafone	[40-50]%	[30-40]%	[30-40]%	[20-30]%
Orange	[20-30]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%
Cuota estim competidores (Yoigo,OMV)		1,6%	-1,1%	1,8%

(1) Para 2007 calculada sobre el total mercado de los 3 operadores. A partir de 2008 estimada a partir de datos mercado CMT

Fuente: Elaboración propia a partir de datos aportados por TME, VODAFONE y ORANGE e informes anuales CMT

- 4.75. En el apartado B de los HP 8, 9 y 10 se recogen datos individuales relativos a la evolución de la distribución del tráfico de cada operador entre mensajes on-net y off-net y sobre la evolución de los precios de cada operador. En todos los casos presentan características coherentes con el comportamiento del mercado agregado.

- 4.76. En lo que concierne al nivel de precios, sin ánimo de resultar exhaustivos en cuanto a las múltiples ofertas comerciales presentes en el mercado, en julio de 2011, TME ha establecido un precio minorista base para MMS de 1€ por mensaje, VODAFONE entre 0,3€ y 1,2€ por mensaje en función de su tamaño, y ORANGE de 0,9€. Estos precios de referencia se complementan con diferentes bonos de mensajes en general asociados a modalidades de tarifas en función del patrón de consumo de los clientes, que permiten a los clientes que contratan esta clase de tarifas acceder a los servicios de envío

de MMS a precios más reducidos que los nominales, con unos precios medios para el conjunto de TME, VODAFONE y ORANGE que se han recogido en las gráficas anteriores.

4.77. El acceso al mercado a partir del 2006 de nuevos operadores ha representado una oferta de precios nominales más reducidos. En el momento de elaboración del PCH, Yoigo y los OMV ofrecen precios nominales de envío de MMS en el entorno de 30 céntimos por mensaje.

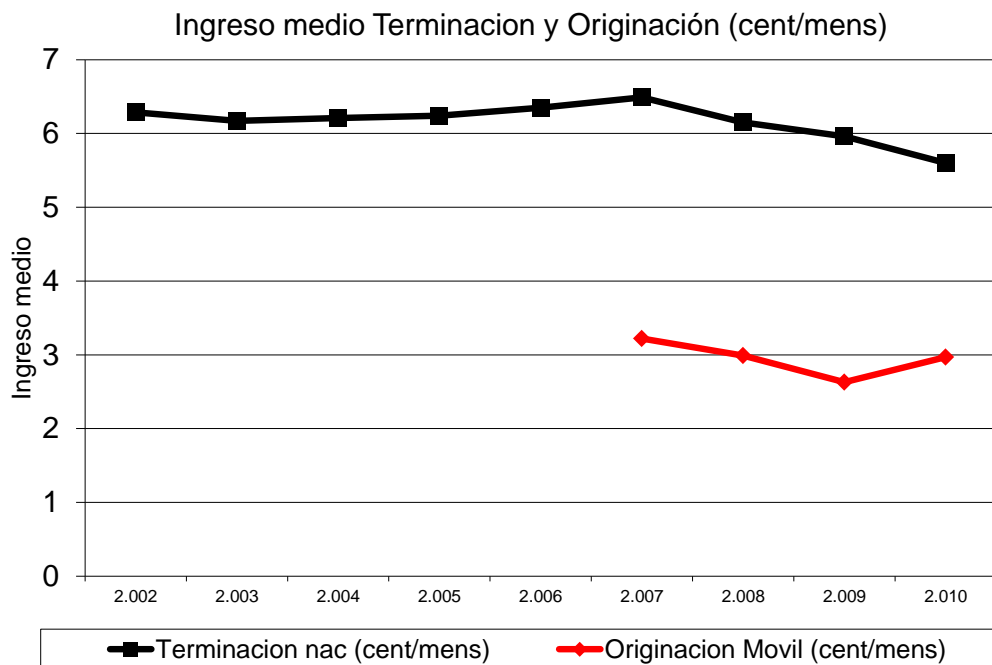
5. SERVICIOS MAYORISTAS DE MENSAJES CORTOS PARA LA PROVISIÓN DE SERVICIOS DE MENSAJERÍA

5.1. En lo que concierne a las comunicaciones móviles, pueden distinguirse dos grandes grupos de servicios mayoristas: los servicios de terminación y los servicios de originación.

5.2. A partir de los datos públicos facilitados por la CMT en sus informes anuales (folio 1580), es posible determinar datos para los servicios mayoristas de terminación y originación de mensajes cortos de ámbito nacional (incluyendo de manera agregada SMS y MMS) relativos a volumen de tráfico (millones de mensajes), ingresos (millones de €) y precio medio de terminación y originación por mensaje. Estos datos se recogen a continuación:

TRÁFICO, INGRESOS Y PRECIO MEDIO ANUAL DE MERCADOS MAYORISTAS DE TERMINACIÓN Y ORIGINACIÓN DE MENSAJES CORTOS									
	2.002	2.003	2.004	2.005	2.006	2.007	2.008	2.009	2.010
TERMINACION									
Terminacion Nacional Mensajes (M)	2.338	2.666	3.068	3.215	3.305	3.474	3.556	3.466	3.629
Terminacion Nacional Ingresos (M)	147,0	164,6	190,5	200,5	209,8	225,5	218,8	206,5	203,1
Terminacion nac (cent/mens)	6,3	6,2	6,2	6,2	6,4	6,5	6,2	6,0	5,6
ORIGINACION									
Originacion Movil Mensajes (M)						174	375	597	885
Originacion Movil Ingresos (M)						5,6	11,2	15,7	26,3
Originacion Movil (cent/mens)						3,2	3,0	2,6	3,0

Fuente: elaboración propia a partir de informes anuales de la CMT



Fuente: elaboración propia a partir de informes anuales de la CMT

5.3. Por último, en lo que se refiere a cuotas por operador en el mercado mayorista de mensajes cortos, la CMT publica determinadas datos relativos al volumen total de mensajes cortos en el conjunto de mercados mayoristas relacionados con este segmento del mercado (SMS+MMS para servicios de terminación y origenación). En las tablas siguientes se recogen los datos publicados por la CMT en sus informes anuales.

SERVICIOS MAYORISTAS MENSAJES CORTOS POR OPERADOR EN ESPAÑA (millones mensajes)					
	2006	2007	2008	2009	2010
TME	1.672,4	1.811,3	2.044,4	2.404,7	2.299,9
VODAFONE	1.532,6	1.879,2	1.921,8	1.866,6	1.800,9
ORANGE	989,5	1.014,9	1.204,8	1.279,6	1.364,6
Yoigo	0,1	24,9	79,1	138,3	224,8
Resto	0,0	15,7	368,8	33,9	213,6
Total	4.194,5	4.746,0	5.618,8	5.723,0	5.903,8

CUOTA SERVICIOS MAYORISTAS MENSAJES CORTOS POR OPERADOR EN ESPAÑA (volumen)					
	2006	2007	2008	2009	2010
TME	39,9%	38,2%	36,4%	42,0%	39,0%
VODAFONE	36,5%	39,6%	34,2%	32,6%	30,5%
ORANGE	23,6%	21,4%	21,4%	22,4%	23,1%
Yoigo	0,0%	0,5%	1,4%	2,4%	3,8%
Resto	0,0%	0,3%	6,6%	0,6%	3,6%
Total	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

Fuente: Elaboración propia a partir de Informes anuales CMT 2006 a 2010 (folio 1580)

- 5.4. Al igual que en el caso de los servicios minoristas, los tres operadores más relevantes (TME, VODAFONE y ORANGE) aglutinan en 2010 una cuota de mercado conjunta del 92,6%, mientras que el conjunto de sus competidores (Yoigo y OMVs) han alcanzado en dicho año una cuota del 7,4% transcurridos cuatro años desde su entrada en el mercado a finales de 2006.
- 5.5. En todo caso, hay que tener presente que los servicios de originación (tanto de SMS como de MMS) comienzan a prestarse coincidiendo con la entrada en el mercado de Yoigo y los primeros OMVs a finales de 2006, y son prestados únicamente por TME, VODAFONE y ORANGE.

A. Servicios mayoristas de terminación

- 5.6. El servicio de terminación de mensajes cortos es un servicio mayorista prestado por el operador de la red móvil del usuario destino de un mensaje corto al operador de la red del abonado que ha originado dicho mensaje. Se trata, por lo tanto, de servicios mayoristas que afectan a las comunicaciones que se realizan entre usuarios de redes diferentes, lo que se ha denominado comunicaciones off-net. Las comunicaciones entre usuarios de la misma red (on-net) no requieren del uso de los servicios de terminación.
- 5.7. El carácter mayorista de este servicio supone que cada operador lo ofrece únicamente a otros operadores de red, pero nunca a un usuario final. Por tanto, es un servicio intermedio que es utilizado como un factor de producción para la prestación de servicios minoristas en mercados descendentes.
- 5.8. Los mercados de terminación de mensajes en las redes públicas individuales de telefonía móvil de cada operador incluyen, para cada mercado, los servicios mediante los que cada operador finaliza en su red móvil un mensaje originado en la red de otro operador.
- 5.9. Los servicios de terminación resultan imprescindibles para garantizar la interoperabilidad de los servicios de telefonía móvil y permitir que los

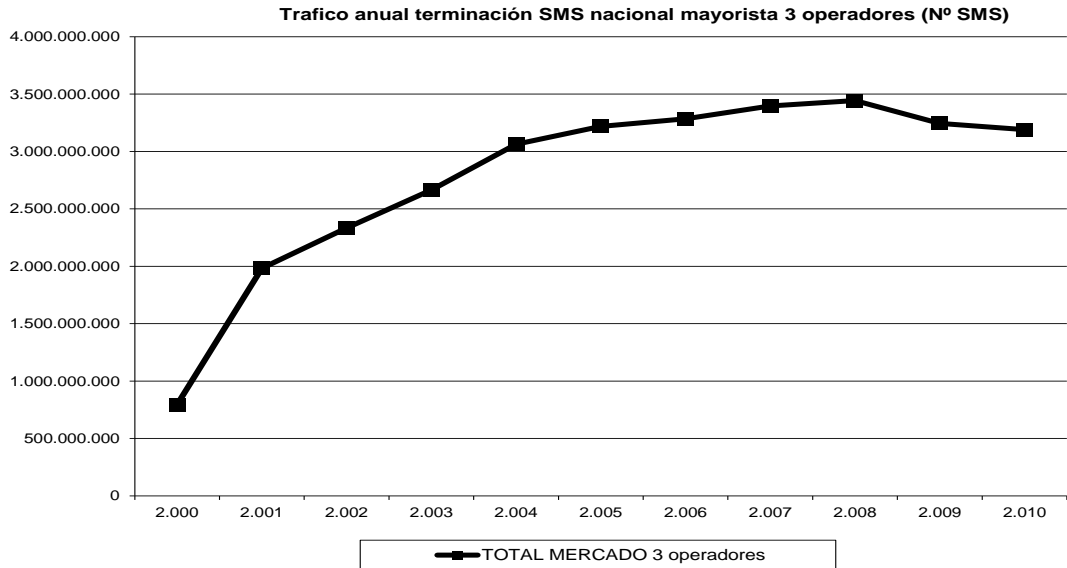
usuarios de una red puedan establecer comunicaciones con los usuarios del resto de redes. Para ello, es necesario que los operadores de dichas redes establezcan los correspondientes acuerdos de interconexión, tal y como está previsto en el artículo 11 de la Ley 32/2003 y las normas de desarrollo reglamentario en materia de interconexión.

- 5.10. Todos los precedentes en materia de regulación sectorial establecen la existencia de mercados relevantes diferenciados para los servicios de terminación en cada una de las redes de comunicaciones electrónicas y en las de telefonía móvil en particular (Véanse Resoluciones de la CMT de 23.02.2006, 04.10.2007, 07.02.2008 y 18.12.2008, de análisis de los mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales referidas en el apartado de antecedentes de regulación. Véase asimismo Recomendación de la Comisión de 17 de diciembre de 2007 relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, y documento de trabajo de la Comisión Europea que acompaña a dicha Recomendación). *La principal razón para ello es que el operador que opera la red es el único que puede proporcionar los servicios que permiten la terminación de llamadas, mensajes u otras comunicaciones, dirigidas a los clientes que utilizan dicha red.*
- 5.11. Para el operador de una red móvil, la demanda de servicios mayoristas de terminación viene condicionada por la demanda minorista. A nivel minorista, para el usuario llamante que desea establecer una comunicación o enviar un mensaje a un usuario que es cliente de un operador que utiliza otra red, no existen servicios alternativos a la realización de una comunicación off-net. Además, el operador móvil del cliente que envía el mensaje se ve obligado a terminarlo precisamente en la red del operador del cliente destinatario de la comunicación y en ninguna otra. Así, ningún operador móvil puede cambiar de servicio mayorista y/o de proveedor del servicio de terminación y seguir facilitando a su cliente la comunicación con clientes de otros operadores móviles. Por tanto, no hay otra alternativa a la adquisición del servicio de terminación prestado por el operador móvil al cual pertenece el usuario llamado.
- 5.12. Tampoco existe sustituibilidad de la oferta en los servicios mayoristas de terminación. En el estado actual de la tecnología, únicamente el operador propietario de la red móvil es capaz de prestar el servicio de terminación para las llamadas que reciben sus clientes, puesto que solamente el operador móvil del que es cliente el usuario destinatario de la comunicación y que ha emitido la tarjeta SIM de dicho cliente, es capaz de tener acceso a la información necesaria para encaminar y finalizar la comunicación en el terminal utilizado por dicho cliente.

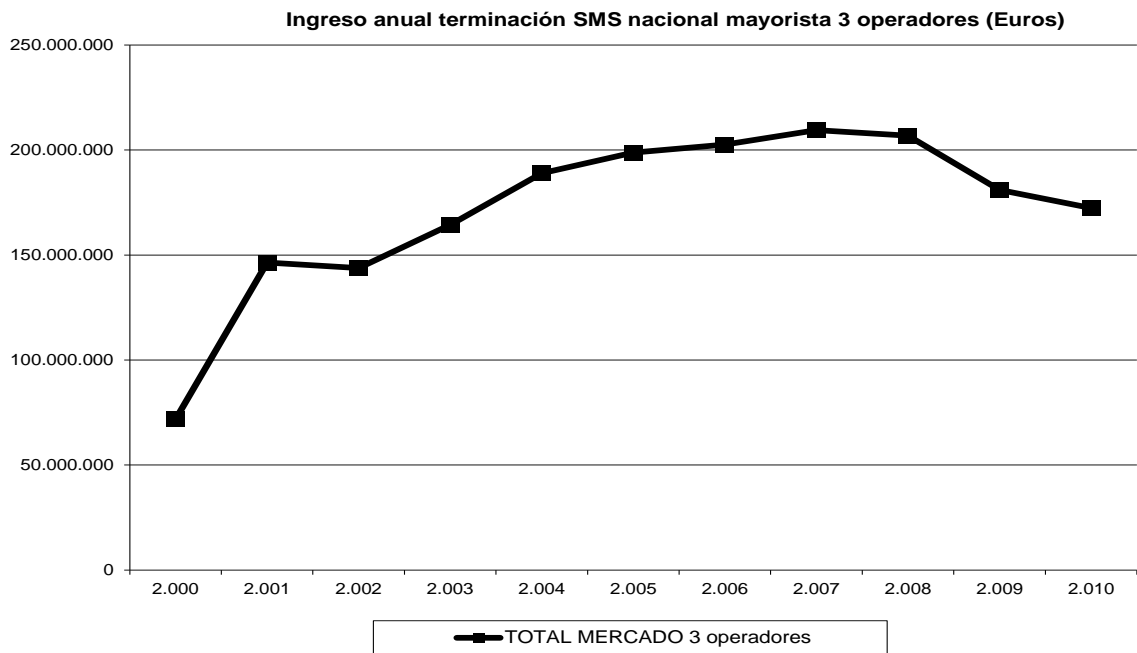
5.13. Tampoco existen diferencias en cuanto a la tecnología utilizada en las redes móviles en las que se terminan los mensajes (GSM, UMTS, etc.). Desde la perspectiva de la oferta, la funcionalidad del servicio de terminación proporcionado a otros operadores ha de ser independiente de la tecnología utilizada, dado que en la práctica los usuarios de servicios de telefonía móvil disponen de terminales que permiten el funcionamiento bajo diferentes redes y tecnologías, resultando para ellos transparente si los servicios recibidos hacen uso de una u otra red, que además son en muchos casos redes con cobertura superpuesta. Desde la perspectiva de la demanda de servicios de terminación por el operador en cuya red se origina la comunicación, esta demanda tampoco varía en función de la tecnología utilizada en la red destino, dado que dicho operador desconoce en qué tipo red se encuentra el destinatario de la llamada.

Servicios mayoristas de terminación de SMS nacional

- 5.14. En lo que concierne a la información del mercado de servicios mayoristas de SMS de ámbito nacional, no consta a la Dirección de Investigación la existencia de información pública específica sobre este mercado. A partir de los datos facilitados por TME, VODAFONE y ORANGE (folios 1585-1589) se han obtenido determinados resultados sobre este mercado que se resumen a continuación, y que se encuentran referidos a la agregación de la información de dichos operadores.
- 5.15. De la misma manera, debe recordarse que TME, VODAFONE y ORANGE representan el 100% de los mercados mayoristas de mensajes cortos hasta final de 2006, con una ligera pérdida progresiva de su participación conjunta en el mercado mayorista global hasta el 92,6% en 2010.
- 5.16. Los servicios mayoristas de terminación de SMS proporcionados por TME, VODAFONE y ORANGE, y por ende, el conjunto de servicios mayoristas de terminación, han venido creciendo de manera sostenida hasta alcanzar su máximo en el año 2008, para posteriormente presentar una ligera disminución. Desde el año 2004 el tráfico de terminación de SMS se ha mantenido por encima de los 3.000 millones de mensajes terminados por año, y un volumen en torno a los 200 millones de euros. En los gráficos siguientes se muestra la evolución del tráfico e ingresos correspondientes a servicios de terminación de SMS prestados por TME, VODAFONE y ORANGE.



Fuente: Elaboración propia a partir de datos aportados por TME, VODAFONE y ORANGE (folio 1585)

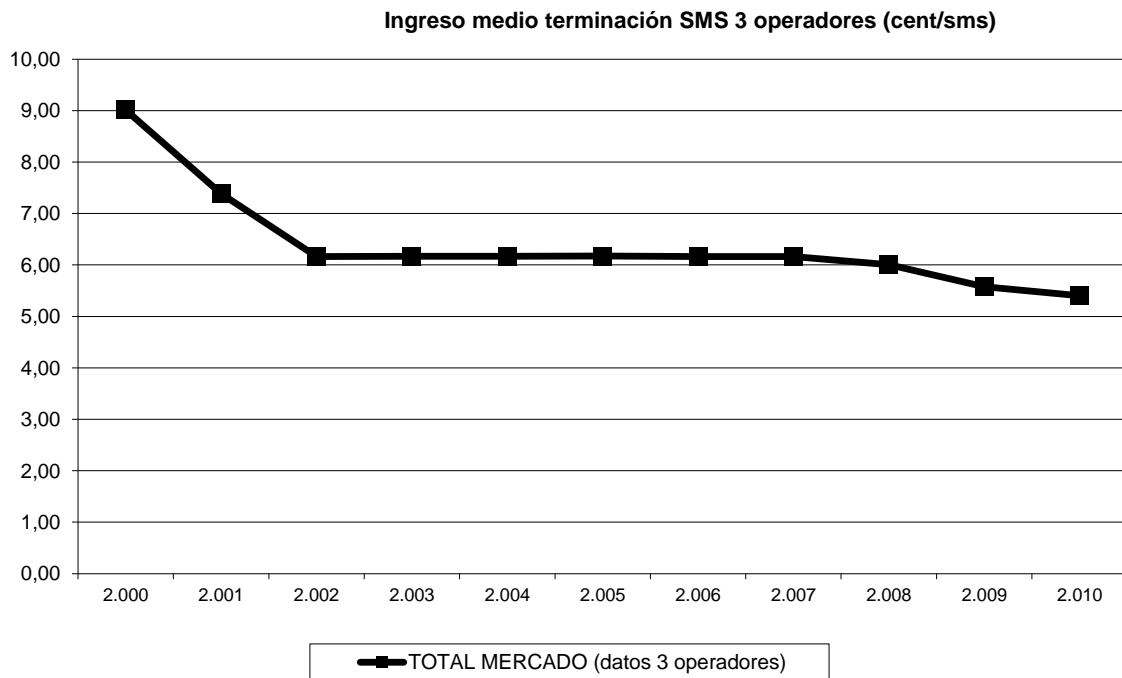


Fuente: Elaboración propia a partir de datos aportados por TME, VODAFONE y ORANGE (folio 1587)

5.17. Como se señala de manera detallada en el apartado 4.2 relativo a la regulación de la telefonía móvil, en España los precios de los servicios mayoristas de terminación de mensajes cortos no ha estado sometidos a regulación, a diferencia de lo que sucede con los precios de terminación de llamadas de voz. Los precios de estos servicios mayoristas son fijados

libremente por los operadores mediante acuerdos bilaterales, que en general forman parte de los acuerdos generales de interconexión entre ellos.

5.18. Los precios medios de terminación de SMS presentan una fuerte estabilidad habiendo permanecido prácticamente invariados en el periodo 2002 a 2008, con una ligera disminución a partir de 2009.

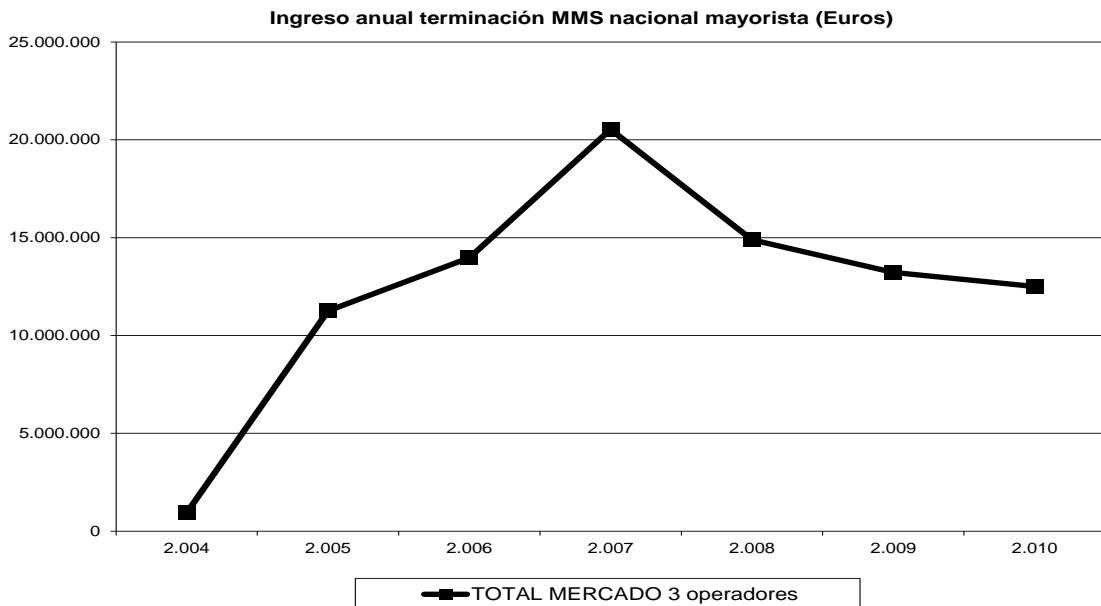
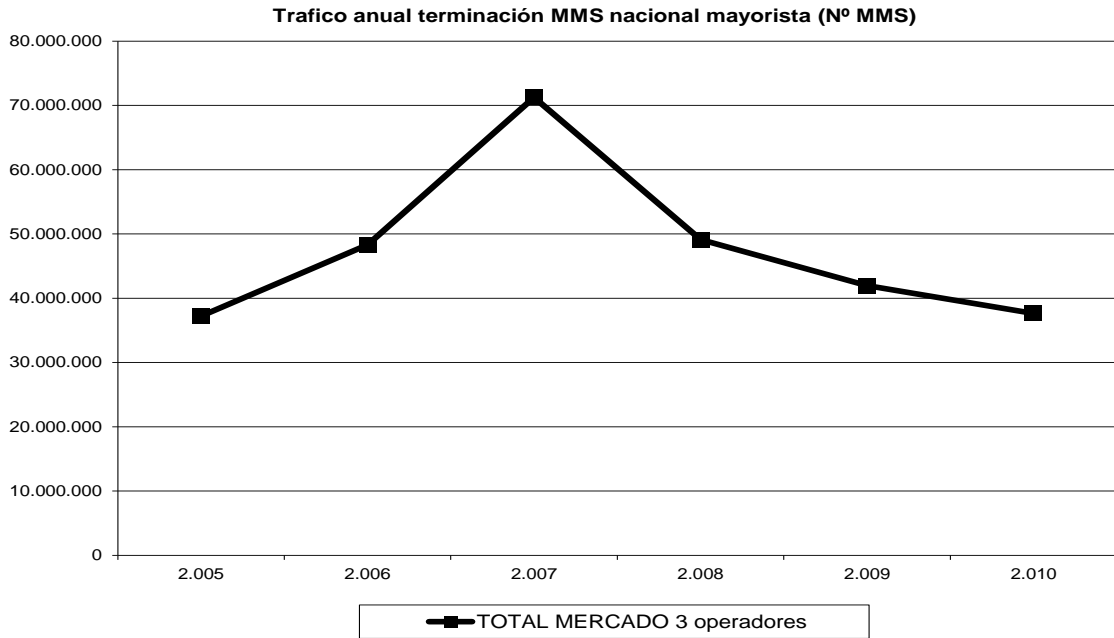


Fuente: Elaboración propia a partir de datos aportados por TME, VODAFONE y ORANG (folio 1586)

5.19. En los apartados 8, 9 y 10 de los Hechos Probados de esta Resolución se recogen datos confidenciales individuales relativos a los servicios de terminación de SMS de cada operador. En todos los casos presentan en general características coherentes con el comportamiento de la agregación de los datos de TME, VODAFONE y ORANGE.

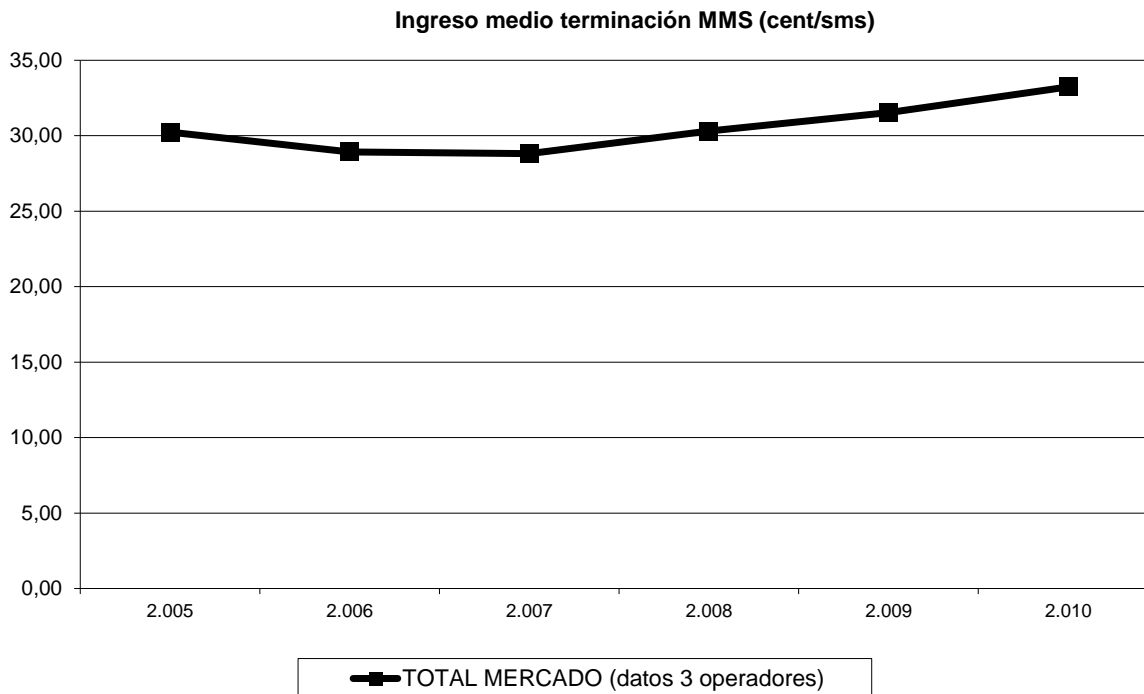
Servicios mayoristas de terminación de MMS nacional

5.20. El mercado agregado de los servicios mayoristas de terminación de MMS de TME, VODAFONE y ORANGE, y por ende del mercado global ha venido creciendo de manera sostenida hasta alcanzar su máximo en el año 2007 con un volumen de unos 71,2 millones de MMS terminados y 20,5 millones de euros, para posteriormente presentar una progresiva disminución hasta en entorno de 37,6 millones de mensajes y 12,5 millones de euros en 2010, al nivel de 2005. En las gráficas siguientes se muestra la evolución del mercado mayorista de terminación.



Fuente: Elaboración propia a partir de datos aportados por TME, VODAFONE y ORANGE (folio 1621)

5.21. Los ingresos medios de terminación de MMS presentan una fuerte estabilidad habiendo permanecido prácticamente invariados en el entorno de los 30 céntimos por mensaje desde 2005, con un ligero repunte desde 2007.



Fuente: Elaboración propia a partir de datos aportados por TME, VODAFONE y ORANGE (folio 1621)

5.22. En los apartados 8, 9 y 10 de los Hechos Probados de esta Resolución se recogen datos confidenciales individuales relativos a los mercados de terminación de MMS de cada operador. En todos los casos presentan, en general, características coherentes con el comportamiento de la agregación de los datos de TME, VODAFONE y ORANGE.

B. Servicios mayoristas de originación

5.23. Como se ha señalado con anterioridad, en la actualidad existen en el mercado español únicamente cuatro operadores que cuentan con una concesión del dominio público radioeléctrico necesario para explotar una red propia de telefonía móvil, en particular, para el establecimiento de la red de acceso radio necesaria para facilitar la comunicación radioeléctrica entre los terminales móviles y las estaciones base de telefonía móvil. Los tres operadores TME, VODAFONE y ORANGE disponen de una red de telefonía móvil con una cobertura geográfica amplia, mientras que Yoigo cuenta con una red de cobertura más limitada.

5.24. La posibilidad de que otros operadores puedan acceder a prestar servicios de telefonía móvil a sus propios clientes exige o bien que accedan al espectro radioeléctrico necesario para desplegar su propia red de acceso radio, o bien que acudan a contratar con los operadores con red propia (OMR) los servicios mayoristas necesarios para hacer uso de la red de acceso radio de alguno de dichos operadores (operador anfitrión), convirtiéndose en operadores móviles virtuales (OMV).

- 5.25. De la misma manera, operadores OMR como Yoigo, que cuentan con una red móvil propia con una cobertura geográfica limitada, pueden contratar servicios mayoristas con alguno de los otros OMRs para utilizar la red de acceso de dicho operador al objeto de extender la cobertura de sus servicios a aquellas zonas en las que no dispone de cobertura con su propia red de acceso, en lo que podría denominarse un servicio de itinerancia nacional.
- 5.26. En ambos casos (OMV e itinerancia nacional), los operadores que demandan servicios mayoristas deben de contratar con los operadores anfitriones al menos uno de los siguientes servicios. Por una parte, los servicios de acceso móvil y, por otra, los servicios de originación de tráfico móvil, denominados conjuntamente servicios mayoristas de originación.
- 5.27. Los servicios de acceso a las redes públicas de comunicaciones móviles permiten 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. De una manera resumida, mediante este servicio mayorista, los operadores pueden proporcionar a sus clientes una línea móvil desde la que acceder a los diferentes servicios móviles, tanto para realizar como para recibir llamadas, mensajes u otras comunicaciones o acceder a otros servicios ofrecidos por el operador.
- 5.28. En segundo lugar, los servicios mayoristas de originación de tráfico son aquéllos por los cuales el operador anfitrión OMR entrega al OMV que haya contratado el servicio las llamadas, mensajes o comunicaciones de datos iniciadas por los clientes del OMV conectados a la red de acceso del OMR, a través de los puntos de interconexión establecidos entre ambos operadores, de manera que el OMV pueda realizar el tratamiento de la llamada o comunicación correspondiente. Idéntico servicio se prestaría por el OMR anfitrión a otro OMR como Yoigo en los servicios de itinerancia nacional.
- 5.29. Los servicios de acceso y de originación resultan por tanto complementarios y se comercializan conjuntamente. En el caso de los OMV, han de contratar estos servicios con uno de los OMRs, formalizando en general contratos de alcance nacional (al objeto de garantizar la cobertura nacional a sus clientes), mientras que en los servicios de itinerancia nacional, el servicio de originación puede contratarse con un alcance geográfico limitado a aquellas zonas en las que el OMR que demanda el servicio no cuenta con cobertura propia.
- 5.30. En general, el OMR anfitrión no mantiene relación comercial alguna con el cliente final, limitándose a la prestación de los servicios mayoristas de originación correspondientes.
- 5.31. Para poder prestar un servicio completo a sus clientes, los OMVs y los operadores que contratan servicios de itinerancia nacional, además de contar con los servicios mayoristas de originación descritos en este apartado, han de contar con servicios de terminación que les permitan

finalizar las comunicaciones dirigidas a sus clientes, conectados a la red de su operador anfitrión. Dichos servicios de terminación coinciden desde un punto de vista funcional con los ya descritos con anterioridad para terminación de comunicaciones off-net.

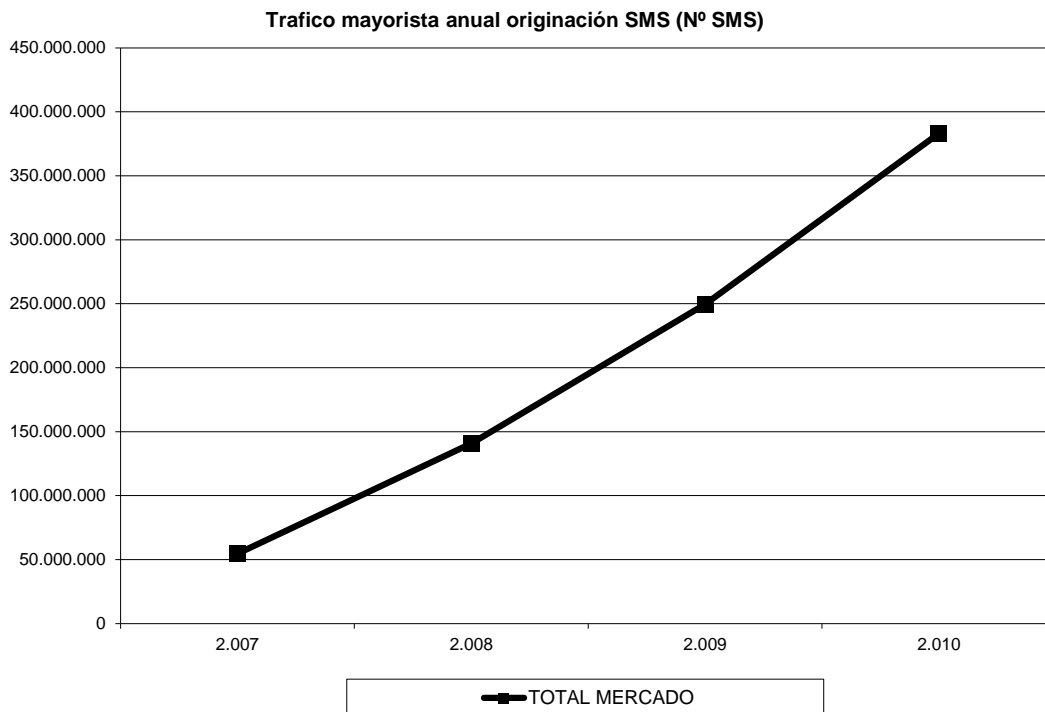
- 5.32. La demanda en el mercado de servicios mayoristas de originación está constituida por el conjunto de OMs que prestan servicios de telefonía móvil sin disponer de red de acceso propia, así como de los OMs que contratan servicios de itinerancia nacional para completar la cobertura de sus propias redes (en el caso español Yoigo). La oferta está constituida por los operadores con red móvil de acceso propia OMs que facilitan dichos servicios mayoristas (en el caso español TME, Vodafone y Orange).
- 5.33. A diferencia de los servicios de terminación, los demandantes de servicios mayoristas de originación móvil en España podrían seleccionar a su OMR anfitrión entre cualquiera de los operadores que ofertan este servicio, atendiendo a criterios como la cobertura de la red, o las condiciones comerciales ofrecidas.
- 5.34. Desde un punto de vista funcional y técnico, los servicios mayoristas ofrecidos por los OMs resultan homogéneos. Es por ello que en el caso de los servicios de originación, no se considera que exista un mercado diferenciado para cada proveedor de estos servicios. Así, desde la perspectiva de la demanda, existe sustituibilidad entre los servicios mayoristas de originación ofrecidos por los OMs. Dicha sustituibilidad se concreta en el momento de la selección del OMR anfitrión, dado que como se señalará más adelante, una vez elegido el operador anfitrión, existen costes asociados a un cambio ulterior de proveedor que podrían ser apreciables.
- 5.35. Por otra parte, desde la perspectiva de la demanda, los servicios de originación móvil no son sustituibles por otros servicios mayoristas de acceso, por ejemplo servicios de acceso a redes fijas, al resultar esenciales para poder ofrecer servicios a los clientes finales con las ventajas de la movilidad. Tampoco serían sustituibles con otros servicios mayoristas como los de terminación, al resultar necesarios los servicios de originación para que los clientes tengan la posibilidad de realizar llamadas salientes o enviar mensajes cortos.

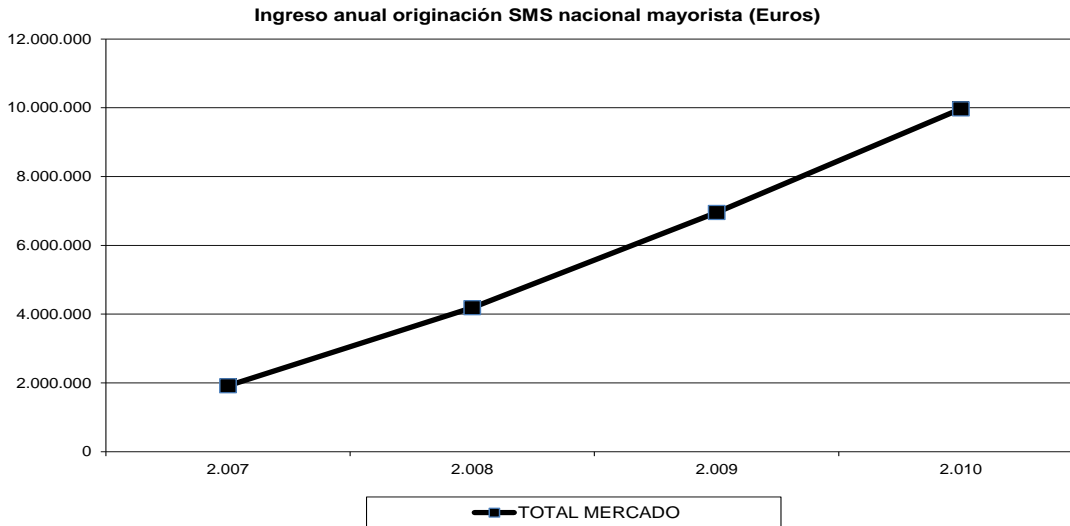
Servicios mayoristas de originación de SMS nacional

- 5.36. Al igual que en el caso de los servicios de terminación, no consta a la Dirección de Investigación la existencia de información pública específica sobre el mercado de originación de SMS. A partir de los datos facilitados por los TME, VODAFONE y ORANGE (folio 1589) se han obtenido determinados resultados sobre este mercado que se resumen a continuación. Como se ha señalado, TME, VODAFONE y ORANGE son los únicos oferentes de

servicios mayoristas de originación móvil por lo que aglutinan conjuntamente la totalidad del mercado.

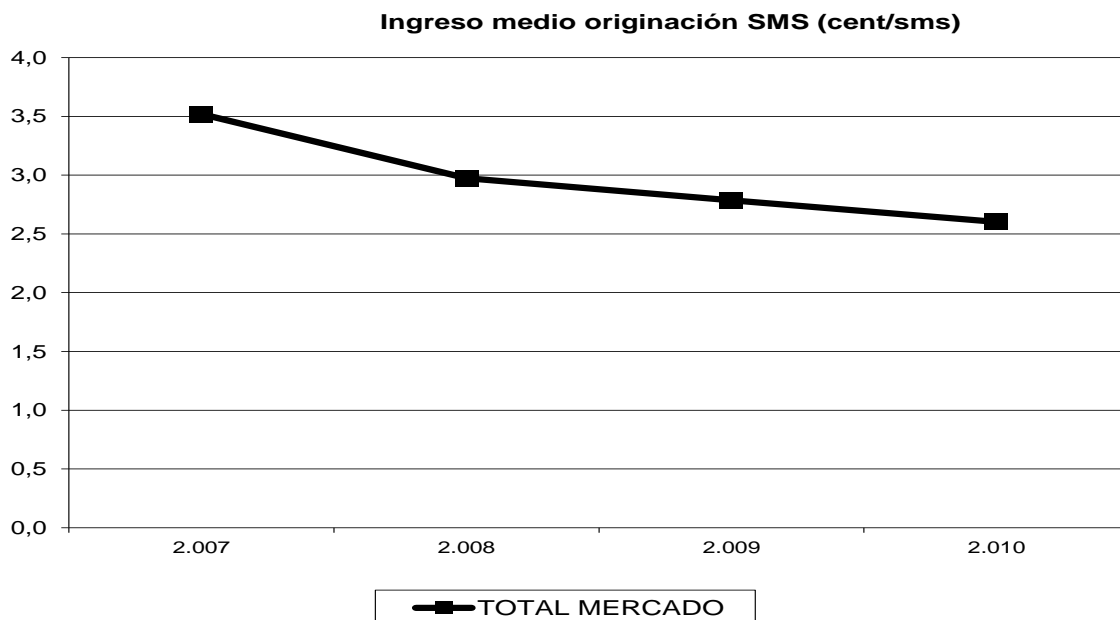
5.37. El mercado de los servicios mayoristas de originación de SMS comenzó a funcionar de manera estable a finales de 2006, con la entrada como demandantes de Yoigo y los primeros OMVs, y ha venido creciendo de manera notable hasta la actualidad, con más de 380 millones de mensajes originados en 2010. En los gráficos siguientes se muestra la evolución del tráfico e ingresos correspondientes a servicios de originación de SMS prestados por TME, VODAFONE y ORANGE.





Fuente: Elaboración propia a partir de datos aportados por TME, VODAFONE y ORANGE (folio 1589)

5.38. Los precios medios de originación de SMS presentan una progresiva disminución.

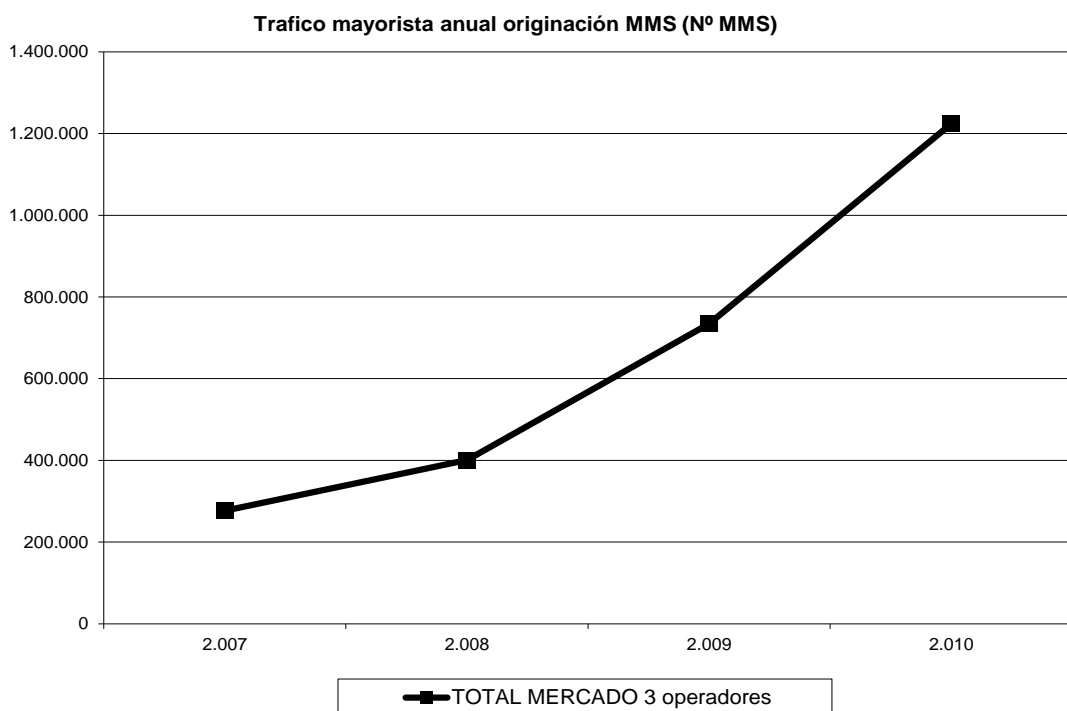


Fuente: Elaboración propia a partir de datos aportados por TME, VODAFONE y ORANGE (folio 1589)

5.39. En los apartados 8, 9 y 10 de los Hechos Probados de esta Resolución se recogen datos confidenciales individuales relativos a los servicios de originación de SMS de cada operador.

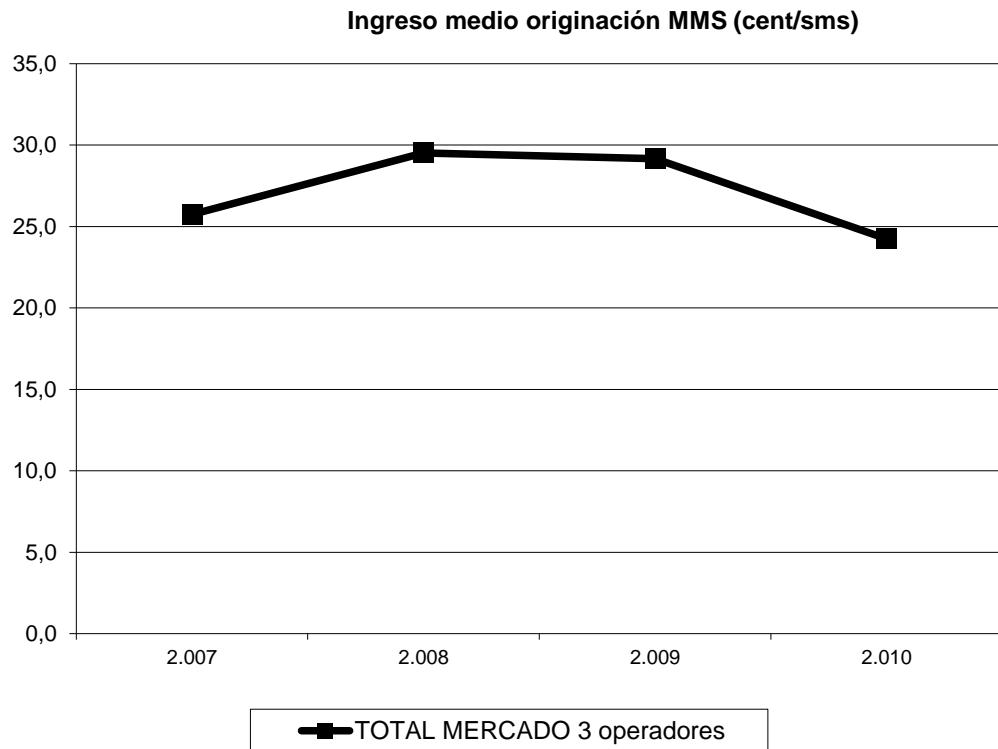
Servicios mayoristas de originación de MMS nacional

- 5.40. Al igual que en el caso de los servicios de terminación, no consta a la Dirección de Investigación la existencia de información pública específica sobre el mercado de originación. A partir de los datos facilitados por los tres operadores se han obtenido determinados resultados sobre este mercado que se resumen a continuación. Como se ha señalado, TME, VODAFONE y ORANGE son los únicos oferentes de servicios mayoristas de originación móvil por lo que aglutinan conjuntamente la totalidad del mercado.
- 5.41. Los datos del presente apartado presentan importantes limitaciones debido a que TME ha aportado datos incompletos y limitados (folios 857-858 donde TME señala que “no se puede proporcionar ni número ni ingresos de servicios de originación o finalización de MMS en OMVs puros”) y que los datos aportados por ORANGE incluyen asimismo algunas limitaciones en cuanto al grado de desagregación (folio 1109).
- 5.42. El mercado de los servicios mayoristas de originación de MMS comenzó a desarrollarse de una manera estable a finales de 2006, con la entrada en el mercado de Yoigo y los primeros OMVs, y ha venido creciendo hasta la actualidad, con más de 1,2 millones de mensajes originados en 2010. No obstante, el mercado de originación de MMS presenta una dimensión muy reducida en comparación con el de originación de SMS, que en 2010 alcanzó los 380 millones de SMS originados. Al tratarse de un servicio relativamente reciente, que no ha alcanzado la fase de madurez, y por lo limitado de los datos aportados por TME y ORANGE, deben de valorarse con la debida prudencia los datos sobre evolución del mercado.



Fuente: Elaboración propia a partir de datos aportados por TME, VODAFONE y ORANGE (folio 1624)

5.43. Los precios medios de originación de MMS presentan una cierta estabilidad en el entorno de los 25 a 30 céntimos por mensaje.



Fuente: Elaboración propia a partir de datos aportados por TME, VODAFONE y ORANGE (folio 1624)

5.44. En los apartados 8, 9 y 10 de los Hechos Probados de la presente Resolución se recogen datos confidenciales individuales relativos a los servicios de originación de MMS de cada operador, donde la DI resalta la existencia de las limitaciones señaladas.

6. Ingresos, costes y márgenes de TME, VODAFONE y ORANGE (Folios 1687-1692 y 1693-1698)

6.1. A partir de la información contenida de las contabilidades regulatorias de costes de TME, VODAFONE y ORANGE, se han obtenido los datos de ingresos, costes y márgenes de los diferentes servicios mayoristas y minoristas relacionados con los mensajes cortos SMS y MMS de ámbito nacional de TME (folios 1651-1660 y 1661-1662), VODAFONE (folios 1663-1672 y 1673-1680) y ORANGE (folios 1681-1686), así como los datos sobre márgenes globales de cada operador.

6.2. Asimismo, se ha realizado un ejercicio para establecer los márgenes promedio de TME, VODAFONE y ORANGE correspondientes a dichos servicios, obtenidos a partir de los ingresos y costes agregados de estos operadores (folios 1687-1692 y versión censurada no confidencial folios 1693-1698).

A. Rentabilidad global del conjunto de servicios mayoristas y minoristas de telefonía móvil

6.3. En el caso del conjunto de TME, VODAFONE y ORANGE, los datos relativos a los márgenes globales medios anuales de estos operadores, muestran un sector que en el periodo 2004-2009 ha generado una rentabilidad promedio del 8,8%, oscilando entre el 3% y el 15%. En la tabla siguiente se ofrecen los datos de rentabilidad media anual del conjunto de TME, VODAFONE y ORANGE.

1. MAGEN GLOBAL SERVICIOS MINORISTAS Y MAYORISTAS (3 OPERADORES)						
	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Margen sobre costes						
TOTAL SERVICIOS	15%	13%	3%	8%	7%	9%

Fuente: Elaboración propia a partir de la contabilidad de costes de TME, VODAFONE y ORANGE

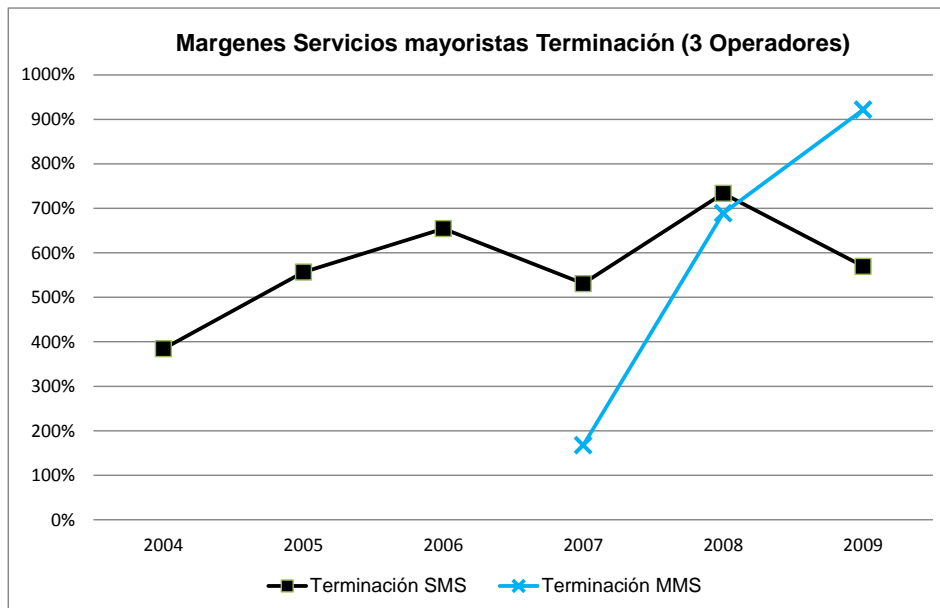
B. Servicios mayoristas de terminación de mensajes cortos

6.4. En lo que se refiere a los servicios mayoristas de terminación de SMS, el margen promedio sobre los costes del conjunto de TME, VODAFONE y ORANGE se ha mantenido en el periodo 2004 entre un mínimo del 384% y un máximo del 734%. En el caso del MMS se aprecia un fuerte crecimiento de los márgenes hasta alcanzar el 922% en 2009.

6.5. En los gráficos siguientes se detallan los resultados correspondientes a servicios mayoristas de terminación de SMS y MMS

2. SERVICIOS MAYORISTAS TERMINACIÓN (3 OPERADORES)						
	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Margen sobre costes						
Terminación SMS	384%	557%	654%	531%	734%	570%
Terminación MMS				168%	689%	922%

Fuente: Elaboración propia a partir de la contabilidad de costes de TME, VODAFONE y ORANGE



Fuente: Elaboración propia a partir de la contabilidad de costes de TME, VODAFONE y ORANGE

C. Servicios mayoristas de originación de mensajes cortos

6.6. Los datos resumidos a continuación muestran que los márgenes medios de los servicios de originación de mensajes cortos de TME, VODAFONE y ORANGE son asimismo muy elevados.

3. SERVICIOS MAYORISTAS ORIGINACIÓN (3 OPERADORES)		
Margen sobre costes	2008	2009
Originación SMS	405%	283%
Originación MMS		1827%

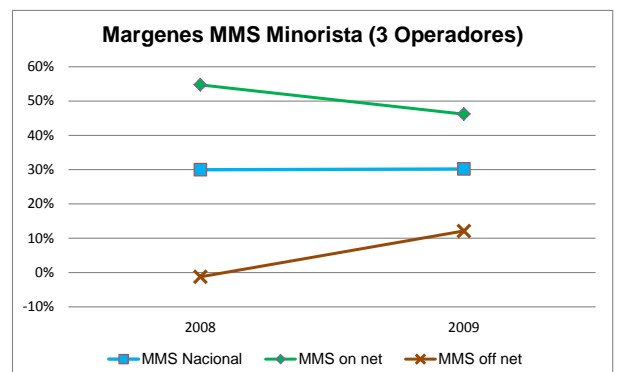
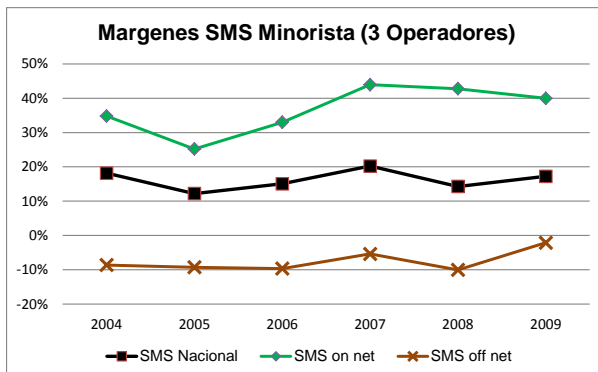
Fuente: Elaboración propia a partir de la contabilidad de costes de TME, VODAFONE y ORANGE

D. Servicios minoristas de mensajes cortos nacionales

6.7. Como puede apreciarse en los cuadros siguientes, en el caso de los mensajes de texto SMS la rentabilidad media de los tres operadores está en torno al 16% y en los MMS en el 30%.

SERVICIOS MINORISTAS (3 OPERADORES)							
Margen sobre costes	2004	2005	2006	2007	2008	2009	
SMS Nacional	18%	12%	15%	20%	14%	17%	
SMS on net	35%	25%	33%	44%	43%	40%	
SMS off net	-9%	-9%	-10%	-5%	-10%	-2%	
MMS Nacional					30%	30%	
MMS on net					55%	46%	
MMS off net					-1%	12%	

Fuente: Elaboración propia a partir de la contabilidad de costes de los 3 operadores



Fuente: Elaboración propia a partir de la contabilidad de costes de los 3 operadores

6.8. Sin embargo, al analizar la rentabilidad de los tres operadores en los servicios de envío de mensajes on-net y off-net, se observa que la rentabilidad de mensajes off-net está fuertemente penalizada, presentando en la práctica totalidad de los casos rentabilidades negativas. El principal componente de coste diferencial para los servicios de mensajes off-net respecto de los on-net son los costes de los servicios mayoristas de terminación de mensajes existentes en el mercado. Por su parte, los mensajes on-net presentan márgenes por encima del 40% en los últimos años.

6.9. Este efecto de los precios mayoristas sobre la rentabilidad de los servicios minoristas de mensajes off-net no se ve compensado por los mayores precios que los operadores aplican a los mensajes off-net. En todo caso, los márgenes globales de los servicios minoristas de mensajes cortos siguen siendo elevados gracias a los altos márgenes de los mensajes on-net.

E. Rentabilidad media de servicios mayoristas y minoristas de mensajes cortos

6.10. Cuando se calcula la rentabilidad media de los diferentes servicios mayoristas (terminación y originación) y minoristas de mensajes cortos (SMS y MMS), se observa que la estructura global de ingresos (precios) y costes del conjunto de servicios arroja unos márgenes apreciables como se recoge en la tabla siguiente. El valor absoluto de los márgenes entre ingresos y costes del conjunto de servicios mayoristas es equiparable al margen global de servicios minoristas, con lo que el peso de ambos tipos de servicios es similar sobre la rentabilidad global de servicios de mensajes cortos de ámbito nacional.

5. MARGEN GLOBAL SERVICIOS MINORISTAS Y MAYORISTAS DE MENSAJES CORTOS SMS+MMS (3 OPERADOR)						
Margen sobre costes	2004	2005	2006	2007	2008	2009
	30%	25%	30%	34%	34%	35%

Fuente: Elaboración propia a partir de la contabilidad de costes de TME, VODAFONE y ORANGE

7. Evolución de tráfico, costes y precio de los servicios mayoristas de mensajes cortos

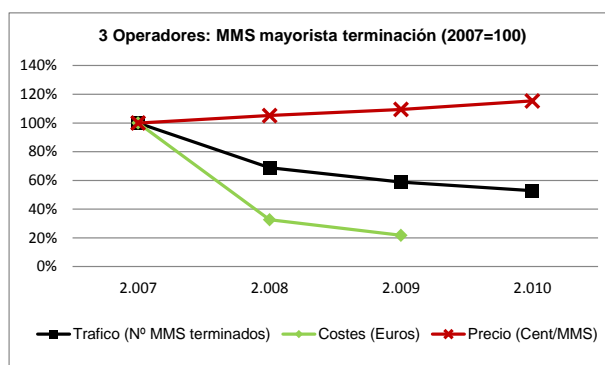
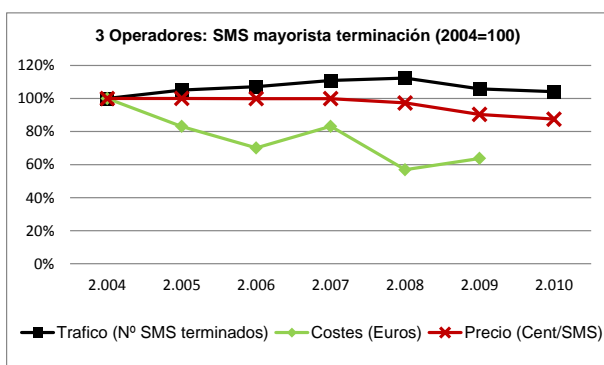
- 7.1. Al objeto de poder valorar mejor la estructura de los mercados analizados y el comportamiento de TME, VODAFONE y ORANGE, en este apartado se agrupa la información relativa a la evolución del tráfico, de los costes y de los precios de cada servicio mayorista de mensajes cortos.
- 7.2. Para ello, se ha realizado un tratamiento de los datos de tráfico (Nº de mensajes), de los precios mayoristas medios por mensaje y de los valores absolutos de los costes de cada uno de los servicios mayoristas de originación y terminación de mensajes SMS y MMS. Para poder estudiar la evolución de estos tres parámetros, se ha calculado un índice tomando como base 100 el primer año de la serie para el que se disponen de datos comparativos de TME, VODAFONE y ORANGE. En general, el inicio de las series de datos viene determinado por el ejercicio en el que se ha incorporado a la contabilidad de costes de TME, VODAFONE y ORANGE el correspondiente servicio.
- 7.3. Con carácter general, el tamaño de las series es más reducido para los MMS que para los SMS, debido a que los servicios MMS son más recientes y dichos servicios han sido incorporados a la contabilidad de costes en fechas más próximas. Por la misma razón, se dispone de series de datos más limitadas para los servicios mayoristas de originación, iniciados en el año 2007 e incorporados más tarde a la contabilidad de costes.
- 7.4. En el caso de los servicios de originación de MMS, se dispone en general de datos de costes relativos solamente al año 2009, lo que no permite incluir la evolución del dato de coste a efectos de comparación, por lo que se ha optado por elaborar para estos servicios índices solamente referidos a tráfico y precio.

A. Servicios mayoristas de terminación de mensajes cortos

- 7.5. Los servicios mayoristas de terminación de SMS de TME, VODAFONE y ORANGE se caracterizan por un tráfico y unos precios estables, con una estructura de costes decreciente. En el periodo 2004-2009 el tráfico ha crecido levemente (un 6%), los costes han caído un 36% y los precios se han reducido en un 10%.
- 7.6. En cuanto a la terminación de MMS, el mercado presenta una caída más importante, habiéndose reducido en un 41% en el periodo 2007-2009. En este servicio, el coste medio de TME, VODAFONE y ORANGE ha experimentado una reducción muy importante con una caída del 88%, más del doble que la bajada de mercado. A pesar de esta fuerte caída de los costes, los precios han subido un 9% en el periodo.
- 7.7. En los gráficos siguientes se recoge en detalle una comparativa del índice de evolución de tráfico, costes y precio medio de los servicios de terminación del conjunto de los tres operadores.

COMPARATIVA EVOLUCIÓN TRÁFICO, COSTES (estandar historicos) Y PRECIO MEDIO							
Mayorista terminacion SMS	2.004	2.005	2.006	2.007	2.008	2.009	2.010
Trafico (Nº SMS terminados)	100%	105%	107%	111%	112%	106%	104%
Costes (Euros)	100%	83%	70%	83%	57%	64%	
Precio (Cent/SMS)	100%	100%	100%	100%	97%	90%	88%

Mayorista terminacion MMS	2.007	2.008	2.009	2.010
Trafico (Nº MMS terminados)	100%	69%	59%	53%
Costes (Euros)	100%	33%	22%	
Precio (Cent/MMS)	100%	105%	109%	115%



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de mercado aportados por TME, VODAFONE y ORANGE (folios 1585-1586) y la contabilidad de costes (folios 1687-1692)

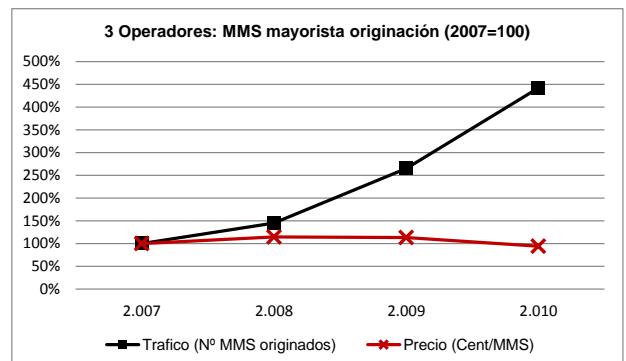
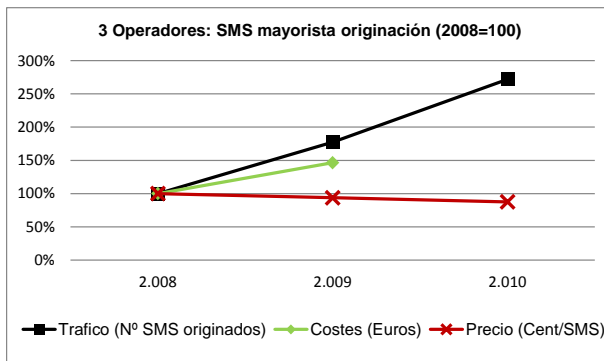
B. Servicios mayoristas de originación de mensajes cortos

7.8. Los servicios de originación, tanto de SMS como de MMS, presentan características similares con un fuerte crecimiento en tráfico y con precios rígidos. En el caso de los SMS, los costes crecen en una proporción significativamente menor que el tráfico.

7.9. En los gráficos siguientes se recoge en detalle una comparativa del índice de evolución de tráfico, costes y precio medio de los servicios de originación del conjunto de TME, VODAFONE y ORANGE.

COMPARATIVA EVOLUCIÓN TRÁFICO, COSTES (estandar historicos) Y PRECIO MEDIO				
Mayorista originacion SMS	2.008	2.009	2.010	
Trafico (Nº SMS originados)	100%	177%	272%	
Costes (Euros)	100%	147%		
Precio (Cent/SMS)	100%	94%	88%	

Mayorista originacion MMS	2.007	2.008	2.009	2.010
Trafico (Nº MMS originados)	100%	145%	265%	442%
Costes (Euros)				
Precio (Cent/MMS)	100%	115%	113%	94%



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de mercado aportados por TME, VODAFONE y ORANGE (folio 1589) y la contabilidad de costes (folios 1687-1692)

C. Servicios minoristas de mensajes cortos

7.10. Los servicios de minoristas, tanto de SMS como de MMS, presentan características similares a las ya señaladas para los servicios mayoristas.

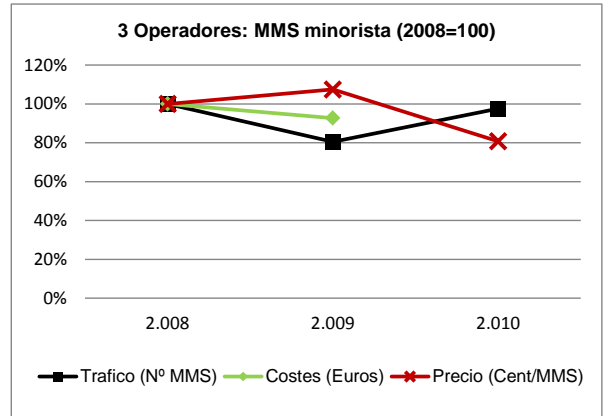
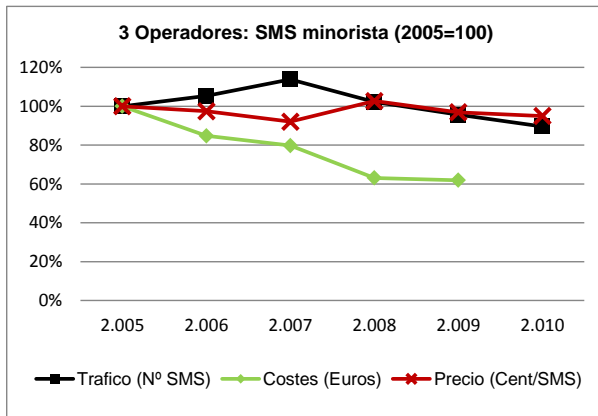
7.11. Los servicios minoristas de SMS presentan una estabilidad de tráfico y precios en el periodo 2005-2009 mientras que en dicho periodo los costes se reducen en un 38%

7.12. Los servicios minoristas de MMS presentan características de decrecimiento en tráfico y con precios crecientes y costes ligeramente decrecientes, de manera que ante una baja de los costes del 7%, el precio medio crece en un 7%

7.13. En los gráficos siguientes se recoge en detalle una comparativa del índice de evolución de tráfico, costes y precio medio de los servicios minoristas de mensajes cortos del conjunto de TME, VODAFONE y ORANGE.

COMPARATIVA EVOLUCIÓN TRÁFICO, COSTES (estandar historicos) Y PRECIO MEDIO						
Minorista SMS	2.005	2.006	2.007	2.008	2.009	2.010
Trafico (Nº SMS)	100%	105%	114%	102%	96%	90%
Costes (Euros)	100%	85%	80%	63%	62%	
Precio (Cent/SMS)	100%	97%	92%	103%	97%	95%

Minorista MMS	2.008	2.009	2.010
Trafico (Nº MMS)	100%	81%	98%
Costes (Euros)	100%	93%	
Precio (Cent/MMS)	100%	107%	81%



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de mercado aportados por TME, VODAFONE y ORANGE (folio 1582) y la contabilidad de costes (folio 1687-1692)

8. Información sobre tráfico, ingresos, costes y márgenes de TME

A. Información servicios SMS nacional

a. Información servicio minorista SMS nacional

8.1. La información detallada trimestral y anual de los datos de tráfico, ingresos y precios medios del servicio minorista de mensajes cortos SMS correspondientes a TME se encuentra recogida en los folios 1581-1582.

i. TME: Distribución de tráfico on-net / off-net

[...]

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos facilitados por TME

ii. TME: Evolución de ingreso medio por mensaje

[...]

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos facilitados por TME

b. Información servicio mayorista terminación SMS nacional

8.2. La información detallada trimestral y anual de los datos de tráfico, ingresos y precios medios del servicio mayorista de terminación de mensajes cortos SMS correspondientes a TME se encuentra recogida en los folios 1583-1587. En la gráfica siguiente se recoge la diferencia entre el precio medio de terminación correspondiente a TME, VODAFONE y ORANGE, y el correspondiente a TME.

[...]

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos facilitados por TME, VODAFONE y ORANGE

c. Información servicio mayorista originación SMS nacional

8.3. La información detallada trimestral y anual de los datos de tráfico, ingresos y precios medios del servicio mayorista de originación de mensajes cortos SMS correspondientes a TME se encuentra recogida en los folios 1588-1589. En la gráfica siguiente se recoge la diferencia entre el precio medio de originación correspondiente a TME, VODAFONE y ORANGE, y el correspondiente a TME.

[...]

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos facilitados por TME, VODAFONE y ORANGE

B. Información servicios MMS nacional

a. Información servicio minorista MMS nacional

8.4. La información detallada trimestral y anual de los datos de tráfico, ingresos y precios medios del servicio minorista de mensajes cortos MMS correspondientes a TME se encuentra recogida en los folios 1617-1618.

i. TME: Distribución de tráfico on-net / off-net

[...]

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos facilitados por TME

ii. TME: Evolución de ingreso medio por mensaje

[...]

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos facilitados por TME

b. Información servicio mayorista terminación MMS nacional

8.5. La información detallada trimestral y anual de los datos de tráfico, ingresos y precios medios del servicio mayorista de terminación de mensajes cortos MMS correspondientes a TME se encuentra recogida en los folios 1619-1621. En la gráfica siguiente se recoge la diferencia entre el precio medio de terminación correspondiente a TME, VODAFONE y ORANGE, y el correspondiente a TME.

[...]

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos facilitados por TME, VODAFONE y ORANGE

c. Información servicio mayorista originación MMS nacional

8.6. La información detallada trimestral y anual de los datos de tráfico, ingresos y precios medios del servicio mayorista de originación de mensajes cortos MMS correspondientes a TME se encuentra recogida en los folios 1622-1624. En la gráfica siguiente se recoge la diferencia entre el precio medio de originación correspondiente a TME, VODAFONE y ORANGE, y el

correspondiente a TME. Los datos del presente apartado deben ser valorados con especial cautela dada las limitaciones señaladas por TME en relación con los datos aportados para este servicio Folios 857-858 donde TME señala que “no se puede proporcionar ni número ni ingresos de servicios de originación o finalización de MMS en OMVs puros”.

[...]

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos facilitados por TME, VODAFONE y ORANGE

C. Ingresos, costes y márgenes de TME

8.7. La información detallada de los datos de ingresos, costes y márgenes de los diferentes servicios mayoristas y minoristas relacionados con mensajes cortos correspondientes a TME se encuentra recogida en los folios 1651-1660 y 1661-1662.

a. Rentabilidad global

8.8. En el caso de TME, los datos relativos a los márgenes globales medios anuales del operador, muestran una rentabilidad promedio del [...] % desde el año 2000 en servicios de telefonía móvil.

[...]

Fuente: Elaboración propia a partir de la contabilidad de costes TME

b. Servicios mayoristas de terminación de mensajes cortos

8.9. En lo que se refiere a los servicios mayoristas de terminación de SMS, el margen sobre los costes de TME ha presentado un notable crecimiento a partir de 2000, superando el [...] % de manera sostenida desde 2004. En el caso del MMS se aprecian unos márgenes todavía superiores con márgenes por encima del [...] %.

8.10. En los gráficos siguientes se detallan los resultados correspondientes a servicios mayoristas de terminación de SMS y MMS de TME.

[...]

Fuente: Elaboración propia a partir de la contabilidad de costes TME

c. Servicios mayoristas de originación de mensajes cortos

8.11. Los datos resumidos a continuación muestran que los márgenes de los servicios de originación de mensajes cortos de TME son asimismo muy elevados tanto para SMS como para MMS.

[...]

Fuente: Elaboración propia a partir de la contabilidad de costes TME

d. Servicios minoristas de mensajes cortos nacionales

8.12. En lo que se refiere a cada uno de los servicios minoristas de mensajes cortos de TME, éstos presentan en conjunto tasas de rentabilidad mucho más moderadas. Como puede apreciarse en los cuadros siguientes en el caso de los mensajes de texto SMS, la rentabilidad media de TME está en torno al [...] % y en los MMS en el [...] %.

[...]

Fuente: Elaboración propia a partir de la contabilidad de costes TME

8.13. Se aprecia, en el caso de TME, que la rentabilidad de los servicios de envío de mensajes off-net está fuertemente penalizada, presentando en la práctica totalidad de los años rentabilidades negativas. Por su parte, los mensajes on-net presentan a partir de 2002 márgenes por encima del [...] %.

8.14. Nuevamente, en el caso de TME se observa que el efecto de los precios mayoristas de terminación sobre la rentabilidad de los mensajes off-net no se ve compensado por los mayores precios que TME aplica a los mensajes off-net. En todo caso, los márgenes globales de los servicios minoristas de mensajes cortos siguen siendo elevados gracias a los altos márgenes de los mensajes on-net.

e. Rentabilidad media de servicios mayoristas y minoristas de mensajes cortos

8.15. Cuando se calcula la rentabilidad media de los diferentes servicios mayoristas (terminación y originación) y minoristas de mensajes cortos (SMS y MMS) de TME, se observa que la estructura global de ingresos (precios) y costes del conjunto de sus servicios arroja los márgenes que se recogen en la tabla siguiente.

[...]

Fuente: Elaboración propia a partir de la contabilidad de costes TME

D. Análisis de evolución de tráfico, costes y precio de los servicios de mensajes cortos de TME

a. Servicios mayoristas de terminación de mensajes cortos

8.16. Para los servicios mayoristas de terminación de SMS de TME, se dispone de una serie de datos que permite apreciar un mercado caracterizado por un tráfico creciente o constante casi todos los años, unos precios estables, con una estructura de costes decreciente. En el periodo 2000-2009 el tráfico ha crecido un [...] %, los costes han caído un [...] % y los precios se han reducido en un [...] %.

- 8.17. En cuanto a la terminación de MMS por parte de TME, el mercado presenta una cierta caída, habiéndose reducido el tráfico en un [..]% en el periodo 2007-2009. En este servicio, el coste medio de TME ha experimentado una reducción muy importante, con una caída del [..]%. A pesar de esta fuerte caída de los costes, los precios de TME han subido un [...] en el periodo, manteniendo una tendencia creciente en 2010.
- 8.18. En los gráficos siguientes se recoge en detalle una comparativa del índice de evolución de tráfico, costes y precio medio de los servicios de terminación de TME

[...]

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de mercado aportados por TME y la contabilidad de costes (Folios 1585, 1586, 1621 y 1651-1660)

b. Servicios mayoristas de originación de mensaje cortos

- 8.19. Los servicios de originación de TME, tanto de SMS como de MMS presentan características similares, con un fuerte crecimiento en tráfico y con precios totalmente rígidos. En el caso de los SMS, la información de costes de los dos únicos ejercicios disponibles señala que los costes en esta etapa crecen en una proporción similar que el tráfico.
- 8.20. En los gráficos siguientes se recoge en detalle una comparativa del índice de evolución de tráfico, costes y precio medio de los servicios de originación de TME. Los resultados correspondientes al tráfico de servicio de originación de MMS deben de valorarse con especial cautela debido a las limitaciones en los datos proporcionados por TME (Folios 857-858) donde TME señala que *“no se puede proporcionar ni número ni ingresos de servicios de originación o finalización de MMS en OMVs puros”*.

[...]

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de mercado aportados por TME y la contabilidad de costes (folios Folios 1589, 1624 y 1651-1660)

c. Servicios minoristas de mensajes cortos

- 8.21. Los servicios minoristas de SMS presentan una fuerte estabilidad en el tráfico hasta 2007 con un ligero decrecimiento a partir de ese año. Los costes presentan un crecimiento inicial para reducirse a partir de 2006. Los precios han mantenido una senda creciente hasta 2008 para reducirse ligeramente a partir de ese año.
- 8.22. Los servicios minoristas de MMS presentan características de decrecimiento en tráfico y con precios fuertemente crecientes. Los costes han presentado un crecimiento inicial para estabilizarse.

8.23. En los gráficos siguientes se recoge en detalle una comparativa del índice de evolución de tráfico, costes y precio medio de los servicios minoristas de mensajes cortos de TME.

[...]

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de mercado aportados por TME y la contabilidad de costes (folios 1582, 1618 y 1651-1660)

9. Información sobre tráfico, ingresos, costes y márgenes de VODAFONE

A. Información servicios SMS nacional

a. Información servicio minorista SMS nacional

9.1. La información detallada trimestral y anual de los datos de tráfico, ingresos y precios medios del servicio minorista de mensajes cortos SMS correspondientes a VODAFONE se encuentra recogida en los folios 1581-1582.

i. VODAFONE: Distribución de tráfico on-net / off-net

[...]

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos facilitados por VODAFONE

ii. VODAFONE: Evolución de ingreso medio por mensaje

[...]

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos facilitados por VODAFONE

b. Información servicio mayorista terminación SMS nacional

9.2. La información detallada trimestral y anual de los datos de tráfico, ingresos y precios medios del servicio mayorista de terminación de mensajes cortos SMS correspondientes a VODAFONE se encuentra recogida en los folios 1583-1587. En la gráfica siguiente se recoge la diferencia entre el precio medio de terminación correspondiente a TME, VODAFONE y ORANGE, y el correspondiente a VODAFONE.

[...]

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos facilitados por TME, VODAFONE y ORANGE

c. Información servicio mayorista originación SMS nacional

9.3. La información detallada trimestral y anual de los datos de tráfico, ingresos y precios medios del servicio mayorista de originación de mensajes cortos SMS correspondientes a VODAFONE se encuentra recogida en los folios 1588-1589. En la gráfica siguiente se recoge la diferencia entre el precio medio de originación correspondiente a TME, VODAFONE y ORANGE, y el correspondiente a VODAFONE.

[...]

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos facilitados por TME, VODAFONE y ORANGE

B. Información servicios MMS nacional

a. Información servicio minorista MMS nacional

9.4. La información detallada trimestral y anual de los datos de tráfico, ingresos y precios medios del servicio minorista de mensajes cortos MMS correspondientes a VODAFONE se encuentra recogida en los folios 1617-1618.

i. VODAFONE: Distribución de tráfico on-net / off-net

[...]

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos facilitados por VODAFONE

ii. VODAFONE: Evolución de ingreso medio por mensaje

[...]

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos facilitados por VODAFONE

b. Información servicio mayorista terminación MMS nacional

9.5. La información detallada trimestral y anual de los datos de tráfico, ingresos y precios medios del servicio mayorista de terminación de mensajes cortos MMS correspondientes a VODAFONE se encuentra recogida en los folios 1619-1621. En la gráfica siguiente se recoge la diferencia entre el precio medio de terminación correspondiente a TME, VODAFONE y ORANGE, y el correspondiente a VODAFONE.

[...]

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos facilitados por TME, VODAFONE y ORANGE

c. Información servicio mayorista originación MMS nacional

9.6. La información detallada trimestral y anual de los datos de tráfico, ingresos y precios medios del servicio mayorista de originación de mensajes cortos MMS correspondientes a VODAFONE se encuentra recogida en los folios 1622-1624. En la gráfica siguiente se recoge la diferencia entre el precio medio de originación correspondiente a TME, VODAFONE y ORANGE, y el correspondiente a VODAFONE.

[...]

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos facilitados por TME, VODAFONE y ORANGE

C. Ingresos, costes y márgenes de VODAFONE

9.7. La información detallada de los datos de ingresos, costes y márgenes de los diferentes servicios mayoristas y minoristas relacionados con mensajes

cortos correspondientes a VODAFONE se encuentra recogida en los folios 1663-1672 y 1673-1680.

a. Rentabilidad global

9.8. En el caso de VODAFONE, los datos relativos a los márgenes globales medios anuales del operador, muestran una rentabilidad promedio del [...] % desde el año 2000 en servicios de telefonía móvil.

[...]

Fuente: Elaboración propia a partir de la contabilidad de costes VODAFONE

b. Servicios mayoristas de terminación de mensajes cortos

9.9. En lo que se refiere a los servicios mayoristas de terminación de SMS, el margen sobre los costes de VODAFONE presenta una estabilidad en torno al [...] % hasta el año 2004, con un notable crecimiento desde esa fecha hasta superar el [...] % en dos ejercicios. En el caso del MMS se aprecian unos márgenes por encima del [...] %.

9.10. En los gráficos siguientes se detallan los resultados correspondientes a servicios mayoristas de terminación de SMS y MMS de VODAFONE:

[...]

Fuente: Elaboración propia a partir de la contabilidad de costes VODAFONE

c. Servicios mayoristas de originación de mensajes cortos

9.11. Los datos resumidos a continuación muestran que los márgenes de los servicios de originación de mensajes cortos de VODAFONE son asimismo muy elevados, tanto para SMS como para MMS, con un fuerte crecimiento en ambos servicios.

[...]

Fuente: Elaboración propia a partir de la contabilidad de costes VODAFONE

d. Servicios minoristas de mensajes cortos nacionales

9.12. En lo que se refiere a los servicios minoristas de mensajes cortos de VODAFONE, presentan en conjunto tasas de rentabilidad mucho más moderadas. Como puede apreciarse en los cuadros siguientes en el caso de los mensajes de texto SMS la rentabilidad media del mercado minorista está en torno al [...] % y en los MMS en el [...] %.

[...]

Fuente: Elaboración propia a partir de la contabilidad de costes VODAFONE

9.13. En el caso de VODAFONE, se aprecia nuevamente que la rentabilidad de los servicios de envío de mensajes cortos *off-net* está fuertemente penalizada, presentando en la práctica totalidad de los casos rentabilidades negativas o muy reducidas en relación con la rentabilidad media del

operador. Por su parte, los mensajes *on-net* presentan en la mayor parte de los ejercicios márgenes que podrían ser considerados supracompetitivos, con un promedio del [...] %.

- 9.14. En el caso de VODAFONE, también se observa que el efecto de los precios mayoristas de terminación sobre la rentabilidad de los mensajes cortos *off-net* no se ve compensado por los mayores precios que VODAFONE aplica a los mensajes *off-net*. En todo caso, los márgenes globales de los servicios minoristas de mensajes cortos siguen siendo elevados gracias a los altos márgenes de los mensajes *on-net*.

e. Rentabilidad media de servicios mayoristas y minoristas de mensajes cortos

- 9.15. Cuando se calcula la rentabilidad media de los diferentes servicios mayoristas (terminación y originación) y minoristas de mensajes cortos (SMS y MMS) de VODAFONE, se observa que la estructura global de ingresos (precios) y costes del conjunto de servicios de este operador arroja los márgenes que se recogen en la tabla siguiente.

[...]

Fuente: Elaboración propia a partir de la contabilidad de costes VODAFONE

D. Análisis de evolución de tráfico, costes y precio de los servicios de mensajes cortos de VODAFONE

a. Servicios mayoristas de terminación de mensajes cortos

- 9.16. Como se recoge en las gráficas siguientes, para los servicios mayoristas de terminación de SMS de VODAFONE se dispone de una serie de datos más amplia, que permite apreciar un mercado caracterizado por un tráfico creciente, unos precios estables, con una estructura de costes decreciente. En el periodo 2000-2009 el tráfico ha crecido un [...] %, los costes han sufrido diferentes fluctuaciones para presentar al final una caída del [...] %, siempre muy por debajo del crecimiento del tráfico, y los precios se han reducido en un [...] %.
- 9.17. En cuanto a la terminación de MMS por parte de VODAFONE, el mercado presenta una cierta caída, habiéndose reducido el tráfico en un [...] % en el periodo 2006-2009. En este servicio el coste medio ha experimentado una reducción muy importante, con una caída del [...] %. A pesar de esta fuerte caída de los costes, los precios han subido un [...] % en el periodo, manteniendo una tendencia creciente en 2010.
- 9.18. En los gráficos siguientes se recoge en detalle una comparativa del índice de evolución de tráfico, costes y precio medio de los servicios de terminación de VODAFONE. Los datos de costes correspondientes a VODAFONE no incluyen índices para el ejercicio 2001 dado que los valores absolutos de ingresos y costes de la contabilidad de costes de dicho ejercicio no resultan comparables al resto de ejercicios de este operador.

[...]

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de mercado aportados VODAFONE y la contabilidad de costes (Folios 1585, 1586, 1621 y 1663-1672)

b. Servicios mayoristas de originación de mensajes cortos

9.19. Los servicios de originación, tanto de SMS como de MMS de VODAFONE presentan características similares, con un fuerte crecimiento en tráfico y con precios totalmente rígidos. En el caso de los SMS, la información de costes señala unos costes decrecientes con el aumento del tráfico, y en el caso del MMS unos costes con un crecimiento significativamente más moderados que el crecimiento del tráfico.

9.20. En los gráficos siguientes se recoge en detalle una comparativa del índice de evolución de tráfico, costes y precio medio de los servicios de originación de VODAFONE.

[...]

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de mercado aportados VODAFONE y la contabilidad de costes (folios 1589, 1624 y 1663-1672)

c. Servicios minoristas de mensajes cortos

9.21. Los servicios minoristas de SMS presentan un notable crecimiento del tráfico hasta 2007 para estabilizarse a partir de 2008. Los costes presentan características de fuerte crecimiento hasta 2005 para decrecer de manera importante a partir de ese año. Los precios presentan una notable estabilidad.

9.22. Los servicios minoristas de MMS presentan características de decrecimiento en tráfico y costes y con precios fuertemente crecientes, aunque con una fuerte caída en el año 2010.

9.23. En los gráficos siguientes se recoge en detalle una comparativa del índice de evolución de tráfico, costes y precio medio de los servicios minoristas de mensajes cortos de VODAFONE.

[...]

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de mercado aportados por VODAFONE y la contabilidad de costes (Folios 1582, 1618 y 1663-1672)

10. Información sobre tráfico, ingresos, costes y márgenes de ORANGE

A. Información servicios SMS nacional

a. Información servicio minorista SMS nacional

10.1. La información detallada trimestral y anual de los datos de tráfico, ingresos y precios medios del servicio minorista de mensajes cortos SMS correspondientes a ORANGE se encuentra recogida en los folios 1581-1582.

ORANGE ha advertido sobre posible inexactitud de los datos de precios medios *on-net* y *off-net* para ciertos trimestres del ejercicio 2010.

i. ORANGE: Distribución de tráfico on-net / off-net

[...]

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos facilitados por ORANGE

ii. ORANGE: Evolución de ingreso medio por mensaje

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos facilitados por ORANGE

[...]

b. Información servicio mayorista terminación SMS nacional

10.2. La información detallada trimestral y anual de los datos de tráfico, ingresos y precios medios del servicio mayorista de terminación de mensajes cortos SMS correspondientes a ORANGE se encuentra recogida en los folios 1583-1587. En la gráfica siguiente se recoge la diferencia entre el precio medio de terminación correspondiente a TME, VODAFONE y ORANGE, y el correspondiente a ORANGE.

[...]

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos facilitados por TME, VODAFONE y ORANGE

c. Información servicio mayorista originación SMS nacional

10.3. La información detallada trimestral y anual de los datos de tráfico, ingresos y precios medios del servicio mayorista de originación de mensajes cortos SMS correspondientes a ORANGE se encuentra recogida en los folios 1588-1589. En la gráfica siguiente se recoge la diferencia entre el precio medio de originación correspondiente a TME, VODAFONE y ORANGE, y el correspondiente a ORANGE.

[...]

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos facilitados por TME, VODAFONE y ORANGE

B. Información servicios MMS nacional

a. Información servicio minorista MMS nacional

10.4. La información detallada trimestral y anual de los datos de tráfico, ingresos y precios medios del servicio minorista de mensajes cortos MMS correspondientes a ORANGE se encuentra recogida en los folios 1617-1618.

i. ORANGE: Distribución de tráfico on-net / off-net

[...]

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos facilitados por ORANGE

ii. ORANGE: Evolución de ingreso medio por mensaje

[...]

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos facilitados por ORANGE

b. Información servicio mayorista terminación MMS nacional

10.5. La información detallada trimestral y anual de los datos de tráfico, ingresos y precios medios del servicio mayorista de terminación de mensajes cortos MMS correspondientes a ORANGE se encuentra recogida en los folios 1619-1621. En la gráfica siguiente se recoge la diferencia entre el precio medio de terminación correspondiente a TME, VODAFONE y ORANGE, y el correspondiente a ORANGE.

[...]

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos facilitados por TME, VODAFONE y ORANGE

c. Información servicio mayorista originación MMS nacional

10.6. La información detallada trimestral y anual de los datos de tráfico, ingresos y precios medios del servicio mayorista de originación de mensajes cortos MMS correspondientes a ORANGE se encuentra recogida en los folios 1622-1624. En la gráfica siguiente se recoge la diferencia entre el precio medio de originación correspondiente a TME, VODAFONE y ORANGE, y el correspondiente a ORANGE. Los datos del presente apartado deben ser valorados con especial cautela dada las limitaciones señaladas por TME en relación con los datos aportados para este servicio y que incluyen de manera agregada datos de originación y terminación en OMVs (folio 1109).

[...]

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos facilitados por TME, VODAFONE y ORANGE

C. Ingresos, costes y márgenes de ORANGE

10.7. La información detallada de los datos de ingresos, costes y márgenes de los diferentes servicios mayoristas y minoristas relacionados con mensajes cortos correspondientes a ORANGE se encuentra recogida en los folios 1681-1686.

a. Rentabilidad global

10.8. En el caso de ORANGE, los datos relativos a sus márgenes globales medios anuales en telefonía móvil del operador muestran una rentabilidad negativa promedio del [...] % desde 2005.

[...]

Fuente: Elaboración propia a partir de la contabilidad de costes ORANGE

b. Servicios mayoristas de terminación de mensajes cortos

10.9. En lo que se refiere a los servicios mayoristas de terminación de SMS, el margen sobre los costes de ORANGE presenta una estabilidad en torno al [...] % en los seis ejercicios disponibles. En el caso del MMS se aprecian unos márgenes crecientes hasta superar el [...] %.

10.10. En los gráficos siguientes se detallan los resultados correspondientes a servicios mayoristas de terminación de SMS y MMS de ORANGE:

[...]

Fuente: Elaboración propia a partir de la contabilidad de costes ORANGE

c. Servicios mayoristas de originación de mensajes cortos

10.11. Los datos resumidos a continuación muestran los márgenes de los servicios de originación de mensajes cortos de ORANGE, tanto para SMS como para MMS.

[...]

Fuente: Elaboración propia a partir de la contabilidad de costes ORANGE

d. Servicios minoristas de mensajes cortos nacionales

10.12. En lo que se refiere a los servicios minoristas mensajes cortos de ORANGE, éstos presentan en conjunto tasas de rentabilidad moderadas o negativas. Como puede apreciarse en los cuadros siguientes, en el caso de los mensajes de texto SMS la rentabilidad media de ORANGE en el ámbito minorista ha sido negativa en el periodo analizado, y ha tenido un promedio del [...] %, y del [...] % para los MMS.

[...]

Fuente: Elaboración propia a partir de la contabilidad de costes ORANGE

10.13. De todas maneras, la rentabilidad de los servicios de envío de mensajes cortos off-net también está fuertemente penalizada, presentando en la totalidad de los casos rentabilidades negativas. Por su parte los mensajes on-net de ORANGE presentan en la mayor parte de los ejercicios márgenes moderados, con un promedio del [...] % en el caso de los SMS on-net, y del [...] % para los MMS on-net.

10.14. Para ORANGE también se observa que el efecto de los precios mayoristas de terminación de mensajes cortos sobre la rentabilidad de los mensajes off-net no se ve compensado por los mayores precios que ORANGE aplica a los mensajes off-net, ni con los márgenes de los mensajes on-net.

e. Rentabilidad media de servicios mayoristas y minoristas de mensajes cortos

10.15. Cuando se calcula la rentabilidad media de los diferentes servicios mayoristas (terminación y originación) y minoristas de mensajes cortos (SMS y MMS) de ORANGE, se observa que la estructura global de ingresos (precios) y costes del conjunto de servicios arroja los márgenes que se recogen en la tabla siguiente.

[...]

Fuente: Elaboración propia a partir de la contabilidad de costes ORANGE

D. Análisis de evolución de tráfico, costes y precio de los servicios de mensajes cortos de ORANGE

10.16. En lo que se refiere a ORANGE, se recogen a continuación los índices de evolución de los tres parámetros analizados. A diferencia de TME y VODAFONE, que disponen de contabilidad de costes desde 2000, ORANGE ha comenzado a presentar su contabilidad de costes en 2004, por lo que la serie de datos en varios mercados a efectos de comparación se ha visto limitada por esta circunstancia.

a. Servicios mayoristas de terminación de mensajes cortos

10.17. Como se recoge en las gráficas siguientes, el servicio mayorista de terminación de SMS de ORANGE presenta un tráfico ligeramente creciente, con una estructura de costes y precios decreciente. En el periodo 2004-2009 el tráfico ha crecido un [...]% , los costes han caído un [...]% , y los precios se han reducido en un [..]%

10.18. En cuanto a la terminación de MMS por parte de ORANGE, el mercado presenta una cierta caída, habiéndose reducido el tráfico en un [...]% en el periodo 2007-2009. En este servicio el coste medio ha experimentado una reducción muy importante con una caída del [...]%. A pesar de esta fuerte caída de los costes, los precios han subido un [...]% en el periodo, manteniendo una tendencia creciente en 2010.

10.19. En los gráficos siguientes se recoge en detalle una comparativa del índice de evolución de tráfico, costes y precio medio de los servicios de terminación de ORANGE.

[...]

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de mercado aportados por ORANGE y la contabilidad de costes (Folios 1585, 1586, 1621 y 1681-1686)

b. Servicios mayoristas de originación de mensajes cortos

10.20. Los servicios de originación, tanto de SMS como de MMS de ORANGE presentan un fuerte crecimiento en tráfico. En ambos casos se aprecia una reducción del precio, en el caso de los SMS del [...] % en el periodo 2008-2009 con tendencia consolidarse en 2010, y del [...] % para los MMS en el periodo 2007-2010.

10.21. En lo que respecta a los SMS, la información de costes de ORANGE señala que éstos tienen un crecimiento más moderado que el tráfico.

10.22. En los gráficos siguientes se recoge en detalle una comparativa del índice de evolución de tráfico, costes y precio medio de los servicios de originación de ORANGE.

[...]

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de mercado aportados por ORANGE y la contabilidad de costes (Folios 1589, 1624 y 1681-1686)

c. Servicios minoristas de mensajes cortos

10.23. Los servicios minoristas de SMS presentan una estabilidad del tráfico (con la salvedad de 2010, donde cae significativamente), con una ligera bajada de los costes y los precios.

10.24. Los servicios minoristas de MMS presentan características de decrecimiento importante en el tráfico y una caída ligera de precios y costes en 2008 para crecer a partir de ese año.

10.25. En los gráficos siguientes se recoge en detalle una comparativa del índice de evolución de tráfico, costes y precio medio de los servicios minoristas de mensajes cortos de ORANGE.

[...]

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de mercado aportados por ORANGE y la contabilidad de costes (Folios 1582, 1618 y 1681-1686)

11. Comparativa internacional de datos relativos a los servicios de mensajes cortos

11.1. En este apartado se recoge una comparación entre los datos de precios de mensajes cortos, tanto mayoristas como minoristas, correspondientes al mercado español y a otros países equiparables al nuestro.

11.2. A diferencia de las llamadas de voz, existe una limitada información pública relativa a los servicios mayoristas y minoristas de mensajes cortos que permita realizar una comparativa exhaustiva y detallada entre la situación del mercado español de mensajes cortos y la de otros países de nuestro entorno para todos los mercados mayoristas identificados.

11.3. En el caso de la telefonía móvil, la realización de comparativas entre operadores de diferentes países resulta altamente significativa. Ello es debido a que las redes y servicios de telefonía móvil se han desplegado siguiendo unos estándares muy detallados y precisos (correspondientes a las tecnologías GSM y UMTS), consiguiendo con ello las ventajas de una total interoperabilidad entre las redes y los terminales de los clientes, incluso en situaciones de itinerancia internacional.

A. Comparativa internacional de servicios mayoristas de terminación de mensajes cortos SMS

11.4. Con carácter general, los precios de los servicios mayoristas de terminación de SMS no se encuentran sujetos a regulación ex ante en los países europeos, al no haber sido incluidos de manera específica dentro de las correspondientes recomendaciones de mercados realizadas por la Comisión Europea, a las que ya se ha hecho referencia.

11.5. Sin embargo, los reguladores sectoriales de comunicaciones electrónicas de algunos países sí han acometido el análisis de los mercados de terminación de SMS y han establecido obligaciones regulatorias y de precios para estos servicios mayoristas. Asimismo, algunos reguladores en terceros países fuera de la UE han dictado normas relativas a este servicio.

11.6. Sin ánimo de resultar exhaustivos se recogerá de manera resumida en los párrafos siguiente la situación en estos países, con especial atención a la información sobre costes y precios regulados.

11.7. El primer país europeo en regular el mercado de terminación de SMS ha sido Francia. El regulador francés ARCEP, en su resolución de 27 julio de 2006 (http://www.arcep.fr/fileadmin/uploads/tx_gsavis/06-0593.pdf), resolvió fijar unos precios máximos de terminación de 3 céntimos de euro por SMS para el operador Orange y SFR y de 3,5 céntimos para Bouygues Telecom. Dicha resolución se alcanzó tras realizar un análisis de los costes de los operadores de telefonía móvil en Francia, basado en un modelo de costes totalmente distribuidos, y tras constatar la falta de competencia en los servicios de SMS en Francia.

11.8. En el año 2010, ARCEP acometió un nuevo análisis de este mercado, y tras realizar un ejercicio de análisis de la contabilidad de costes de los operadores, estableció en su resolución de 22 de julio de 2010 (http://www.arcep.fr/uploads/tx_gsavis/10-0892.pdf) una regulación de los precios de terminación de SMS para ajustarlos a costes, mediante una senda de precios descendente (glide path) que finalizará en el año 2012, fecha en la que el precio máximo de terminación se habrá reducido hasta 1 céntimo de euro por SMS. En dicha resolución ARCEP ha estimado que el coste de terminación de un SMS en una red móvil de un operador genérico que opere en Francia sería de 0,40 céntimos de euro en 2009.

- 11.9. La autoridad de regulación de comunicaciones electrónicas de Polonia, UKE (http://www.en.uke.gov.pl/ukeen/index.jsp?place=Menu07&news_cat_id=79&layout=0), ha realizado un análisis de mercados al objeto de establecer una regulación ex ante en los mercados mayoristas de terminación, publicando su propuesta regulatoria en agosto de 2010. En dicha propuesta, el regulador polaco estimaba a partir de sus análisis que el coste de prestación de servicios de terminación de SMS es de 0,01 PLN (0,25 céntimos de euro), proponiendo un precio recomendado de 1,2 céntimos de euro por SMS terminado. En su carta de comentarios a dicha propuesta, la Comisión Europea critica la iniciativa de la autoridad polaca de recomendar un precio un 400% por encima de los costes estimados (Ver resumen de la notificación en la carta de comentarios de la comisión europea en http://circa.europa.eu/Public/irc/info/ecctf/library?l=/commissionsdecisions/commission_decisions_4/pl-2010-1125_endate/ EN 1.0 &a=d.)
- 11.10. En el caso de Dinamarca, los operadores móviles aplicaban unos precios de terminación de 2,7 céntimos de euro por SMS (0,20DKK) terminado desde el año 2002. En el año 2010, el regulador danés de telecomunicaciones NITA realizó un análisis de mercados relativo a los servicios de terminación de SMS. En dicho análisis, a partir de la contabilidad de costes de los operadores, la autoridad danesa ha estimado que el coste de prestación del servicio de terminación de un mensaje SMS es de 0,27 céntimos de euro (0,02DKK), una cantidad casi idéntica a la estimada por la autoridad polaca. El 19 de mayo de 2011 NITA (<http://en.itst.dk/>) adoptó una serie de decisiones (http://circa.europa.eu/Public/irc/info/ecctf/library?l=/danmark/adopted_measures/dk2011181&vm=detailed&sb=Title) para imponer obligaciones regulatorias del servicio de terminación móvil de SMS a los operadores móviles que operan en Dinamarca, incluyendo la regulación de los precios de terminación, fijando su cuantía en 2,1 céntimos por SMS terminado. En su carta previa de comentarios a la propuesta regulatoria, la Comisión Europea sugería la conveniencia de fijar una senda o glide path para orientar los precios a costes. En dicha carta se resume igualmente la propuesta regulatoria de la autoridad de Dinamarca (http://circa.europa.eu/Public/irc/info/ecctf/library?l=/commissionsdecisions/dk-2011-1181_endatenrpdf/ EN 1.0 &a=d).
- 11.11. Otros países no europeos han regulado los servicios de terminación de SMS, en particular Israel, Nueva Zelanda o Malasia.
- 11.12. En Israel, el Ministerio de Comunicaciones ha hecho público un estudio (http://www.moc.gov.il/sip_storage/FILES/8/2278.pdf) en agosto de 2010 que analiza los costes de terminación de SMS y MMS, a partir de la información sobre el modelo de contabilidad de costes bajo el modelo LRIC de los operadores móviles israelíes. De acuerdo con este estudio, el coste de terminación de un SMS en 2011 sería de 0,04 céntimos de euro (0,16 agorots). El coste de terminación de un MMS se estima en unos 5 céntimos

de euro (20 agorots). El regulador israelí ha señalado su intención de fijar un glide path para ajustar los precios a costes en el horizonte de 2014, fecha en la que el precio de terminación de un SMS sería de 0,03 céntimos de euro (0,13 agorots).

- 11.13. El regulador de telecomunicaciones de Nueva Zelanda COMCOM ha adoptado el 5 de mayo de 2011 una decisión (<http://www.comcom.govt.nz/mobile-termination-access-services-std/>) regulando los precios de terminación en redes móviles, incluyendo la regulación de la terminación de SMS. En dicha resolución (párrafo 431) se recoge un resumen sobre los resultados de las estimaciones realizadas en diferentes países sobre el coste para terminar un SMS, que se sitúa entre 0,034 y 0,27 céntimos de euro (entre 0,06 NZ cents y 0,48NZ cents). En esta resolución se ha fijado un precio máximo de 0,034 céntimos de euro (0,06 NZ cent) para la terminación de mensajes SMS en las redes móviles de Nueva Zelanda, con efectos desde el 6 de mayo de 2011.
- 11.14. A modo de resumen, se recoge en la tabla siguiente las conclusiones de los análisis del mercado de terminación de SMS realizadas por los reguladores de los países citados, indicando el coste estimado de terminación de un SMS y el precio máximo de terminación establecido por cada regulador.

COMPARATIVA INTERNACIONAL COSTES TERMINACIÓN SMS

Importes en centimos de euro	Francia	Polonia	Dinamarca	Israel	N Zelanda
Coste de terminacion por SMS	0,40	0,25	0,27	0,04	
Precio Máx Terminación por SMS	1,00	1,20	2,10	0,03	0,03

Fuente: Elaboración propia

- 11.15. En el caso de los costes estimados de este servicio, las diferencias que se ponen de manifiesto en la anterior tabla se deben en general al estándar de costes adoptado para el análisis. Así, los costes son más elevados cuando se utilizan estándares de costes totalmente distribuidos, y más reducidos en modelos que utilizan estándares de costes incrementales a largo plazo (que tienen en cuenta menos costes).
- 11.16. En cuanto a la existencia de estudios comparativos de precios de terminación de mensajes cortos, el Grupo Europeo de Reguladores de Telecomunicaciones (ERG), hoy reemplazado por el BEREC (Body of European Regulators for Electronic Communications <http://www.erg.eu.int/>), publicó en enero de 2009 un estudio comparativo sobre precios de servicios de terminación de SMS en los países europeos, documento que se ha mantenido confidencial por expreso acuerdo de los reguladores nacionales que aportaron la información para su realización. No obstante, se dispone de información pública relativa a los resultados de este informe, de utilidad para el presente expediente. El regulador ARCEP en su resolución de julio de 2010 antes citada, incluye una gráfica censurada en la identidad de los

países, con los precios de terminación de SMS en los países europeos, que se reproduce a continuación.

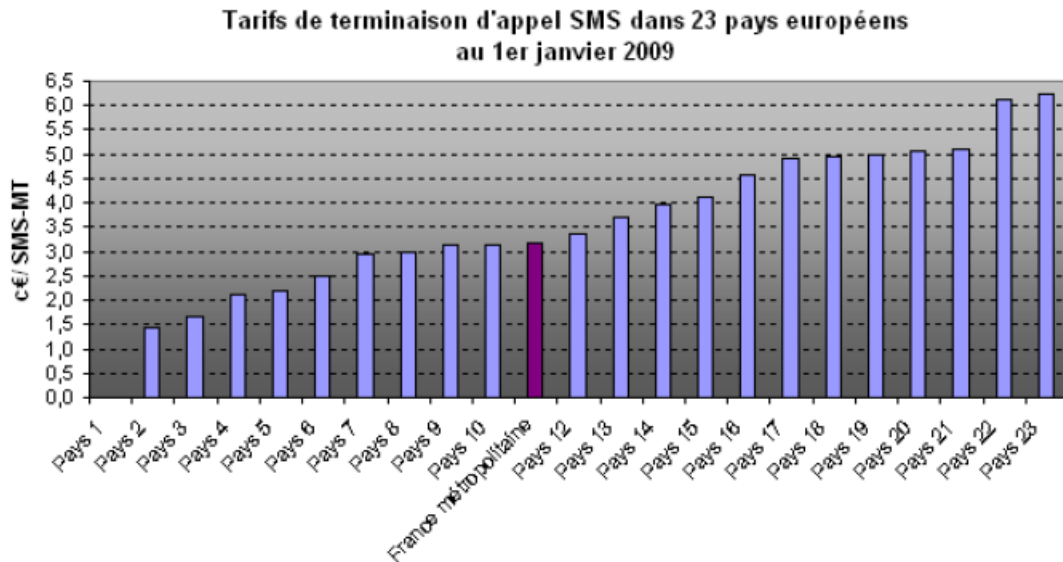
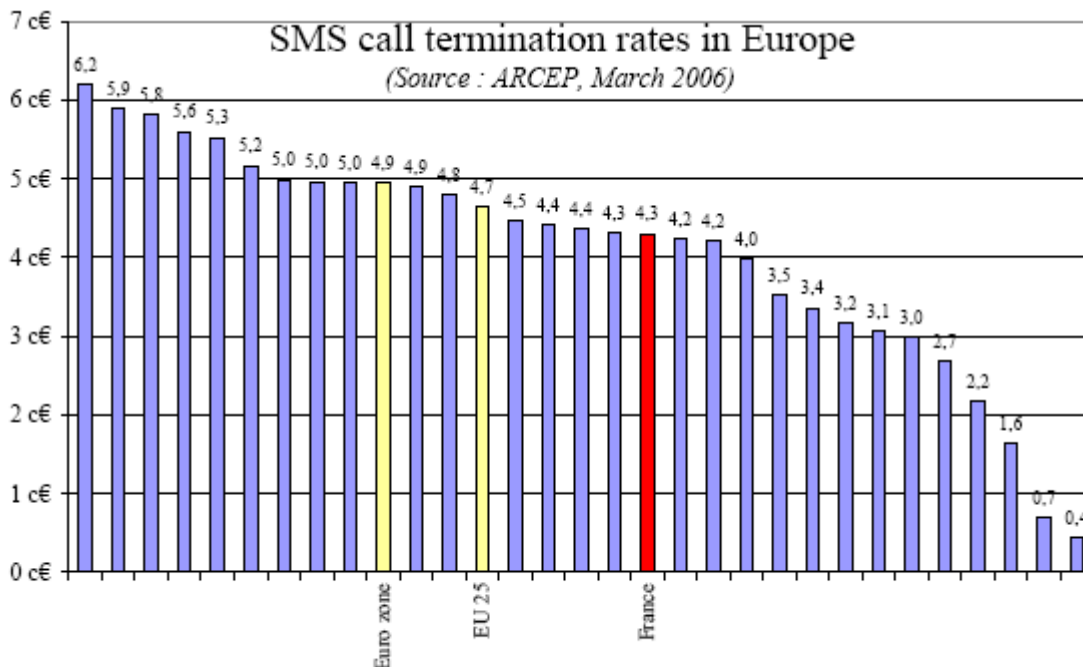


Figure 1: Tarifs de terminaison d'appel SMS au 1^{er} janvier 2009 dans 23 pays européens (Source : Groupe des régulateurs européens, analyse comparative interne portant sur la terminaison d'appel SMS, janvier 2009)

Fuente: ARCEP

11.17. De acuerdo con los datos aportados por TME, VODAFONE y ORANGE a la Dirección de Investigación, el precio medio de terminación de SMS en España a finales de 2008 era de 6,0 céntimos de euro por mensaje (1586), y puesto que la anterior gráfica se refiere a 1 de enero de 2009, es posible concluir que el mercado español es el país 22 con un nivel de precios más elevado de los 23 países europeos recogidos en la tabla anterior, un 20% por encima del siguiente país en precio y un 400% por encima del país con precios más bajos.

11.18. Por su parte, ARCEP ya había publicado los resultados de un estudio comparativo similar de precios de terminación de SMS en Europa referido a marzo de 2006 (http://www.arcep.fr/index.php?id=8571&tx_gsactualite_pi1%5Buid%5D=866&tx_gsactualite_pi1%5BbackID%5D=26&cHash=d22d6ab92d):



NB : les noms des pays concernés sont masqués à la demande des ARN

Fuente: ARCEP

- 11.19. De acuerdo con los datos aportados por TME, VODAFONE y ORANGE a la Dirección de Investigación, en 2006 el precio medio de terminación de SMS en España era de 6,2 céntimos de euro (Folio 1586), lo que sitúa a nuestro país como el de precios más elevados de la toda Europa en este servicio en dicho momento, un 32% por encima de la media comunitaria y un 1550% más que el país con un precio más reducido.
- 11.20. Estos resultados se ven igualmente confirmados a partir de la información pública incluida en los informes de la consultora Cullen International relativas a los precios de terminación de SMS. En su informe publicado en septiembre de 2008 (<http://www.cullen-international.com/cullen/telecom/europe/states/tables/smstermination.pdf>), y que se recogen a continuación, se comparan los precios de terminación en 12 países europeos.

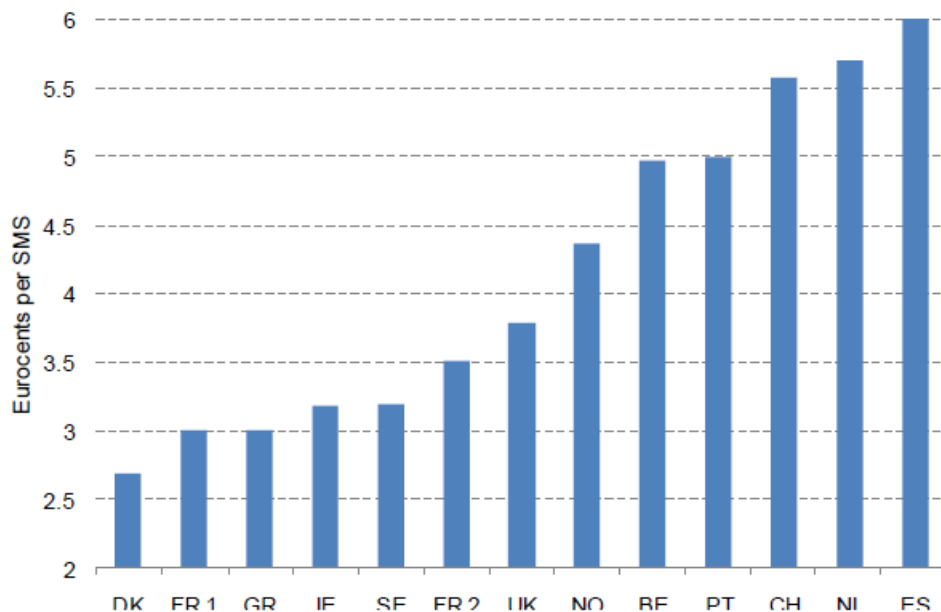


Figure 1 – SMS termination rates

© Cullen International September 2008

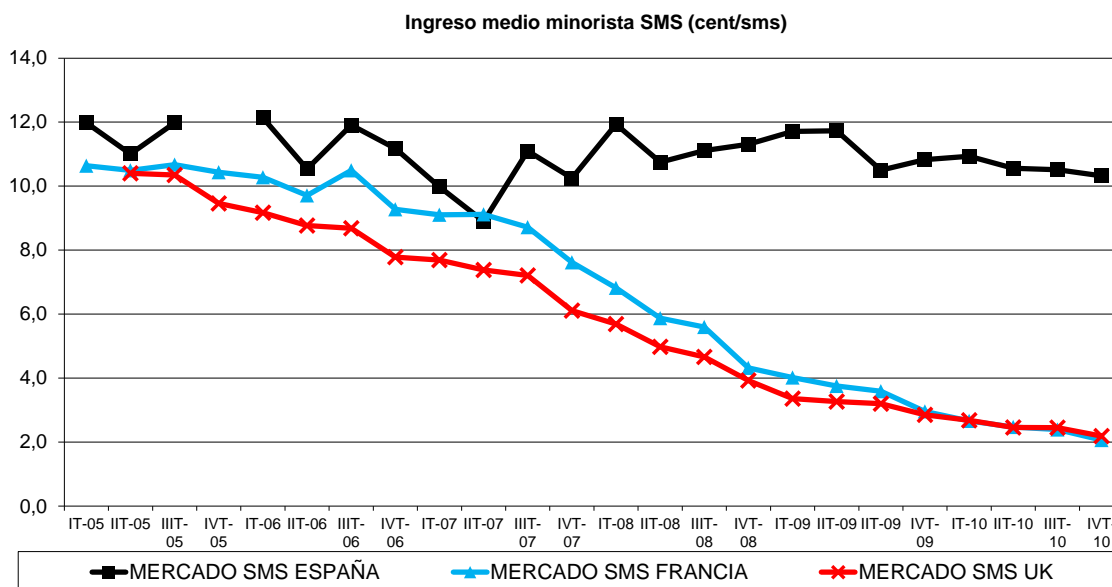
11.21. De acuerdo con dicho estudio, España aparecería como el país europeo de los analizados con precios de terminación de SMS más elevados.

11.22. A modo de resumen, puede señalarse que los operadores móviles en España han mantenido los precios mayoristas de terminación de mensajes cortos SMS más elevados de Europa en los últimos años. Por otra parte, diferentes autoridades de regulación de comunicaciones electrónicas han analizado y regulado los precios de terminación de mensajes SMS. En sus análisis los reguladores han estimado que el coste de terminar un mensaje corto SMS oscila entre 0,04 y 0,40 céntimos de euro por mensaje. Los precios máximos regulados por los diferentes países oscilan entre 0,03 y 2,1 céntimos por mensaje, todos ellos muy por debajo de los precios medios de terminación de SMS efectivamente aplicados en España.

B. Comparativa internacional de precios de servicios minoristas de mensajes cortos de texto SMS

11.23. A partir de los datos públicos obtenidos de los informes y estadísticas de servicios de comunicaciones electrónicas publicados por los reguladores de varios países europeos (folios 1649-1650), se ha elaborado una comparativa sobre la evolución de los precios medios minoristas de los mensajes SMS en diferentes países.

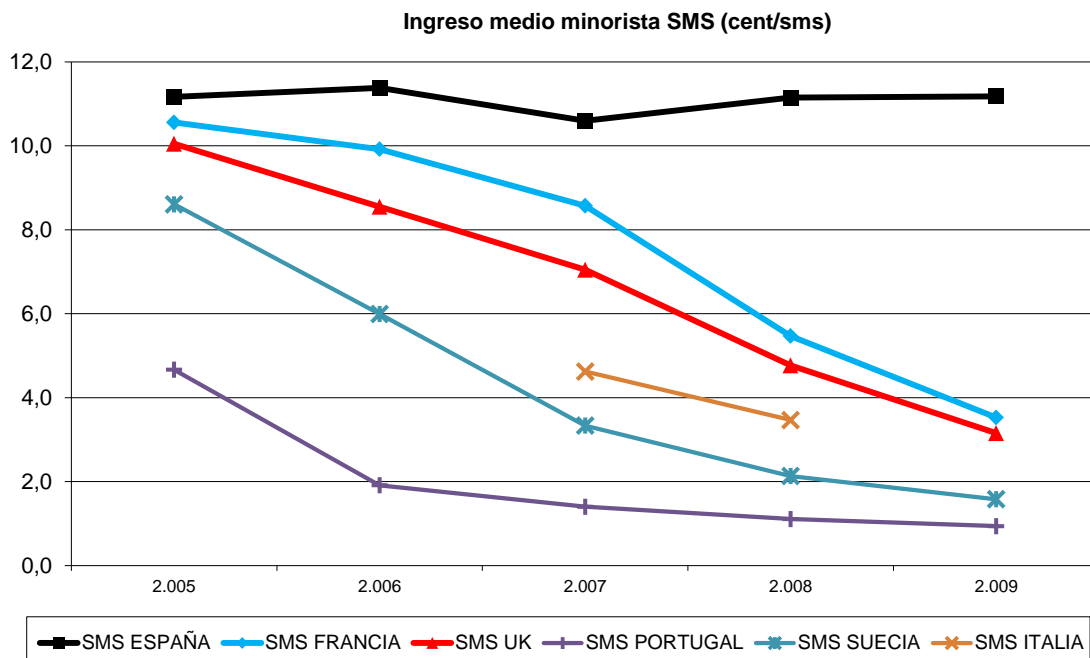
11.24. A partir de los datos (folios 1577-1649) facilitados por los reguladores de telecomunicaciones de España (CMT), Francia (ARCEP) y Reino Unido (OFCOM), se ha obtenido la siguiente gráfica de evolución trimestral de los precios minoristas de SMS, desde 2005 a 2010.



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos trimestrales de mercado publicados por la CMT, ARCEP y OFCOM

11.25. Desde el año 2005, los precios medios efectivamente aplicados de los mensajes cortos en España han permanecido sustancialmente constantes (con una rebaja del 13,8% en el periodo de 6 años analizado). En ese mismo periodo, los precios en Francia se han reducido en un 80,6% y en el Reino Unido en un 78,9%.

11.26. Asimismo, en la gráfica siguiente se recogen resultados comparativos de los precios minoristas medios anuales de SMS en diferentes países europeos, en el que nuevamente se observa la estabilidad de los precios minoristas en España, frente a la tendencia general de reducción de los precios en otros países.



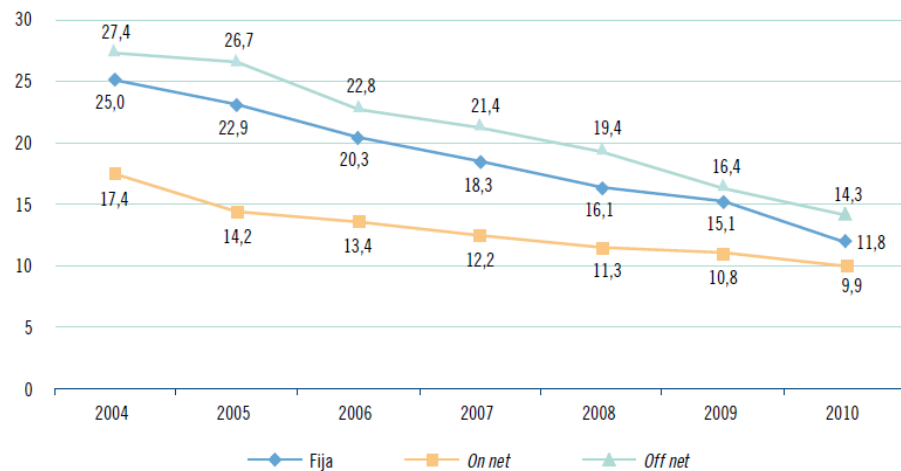
Fuente: Elaboración propia a partir de los datos anuales de mercado publicados por la CMT (folio 1578) y reguladores europeos (folio 1650)

12. Comparativa de la evolución de precios en los mercados mayoristas y minoristas de voz y de datos

12.1. La evolución de los precios en los mercados mayoristas y minoristas presenta diferencias notables entre los servicios de llamadas de voz y los servicios relacionados con los mensajes cortos.

12.2. En las llamadas de voz se aprecia una progresiva reducción de los precios medios por minuto de los servicios minoristas y de los mayoristas de terminación de llamadas. Dicha reducción deriva en gran parte de la regulación por la CMT de los precios máximos de terminación de llamadas de voz, con un *glide path* de precios decrecientes a partir de 2006. Así, en las gráficas que se recogen a continuación, obtenidas del informe anual de la CMT 2010, se observa que los precios minoristas medios por minuto de llamadas de voz han pasado de 19,27 céntimos en 2006 a 14,89 en 2010, mientras que los precios mayoristas de terminación de llamadas de voz por minuto han caído desde los 12,1 céntimos por minuto en 2006 hasta los 5,6 céntimos en 2010.

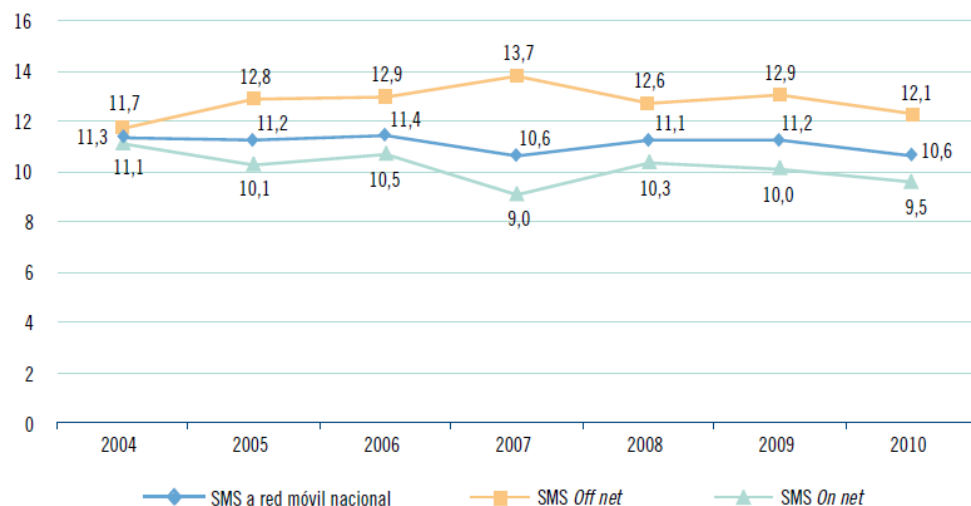
EVOLUCIÓN DEL INGRESO MEDIO POR MINUTO POR TIPO DE TRÁFICO (céntimos de euro/minuto)



Fuente: Informe anual CMT 2010

12.3. En el caso de los mensajes cortos SMS y MMS, no sometidos a regulación y fijados libremente por los operadores, se observa una fuerte rigidez en los precios tanto mayoristas como minoristas. En particular, en los SMS los precios mayoristas de terminación se han mantenido estables cerca de los 6 céntimos por mensaje, mientras que los precios minoristas han permanecido cercanos a los 11 céntimos por mensaje.

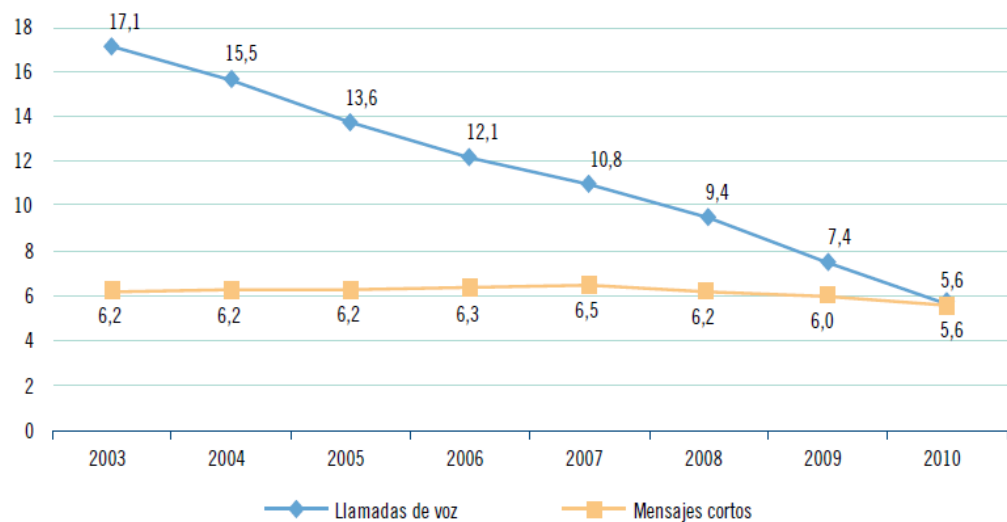
EVOLUCIÓN DEL INGRESO MEDIO POR MENSAJE (céntimos de euro/mensaje)



Fuente: Informe anual CMT 2010

12.4. Estos contrastes se perciben visualmente en las siguientes gráficas publicadas en el informe anual de la CMT de 2010:

INGRESO MEDIO POR MINUTO DE TERMINACIÓN NACIONAL (céntimos de euro/minuto y céntimos de euro/mensaje)



Fuente: Informe anual CMT 2010

13. SALDOS DE INTERCONEXIÓN DE LOS OMV

13.1. Mediante Acuerdo de 10 de julio de 2012 el Consejo de la CNC instó a la DI a solicitar a OMV completos determinada información sobre sus ingresos y pagos por interconexión. Obran en el expediente las contestaciones a estos requerimientos así como un resumen de las mismas al que han tenido acceso los operadores a efectos de valoración de prueba (folios 5520-21).

13.2. Para conocer el ingreso neto derivado de la interconexión deben tenerse en cuenta diversos conceptos:

- Los pagos realizados por los servicios mayoristas de originación, es decir, los pagos realizados por los OMV a su operador anfitrión OMR por el envío de mensajes de clientes del OMV a través de la red del OMR
- Los pagos realizados por servicios de finalización, es decir, los pagos realizados por los OMV a su operador anfitrión OMR por la recepción de mensajes de clientes del OMV a través de la red del OMR
- Las cantidades pagadas e ingresadas por servicios de terminación. Las tarifas de terminación son los ingresos que recibe una operadora (de red o virtual) por la recepción en su red de mensajes enviados por clientes de otra operadora a sus propios clientes.

13.3. De los datos obtenidos de los OMV consultados se observa que para el conjunto de los OMV existe un saldo neto por la terminación de SMS

positivo, al menos, en los últimos años analizados. Esta conclusión resulta consistente en términos generales con el análisis individualizado para cada uno de los operadores:

Saldo de neto de los OMV por la terminación de SMS					
	2007	2008	2009	2010	2011
Ingresos por terminación	937.104	1.397.183	1.703.990	3.958.273	5.442.341
Pagos por terminación	1.197.502,34	1.683.330,70	2.605.656,28	3.716.076,03	4.517.883,51
TOTAL	-260.398	-286.148	-901.666	242.197	924.457

Se incluyen datos R CABLE, EUSKALTEL, TELECABLE ASTURIAS, BT, KPN, DIGIMOBIL, ONO, JAZZTEL (solo 2010 y 2011)
No se incluyen datos de FON YOU porque no ha operado como OMV en el periodo analizado
BT sólo fue OMV completo entre febrero de 2007 y junio de 2010, por lo que no se incluyen sus datos en 2011

13.4. Se compara también el ingreso total de enviar un SMS a otra red frente al ingreso total por recibir un SMS en la red propia. Para ello es necesario añadir al coste de terminación por SMS saliente el coste de originación y sustraer al ingreso por terminación por SMS entrante el coste de finalización. Así calculado, el saldo neto de los OMV consultados resulta negativo.

Saldo de neto de los OMV por ingresos y pagos de interconexión					
Saldo Llamadas	2007	2008	2009	2010	2011
Entrada	508.274,00	817.444,00	1.019.354,00	2.527.197,00	3.685.705,00
Salida	1.764.150,34	2.380.008,70	3.679.291,28	5.059.800,03	5.891.778,51
SALDO	-1.255.876,34	-1.562.564,70	-2.659.937,28	-2.532.603,03	-2.206.073,51

Se incluyen datos R CABLE, EUSKALTEL, TELECABLE ASTURIAS, BT, KPN, DIGIMOBIL, ONO, JAZZTEL (solo 2010 y 2011)
No se incluyen datos de FON YOU porque no ha operado como OMV en el periodo analizado
BT sólo fue OMV completo entre febrero de 2007 y junio de 2010, por lo que no se incluyen sus datos en 2011
Los datos de Telecable no incluyen los ingresos/pagos por servicios de terminación ni los pagos por finalización en los mensajes intercambiados con TME y ORANGE en 2008 y 2009. Tampoco incluyen pagos por originación en 2008.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Objeto del presente procedimiento

En el presente expediente se dirime si TME, VODAFONE y ORANGE han cometido un abuso prohibido por el artículo 2 de la LDC y 102 del TFUE por aplicar precios excesivos por los servicios mayoristas de mensajes de telefonía móvil y, en particular, en los mercados de terminación y de acceso y originación.

La DI define y justifica que los mercados relevantes a los efectos del presente expediente son los de a) Servicio minorista de SMS, de ámbito nacional; b) Servicio minorista de MMS, de ámbito nacional; c) Servicio mayorista de terminación de SMS en la red móvil de TME, de ámbito nacional; d) Servicio mayorista de terminación de SMS en la red móvil de VODAFONE, de ámbito nacional; e) Servicio mayorista de terminación de SMS en la red móvil de ORANGE, de ámbito nacional; f) Servicio mayorista de terminación de MMS en la red móvil de TME, de ámbito nacional; g) Servicio mayorista de terminación de MMS en la red móvil de VODAFONE, de ámbito nacional; h) Servicio mayorista de terminación de MMS en la red móvil de ORANGE, de ámbito nacional; i) Servicios mayoristas de originación móvil de SMS, de ámbito nacional; j) Servicios mayoristas de originación móvil de MMS, de ámbito nacional.

La DI analiza las principales características del sector de la telefonía móvil en España, para posteriormente valorar si TME, VODAFONE y ORANGE disponen de una posición de dominio en algunos de los diferentes mercados considerados, como paso preliminar para determinar la existencia de conducta abusiva.

Justifica que el sector de la telefonía móvil se caracteriza por una estructura de oferta oligopolística. Primero, porque mantiene unas elevadas barreras de entrada. Segundo, porque los distintos servicios de telefonía móvil son productos homogéneos, como consecuencia de los estándares tecnológicos existentes, las necesidades de interoperabilidad entre las distintas redes de los operadores de telefonía móvil y la estandarización de los equipos y redes que utiliza cada operador. Tercero, por la elevada concentración de la oferta y la estabilidad de las cuotas de mercado de los tres principales operadores, a pesar de la entrada a partir de 2006 de los OMV. Cuarto, porque dichos operadores principales presentan un grado de integración vertical similar. Quinto, por la homogeneidad de sus políticas comerciales, caracterizadas por la existencia de subvenciones cruzadas entre diferentes servicios. En el periodo analizado se percibe que a) TME, VODAFONE y ORANGE diferencian los precios de los servicios on-net (más reducidos) de los servicios off-net, si bien los segundos presentan menores márgenes como consecuencia de los elevados precios de terminación existentes; b) en los mercados mayoristas y minoristas de mensajes cortos considerados, las mayores economías de escala derivadas de los aumentos de tráfico o las bajadas experimentadas en los costes, que han tenido TME, VODAFONE y ORANGE, no se han trasladado a los precios, que han seguido una evolución más rígida,

especialmente si se compara con lo ocurrido en llamadas de voz. Sexto, el sector presenta un elevado grado de transparencia. En lo que respecta a servicios mayoristas, por la necesidad de interconexión. En lo que respecta a los servicios minoristas, porque la normativa sectorial prevé un conjunto de obligaciones encaminadas a garantizar la transparencia de la información sobre los precios de los servicios. Séptimo, la demanda de servicios de telefonía móvil presenta un poder compensatorio muy limitado. Octavo, estamos ante un sector relativamente maduro en lo que a tasa de penetración de la población de líneas de telefonía móvil se refiere.

Apoyándose en estas características, la DI concluye que se cumplen los criterios de la doctrina para declarar que existe una posición de dominio colectiva en los mercados minoristas y mayoristas de origenación de mensajes cortos en España. Recuerda que estas conclusiones se ven respaldadas por el análisis de la CMT del sector de la telefonía móvil contenido en su resolución de 2 de febrero de 2006 relativa a la regulación ex ante del mercado 15, en particular el contenido en el apartado II.3.3, resolución que a fecha de hoy no ha sido revisado por la CMT y que ha sido confirmado por la Audiencia Nacional en su sentencia de 12 de enero de 2009.

En cuanto a los servicios mayoristas de terminación, conforme a los precedentes y a la práctica de la Comisión Europea y la CMT, la DI identifica un mercado de servicios mayoristas de terminación diferente en cada una de las redes de los distintos operadores presentes en el mercado y, en particular, en las redes de TME, VODAFONE y ORANGE. De acuerdo con ello, cada operador contaría con una cuota de mercado del 100% en los mercados mayoristas de terminación en su propia red. Los servicios mayoristas de terminación de cada operador resultan imprescindibles para el resto de operadores, de manera que sus clientes puedan establecer comunicaciones off-net, es decir, comunicarse con clientes de otros operadores.

A ello se suma que el sistema de facturación de servicios minoristas de telefonía móvil, basado en que paga quien llama, reduce significativamente la presión a la baja que soporta el operador a la hora de fijar el precio de terminación de las comunicaciones terminadas en su propia red. Una variación en el precio de terminación de llamadas fijado por un operador no tiene una influencia directa en los usuarios de dicho operador. Así, no hay ninguna relación directa entre los precios que aplica cada operador por los servicios de terminación en su red y la demanda de servicios minoristas que hacen sus abonados.

A la vista de estas características la DI, en sintonía con la CMT, declara la existencia de posición de dominio individual de cada operador en el mercado de los servicios mayoristas de terminación en su propia red.

Establecida la existencia de posición de dominio individual o colectiva en los respectivos mercados analizados, la DI concluye que de los hechos acreditados en el presente expediente se desprende que TME, VODAFONE y ORANGE

habrían incurrido en la aplicación de precios excesivos en los servicios mayoristas de terminación y originación de mensajes cortos SMS y MMS.

“Así, a partir de la contabilidad de costes elaborada por los propios operadores, en el PCH se ha realizado un análisis detallado de los márgenes de estos servicios mayoristas, márgenes que han sido apreciados de una manera objetiva al haber sido tomados directamente y sin alteración de las citadas contabilidades de costes de TME, VODAFONE y ORANGE.

En el párrafo 360 del PCH se recoge que para los servicios de terminación de SMS, los márgenes medios sobre costes de TME, VODAFONE y ORANGE han estado por encima del 550% de manera sostenida desde 2005 con una tendencia creciente hasta 2008, y que los márgenes de terminación de MMS han crecido de manera muy rápida hasta llegar al promedio del 922% para los tres operadores en 2009.

Al mismo tiempo, los precios de los servicios de terminación móvil de mensajes cortos se han mantenido muy estables a lo largo de los años, y con un fuerte alineamiento entre TME, VODAFONE y ORANGE, a pesar de disponer cada uno de estos operadores de márgenes muy elevados en la prestación de estos servicios. Como se recoge en el párrafo 458 del PCH, a diferencia de los precios de terminación de llamadas de voz, los precios de terminación de SMS muestran una fuerte rigidez, y lejos de beneficiarse de las ventajas derivadas de las economías de escala por el aumento del mercado, han visto como los márgenes han incluso aumentado con el transcurso de los años.

En el caso de los servicios de originación de mensajes cortos, dichos márgenes están recogidos de manera resumida en el párrafo 361 del PCH. La originación de SMS presenta márgenes promedio del 344% y el margen de la originación de MMS se eleva al 1827% en 2009.

Los márgenes individualizados de cada uno de los operadores, recogidos en los Anexos confidenciales del PCH, resultan consistentes con dichos márgenes promedio.

Las comparativas de evolución del tráfico, costes y precios de los servicios mayoristas y minoristas de mensajes cortos recogidas en el apartado 5.2 del PCH muestran como en los mercados analizados se produce un escenario de costes decrecientes en relación con la evolución del tráfico, y precios estables o incluso crecientes, lo que pone de manifiesto el carácter inequitativo e injusto de dichos precios, que no han reflejado los ahorros derivados de la caída relativa de los costes.

De la misma manera, se ha realizado en el PCH una comparativa internacional de precios mayoristas de terminación de mensajes cortos realizada en diferentes momentos, que pone de manifiesto que los precios mayoristas del mercado español son los más elevados de los existentes en todos los países europeos y que dicha situación se ha mantenido a lo largo del tiempo.

Dichos precios mayoristas forzarían al alza los precios minoristas de comunicaciones off-net, sobre las que representan el principal elemento de coste, y al mismo tiempo forzarían al alza los precios de las comunicaciones on-net para

compensar los márgenes más reducidos de los primeros, a través de subvenciones cruzadas.

Esta estructura de precios minoristas y subvenciones cruzadas se ha mantenido de manera sostenida y estable a lo largo de los años considerados en el expediente por parte de TME, VODAFONE y ORANGE, con el resultado de precios supracompetitivos para los usuarios finales y una elevada estabilidad de cuotas de mercado entre los operadores citados.

La comparativa internacional de precios minoristas de mensajes cortos muestra como los precios de los mensajes en España se han mantenido entre los más elevados de Europa, destacando la fuerte rigidez de estos precios frente a las sustanciales rebajas producidas en el resto de países.

Por otra parte, desde el acceso al mercado de nuevos competidores de TME, VODAFONE y ORANGE, esta diferenciación de precios minoristas on-net / off-net obliga a los competidores más pequeños, con una baja proporción de comunicaciones on-net por su bajo parque de clientes, a realizar ofertas que implican una reducción significativa de los precios de los mensajes cortos off-net de sus clientes, de manera que el gasto medio para sus clientes sea igual o inferior al que disfrutaría de contratar sus servicios con los operadores de mayor tamaño.

Los operadores de menor tamaño se ven fuertemente condicionados para bajar sus precios minoristas de mensajes cortos y poder competir, debido a que en cada mensaje corto off-net originado por sus clientes, estos operadores han de satisfacer por una parte los elevados precios de terminación en la red destino y, por otra parte, los elevados precios de la originación del mensaje corto a su operador anfitrión.

Por último, los ingresos de terminación percibidos por estos operadores de menor tamaño en los mensajes cortos off-net originados en redes de otros operadores y dirigidos a sus clientes, que podrían compensar en parte los elevados precios de terminación existentes en los mercados considerados, se ven lastrados por la necesidad de hacer uso de los servicios mayoristas de finalización de los mensajes cortos, cuyos márgenes de retención por parte de los tres OMRs que proporcionan estos servicios representan más del 50% del ingreso total por terminación de mensajes cortos de los pequeños operadores.

Esta estructura de precios mayoristas y minoristas de SMS y MMS, adoptada por TME, VODAFONE y ORANGE, además de representar un efecto exclusionario para sus competidores, que han visto dificultada su capacidad de crecimiento en los mercados minoristas, resulta rentable para estos tres operadores, que a través de mecanismos de subvenciones cruzadas entre los diferentes servicios, consiguen una rentabilidad excesiva para los precios mayoristas y una rentabilidad promedio global de los servicios mayoristas y minoristas de mensajes cortos apreciable, que ha estado en los últimos tres años en el 35% anual (ver párrafo 365 del PCH), todo ello con un escenario de notable estabilidad de cuotas de mercado”.

A la vista de todo ello la DI propone:

Primero. Que se declare la existencia de conductas prohibidas por el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, así como del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consistentes en la imposición de unos precios inequitativos, por su carácter excesivo, a los servicios mayoristas de terminación de mensajes cortos SMS y MMS en las respectivas redes de telefonía móvil de Telefónica Móviles de España, S.A.U., Vodafone España, S.A.U. y France Telecom España, S.A., y a los servicios mayoristas de acceso y originación móvil de mensajes cortos SMS y MMS.

Segundo. Que se declaren responsables de dicha infracción a Telefónica Móviles de España, S.A.U., Vodafone España, S.A.U. y France Telecom España, S.A.

Tercero. Que la conducta prohibida se tipifique, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción muy grave del artículo 62.4.b) de la LDC.

Cuarto. Que se imponga la sanción prevista en el artículo 63 de la LDC, teniendo en cuenta los criterios para la determinación de la sanción previstos en el artículo 64 de la LDC.

Quinto. Se ordene a Telefónica Móviles de España, S.A.U., Vodafone España, S.A.U. y France Telecom España, S.A. la cesación de las conductas prohibidas en el plazo correspondiente, así como que en el futuro se abstengan de realizar las prácticas sancionadas.

Sexto. Que se adopten los demás pronunciamientos a los que se refiere el artículo 53 de la LDC, en la medida que resulten pertinentes y, en particular, que se impongan, en su caso, las condiciones de comportamiento necesarias para poner fin a las conductas prohibidas y a sus efectos sobre los mercados afectados.

SEGUNDO. Alegaciones de los interesados

Telefónica Móviles de España S.A.U

TME insiste en que la DI trata de convertir el procedimiento administrativo sancionador en un procedimiento de regulación ex ante de unos mercados que la CMT viene supervisando y donde no ha considerado necesario intervenir. Es más del informe preceptivo de dicho órgano regulador se deduce que estamos ante mercados competitivos.

TME recuerda que también lo han considerado así los órganos de competencia, que analizaron el precio de los mensajes cortos en el expediente 2550/04, el cual fue sobreseído mediante acuerdo de 28 de febrero de 2005. Considera TME que, a la vista de dicho Acuerdo, el respeto al principio de *non bis in ídem* unido al de protección de la confianza legítima exigen el archivo de las presentes actuaciones. Considera que también debe archivarse por concordancia con la Comisión Europea, que no ha abierto casos de este tipo y opta por la regulación *ex ante* en estos mercados.

Respecto a la definición de mercados, TME discrepa de la propuesta de la DI y subraya que la CMT ratifica varias de sus alegaciones. Con respecto a los servicios minoristas, considera que el mercado minorista debe incluir la totalidad de los servicios a que los usuarios acceden y dice que ello está en línea con lo

manifestado por la CMT. Esta afirmación se basa en varios argumentos. Primero, que los servicios se comercializan de forma empaquetada; segundo, que existe sustituibilidad entre llamadas de voz y mensajes cortos suficiente para considerarlos como parte de un mismo mercado; tercero, que existe sustituibilidad entre los servicios de mensajes cortos y datos; cuarto a que existe sustituibilidad de oferta entre los diferentes servicios

Se recuerda que es un hecho aceptado entre los reguladores que la dinámica competitiva de los mercados mayoristas depende directamente del mercado minorista. De ello TME deriva que la existencia de un único mercado minorista de comunicaciones móviles determina la existencia de mercados mayoristas más amplios que los definidos por la DI y que esta visión es acorde con el precedente comunitario COMP/M.3530 Teliasonera, AB/Orange A/S.

En cuanto a la terminación, hay varios factores que limitan el poder de mercado de cada operador sobre la terminación en su red. Primero, la necesidad de interconexión elimina las asimetrías en el poder negociador. La dinámica competitiva que se observa entre redes de terminación apunta a una definición más amplia que la red de cada operador móvil. Segundo, la sustituibilidad en el mercado minorista también ejerce una presión competitiva: si un operador fija precios en el mayorista que se trasladan aguas abajo los consumidores pueden sustituir el producto, lo que modera el comportamiento del operador en el mercado mayorista.

En cuanto a los mercados de originación, la demanda mayorista, constituida por los OMV, solicita acceso a un conjunto de servicios que les permita a su vez ofrecer todo el conjunto de servicios minoristas. Estos servicios se negocian de forma conjunta de manera que las condiciones de oferta y demanda de los mismos son semejantes. Las partes subrayan que así lo ha confirmado la CMT en su informe preceptivo.

TME niega la existencia de posiciones de dominio en los mercados mayoristas.

En lo que respecta a la terminación, considera que la DI no ha acreditado la posición de dominio y se ha limitado a valorar la cuota de mercado de cada operador, olvidando elementos que contrarrestan el poder de cada operador. En primer lugar, la capacidad negociadora de todos los operadores. La dependencia mutua existente entre las partes del acuerdo de interconexión lleva a que carezcan de poder de negociación. En este sentido, se recuerda que el saldo neto resultante entre los mensajes cortos terminados en la red de TME y los off net es negativo en, al menos, la mitad del periodo relevante y que los OMV ofrecen precios de terminación por encima de los OMR.

En lo que respecta al mercado del acceso y originación de llamadas, considera que la DI no ha cumplido con los estándares que marca la doctrina y que su análisis adolece de falta de rigor. Para empezar, porque analiza la estructura de oferta del sector de las telecomunicaciones móviles en su conjunto, cuando toda posición de dominio se debe definir de acuerdo con la jurisprudencia en relación

al mercado de referencia. Sin perjuicio de lo anterior, consideran que la DI tampoco ha cumplido en ese análisis que se considera generalista con los requisitos que exige la doctrina. Primero, porque no se ha constatado la coordinación entre las empresas imputadas. La evidencia empírica mostrada en los HP apunta a que no hay similitud de las políticas comerciales en originación y que existen tensiones competitivas por captar OMV que favorecen la convergencia en precios. Se recuerda de nuevo que en el expediente 2550/04 se concluyó que dicha coordinación no estaba acreditada. Segundo, porque no se dan los requisitos del caso Airtours: los mercados de originación no son transparentes porque las negociaciones entre OMR y OMV son bilaterales; no se han acreditado la existencia de mecanismos de represalia y los OMV ejercen una clara presión competitiva sobre los OMR. Como prueba de ello y de que se compite con los OMV se recuerda que dos operadores se han cambiado de *host*: Euskaltel en 2007 y Yoigo en 2008. La reducción de los precios en originación es otra prueba de ello.

TME considera que la imputación adolece de falta de claridad en la teoría del daño que se esboza y si este es explotativo o exclusionario.

Sobre el abuso exclusionario dice que está esbozado en términos dispersos y genéricos, refiriéndose al sector de las comunicaciones móviles en general.

Sobre el test de precios excesivos, considera que la imputación de costes sobre la que se realiza el test es errónea porque la contabilidad de costes que realiza la CMT no es adecuada para este fin. Los costes comunes están infravalorados y no se aplica un estándar *stand-alone costs*. Recuerda que no basta con probar que un margen es excesivo, hay que probar su carácter inequitativo y considera que la DI no lo ha hecho y limita su análisis al carácter exagerado del margen. Además, considera que existe justificación objetiva: la retribución del esfuerzo inversor en red que los OMV no realizan.

Señala además TME que la comparativa internacional de precios es muy deficiente: se comparan países con situaciones muy diferentes en cuanto a metodologías de atribución de costes y características de oferta y demanda. Se comparan precios porque no se conocen los costes y de las diferencias que se aprecian no se pudo concluir la existencia de precios excesivos. En el caso de los precios minoristas, además, la comparación está distorsionada por el hecho de que hay países que ofrecen tarifas planas y se ha excluido a otros como Alemania que muestran precios base superiores a los españoles.

Con el fin de realizar una comparación a su juicio válida, aportan informe de una consultora económica en el que se examinan las diferencias en precios teniendo en cuenta factores de oferta y demanda. Se realiza un primer análisis en el que se observa una menor dispersión de las variables condicionadas en un grupo formado por España y los 5 países con precios de terminación más cercanos que en el grupo formado por el resto de los países, lo que, según el estudio, confirmaría que existen características propias de los mercados que determinan las diferencias en los precios de terminación. En el segundo de los ejercicios, se

estima para 23 países europeos las diferencias de precios una vez descontadas aquellas que se pueden explicar por características de la oferta y la demanda (número total de SMS enviados, el PIB del país y la existencia o no de regulación). A través de los coeficientes obtenidos en una regresión econométrica se calculan los precios que cada país debería tener de acuerdo a sus condiciones de oferta y demanda y las diferencias entre estos precios de terminación esperados y los precios de terminación realmente existentes en cada país. Con este resultado, el estudio entiende que gran parte de las diferencias en los precios de terminación se deben a condicionantes de la oferta y demanda, ya que, una vez descontados estos efectos, el sobreprecio de España es de 1,04 céntimos y cae del segundo al sexto lugar.

TME niega la existencia de efectos exclusionarios o explotativos de la conducta. Con respecto a los efectos primeros, de acuerdo con los datos de la CMT los mensajes cortos representan menos del 10% de los ingresos de los OMV y los precios mayoristas de originación representan un porcentaje ínfimo de los costes globales de los OMVs, por lo que la supuesta conducta no puede tener un efecto exclusionario. Por otro lado, defiende TME que el balance de ingresos por terminación de mensajes es favorable a los OMV que obtienen ingresos porque son receptores netos de tráfico entre operadores y porque aplican precios de terminación más altos. De hecho, se observa en opinión de TME que estos operadores han ganado mucha cuota en poco tiempo en un mercado ya maduro que contaba con una penetración casi total en el momento de la entrada de los nuevos operadores.

En cuanto a los consumidores, dice TME apoyándose en el informe de la CMT que no tiene sentido considerar los precios de los SMS por separado puesto que estamos ante industrias multiproducto en las que los servicios se venden como paquete. En estos casos, las empresas tratan de recuperar sus costes comunes cobrando más por aquellos servicios de demanda más inelástica (presencia de “waterbed effects”). Pero no existen datos objetivos para afirmar que los precios son elevados ni que la tasa de rentabilidad global lo sea. De hecho, el ARPU (*average return per user*) ha decrecido en el periodo objeto de análisis. Insiste en que la comparación internacional que hace la DI no permite extraer conclusiones válidas sobre el grado de competitividad del mercado español que, de hecho, es comparable al del resto de países europeos.

TME ha presentado junto con sus alegaciones a la PR un informe económico (además del ya mencionado) que viene a apoyar sus alegaciones respecto a la inexistencia del supuesto abuso de posición dominante respecto de los precios excesivos, así como a la ausencia de efectos por la elevación de los precios mayoristas (folios 4553-4778).

FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A.U. (ORANGE)

ORANGE está en desacuerdo con la definición de mercados que propone la DI. Considera que los mensajes no constituyen un mercado diferenciado e independiente de las llamadas de voz. Considera que existe sustitución entre

unos y otros, que los mensajes cortos siempre han sido un producto accesorio de aquellos y que los operadores consideran el negocio de móviles en su conjunto. Recuerda ORANGE que, aunque los servicios de mensajes cortos le generan una rentabilidad positiva, tiene una rentabilidad global negativa si se analiza la prestación del conjunto de servicios (mayorista y minorista) de telefonía móvil. También considera que a nivel mayorista se deben incluir todos los servicios mayoristas móviles y no solo los de originación.

Incluso partiendo de los mercados más estrechos que la DI define, ORANGE considera que no tiene posición de dominio individual en el mercado mayorista de terminación ni colectiva en el de originación.

ORANGE no puede disponer de posición de dominio en relación con los servicios de terminación puesto que su situación se asemeja más a la de YOIGO y los OMV que a la de TME y VODAFONE, en concreto, en relación con el peso de las llamadas *on net*. Por otro lado, la necesidad de interconexión ejerce un efecto compensatorio sobre ORANGE

También rechaza la posición de dominio colectiva que la DI atribuye a ORANGE. Primero, porque la DI realiza el análisis para el conjunto del sector y no para el mercado de la originación, atribuyendo a unos mercados características de otros. Segundo, porque la posición de ORANGE es asimétrica con respecto a los otros dos operadores en cuanto a cuotas, diferente estrategia competitiva, diferentes costes, diferente peso del *on net* y en rentabilidad. Tercero, porque la Resolución de 2 de febrero de 2006 no resulta de aplicación, entre otras cuestiones, por haber entrado con posterioridad otros operadores en el mercado.

ORANGE considera que la DI no ha acreditado el cumplimiento de los requisitos de la doctrina del TFUE aplicados al mercado de la originación. En primer lugar, porque no cabe considerar que se trata de un mercado transparente. En este mercado las negociaciones son bilaterales y opacas. Se observa, solo teniendo en cuenta los contratos de ORANGE, que existen importantes diferencias entre ellos. Tampoco es posible obtener información clara sobre los precios que se pagan a través de las fuentes estadísticas. En segundo lugar, no existen mecanismos de represalia dada la escasa relevancia de los ingresos de los mensajes frente a los de voz y del mercado mayorista de originación frente al minorista. Por último, las reacciones de competidores y clientes impiden cualquier conducta coordinada por parte de los tres OMR. Los clientes son OMV con un considerable poder negociador, como lo demuestra el hecho de su penetración en el mercado. En cuanto a los clientes, las elevadas tasas de portabilidad evidencian que ORANGE no puede comportarse con independencia de ellos. Luego ORANGE no está en una posición de dominio colectiva en el mercado mayorista de originación de mensajes cortos, ni en el mercado minorista, aunque este carezca en su opinión de relevancia a los efectos de la conducta analizada.

En todo caso, ORANGE dice no haber aplicado precios excesivos en sus servicios mayoristas. Según datos que elabora la propia ORANGE, los precios mayoristas de la terminación de SMS en su red SMS habrían descendido un 26%

entre 2007 y 2010 y un 45% en el caso de los MMS (en términos de Megabyte). Además, los márgenes de ORANGE que maneja la DI son sensiblemente inferiores a la media recogida en los HP. En todo caso, el parámetro relevante es el margen neto que se obtiene tras restar a los ingresos por terminación los costes no sólo de la terminación, sino también de la interconexión. Cuando se considera la totalidad de los ingresos mayoristas y minoristas y asociados a los servicios SMS entrantes y salientes de los clientes de ORANGE y se deducen los costes de red, los pagos de interconexión y los costes minoristas, los márgenes que se obtienen distan de situarse en cifras abusivas y están en torno al 20% para ORANGE y la 30% para la media del mercado.

ORANGE considera que una reducción unilateral y no recíproca de los precios de terminación es un comportamiento irracional desde el punto de vista empresarial, no exigible a un operador desde la óptica del art. 2 de la LDC y del art. 102 del TFUE, porque reduciría sus ingresos de interconexión y los costes de sus competidores sin permitirle ganar cuota de mercado. Además, recuerda que la CMT ha señalado en su informe determinante que los precios de terminación reportan a los OMV ingresos netos que les permiten competir en los mercados minoristas.

Respecto a los precios en originación, ORANGE sostiene que sus precios se sitúan por debajo de la media y que dejan a los OMV un margen suficiente para competir. Para acreditar este hecho aportó mediante escrito de 30 de septiembre de 2011 un informe en el que demostraba que a igualdad de costes minoristas, conforme al principio del operador igualmente eficiente, los precios de originación de ORANGE dejaban margen suficiente a los OMV para “reducir los precios minoristas de los SMS”. Luego los precios de ORANGE no tienen el carácter excesivo que la DI les atribuye porque no tienen efecto exclusión alguno sobre los OMV. En todo caso, los usuarios finales no serían sensibles a una reducción del precio mayorista de los SMS/MMS como lo demuestra el hecho de que, en general, las ofertas minoristas de los operadores móviles no pivotan sobre el precio de los mensajes porque la demanda es inelástica al precio.

ORANGE concluye que la DI está pretendiendo, mediante la aplicación del Derecho de la Competencia y, en particular, del concepto de precios excesivos, regular unos precios que le correspondería en todo caso regular al regulador sectorial.

VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.

Considera VODAFONE que la DI no tiene en cuenta que los servicios de comunicaciones móviles se comercializan de manera conjunta, tanto en el ámbito minorista como en el mayorista, lo que vicia el análisis del órgano instructor y le conduce a conclusiones equivocadas.

VODAFONE defiende que existe un único mercado minorista de prestación de servicios empaquetados de comunicación móvil que engloba los servicios de SMS, MMS, voz y datos. Argumenta que los clientes finales no realizarían un

consumo individualizado de los servicios minoristas de comunicaciones móviles, que la existencia de ese mercado de producto único viene avalada por los precedentes de competencia y regulatorios aplicables tanto a nivel nacional como comunitario y que existe sustituibilidad a nivel individual entre los distintos servicios.

Defiende asimismo que existe un único mercado relevante de acceso y originación de comunicaciones móviles empaquetadas porque los servicios se comercializan juntos y porque existe sustituibilidad por el lado de la oferta, en línea con lo que defiende la CMT en su informe determinante. También defiende que un análisis de la dinámica competitiva existente en los servicios de terminación debe conducir necesariamente a definir un único mercado de terminación de comunicaciones móviles o, subsidiariamente, por red móvil individual, incluyendo los mercados de terminación de SMS y de MMS de Yoigo y el resto de OMVs que tienen suscritos contratos de interconexión.

Vodafone afirma que ni ella ni el resto de empresas encausadas disfruta de una posición de dominio colectiva en ninguno de los mercados del sector de la comunicación móvil. Vodafone aporta evidencia (elevado grado de portabilidades, pluralidad de operadores en el minorista, cuota de mercado obtenida por los OMV, pugna comercial entre los tres operadores incoados en todos sus ámbitos de actividad) para demostrar que el dinamismo competitivo de este sector es incuestionable y que no existe alineamiento ni actuación conjunta por parte de TME, Vodafone y Orange en ningún mercado. Ningún operador ostenta una posición suficientemente fuerte como para comportarse de manera independiente con respecto a sus competidores y consumidores. Por otra parte, no puede calificarse a los mercados de transparentes, entre otras cuestiones, porque no se conocen los precios efectivos.

Critica, además, la conclusión de que exista una posición de dominio colectiva en los mercados minoristas porque no existe la estabilidad de cuotas pretendida por la DI y porque resulta contradictorio con los presupuestos del Acuerdo de sobreseimiento del expediente 2550/04. Critica especialmente tal posición de dominio atribuida al mercado de los MMS donde ni siquiera existe alineamiento de precios.

VODAFONE argumenta por qué no cabe considerar la existencia de posición de dominio colectiva en el mercado mayorista de acceso y originación de comunicaciones móviles. Primero, no existe una coordinación y alineación competitiva por parte de TME, Vodafone y Orange en el mercado. De hecho, en su opinión, los OMR compiten activamente por los OMV, desplegando políticas comerciales diferenciadas y el descenso de precios lo refleja. Segundo, las características del mercado de acceso y originación y la manera en que se negocia en el mismo demuestran no es propicio para que se produzca una coordinación tácita entre los oferentes. El análisis generalista de la DI no tiene en cuenta la falta de transparencia del mercado de originación, su falta de madurez y la asimetría a favor de Orange y Vodafone. Tercero, no existen mecanismos de

disuasión y falta de prueba de que la supuesta coordinación sea sostenible en el tiempo. Cuarto, la presión competitiva ejercida por los demás competidores y usuarios ponen en peligro los resultados esperados de la coordinación.

VODAFONE considera que no tiene posición de dominio individual en el mercado empaquetado de terminación de comunicaciones móviles. La necesidad de interconexión y el carácter recíproco de los acuerdos firmados, que condicionan la capacidad de cada monopolista para determinar libremente sus precios de terminación.

VODAFONE considera que aplica en los servicios mayoristas de acceso y originación, y en los de terminación, de mensajes cortos SMS y MMS precios razonables y justos que reflejan el valor económico de los servicios prestados, no pudiendo ser considerados como precios excesivos. El cálculo de márgenes que realiza la DI no es válido porque no se basa en el coste autónomo de producción de un SMS o un MMS, sino que se calculan en base a unos costes totalmente distribuidos que no sirven de parámetro para evaluar la existencia de precios excesivos. Incluso si se acepta el estándar marcado por la contabilidad regulatoria, existe un porcentaje muy importante de costes que son exclusivamente atribuidos al ámbito minorista y que, por su relación directa con el ámbito mayorista, deberían tener un reflejo en la partida de costes de los servicios de acceso y originación y de terminación de SMS o de MMS (costes de captación y retención de clientes que incluyen, entre otros, el coste de subvención terminal). Por otro lado, el análisis de márgenes se descontextualiza porque abarca exclusivamente una parte del conjunto de servicios comercializado a nivel mayorista. Se toma, además, como prueba válida en sí misma para acreditar el abuso o, en el caso de la terminación, se acompaña de unas comparativas de precios internacionales que no resultan válidas por el limitado alcance de la comparativa, por la incongruencia de las fechas a que responden, o porque se trata de precios regulados cuando en España no lo están. Critica también la comparativa de precios minoristas y resta relevancia a la misma dado que este mercado no es objeto de la imputación.

Considera que, de acuerdo además con los criterios de la mejor doctrina, no se reúnen las características necesarias para que ningún operador pueda imponer precios excesivos. Tanto en originación como en terminación las barreras de entrada se han mostrado relativas y existe elasticidad de la demanda.

En todo caso, no se ha probado que los precios sean injustos y existe una justificación objetiva para los mismos. Existen diversos factores que justifican unos márgenes elevados: los costes fijos no amortizados requeridos para su prestación, los riesgos asumidos en un entorno competitivo cambiante y la inversión en investigación y desarrollo no siempre recuperable. VODAFONE sostiene que desarrolla y comercializa unos servicios personalizados en el mercado de acceso y originación que le diferencian de sus competidores y que suponen un importante esfuerzo y riesgo inversor.

VODAFONE defiende que los precios aplicados a sus servicios de mensajes cortos SMS y MMS en modo alguno han tenido los efectos en el mercado descritos en la Propuesta de Resolución. En particular, la existencia de efectos de exclusión y explotativos antes de 2006 debe descartarse porque no existían OMV y los operadores existentes no asumían costes de acceso y originación y los flujos de terminación entre los OMRs incoados eran simétricos.

En cuanto al período comprendido entre 2007 y 2009, tampoco se produjeron efectos sobre Yoigo, los OMV o los consumidores. Primero, porque el coste por los servicios de acceso y originación de mensajes cortos en el que incurren Yoigo y los OMV es ínfimo y no tienen capacidad para afectar a la posición de éstos en el ámbito minorista. De hecho, Yoigo y los OMVs han penetrado con gran fuerza en el sector de las comunicaciones móviles y han podido competir en precios de forma rentable en los servicios de mensajería. Segundo, los acuerdos de interconexión son favorables para los intereses de los OMV que, de hecho, obtienen un beneficio neto por estos servicios. Yoigo y los OMV cargan tarifas de terminación iguales o superiores a las que aplican los OMR y reciben más mensajes off-net que los clientes de los OMR y por tanto, también recibirán mayores ingresos por esa terminación. No se analizan además los precios de finalización, que constituyen la clave para valorar si hay un efecto de exclusión.

Los supuestos operadores dominantes obtuvieron una rentabilidad media global razonable, los precios medios de los mensajes cortos no son desproporcionadamente más altos que la media de los precios de los países de nuestro entorno y han entrado otros operadores dinamizando el mercado. En estas circunstancias no se puede presumir un efecto negativo sobre los consumidores. En todo caso, los supuestos mayores beneficios que habrían sido obtenidos por los OMR se habrían igualmente trasladado al consumidor de diversas formas. El hecho de que los márgenes globales sean inferiores a los márgenes obtenidos en los servicios mayoristas que afectan a los mensajes cortos, corrobora que Vodafone obtiene márgenes inferiores en otros servicios con un valor superior para el consumidor (como es el caso de la voz). Por otro lado, la propia DI ofrece los datos que muestran que, incluso de considerarse que los precios minoristas han sufrido una elevación como consecuencia de los precios de los servicios mayoristas, en la medida en que los consumidores tienen alternativas de comunicación plenamente sustituibles, este supuesto mayor precio no se traduce en un efecto negativo para el consumidor.

VODAFONE ha presentado junto con sus alegaciones a la Propuesta de Resolución un informe económico que viene a apoyar sus alegaciones respecto a la definición de mercados, la ausencia de posición de dominio y la inexistencia de conducta abusiva (folios 4881-4985).

TERCERO. Normativa aplicable

El Consejo coincide con lo manifestado por la DI en cuanto a la aplicación de la Ley 15/2007 al caso:

(565) *En lo que se refiere a la aplicabilidad del artículo 2 de la LDC, cabe señalar que la infracción imputada a TME y VODAFONE se ha desarrollado por lo menos desde el año 2000, y la de ORANGE por lo menos desde el año 2004, en ambos casos cuando todavía estaba en vigor la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.*

(566) *Sin embargo, en la medida que la conducta imputada a TME, VODAFONE y ORANGE se viene desarrollando en la actualidad, y puesto que a la vista del análisis realizado por el Consejo de la CNC en su resolución de 23 de febrero de 2011 en el expediente 2785/07, en el presente caso la Ley 16/1989 no es más favorable a las partes que la Ley 15/2007 a efectos de cuantificación de la sanción, esta Dirección de Investigación entiende que debe ser de aplicación en el presente expediente la LDC y no la Ley 16/1989.*

(567) *En todo caso, dado que el artículo 2 de la LDC reproduce el artículo 6 de la Ley 16/1989, aplicar uno u otro artículo no altera la calificación jurídica de la infracción*

A efectos de la calificación jurídica de los hechos acreditados resultaría indiferente aplicar uno u otro precepto legal, debiendo optarse por una de las dos. Conforme a lo dispuesto por el artículo 128 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, deberá aplicarse aquella norma que sea más beneficiosa para las incoadas conforme a los principios de irretroactividad de la norma sancionadora más desfavorable y de retroactividad de la más favorable para el infractor en el caso en concreto.

Sin perjuicio de que la prohibición del artículo 2 de ambas leyes sea idéntica, lo cierto es que se considera que el régimen sancionador diseñado por la Ley 15/2007 es, desde un punto de vista global, más favorable a los infractores que el contemplado por la Ley 16/1989 (ver entre otras RCNC de 14 de junio de 2012, Expte. S/0297/10 AGEDI/AIE; RCNC de 2 de julio de 2012, Expte. S/0220/10 SGAE). Esta apreciación de la Ley 15/2007 como ley más favorable resulta, entre otros elementos de juicio, del sistema de graduación de las infracciones inexistente en la legislación anterior, del establecimiento de topes máximos al importe de algunas sanciones de cuantía inferior al general previsto por el artículo 10 de la Ley 16/1989 y de la reducción de los plazos de prescripción para algunas de las conductas tipificadas.

Por tanto, la norma de aplicación en el presente procedimiento sancionador es la Ley 15/2007.

En cuanto a la aplicabilidad del artículo 102 del TFUE, el Consejo también comparte lo manifestado por la DI respecto a que las conductas investigadas en el presente expediente cumplen los criterios de posible afectación al comercio entre Estados miembros desarrollados en la Comunicación de la Comisión Europea de Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio intracomunitario, lo que permite la aplicación del artículo 102 del TFUE a los efectos del presente expediente (apartados 423-429 del PCH).

Primero, porque se trata de una conducta cuyos efectos se extienden sobre la totalidad del mercado nacional, que constituye una parte sustancial del mercado común. Segundo, porque dado que los precios de los servicios mayoristas constituyen un elemento muy importante en el coste de los correspondientes servicios minoristas, elevados precios en los servicios relacionados con los mensajes cortos nacionales, puede conllevar asimismo una limitación para la reducción de precios de los servicios de itinerancia internacional de mensajes cortos de carácter intracomunitario por debajo de los precios máximos establecidos para estos servicios de itinerancia en el correspondiente Reglamento comunitario. Tercero, porque los potenciales efectos de la conducta analizada tienen la virtualidad de reforzar las barreras de entrada a los mercados españoles de la telefonía móvil.

CUARTO. Cuestiones previas y de procedimiento

Competencia de la CNC

Las partes cuestionan la intervención de la CNC en este caso. A este respecto el Consejo solo puede decir que la Ley 15/2007 tiene un carácter horizontal por lo que resulta de aplicación a todos los mercados sin excepción.

Las conductas analizadas han tenido lugar en mercados donde la CMT no había impuesto obligaciones a los operadores, en particular sobre precios, que previnieran las mismas. Nada impide que tales conductas pueden ser analizadas a la luz de la Ley 15/2007 y de las previsiones del TFUE y resultar sancionadas si concurren los presupuestos de hecho y de derecho que tales normas y la doctrina establecen. Entiende el Consejo que esta labor probatoria y de propuesta de calificación jurídica ha sido llevada a cabo por parte del órgano instructor con pleno respeto a la Ley 15/2007.

Por otro lado, la presente Resolución no tiene ningún tipo de vocación regulatoria, en contra de lo que las partes pretenden. De hecho, el Consejo no considera adecuado en este caso imponer a los operadores obligaciones de comportamiento de acuerdo con la competencia que le otorga el art. 52.2.b) de la LDC por las razones que se exponen en el Fundamento de Derecho Décimo.

Informe determinante

La CMT entiende que la elaboración del informe determinante debe producirse sobre la base del PCH remitido de manera íntegra.

El Consejo considera que esta alegación carece de base jurídica, ya que la DI ha actuado con pleno respeto a lo establecido en el artículo 17 de la LDC en materia de coordinación con los órganos reguladores. Es, por otra parte, una alegación meramente formal, puesto que, como se expondrá posteriormente, el informe se ha evacuado y ha sido tomado en consideración por la CNC en sus justos términos.

Ciertamente la CMT no ha emitido su informe previa lectura del PCH confeccionado por la DI. Pero ello no altera su capacidad de emitir su informe

preceptivo conforme la Ley prevé y de que el mismo cumpla su función con toda utilidad. En primer lugar, porque la LDC configura estos informes no como un instrumento de control o de revisión de la actuación de la CNC, sino de colaboración técnica con ella en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas. Como ya ha tenido oportunidad de señalar este Consejo (RCNC de 8 de febrero de 2012, Expte S/0207/09 TRANSPORTE TELEVISIÓN), *“...no tendría sentido que el informe técnico de la CMT valorara la calificación jurídica de la conducta objeto del procedimiento o el enfoque jurídico general del expediente, en la medida en que se estaría pronunciando sobre cuestiones en el estricto ámbito de la defensa de la competencia, en el que, como se ha encargado el TS de recordar (STS de 17 de diciembre de 2008), carece de competencia sobre dicha materia”*.

En segundo lugar, porque la DI remitió a la CMT cuanta información necesitaba para que este órgano emitiera su dictamen técnico. En concreto, la DI adjuntó a su solicitud de informe determinante (folio 1881) un anexo en el que consta el análisis de los mercados afectados realizado por la Dirección de Investigación y los hechos que se estiman probados en el marco del expediente de referencia. En definitiva, la reproducción de los Hechos Probados en el PCH, incluyendo los anexos confidenciales donde se individualiza el análisis para cada operador. Además, la DI expone en su requerimiento el concreto objeto del expediente incoado: *“la aplicación de precios excesivos en los servicios mayoristas de originación y de terminación de mensajes cortos SMS y MMS de ámbito nacional en las redes de telefonía móvil de TME, VODAFONE y ORANGE”*. Solo una errónea concepción del informe determinante - o una interpretación interesada - puede llevar a la conclusión de que la información remitida por la CNC a la CMT no es suficiente y que con ello se está tratando de coartar de alguna manera la capacidad del Regulador sectorial de emitir su informe determinante. Prueba de la utilidad de este informe es que las partes y la propia CNC lo emplean como fundamento de varios de sus razonamientos.

Por otro lado, el Consejo considera poco fundadas aquellas alegaciones de las partes que manifiestan que se ha ignorado por parte del órgano instructor el informe determinante. La DI ha recogido las conclusiones del informe determinante en su informe propuesta y lo tiene en cuenta a la hora de valorar jurídicamente los hechos sometidos a su examen. Es cierto que en determinados aspectos se separa de la opinión técnica de la CMT pero, cuando lo hace, fundamenta las razones. Como ya ha tenido opinión de expresar este Consejo (ver a este respecto RCNC de 8 de febrero de 2012, Expte S/0207/09 TRANSPORTE TELEVISIÓN), si bien es cierto que el informe determinante aporta una opinión técnica cualificada que contribuye a mejorar el juicio del órgano resolutorio, lo cierto es que, tal y como se encuentra regulado por ley, su contradicción no se puede considerar insalvable. En efecto, si como apunta el artículo 17 de la LDC *“solo se podrá disentir de su contenido de forma motivada”*, lo que en definitiva está reconociendo el legislador es que, precisamente por no ser un informe de naturaleza vinculante, el órgano decisorio tiene capacidad para

hacerlo. Es decir, sin restarle relevancia como instrumento de colaboración, permite apartarse de su criterio haciéndolo de forma razonada.

En el caso que nos ocupa, la DI en su PCH y en la Propuesta de Resolución defiende con el rigor exigible en derecho las delimitaciones de mercado que propone y las razones por las que discrepa, en determinadas cuestiones concretas, de lo expresado por la CMT en su informe. Es posible que en algunos casos al exponer sus tesis la DI no mencione explícitamente que esté respondiendo a la CMT o a las alegaciones de un operador concreto. Pero ello no debe confundirse con la falta de argumentación de sus razonamientos que, compartidos o no, la DI ha expuesto.

Non bis in idem

Respecto a la alegación de que las conductas que aquí se examinan ya fueron analizadas por los órganos de competencia en el expediente 2550/04, este Consejo cree conveniente previamente aclarar en qué consistió dicho expediente.

El 16 de febrero de 2004 FACUA presenta ante el entonces Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) una denuncia por un posible acuerdo de precios minoristas de los mensajes cortos SMS y MMS. El SDC incoó un expediente sancionador por infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 81 del TFUE. En ausencia de prueba directa el SDC analizó el caso por prueba de presunciones y concluyó que no se daban los requisitos que la doctrina establece para concluir la existencia de infracción por acuerdo de precios. En el presente caso se analizan unas conductas que tienen lugar en los mercados mayoristas y no minoristas, que no se basan en la igualdad de esos precios minoristas, como allí era el caso y que se imputan a la luz del artículo 2 de la LDC y no del artículo 1 como sucedía en el Expte 2550/04. Es obvio además que el periodo objeto de análisis es más extenso en el expediente actual. En definitiva, ni los hechos coinciden ni tampoco el precepto supuestamente infringido, lo que impide considerar vulnerado el principio reconocido por el artículo 133 de la LRJAP-PAC. Por otro lado, el querer inferir de la no acreditación de una conducta concreta mediante prueba de presunciones la conclusión de que el mercado es competitivo y que no cabe en el mismo la realización de prácticas anticompetitivas es algo que carece de base jurídica. No habiendo identidad de hechos, tal planteamiento constituye una aplicación extensiva del pronunciamiento adoptado en un procedimiento sancionador que resulta inadmisibles en Derecho. Y lo mismo cabe decir del argumento de que dicho Acuerdo haya podido generar en las partes la confianza legítima de que no cabe identificar en estos mercados prácticas anticompetitivas. Tal Acuerdo se limita a establecer que no se puede inferir de unos hechos concretos en un momento dado la existencia de un acuerdo entre los OMR referente a los precios minoristas. Pero no se puede tratar de llevar sus implicaciones más allá.

A este respecto, sorprende que se pretenda argumentar confianza legítima cuando la CNC ha advertido en algunos de sus informes la posible existencia de unas estructuras de mercado poco competitivas en la terminación de SMS (ver por ejemplo Informe de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la

propuesta de la CMT de 31 de julio de 2008, relativa a “*La definición y análisis del mercado de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición a los operadores de obligaciones específicas*”).

Terminación convencional propuesta por VODAFONE

VODAFONE argumenta que expuso a la DI su intención de presentar una solicitud de terminación convencional de la que el órgano instructor le disuadió y que, en todo caso, optó por presentar con 30 de septiembre de 2011 un escrito en el que ofrecía rebajar sus tarifas de interconexión un 60% (AH 27).

Obviando el hecho de que VODAFONE no identifica cuál es el vicio que podría afectar a la validez de la decisión final, el Consejo sólo puede señalar a efectos meramente dialécticos que la LDC concede a los operadores imputados en un expediente sancionador el derecho a presentar solicitudes de terminación convencional y que, independientemente de las razones que le llevaran a ello, VODAFONE no lo hizo en el momento procesal oportuno.

Esta libertad no es incompatible con el hecho de que, consultada la DI por este operador, la misma en su papel de órgano instructor le ilustre sobre cual puede ser el sentido de su valoración sobre una hipotética solicitud de terminación convencional a la luz de los criterios recogidos en la Comunicación de la CNC sobre Terminación Convencional de Expedientes Sancionadores. En todo caso, debe recordarse que, como confirma la Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de julio de 2012 (recurso nº 398/2011), la normativa de defensa de la competencia reconoce un derecho a solicitar la terminación convencional, no a que se inicie y menos a que se termine convencionalmente un procedimiento, por lo que no se puede apreciar una correlativa obligación de la CNC a concluir de esta forma un procedimiento por el mero hecho de solicitarse (R/0085/11, AGEDI-AIE, RCNC de 28 de diciembre de 2011; R/0089/11, Colegio de Ingenieros de Caminos, RCNC de 22 de febrero de 2012; R/0107/12, SUMINISTROS COPLASA, RCNC de 20 de septiembre de 2012).

Sobre la prueba practicada

En general los OMR consideran que se ha desvirtuado la prueba original solicitada por Orange mediante solicitud de información a los OMV cursada por la DI en vez de realizarla a través de la CMT. Ello implica una pérdida de homogeneidad, objetividad y contrastabilidad porque la CMT, a su juicio, está más capacitada para realizar este ejercicio.

También argumentan que la falta de acceso a las respuestas de los OMV vulnera su derecho a la defensa porque les impide contrastar los resultados.

Se critican los datos por incompletos e inconsistentes, aunque ello no obsta para que los OMR realicen a partir de tales datos alegaciones en apoyo a sus argumentos.

Manifiestan los OMR en algunas de las alegaciones que las opiniones de los OMV avalan que reciben más ingresos por terminaciones procedentes de los OMR que los pagos que deben realizar por la terminación (lo que entra en contradicción según ellos con la tabla elaborada por la DI) y de que se benefician de unos precios de terminación elevados. Se argumenta también que no se deben tener en cuenta los pagos por originación y finalización, pues no están relacionados con la terminación de SMS/MMS sino con el modelo de negocio escogido por los OMV.

Independientemente de la valoración que para este Consejo merezcan los resultados de la prueba practicada, cuestión que se trata en otros Fundamentos de Derecho, considera que la manera en que se ha procedido a realizar la misma resulta totalmente ajustada a derecho.

En primer lugar, conviene recordar que, de acuerdo con el artículo 36 del RDC, el Consejo puede acordar la práctica de pruebas o actuaciones complementarias, instando a la Dirección de Investigación su práctica.

ORANGE sugirió una prueba consistente en que se oficiara a la CMT para que aportara el saldo neto de terminación de SMS/MMS de los OMV frente a los OMR en el periodo 2004 a 2009.

Por otro lado, la CMT en su informe determinante sugería a la CNC que, de cara a la consideración jurídica de estas prácticas y en particular a la hora de valorar la viabilidad de medidas tales como las previstas en el artículo 53.2.b) de la LDC, se tuviera en cuenta el impacto que los precios de terminación podrían estar teniendo sobre los OMVs y Yoigo. La CMT ofrecía determinadas hipótesis y evidencia puntual al respecto, pero no datos reales y completos, probablemente por no disponer de ellos.

La indefensión planteada por los imputados es meramente formal. En primer lugar, porque la prueba propuesta por ORANGE se ha practicado. Cuestión distinta es que el Consejo, de oficio, haya considerado pertinente para la correcta formación de su juicio ampliar la prueba en cuestión, pero la recurrente no ha sido capaz de argumentar por qué esta decisión le ha ocasionado indefensión. Además, y centrándonos en la competencia para la práctica de la prueba, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 51.2 de la LDC y el 36 del RDC, lo ha realizado a través del órgano previsto para ello, es decir, la Dirección de Investigación, sin que, desde esta perspectiva, pueda hacerse reproche alguno por emplear el cauce normativamente previsto. Por último, el hecho de que en sus alegaciones se sirva de la información aportada por los OMV corrobora en su opinión sus argumentos, como por cierto también lo hacen el resto de operadores imputados, evidencia que el derecho de defensa se ha ejercido plenamente. Luego, de nuevo, este Consejo no aprecia causa de indefensión alguna en la manera en la que la prueba ha sido practicada

Respecto al acceso a los datos individuales aportados por los OMV que han sido declarados confidenciales y la incidencia que pueda tener esta declaración desde

el punto de vista del derecho de defensa, debe recordarse que de acuerdo a la doctrina de esta CNC en la materia la declaración de confidencialidad resulta de una decisión por la que se valoran los distintos principios en juego, atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto.

Para realizar la evaluación sobre la confidencialidad o no de unos concretos documentos en el marco de un procedimiento sancionador, es preciso llevar a cabo un triple examen, tal y como este Consejo ha señalado en Resoluciones anteriores (a título de ejemplo, expedientes R/0070/11; GRAFOPLAS 2, R/0103/12 ORACLE). En primer lugar, determinar si se trata efectivamente de secretos comerciales; en segundo lugar, si tratándose de secretos comerciales en su origen, estos han tenido difusión entre terceros, perdiendo en esa medida la calificación de secreto comercial; y, en tercer lugar, si se trata de secretos comerciales que no han sido difundidos a terceros, pero son necesarios para fijar los hechos objeto del procedimiento así como para garantizar el derecho de defensa a los imputados.

En este caso, no cabe duda que la información censurada constituye información comercial sensible que no ha sido objeto de difusión y a la que no procede que otros competidores tengan acceso. Por otro lado, no considera que el Consejo que se produzca ningún tipo de indefensión material que perjudique a ninguno de los OMV. La información ha sido en muchos casos censurada parcialmente y se ha elaborado un resumen de la misma que permite a los OMR imputados exponer sus argumentos de defensa, como de facto han hecho.

Respecto a la alegación de ORANGE de que se ha dado trámite de audiencia de manera irregular a empresas no interesadas en el expediente, debe señalarse que en ningún momento se ha concedido a las mismas acceso al expediente ni trámite de alegaciones. El Consejo, haciendo uso de las facultades que la LDC le otorga, se ha limitado a requerirles cierta información en el marco de la actuación complementaria practicada con el ánimo de formar mejor su opinión. Nada hay de irregular en ello, máxime cuando las partes imputadas han tenido acceso a las líneas generales de tales contestaciones y han podido alegar al respecto, detalladamente por cierto en el caso de ORANGE. De hecho, debe subrayarse que la propia ORANGE interpreta que en dichas contestaciones los OMV reconocen obtener de la terminación un saldo positivo a su favor (véase el apartado 15 de las alegaciones de ORANGE, folio 5629 y ss).

Sobre el acceso a la correspondencia entre la Comisión Europea y la CNC

TME solicita el acceso a la documentación que hayan podido intercambiar la Comisión Europea y la CNC en virtud del artículo 11.4 del Reglamento 1/2003. Sin embargo, como la propia TME reconoce, el art. 42 de dicho Reglamento establece que *“el derecho de acceso al expediente no se extiende a los intercambios de correspondencia entre la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros o entre estas últimas, incluidos los documentos elaborados en virtud de los artículos 11 y 14”*. Luego la voluntad del legislador es clara a este respecto.

En cuanto a la Comunicación de la Comisión relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la CE, los artículos 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE y el Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo que TME cita, entiende el Consejo de la CNC que la excepción prevista en su apartado 16 en relación con el artículo 27.2 del Reglamento 1/2003 no resulta de aplicación al caso. El artículo 42 establece un deber de confidencialidad taxativo que la autoridad comunitaria no ha venido a matizar, como en cambio si se ha hecho vía Comunicación en el caso del artículo 27.2. En estas condiciones, no parece razonable realizar una interpretación analógica en contra de lo establecido en una norma comunitaria con rango de Reglamento.

Respecto a esta cuestión, la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 5 de julio de 2012, señala con meridiana nitidez lo siguiente:

“En cuanto a la falta de información acerca de las observaciones de la Comisión Europea CNC remitidas con fecha 15 de junio de 2009 indicar que ya se dio respuesta a esta alegación durante la tramitación del procedimiento en que se solicitó como medio de prueba que se le entregara dicho documento Como dijimos en nuestro auto de 31 de octubre de 2011 la Comunicación de la Comisión relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, los artículos 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE, y el Reglamento (CE) n° 139/04 del Consejo establece que “El expediente está formado por el conjunto de documentos obtenidos, presentados y recopilados por la Dirección General de Competencia durante la investigación. Las empresas tienen acceso a todos los documentos que figuran en el expediente de la Comisión, a excepción de los documentos internos y de los secretos comerciales u otra información confidencial. Los documentos internos de la Comisión no son accesibles y no forman parte de las pruebas en que se basa la Comisión para su evaluación. Los documentos internos pueden ser actas de reuniones o la correspondencia entre la Comisión y otras autoridades, en particular las de competencia de los Estados miembros, el Organismo de Vigilancia de la AELC, y autoridades de terceros países. En circunstancias excepcionales, la Comisión puede acordar el acceso a estos documentos, por ejemplo cuando contienen elementos de prueba contra las partes o cuando son pertinentes para la defensa de las partes”. En este caso no se considera que dicho documento es pertinente para la defensa de las partes ya que conforme al artículo 11.4 del Reglamento 1/2003 la finalidad de dicho informe es como el propio recurrente reconoce garantizar la aplicación efectiva, coherente y uniforme de las normas de competencia y a tal efecto antes de que las autoridades de competencia de los Estados miembros adopten una decisión que ordene la cesación de una infracción , se remite a la Comisión una exposición resumida del asunto y el texto de la decisión que se va a adoptar. Por tanto se trata de un documento interno que por su

finalidad no es accesible a las partes”. Por ello coherente con ello esta Sala indicó al recurrente que si bien se le denegaba el acceso a dicha documentación ello era “sin perjuicio de que esta Sala acceda a su contenido con el fin de valorar la opinión experta de la Comisión Europea sobre aplicación de la normativa de la competencia”.

Sobre la solicitud de vista

La vista, concebida bajo la Ley 16/1989 como una forma de conclusión del procedimiento ante el TDC alternativa a las conclusiones escritas (art. 41 Ley 16/1989), en la vigente LDC es una actuación (de naturaleza contradictoria: art. 19.2 RDC) que el Consejo puede acordar discrecionalmente, “*cuando la considere adecuada para el análisis y enjuiciamiento del objeto del expediente*” (art. 19.1 RDC). El Consejo, teniendo en cuenta que es potestad suya acordar la celebración de vista cuando lo considere adecuado para el examen y el enjuiciamiento del objeto del expediente (art. 19 del RDC), ha resuelto no acceder a la solicitud de celebración de vista por no considerarlo necesario para su valoración del asunto. Por lo expuesto, la negativa del Consejo a celebrar vista en ningún supuesto puede generar indefensión a las partes.

QUINTO. Mercados relevantes

Las prácticas objeto de investigación en el presente expediente se desarrollan en el ámbito de los servicios de telefonía móvil, en particular, en los mercados relacionados con los mensajes cortos.

Propuesta de la DI

La DI sigue la metodología de análisis de los mercados de referencia en el ámbito de las comunicaciones electrónicas. Comienza mediante el análisis de los mercados minoristas, para a continuación analizar los mercados mayoristas ascendentes de cada uno de los mercados minoristas identificados.

Minorista

Respecto a los mercados minoristas, la DI considera que “*procede analizar, por una parte, si los servicios de mensajes cortos pertenecen a mercados diferentes a otros servicios de comunicaciones móviles, como las llamadas de voz móvil o los servicios de datos y acceso a internet móvil. En segundo lugar, procede valorar si dentro del ámbito de los mensajes cortos, debe diferenciarse entre los diferentes tipos de servicios de mensajería y, en concreto, entre los mensajes de texto SMS y los mensajes multimedia MMS. Por último, hay que valorar la sustituibilidad de los mensajes cortos entre abonados con los SMS Premium*”.

De la información que consta en los HP la DI concluye que los servicios minoristas de mensajes cortos de texto SMS así como los servicios minorista de mensajes cortos multimedia MMS constituyen mercados relevantes definidos de ámbito nacional.

En primer lugar, examina la sustituibilidad de los servicios de mensajería con los servicios de voz y con los servicios de internet en movilidad.

Con respecto a la sustituibilidad entre voz y datos (HP 4.1-4.8), la DI considera que a los efectos del presente expediente y para el periodo temporal examinado, no existe sustituibilidad suficientemente significativa desde el lado de la demanda entre las llamadas de voz y los mensajes cortos como para considerar que ambos servicios minoristas forman parte de un mismo mercado relevante.

En segundo lugar, con respecto a la sustituibilidad entre mensajería con el servicios de acceso a internet en movilidad (HP 4.9-4.27), la DI considera que algunos de los servicios accesibles a los usuarios de estas conexiones de datos móviles presentan una funcionalidad equivalente a la de los mensajes cortos, en particular, los servicios de correo electrónico móvil y los de chat. Razona que, de una manera prospectiva, la sustituibilidad entre los servicios de mensajes cortos y los servicios de chat o correo electrónico en movilidad disponibles para usuarios de servicios de internet móvil puede ir en aumento. En todo caso, tal sustituibilidad no ha sido efectiva en el periodo objeto de análisis. Lo incipiente de la penetración de estos servicios en dicho periodo, el hecho de que hayan estado ligados solo a terminales de alta gama y su diferente estructura de precios lleva a concluir que los servicios de mensajes cortos y los servicios de internet móvil no han mostrado un nivel de sustituibilidad por el lado de la demanda lo suficientemente significativo como para considerar que forman parte de un mismo mercado de producto relevante en el periodo de referencia.

En tercer lugar, dentro de la mensajería, la DI considera que los SMS y los MMS responden a necesidades de comunicación diferentes y presentan diferencias muy importantes en la estructura de precios y uso, por lo que se consideran servicios pertenecientes a mercados de producto diferenciados (HP 4.29-4.33).

Tampoco formarían parte del mismo mercado los mensajes Premium porque, además de responder también a necesidades de comunicación diferentes y presentar niveles de precios mucho más elevados, involucran a agentes muy distintos en la cadena de valor (4.34-4.39).

Por otro lado, la DI considera que no existe con carácter general para los servicios de comunicaciones móviles ni para los servicios de mensajes cortos en particular una sustituibilidad de la oferta lo suficientemente relevante como para considerar justificada la delimitación de mercados más amplios.

Mayoristas

Siguiendo los precedentes tanto regulatorios como de competencia, la DI identifica como servicios mayoristas la terminación y la originación.

La ausencia de sustituibilidad en los servicios de terminación de llamadas en las redes de cada uno de los operadores de telefonía móvil (HP 5.6-5.13) conduce a la conclusión sobre la existencia de un mercado de referencia diferente para los servicios de terminación de mensajes cortos en cada una de las redes de telefonía móvil de TME, VODAFONE y ORANGE. La DI distingue para cada una de las redes el mercado de terminación de mensajes cortos de texto SMS y multimedia MMS.

En cuanto al acceso y la originación (HP 5.23-5.35), al igual que en el caso de los servicios mayoristas de terminación, los servicios mayoristas de originación son servicios ascendentes respecto de los servicios minoristas identificados en el análisis de los mercados minoristas relevantes, por lo que en opinión de la DI los servicios mayoristas de originación de mensajes cortos no serían sustituibles con servicios de originación de otros servicios, como el de llamadas de voz, al no existir sustituibilidad de los servicios minoristas descendentes correspondientes. La DI distingue además un mercado definido en el caso de los SMS y en el de los multimedia MMS.

La DI atribuye un ámbito geográfico nacional relevante a todos los mercados de producto delimitados, pues no se han detectado ámbitos inferiores al nacional en los que las condiciones de competencia aplicables a los servicios mayoristas y minoristas descritos sean suficientemente distintas respecto al resto del territorio nacional.

Los operadores de telefonía móvil con red propia (OMR) disponen de licencias de ámbito nacional para operar este servicio y, en el caso de los OMV, estos operadores utilizan estas redes de acceso nacionales para prestar servicios a sus clientes en toda España. Incluso en el caso de operadores de telecomunicaciones de ámbito regional, la prestación de servicios a sus clientes de telefonía móvil se realiza para el ámbito nacional de manera homogénea, a través de los correspondientes servicios de acceso y originación móvil en la red de su OMR anfitrión. En todo caso, estos operadores regionales cuentan con una reducida cuota de mercado en los servicios de telefonía móvil.

Tanto en el ámbito minorista como en los servicios mayoristas, los operadores móviles mantienen estrategias competitivas de carácter nacional, en particular, los precios de los servicios mayoristas de originación y terminación y los minoristas ofrecidos por los operadores de telefonía móvil tienen alcance nacional.

De este modo, se concluye que las condiciones de competencia son homogéneas en todo el territorio nacional y, por tanto, ésa es la dimensión geográfica de los mercados relevantes identificados.

En conclusión, a los efectos del presente expediente, se han identificado por la DI los siguientes mercados relevantes: a) Servicio minorista de mensajes cortos de texto SMS, de ámbito nacional; b) Servicio minorista de mensajes cortos multimedia MMS, de ámbito nacional; c) servicio mayorista de terminación de mensajes cortos de texto SMS en la red móvil de TME, de ámbito nacional; d) servicio mayorista de terminación de mensajes cortos de texto SMS en la red móvil de VODAFONE, de ámbito nacional; e) servicio mayorista de terminación de mensajes cortos de texto SMS en la red móvil de ORANGE, de ámbito nacional; f) servicio mayorista de terminación de mensajes cortos multimedia MMS en la red móvil de TME, de ámbito nacional; g) servicio mayorista de terminación de mensajes cortos multimedia MMS en la red móvil de VODAFONE, de ámbito nacional; h) servicio mayorista de terminación de mensajes cortos multimedia MMS en la red móvil de ORANGE, de ámbito nacional; i) servicios mayoristas de

originación móvil de mensajes cortos de texto SMS, de ámbito nacional y j) servicios mayoristas de originación móvil de mensajes cortos multimedia MMS, de ámbito nacional.

Alegaciones de las partes e informe de la CMT

En el FD Segundo se ha recogido una síntesis de las alegaciones de las partes, que incluye sus argumentos en relación con la definición de mercados relevantes. En general las partes consideran que la DI ha definido mercados relevantes excesivamente estrechos, sin tener en cuenta que estamos ante servicios que se comercializan conjuntamente y haciendo un incorrecto análisis de la sustituibilidad de demanda y oferta.

Estas alegaciones se apoyan en algunos aspectos en el informe determinante emitido por la CMT en el marco del presente expediente.

La CMT cuestiona la definición de los mercados minoristas que realiza la DI en su informe. Recuerda que los consumidores eligen a su proveedor de servicios móviles de forma conjunta para satisfacer un conjunto de necesidades de comunicaciones. Esta contratación de forma conjunta de los servicios hace que las condiciones de comercialización sean lo suficientemente homogéneas como para justificar su inclusión en un único mercado de referencia, a pesar de las diferencias en los usos y necesidades que los consumidores buscan cubrir con cada uno de los servicios móviles. Además, señala que el análisis de los usos y necesidades de los usuarios podría concluir con definiciones de mercado excesivamente estrechas. Por ello subraya la importancia del análisis de la sustituibilidad desde el lado de la oferta. Dado que los elementos de red, marketing, facturación y demás costes relevantes son comunes, la CMT considera que, desde el punto de vista de la oferta, los diferentes servicios deberían considerarse como sustitutivos y, por tanto, formarían parte de un único mercado minorista. En concreto, defiende que el mercado minorista de servicios móviles debe incluir tanto los servicios de llamadas de voz como SMS y MMS con destinos nacionales e internacionales, así como los servicios de itinerancia prestados a los clientes propios. Igualmente, las llamadas y SMS para acceder a los servicios de valor añadido pertenecerían a este mismo mercado móvil minorista. Considera que tal conclusión es consistente con la práctica de esta Comisión y de la Comisión Europea, así como de la realidad observada en el mercado.

A diferencia de lo que defienden los operadores imputados, la CMT y la DI concuerdan en que la terminación de mensajes cortos pertenece a un mercado mayorista separado del mercado de terminación de llamadas de voz, dadas las diferencias en el entorno competitivo que se observan.

En cambio, a diferencia de la DI, considera la CMT que todos los servicios móviles de originación mayoristas pertenecen a un mismo mercado mayorista, tal y como se estableció en la Resolución de 2 de febrero de 2006 y por razones similares a las apuntadas en el caso del mercado minorista.

Posición del Consejo sobre los mercados relevantes

Minorista

El expediente de referencia afecta a los servicios de mensajes cortos, en concreto, a los SMS y MMS. Son cada uno de estos servicios los que deben considerarse como conjunto de partida a la hora de realizar el ejercicio de definición de mercados. En base a ello, la cuestión a dilucidar es si existe entre ellos y con respecto a las llamadas de voz una sustituibilidad por el lado de la demanda y/o de la oferta tal que se pueda considerar que todos estos servicios forman parte de un mismo mercado.

Consideran las partes y la CMT que el hecho de que estos servicios se contraten de forma conjunta a un mismo operador *“hace que las condiciones de comercialización sean lo suficientemente homogéneas como para justificar su inclusión en un único mercado de referencia”* (informe de la CMT folio 2566).

Realmente esta cuestión tiene que ver con qué se considera el conjunto de partida desde el que debe iniciarse el análisis. Cuando una serie de servicios se comercializa conjuntamente, no existe una demanda específica para cada uno de ellos ni se puede identificar una oferta comercial autónoma, puede estar justificado considerar que el paquete de servicios constituye un mercado en sí mismo y empezar a partir del mismo el análisis de sustituibilidad.

Sin embargo, no necesariamente la comercialización conjunta de varios productos lleva a su consideración como parte de un mismo mercado. Puede no ser así si, entre otros factores, existe una demanda con características propias para cada uno de los productos, una oferta comercial específica para cada uno de ellos y si hay diferencias en la presión competitiva que enfrenta cada uno de estos productos. En esas circunstancias, no es aconsejable iniciar el ejercicio de definición de mercados dando por sentado que todos ellos constituyen parte de un mismo mercado.

El Consejo considera que, tal y como la DI argumenta, estas circunstancias se dan en el presente caso. Es cierto que los operadores de comunicaciones móviles ofertan el conjunto de servicios. Los clientes observan esas ofertas que les ofrecen los diferentes operadores de comunicaciones móviles y, habitualmente, eligen solo a uno con el que contratan todos los servicios. Por regla general, durante el periodo objeto de análisis, los clientes han sido capaces de diferenciar el precio de cada uno de estos servicios. Asimismo, la situación competitiva de cada uno de ellos (SMS, MMS y llamadas de voz) ha venido influida por factores propios. Así, si la demanda de cada uno de estos productos presenta características peculiares y se enfrenta a presiones competitivas hasta cierto punto distintas, puede no presentar el mismo grado de elasticidad, lo que propiciará condiciones de competencia diferentes para cada producto.

Además, el hecho de que cada uno de estos servicios tenga un peso muy diferente en el conjunto del consumo de la cesta de comunicaciones móviles también puede afectar a la intensidad con la que compiten los operadores a la

hora de ofertar el mismo. Este es un hecho que han reconocido algunos de los operadores imputados en sus alegaciones, precisamente argumentando la menor elasticidad de la demanda de mensajes cortos.

Por otro lado, a algunos de estos servicios como es el caso de los MMS solo accede una parte de la demanda, lo que les confiere características particulares y les resta potencial como restricción competitiva. En este sentido, coincide el Consejo con la CMT en que el grado de sustituibilidad de los mensajes cortos, en concreto los MMS, con el acceso móvil puede ser elevado desde un punto de vista prospectivo. Pero en el periodo analizado, 2000-2009, no cabe identificar tal sustituibilidad efectiva y se ve además circunscrita a un segmento muy limitado de consumidores, tal que no permite agregar mercados. De hecho, los datos más recientes recogidos en los HP 4.23-27 revelan un grado de penetración de los MMS todavía limitado, aunque creciente.

Adicionalmente, las condiciones regulatorias no son homogéneas e influyen en la dinámica competitiva de cada uno de los productos de manera diferente. En este caso el hecho de que se haya optado por regular el precio mayorista de la terminación de las llamadas de voz y no el de los mensajes también tiene influencia en las condiciones de oferta de cada uno de estos servicios a nivel minorista.

En esas circunstancias, no cabe concluir que las condiciones de competencia para los distintos productos del paquete son lo suficientemente homogéneas como para considerar que de partida debe englobárseles a todos en un mismo mercado.

Dado los conjuntos de partida (en este caso SMS y MMS), no debe perderse de vista que el ejercicio de definición de mercados se basa en el concepto de sustituibilidad (apartado 7 de la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia).

La DI argumenta correctamente a juicio de este Consejo que los diferentes servicios considerados tienen características propias que contribuyen a satisfacer necesidades diferenciadas de los clientes. La CMT no niega estas diferencias en los usos y necesidades que los consumidores buscan cubrir con cada uno de los servicios móviles. Por tanto, el Consejo concuerda con la DI en que estos servicios no podrían considerarse sustitutivos por el lado de la demanda.

Procede analizar por tanto si existe esta sustituibilidad por el lado de la oferta. Máxime cuando, como es el caso, los operadores prestan un conjunto de servicios sobre una misma infraestructura técnica y comercial.

Razonan también las partes y la CMT sobre la existencia de sustituibilidad de oferta que puede llevar a concluir la pertenencia a un mismo mercado de este tipo de servicios (mensajes cortos, en concreto SMS y MMS y las llamadas de voz).

Si la sustituibilidad por el lado de la oferta es técnica y económicamente viable y efectiva puede llevar a considerar que dos productos están en un mismo mercado

de la misma manera que en presencia de sustituibilidad por el lado de la demanda. Para ello, es necesario analizar, primero, si los operadores que producen un bien pueden disponer de los activos (físicos, distribución y comercialización) necesarios para comercializar el producto analizado sin costes de adaptación significativos y en un plazo breve. Segundo, si tienen incentivos económicos a dedicar su capacidad productiva a la producción y comercialización de dicho bien y, tercero, si constituyen una presión competitiva efectiva (apartado 20 de la Comunicación antes citada). No debe olvidarse que el ejercicio de definir mercados relevantes tiene un carácter instrumental cuyo fin es identificar las presiones competitivas efectivas a las que se enfrentan los operadores que ofrecen un determinado servicio (apartado 2 de la Comunicación).

En este caso, ello es equivalente a plantear si, supuesto que un monopolista hipotético controlara el servicio de los SMS y elevara precios, aquellos operadores que dan servicios de voz podrían reasignar su capacidad productiva para ofrecer este servicio de SMS. Como argumentan los operadores imputados y razona la CMT, un operador de comunicaciones móviles que preste servicios de voz dispone de los medios técnicos y comerciales para ofrecer mensajes cortos a los usuarios y la práctica indica que tiene el incentivo económico a hacerlo. En este sentido, la antes aludida comercialización conjunta de los productos sí es un indicativo de que la sustituibilidad por el lado de la oferta está operando y que es técnica y económicamente viable.

No obstante, en el presente caso se dan circunstancias que deben tenerse en cuenta a la hora de valorar la efectividad de esa sustitución. Como ya se ha argumentado, estamos ante productos –SMS, MMS y llamadas de voz- que presentan características de demanda distintas. Ello unido a las diferencias en el marco regulatorio en el que se han desenvuelto, lleva a la conclusión ya referida de que experimentan condiciones de competencia hasta cierto punto heterogéneas. De hecho, los operadores no discuten que la presión competitiva ha sido comparativamente mayor en lo que hace referencia a la voz que a datos. También la CMT hace alusión a ello en su informe preceptivo. Todo ello hace que la oferta de SMS y MMS se haya mostrado menos dinámica.

En estas condiciones, el hecho de que la sustituibilidad por el lado de la oferta para los SMS y MMS haya de provenir de los mismos operadores que prestan estos servicios y que a su vez son oferentes de voz, hace cuestionar la efectividad de la presión competitiva que pueden representar. Esto es, si a la hora de definir mercados se trata de identificar las presiones competitivas que enfrentan los oferentes de SMS y MMS, es poco probable que los mismos operadores que los proveen constituyan una restricción competitiva creíble y eficaz.

En definitiva, incluso si se definiera un solo mercado minorista de servicios de comunicaciones móviles, no se deben perder de vista la heterogeneidad en las condiciones de oferta y demanda y, por tanto, de la dinámica competitiva que presentan los diferentes servicios. Ello es muy relevante en el presente caso, puesto que conductas en los mercados mayoristas como las analizadas pueden

tener efectos diferenciales sobre un tipo de servicios minoristas en concreto, ya se considere un segmento de mercado o un mercado definido.

Con todo, entiende el Consejo que el perímetro exacto del mercado minorista no es una cuestión crucial en el análisis del presente caso porque no es en dicho mercado donde procede identificar la existencia de posiciones de dominio.

Por último, se coincide con el carácter nacional que unánimemente se asigna a estos mercados, tanto minoristas como mayoristas y que viene dado por el alcance de las redes y la dimensión nacional de la política comercial que a día de hoy se observa en las empresas.

Mayorista

Las Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (2002/C 165/03), en su párrafo 67, recuerdan que debe efectuarse una distinción entre el suministro de infraestructura a otros operadores (servicios mayoristas) y el suministro de servicios a usuarios finales (servicios minoristas).

Es cierto que la dinámica competitiva de los mercados mayoristas y minoristas está íntimamente interrelacionada. Pero las alegaciones de las partes se extralimitan en su interpretación de lo que esto supone, al pretender que la dimensión del mercado minorista condiciona inexorablemente la del mayorista. Ello no necesariamente es así. Primero, porque no se puede extrapolar las conclusiones sobre definición de mercado de uno a otro ámbito con automatismo. En los mercados mayoristas la demanda viene dada por otros operadores. Las condiciones de oferta también son distintas y vienen determinadas en mayor medida por la oferta que configura el operador de red. Segundo, porque la interrelación opera en los dos sentidos y las condiciones de oferta en el mercado mayorista también condicionan la competencia en el minorista. De hecho, para lograr una mayor competencia y apertura en los mercados minoristas la regulación suele imponer obligaciones a los OMR en los mercados mayoristas, porque es en ellos donde la estructura de la oferta favorece el ejercicio de un poder de mercado.

Mercados mayorista de terminación

El Consejo coincide con la DI y la CMT en que la falta de sustituibilidad de demanda y de oferta llevan a identificar un mercado relevante de terminación por cada red, distinguiendo además por tipo de servicio.

La DI, al igual que la CMT en su Resolución de 18 de diciembre de 2008 y en el Informe preceptivo emitido en el marco de este informe, basan esta definición en el diferente entorno competitivo en que estos dos servicios mayoristas son prestados.

Por su parte, la Comisión Europea ya se había manifestado sobre la separación de los mercados mayoristas de llamadas de voz y de mensajes cortos en la Nota

explicativa que acompaña a su Recomendación de 17 de diciembre de 2007, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante. En el apartado relativo a los mercados mayoristas de terminación en redes móviles, los servicios de la Comisión Europea señalan que los servicios de llamadas y de mensajes cortos pertenecen a mercados diferentes.

Alegan los operadores que la terminación de voz y de mensajes cortos en la red de cada operador debe considerarse parte de un mismo mercado. TME en particular argumenta que si un operador sube su precio de terminación de SMS, se repercutirá en el precio minorista del SMS lo que provocará que se demande menos consumo de SMS y más voz, lo cual a su vez se reflejará en la demanda de terminación. Este razonamiento no conduce a integrar ambos servicios en un mismo mercado porque se apoya en unas premisas sobre la sustituibilidad que no se observan. Parte de la capacidad de los operadores de telefonía móvil de repercutir todo incremento de costes de la terminación, lo cual no se cuestiona. Pero, además, presupone unos niveles de elasticidad en la demanda de mensajes cortos y en elasticidad cruzada de voz y datos que no se han constatado. De hecho, ante las bajadas de precios de la terminación de llamadas de voz que se han ido produciendo a lo largo del periodo objeto de análisis los elementos de apreciación indican que la sustituibilidad entre terminación en voz y en mensajes cortos se ha mostrado bastante imperfecta.

A este respecto, VODAFONE en sus alegaciones menciona la existencia de una correlación negativa entre el consumo de voz y datos. La correlación entre el aumento de la demanda de servicios de voz provocado por la bajada de las tarifas en el año 2007 y el descenso del tráfico de mensajes cortos, pasando de 13.425 millones de mensajes en 2006 a 8.921 millones mensajes en 2010, considera que es una prueba empírica de dicha sustituibilidad.

A este respecto, primero, debe recordarse que la correlación entre dos variables no debe técnicamente considerarse como evidencia definitiva de sustituibilidad, menos aun a lo largo de un periodo de tiempo prolongado, porque la sustituibilidad para agregar mercados requiere una respuesta de la demanda más inmediata. Segundo, que la evolución de los mensajes cortos a lo largo del periodo ha podido venir influida por muchos otros factores por los que no se controla en esa correlación. Tercero, que no parece razonable considerar que conversaciones de dos minutos de duración media pueda ser substitutivas de SMS, que permiten escribir un máximo de 160 caracteres de texto.

Alegan también las partes que la necesidad de interconexión que tiene cada operador con el resto actúa como una restricción competitiva que lleva a definir la terminación en todas las redes como un solo mercado mayorista. Considera el Consejo que la interdependencia derivada de la interconexión es, en todo caso, una cuestión a valorar en la determinación de la posición de dominio, no en la definición de mercado.

En todo caso, el hecho que en España durante el periodo considerado los servicios de terminación de llamadas de voz hayan estado sometidos a una regulación a la que no han estado sujetos los de mensajes cortos (HP 3.21-3.36, FD Sexto), configura unas condiciones competitivas distintas para ambos servicios, lo que lleva necesariamente a considerarles parte de mercados diferentes.

En definitiva, el Consejo da por válida la existencia de un mercado mayorista de terminación de SMS y de MMS definido sobre la red de cada operador de telefonía móvil y, en particular, de TME, de VODAFONE y de ORANGE.

Mercados mayorista de originación

La DI considera que existe un mercado mayorista de acceso y originación de mensajes cortos a terceros operadores. La CMT, así como los operadores imputados, defiende que el mercado abarca a todos los servicios de acceso y originación que un operador de red presta a terceros.

Fue precisamente la Resolución de la CMT de 2 de febrero de 2006 la que abrió los servicios mayoristas ahora objeto de análisis. En dicha Resolución se definía dicho mercado mayorista incluyendo todos los servicios y se imponían obligaciones de prestación. Como argumenta la CMT, la definición del mercado relevante por ella realizada ha tenido un impacto sustancial en la forma de configurar esos servicios mayoristas. De hecho, los acuerdos entre los OMR y los OMV incluyen la totalidad de los servicios móviles. Recuerda la CMT que, en su carta de 15 de septiembre de 2005, en relación con la definición y el análisis del mercado mayorista de acceso y originación móvil, el entonces Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) compartió esta definición del mercado.

Una vez más, deberíamos tomar como conjunto de partida de la capacidad de cada uno de los operadores de red para prestar servicios mayoristas de acceso y originación de mensajes cortos a terceros operadores. A partir de aquí, el Consejo comparte que puede haber sustituibilidad por el lado de la oferta porque en presencia de capacidad de oferta excedente, como se argumenta que existe, los OMR pueden tener recursos técnicos y económicos para reasignar su capacidad productiva de uno a otro servicio.

De hecho, en el caso de los mensajes cortos, hay que tener también en cuenta la naturaleza de estos servicios, que no exige el establecimiento de una comunicación en tiempo real, sino que se facilita su entrega al destinatario con carácter diferido dentro de un margen de tiempo razonable, o incluso almacenándolo hasta el momento en que el destinatario esté en disposición de recibir el mensaje (por ejemplo, por tener el móvil apagado).

No obstante, como sucede en el caso de los mercados minorista, el hecho de que sean los mismos operadores los que ofrecen capacidad mayorista para prestar voz y mensajes cortos y de que no se pueda optar en ningún caso por operadores diferentes para la prestación de uno y otro servicio mayorista lleva a que esta

capacidad de oferta pueda no constituir una restricción competitiva significativa y que las condiciones comerciales en las que se comercializan los SMS no se vean sustancialmente afectadas por lo que sucede con respecto a la voz.

No obstante, incluso si los diferentes servicios mayoristas de acceso y originación constituyeran mercados relevantes diferentes, su análisis en conjunto no alteraría los parámetros del análisis respecto a la existencia de posición de dominio colectiva, como luego se argumenta. Por otro lado, este análisis descriptivo conjunto de los diferentes servicios mayoristas va en línea con lo expresado en la Nota explicativa de la Comisión Europea que acompaña a su Recomendación de 17 de diciembre de 2007.

SEXTO. Contexto regulatorio en el que se producen los hechos

Como se refleja en los Hechos Probados, hasta finales de 2006 sólo existieron tres operadores de telefonía móvil activos, TME, VODAFONE y ORANGE.

El último en entrar fue ORANGE, que surgió con la adjudicación en 1998 de una licencia al entonces Retevisión Móvil, quien comienza a operar en 1999 bajo la marca Amena, hasta que en julio de 2005 France Telecom (ORANGE) anunció su compra.

Durante ese periodo, a diferencia de lo ocurrido con los servicios mayoristas de voz (HP 3.C), los servicios mayoristas de mensajes cortos no estuvieron sujetos a regulación por parte de la CMT. Ello tiene varias consecuencias a efectos de este expediente.

Primero, que los tres operadores de red han fijado libremente el precio de sus servicios mayoristas de mensajes cortos, tanto de terminación, ámbito en el que cada uno de ellos ostenta un monopolio, como de acceso y originación.

Segundo, que estos operadores no estaban obligados a prestar servicios de acceso y originación a terceros operadores que quisieran entrar en el mercado. Y ante esta falta de obligación, no lo hicieron.

Coincidiendo en el tiempo con la adquisición del tercer operador del mercado por ORANGE, la CMT acuerda iniciar el procedimiento para la definición y análisis del mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil y, en su caso, de imposición de obligaciones específicas (Resolución de 7 de julio de 2005) (HP 3.37). Fruto de este proceso, con fecha 2 de febrero de 2006 la CMT adopta una Resolución (HP 3.39) por la que declara la existencia de un poder significativo de mercado colectivo por parte de los operadores TME, VODAFONE y ORANGE y resuelve imponer a cada uno de los tres operadores mencionados la obligación de ofrecer a terceros todos los elementos necesarios para la prestación de los servicios de acceso y originación móvil minorista a precios razonables (HP 3.47).

Como consecuencia de ello, se ha producido la entrada de operadores móviles virtuales (OMV). Como consta en el HP 2.7., a finales de 2010 operaban varios

OMV completos (Euskaltel, ONO, R Cable, E-Plus, Telecable, BT, JAZZTEL, Best Telecom y Fonyou), y diferentes OMV revendedores.

Además, aunque en el año 2000 se produce la adjudicación de espectro para servicios de telefonía móvil a YOIGO (Xfera), fue también en el años 2006 cuando dicho operador comenzó a prestar servicios en el mercado con su propia red, requiriendo de los OMR servicios de itinerancia nacional para completar la cobertura de su red.

De acuerdo con lo que se recoge en el *Proyecto de medida relativo a la definición y análisis de los mercados de acceso y originación mayorista en redes móviles, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la propuesta de obligaciones específicas* aprobado en mayo de 2012 por la CMT, en el mercado minorista español operan 9 OMVs completos, 14 OMVs prestadores de servicios y Yoigo, como operador híbrido que presta servicios mediante red propia y servicios mayoristas de acceso de otro OMR. Yoigo había alcanzado a finales de 2011 una cuota, en términos de líneas del 5,2%, mientras que el conjunto de OMVs alcanzaba el 6,8%. Sin embargo, como la CMT ha valorado *“La entrada de estos operadores en el mercado se ha producido de forma paulatina desde la entrada en vigor de la regulación mayorista impuesta por la CMT. Sin embargo, los procesos de negociación hicieron que la entrada más significativa en el nivel minorista se retrasara hasta los años 2008-2009”*. Por ello, durante el periodo considerado el análisis del mercado de acceso y originación realizado en la Resolución de 2006 ha seguido siendo válido y, de hecho, la Resolución ha seguido en vigor. La estructura de la oferta del sector de la telefonía móvil sigue concentrada en TME, VODAFONE y ORANGE, pues en 2010 estos operadores siguen representando el 95% de los ingresos del sector y el 91% de las líneas.

En definitiva, en el periodo objeto de análisis, que se extiende desde 2000 hasta 2009, los precios de los servicios mayoristas de terminación de mensajes cortos en la red de TME, VODAFONE y ORANGE no han sido objeto de regulación y sí existe obligación desde 2006 de que estos operadores presten a terceros servicios mayoristas de acceso y originación, si bien la CMT no fija a qué precio.

Las obligaciones impuestas en el mercado de acceso y originación se basan en la existencia de un poder significativo de mercado colectivo por parte de TME, VODAFONE y ORANGE. TME recurrió esta Resolución de 2 de febrero de 2006 y, en particular, esta declaración de poder de mercado colectivo, ante la Audiencia Nacional. Sin embargo, mediante SAN de 12 de enero de 2009 (HP 3.48), desestimó dicho recurso y confirmó la resolución impugnada. Dicha SAN no fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo y es firme. Por otra parte, en el marco del procedimiento de consulta la CE aceptó con fecha 30 de enero de 2006 la definición y análisis de poder significativo de mercado realizado por la CMT.

Es en este contexto regulatorio en el que deben valorarse los hechos objeto de este expediente.

SÉPTIMO. Análisis de la conducta en los mercados mayoristas de terminación

La DI imputa a TME, VODAFONE y ORANGE un abuso de posición de dominio basado en la imposición de precios excesivos en los servicios mayoristas de mensajes de telefonía móvil y, en particular, en los mercados de terminación.

En el marco de la aplicación de la regulación sectorial el análisis de los servicios de terminación siempre apunta al riesgo de imposición de precios excesivos por parte del operador que ostenta el monopolio. De ahí que se contemple la imposición de obligaciones *ex ante* a los operadores. La DI en su IP cita varias fuentes que nos recuerdan este riesgo y la necesidad de prevenirlo.

- (350) *En la Nota Explicativa de los servicios de la Comisión Europea, que acompaña a la Recomendación de mercados susceptibles de regulación ex ante, ya referenciada en párrafos precedentes, se recoge en sucesivas ocasiones el análisis de riesgo de precios excesivos en los diferentes mercados de terminación analizados, tanto en la terminación de llamadas en redes fijas, como en los servicios de terminación de llamadas y de SMS en redes móviles, donde los servicios de la Comisión Europea analizaron los diferentes factores que pueden limitar la imposición de precios excesivos de terminación por parte de los operadores dominantes, para concluir que dichos factores no son lo suficientemente significativos como para prevenir dichas conductas, lo que justificaría la regulación ex ante.*
- (351) *El propio Reglamento CE 544/2009, que regula los precios mayoristas de terminación y los precios minoristas de llamadas de voz y mensajes SMS de servicios de itinerancia internacional, que ha sido analizado en el apartado 4.2.5 del PCH, tiene por objeto solventar los efectos de precios excesivos en dichos servicios.*
- (352) *En el documento elaborado por grupo de reguladores europeos ERG, en junio de 2009, relativo a los precios de los servicios mayoristas de banda ancha (ERG (09-21) Report on price consistency in upstream broadband markets, June 2009), se recoge de manera expresa la problemática asociada al riesgo de imposición de precios excesivos de terminación por parte de los operadores dominantes, y el importante efecto exclusionario de dicha conducta.*
- (353) *No obstante, la referencia más inmediata al riesgo de precios excesivos en los servicios de terminación en redes fijas y móviles se encuentra recogido en la Recomendación de la Comisión Europea sobre el tratamiento normativo de las tarifas de terminación de la telefonía fija y móvil en la UE (2009/396/CE). En el considerando 7 de dicha recomendación se señala que “la fijación de precios excesivos es la principal preocupación de las autoridades de reglamentación por lo que respecta a la competencia. Los elevados precios de terminación se recuperan en última instancia a través de la aplicación de tarifas más elevadas a los usuarios finales.”*

Como se ha expuesto en el FD Sexto, a diferencia de lo que sucede con los servicios de terminación para llamadas de voz, los precios de los servicios mayoristas de terminación para mensajes cortos no fueron objeto de regulación por la CMT. De su análisis la DI concluye que los operadores habrían explotado

su poder de mercado para imponer de manera sostenida precios excesivos en el ámbito de estos servicios.

Las empresas alegan que la DI no habría demostrado la existencia de unos precios abusivos por excesivos de acuerdo con la doctrina nacional y comunitaria.

La DI realiza un repaso exhaustivo de los precedentes, analizando los principios que rigen en materia de precios excesivos en la doctrina comunitaria (Sentencia del TJUE de 18 de febrero de 1971 en el Asunto 40/70, relativa a la cuestión prejudicial del caso Sirena SRL; Sentencia de 13 de noviembre de 1975 en el asunto 26/75, General Motors/Comisión; Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978 en el Asunto 27/76 United Brands; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) 11 de noviembre de 1986 en el Asunto 226/84 British Leyland; Decisión de la Comisión de 25 de julio de 2001 en el asunto COMP/C-1/36.915, Deutsche Post AG, Retención de correo transfronterizo; Caso COMP/A.36.568/D3 Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg).

Esta doctrina concluye que cuando una empresa en posición de dominio aplica un precio que no guarda una relación razonable con el valor económico del bien o servicio proporcionado, tal precio debe considerarse como excesivo en sí mismo, puesto que tiene el efecto de explotar a los clientes.

El abuso puede constatarse en caso de ser posible determinar objetivamente el margen existente entre el precio de venta y el coste de producción del producto en cuestión. En ese caso se podrá apreciar si existe una desproporción excesiva entre el coste efectivamente soportado y el precio efectivamente exigido y, en caso afirmativo, examinar si se ha impuesto un precio no equitativo, en términos absolutos o en comparación con otros productos. En algunos de los casos examinados se concluye que el análisis de los costes no es posible, no se ha podido realizar con un grado de fiabilidad suficiente o no es concluyente para establecer el carácter excesivo o inequitativo de los precios (United Brands, Port of Helsingborg).

En British Leyland el TJUE respaldó la Decisión de la Comisión Europea que había señalado la existencia de un precio excesivo y rechazó el argumento de que la mayor disposición a pagar de determinados usuarios constituyera un motivo suficiente para justificar un incremento del precio.

Como nos recuerda la DI, en el ámbito nacional el principal precedente en materia de precios excesivos lo constituye el caso Canarias de Explosivos (Resolución del Consejo de la CNC de 12 de febrero de 2008, Expediente 626/07). La Audiencia Nacional en su Sentencia de 10 de diciembre de 2009 (SAN 5469/2009), ha declarado que dicha resolución es ajustada a derecho. En el FD noveno de esta Resolución se recogen los criterios de análisis utilizados para determinar la posible existencia de una situación de precios excesivos. Allí se recuerda que el derecho de la competencia no considera ilícito un precio por el mero hecho de ser “elevado”. Si los precios son “elevados” pero hay o puede haber alternativas al alcance de los clientes, el propio mercado moderará esos precios. Y añade: “No

obstante, el legislador considera que en ciertos casos los operadores pueden tener un poder de mercado tal que les permita cobrar unos precios que no cumplan esta función de orientar una solución eficiente en el mecanismo de asignación de recursos. Estaremos entonces ante precios abusivos, porque distorsionan la asignación de recursos o extraen rentas de los consumidores sin promover la expansión del output, la entrada de nuevos operadores, la mejora de la relación calidad precio, el desarrollo de nuevos productos o evitando ajustes de capacidad. En este sentido, precios abusivos suelen ir acompañados de elevados beneficios, pero ello no es condición necesaria. En determinadas circunstancias los precios pueden cubrir unos costes ineficientes por elevados, que el operador dominante tenga interés en no reducir porque supongan, directa o indirectamente, un refuerzo de las barreras de entrada”.

La propia Resolución establece una serie de criterios basados en el análisis económico que ayudan a identificar aquellas situaciones en las que puede ocurrir que el mercado no tienda a corregir el carácter excesivo de los precios de un operador (criterios estructurales). Así será tanto más probable que los precios analizados tengan un carácter excesivo cuando provengan de un operador en situación de monopolio o de cuasi monopolio, protegido por elevadas barreras que impiden que los precios elevados provoquen la entrada de nuevos operadores en un plazo de tiempo razonable y existan factores que determinan una demanda relativamente inelástica. En ausencia de estos factores es más probable que el mercado tienda a moderar los precios y la declaración de los mismos como abusivos entonces no proceda.

Por otra parte, la mencionada Resolución incide en la necesidad de unos criterios de comparación mediante los que se acredite ese carácter excesivo. Recuerda que la doctrina establece que estaremos en presencia de unos precios excesivos cuando el operador, haciendo uso de su posición de dominio, obtiene unos beneficios que no habría obtenido de haber habido una competencia suficiente (Parágrafo 249, *United Brands Company vs Commission*). La forma de determinar que un precio es abusivo por excesivo ha de ser por tanto por comparación con una referencia válida. A este respecto dice al mencionada Resolución:

“Pueden identificarse con carácter no exhaustivo varias alternativas posibles para la comparación:

*a) Comparación con costes. Si el precio excede con mucho los costes el operador estará obteniendo un margen muy elevado. Esto plantea varias cuestiones, fundamentalmente qué costes emplear para la comparación o qué se entiende por un margen elevado. Además, que el margen sea elevado no necesariamente supone que sea abusivo, por eso el TJCE exige como requisito adicional que el precio sea inequitativo (unfair) comparado consigo mismo o con otros productos, como recuerda la denunciante (Parágrafo 251 *United Brands Company vs Commission*) y reza el propio artículo 6.2.a) de la Ley 16/1989. En definitiva, esta comparación de precios con costes, además de encerrar en sí misma ciertas dificultades, puede no ser concluyente. Razón por la cual el TJCE deja abierta la*

posibilidad de otros criterios de comparación (Parágrafo 253 United Brands Company vs Commission).

b) Comparación con otros precios. Se puede establecer la comparación con otros precios que se consideren fijados en un entorno más competitivo, ya sea con otros productos, con otros mercados geográficos o con el propio producto desde una perspectiva intertemporal, observando si las variaciones de precios han sido desproporcionadas. La norma española al hablar de precios no equitativos incorpora este elemento de comparación.

Ningún criterio está exento de posibles críticas. Pero ello no necesariamente conduce a descartar todos los criterios. Se debe elegir en cada caso aquéllos que resulten más válidos, observar si de la comparación se deducen diferencias significativas y emplear el conjunto de criterios de manera complementaria para verificar si apuntan en la misma dirección de manera que las conclusiones resulten más consistentes”.

El conjunto de criterios anteriores permite discernir sobre el carácter abusivo de los precios. No obstante, procede constatar su carácter abusivo analizando si existe una justificación objetiva para los precios observados. Si la justificación objetiva que aporte el operador dominante tiene exclusivamente como fundamento el beneficio que obtiene valiéndose de su posición y con ello se deteriora el bienestar de los consumidores y distorsiona el funcionamiento eficiente del mercado, estaremos ante un abuso.

Este Consejo considera que la DI ha conseguido acreditar el cumplimiento de los criterios que contempla la doctrina para constatar el carácter abusivo de los precios de los servicios mayoristas de terminación de mensajes cortos practicados por cada uno de los operadores de red.

En primer lugar, cada uno de los mercados de servicios mayoristas de terminación de SMS y MMS cumple los requisitos estructurales antes enunciados. Como ya se ha razonado, cada uno de estos servicios de terminación en una determinada red constituye un mercado relevante en sí mismo, así como un input esencial que el OMR titular de la red monopoliza, sin que haya posibilidad de sustitución. La demanda es, pues, inelástica, porque para un operador no es posible prestar servicios de telefonía sin asegurarse que sus abonados podrán llamar a los abonados de otras redes, máxime si se trata de las redes de TME, VODAFONE u ORANGE, que constituyen una parte significativa del mercado minorista.

Por tanto, en contra de lo que pretenden los operadores imputados en este expediente, se reafirma en la existencia de posición de dominio individual por parte de cada OMR en el servicio mayorista de terminación de mensajes en el ámbito de su propia red. El Consejo comparte los argumentos dados por la DI en su IP y que han sido resumidos en el FD primero de esta Resolución. Este análisis es además coincidente con el que realiza la CMT respecto a la definición y análisis de este mercado.

Las partes hacen notar que a la hora de fijar los precios de terminación, cada uno de los operadores debe negociar dicho precio bilateralmente con el resto de operadores. En este contexto, cada operador monopolista en su mercado de terminación es a su vez demandante de los servicios de terminación de cada uno de los demás operadores, con los que debe alcanzar los correspondientes acuerdos de interconexión. Esta necesidad de negociar en su opinión moderaría el poder monopolístico de cada uno de los OMR y, según TME, tiende a eliminar las asimetrías en el poder de negociación.

Sin embargo, el poder compensatorio efectivo que sobre los precios de terminación de los OMR puede ejercer esta necesidad de negociar con el resto de operadores es muy limitado. En lo que respecta a Yoigo y los OMVs, primero, debe recordarse que hasta finales de 2006 no estuvieron presentes en el mercado. Segundo, presentan un tamaño y unas cuotas de mercado muy alejadas de las de TME, VODAFONE y ORANGE, así como una elevada tasa de llamadas off-net. Ello genera una fuerte asimetría en el poder negociador de las partes que la necesidad de interconexión no modera, puesto que estos operadores serán mucho más vulnerables frente a los OMR. El daño que puede suponer para un OMV la falta de terminación en la red de uno de los tres OMR imputados no es comparable a la pérdida que le supondría a cualquiera de éstos no terminar llamadas en las redes de un OMV pequeño. Ello sin tener en cuenta que, como señala la DI, los OMV dependen de los OMR para la acceso y originación de las llamadas y los mensajes de voz, dependencia que no existe a la inversa, lo que también debilita su posición negociadora. En estas condiciones, el Consejo concuerda con la DI en que Yoigo y los OMV no se encuentran en disposición de ejercer un poder compensatorio como demandantes de servicios mayoristas de terminación de SMS y MMS de TME, VODAFONE y ORANGE.

En el caso de las negociaciones de precios y condiciones realizadas entre TME, VODAFONE y ORANGE, la mayor simetría en la capacidad negociadora podría implicar un posible poder compensatorio entre TME, VODAFONE y ORANGE. No obstante, como los propios operadores explican (ver por ejemplo alegaciones de ORANGE), dadas las características de estos mercados esta necesidad de interconexión recíproca no tiende por sí misma a moderar los precios a la baja. Ningún operador tiene incentivo a reducir unilateralmente su precio de terminación: con ello solo consigue reducir los costes de sus competidores pero no los suyos propios, ni tampoco consigue ganar cuota de mercado.

Por otro lado, dado el relativo equilibrio en los tráficos, el coste de lo que tiene que pagar el operador por la interconexión viene a compensarse con el ingreso que recibe. Además, en la medida en que tienen capacidad de repercutir dicho coste en el precio minorista, no solo ve compensado su coste de terminación con lo que ingresa por la misma, sino que además recupera su coste trasladándolo al consumidor vía precios minoristas.

Consecuentemente, en las negociaciones para la interconexión hay un escaso incentivo por parte de los operadores a presionarse mutuamente para reducir

precios. Ello cuestiona seriamente la restricción competitiva que la demanda de interconexión supone sobre un operador con posición de monopolio en la terminación de su red. De hecho, el nivel y la estabilidad de los precios mayoristas de terminación de SMS y MMS fijados por los tres OMR que se observa durante el periodo, corroboran esta falta de poder compensatorio (HP 12.4). En ausencia de regulación que forzara a su descenso, los precios de terminación de los mensajes cortos se han mantenido estables a lo largo del periodo objeto de análisis a diferencia de los de voz, que se han reducido de acuerdo con el ritmo marcado por la CMT.

Constatado el cumplimiento de estos requisitos estructurales y de los incentivos y la capacidad para mantener precios supracompetitivos, la DI ha analizado los precios mayoristas de terminación de SMS y MMS de cada uno de los OMR. Este ejercicio no se ha limitado a un solo término de comparación, sino que ha empleado todos aquellos que ha tenido a su alcance con el fin de robustecer las conclusiones de su análisis.

En primer lugar, la DI ha constatado la estabilidad de los precios del servicio mayorista de terminación de mensajes cortos a largo del periodo analizado. En particular, los precios mayoristas de terminación de los SMS de cada uno de los OMR, tras descender de los 9 a los 6c/€ se han mantenido estables en los 6 céntimos por mensaje durante todo el periodo objeto de análisis (HP 5.2). La evolución es idéntica en el caso de los tres operadores (HP 8.2, 9.2, 10.2).

Los precios medios de terminación de MMS presentan también una fuerte estabilidad habiendo permanecido prácticamente invariados en el entorno de los 30 céntimos por mensaje desde 2005, con un ligero repunte desde 2007 (HP 5.21). Este patrón es idéntico en los tres operadores (HP 8.5; 9.5 y 10.5).

Todo ello, se ha visto acompañado de una cierta estabilidad en el precio minorista de los mensajes cortos.

En términos de ingreso medio por SMS, se observa que entre 2001 y 2005 se produjo una cierta tendencia al alza hasta alcanzar los 11c/€ (HP 4.45), cifra en torno a la cual se han mantenido desde entonces (11,17c/€ en 2005; 11,38c/€ en 2006; 10,60c/€ en 2007; 11,15c/€ en 2008 y 11,18c/€ en 2009, HP 4.44). En el caso de los mensajes off-net el ingreso medio se sitúa en torno a los 14c/€ por mensaje, más cerca del precio nominal de 15c/€.

Esto es consistente con el hecho de que TME, VODAFONE y ORANGE facturan una proporción mayoritaria de todos los mensajes SMS al precio nominal de 15 céntimos por mensaje, proporción que crece de manera importante para los SMS con destino off-net, con tasas de mensajes facturados a ese precio que son superiores al 80% (HP 4.65).

Si se observan los datos de ingreso medio por mensaje por operador observamos que se sigue esta misma tendencia si bien TME y Vodafone se sitúan en el entorno de los 10c/€ (HP8.1 y 9.1), mientras que Orange factura unos 14c/€ (HP10.1).

En lo que se refiere a los MMS, el ingreso medio se ha incrementado de los 38,41c/€ por mensaje en 2005 a los 63,67 c/€ por mensaje en 2009.

En segundo lugar, esta estabilidad en los precios se ha producido en un contexto de notable incremento del tráfico (HP 4.47).

Así, los servicios mayoristas de terminación de SMS proporcionados por TME, VODAFONE y ORANGE, y por ende, el conjunto de servicios mayoristas de terminación, han venido creciendo de manera sostenida hasta alcanzar su máximo en el año 2008, para posteriormente presentar una ligera disminución (HP 5.16).

Los servicios mayoristas de terminación de MMS de TME, VODAFONE y ORANGE también han venido creciendo de manera sostenida hasta alcanzar su máximo en el año 2007 con un volumen de unos 71,2 millones de MMS terminados y 20,5 millones de euros, para posteriormente presentar una progresiva disminución (HP 5.20).

Dado que estamos ante una actividad de elevados costes fijos, el incremento del tráfico lleva aparejado una reducción de los costes medios que debería tener reflejo en los precios. En los servicios mayoristas de terminación de SMS, las subidas de tráfico de terminación y las bajadas significativas de costes se han traducido en unas bajadas muy limitadas de precios, lo que indica que los rendimientos crecientes de escala no se han trasladado totalmente a precios.

En particular en el HP 7 del ejercicio de comparación realizado por la DI se desprende que en el periodo 2004-2009 el tráfico ha crecido levemente (un 6%), los costes han caído un 36% y los precios se han reducido en un 10%. En cuanto a la terminación de MMS, el coste medio de TME, VODAFONE y ORANGE ha experimentado una reducción muy importante con una caída del 88%, más del doble que la bajada de mercado. A pesar de esta fuerte caída de los costes, los precios han subido un 9% en el periodo. El caso de los servicios mayoristas de terminación de MMS resulta más llamativo, porque las bajadas de costes se han visto acompañadas de subidas de precios.

La DI realiza también este ejercicio para cada uno de los operadores.

Para los servicios mayoristas de terminación de SMS de TME, se dispone de una serie de datos que permite apreciar un mercado caracterizado por un tráfico creciente o constante casi todos los años, unos precios estables a partir de 2002, con una estructura de costes decreciente. En el periodo 2000-2009 el tráfico ha crecido un [...]%, los costes han caído un [...]% y los precios no se han reducido prácticamente desde 2002 (HP 8.2).

En cuanto a la terminación de MMS por parte de TME, el mercado presenta una cierta caída, habiéndose reducido el tráfico en un [...]% en el periodo 2007-2009. En este servicio, el coste medio de TME ha experimentado una reducción muy importante, con una caída del [...]%. A pesar de esta fuerte caída de los costes, los precios de TME han subido un [...]% en el periodo, manteniendo una tendencia creciente en 2010 (HP 8.5).

En el caso de Vodafone (HP 9.2) en el periodo 2000-2009 el servicio mayorista de terminación de SMS ha crecido un [...]%, los costes han sufrido fluctuaciones según los datos, siempre muy por debajo del crecimiento del tráfico para caer un [...]% al final del periodo pese a lo cual los precios se han mantenido relativamente estables desde el año 2000. En el servicio de MMS el coste medio ha experimentado una reducción muy importante, con una caída del [...]%. A pesar de esta fuerte caída de los costes, los precios han subido un [...]% en el periodo, manteniendo una tendencia creciente en 2010 (HP 9.5).

En el caso de Orange (HP 10.1) el servicio mayorista de terminación de SMS en el periodo 2004-2009 el tráfico ha crecido un [...]%, los costes han caído un [...]%, pese a lo cual los precios se han mantenido estables hasta 2006, año a partir del cual se han reducido.

En cuanto a la terminación de MMS por parte de ORANGE (HP 10.5), se ha reducido el tráfico en un [...]% en el periodo 2007-2009. En este servicio el coste medio ha experimentado una reducción muy importante con una caída del [...]%. A pesar de esta fuerte caída de los costes, los precios han subido un [...]% en el periodo, manteniendo una tendencia creciente en 2010.

Ante estos hechos, la DI realiza una comparativa de los precios de terminación de cada OMR y servicio (SMS y MMS) con los costes de prestación del servicio.

Como se describe en el HP 6, a partir de la información contenida de las contabilidades regulatorias de costes de TME, VODAFONE y ORANGE, se han obtenido los datos de ingresos, costes y márgenes de los diferentes servicios mayoristas y minoristas relacionados con los mensajes cortos SMS y MMS de ámbito nacional de TME, VODAFONE y ORANGE, así como los datos sobre márgenes globales de cada operador. La DI realiza además un ejercicio para establecer los márgenes promedio de TME, VODAFONE y ORANGE correspondientes a dichos servicios, obtenidos a partir de los ingresos y costes agregados de estos operadores. Esta suerte de margen promedio del sector se incluye en el PCH a título ilustrativo, sin perjuicio del análisis particularizado de lo que sucede para cada OMR y su respectivo mercado (HP 8, 9 y 10).

Las partes argumentan que esta contabilidad de costes no es adecuada para realizar este ejercicio porque no incluye todos los costes y que se debería emplear, como se dice en la Resolución de 12 de febrero de 2008 (626/07, Canarias de Explosivos), el criterio de “costes aislados” (*stand-alone cost*), que incluye todos aquellos costes en que debe incurrir un operador eficiente para comercializar sólo ese producto, en este caso, los mensajes cortos.

Esta alegación no puede admitirse. Primero, procede recordar que la mencionada Resolución no contempla que tal criterio sea el único posible. Lo que argumenta es que hay que tener en cuenta un criterio de costes que reduzca la probabilidad de error y menciona el criterio de “costes aislados” porque suele satisfacer tal requisito. Peor el criterio de costes que se tome no puede perder de vista la naturaleza de los productos que se analizan. En este caso, el criterio de costes

aislados o *stand-alone cost* no resulta razonable, porque es sencillamente impensable que un operador de telefonía móvil desplegara su infraestructura solamente para ofrecer mensajes cortos, tal y como las propias partes han razonado.

Por ello, la contabilidad regulatoria de costes a la que vienen sujetos los operadores de telefonía móvil -TME, VODAFONE y ORANGE- que tiene por objeto, entre otros, la posible regulación de los precios, sigue un estándar de costes totalmente distribuidos. Esto es, recoge la totalidad de los costes incurridos por cada operador, incluida la distribución de todos los costes comunes y los distribuye entre servicios (HP 3.E). Como expone la DI: *“De acuerdo con ello, la base para determinar los márgenes por servicio es la más favorable posible para TME, VODAFONE y ORANGE, dado que computa la totalidad de los costes, incluidos los comunes, y solamente los ingresos netos directamente atribuibles a cada servicio considerado (ingresos brutos a precio de tarifa minorados con descuentos y promociones aplicados a cada servicio), resultando de todo ello unos márgenes por servicio más reducidos de los que derivarían de la utilización de otros estándares de costes diferentes”*. Esto, en opinión del Consejo, sería conforme a los estándares que exige la doctrina antes revisada.

Utilizando esta contabilidad regulatoria de costes

En lo que se refiere a los servicios mayoristas de terminación de SMS, el margen promedio sobre los costes del conjunto de TME, VODAFONE y ORANGE se ha mantenido en el periodo 2004 entre un mínimo del 384% y un máximo del 734%. En el caso del MMS se aprecia un fuerte crecimiento de los márgenes hasta alcanzar el 922% en 2009 (HP 6.4).

A nivel individual de cada operador los resultados son similares.

En lo que se refiere a los servicios mayoristas de terminación de SMS, el margen sobre los costes de TME ha presentado un notable crecimiento a partir de 2000, superando el [...] % de manera sostenida desde 2004 (HP8.10). En el caso del MMS se aprecian unos márgenes todavía superiores con márgenes por encima del [...] %.

En lo que se refiere a los servicios mayoristas de terminación de SMS, el margen sobre los costes de VODAFONE presenta una estabilidad en torno al [...] % hasta el año 2004, con un notable crecimiento desde esa fecha hasta superar el [...] % en dos ejercicios (HP9.11). En el caso del MMS se aprecian unos márgenes por encima del [...] %.

En lo que se refiere a los servicios mayoristas de terminación de SMS, el margen sobre los costes de ORANGE presenta una estabilidad en torno al [...] % en los seis ejercicios disponibles (HP10.10). En el caso del MMS se aprecian unos márgenes crecientes hasta superar el [...] %.

Diferentes alegaciones insisten en que el análisis de rentabilidad debe hacerse desde una perspectiva global. En su opinión, dadas las características de la telefonía móvil, donde el consumidor contrata una cesta de servicios, es necesario

realizar este ejercicio de manera global, incluyendo un conjunto amplio de servicios.

Considera el Consejo que este argumento confunde el ámbito en el que se debe realizar el análisis de precios excesivos con aquel en el que puede examinarse la razonabilidad de la conducta. Se ha concluido en el FD5 que los servicios mayoristas de terminación de SMS y MMS constituyen un mercado relevante en sí mismo y que esta definición es consistente con la doctrina. Por otro lado, la CMT ha tratado este tipo de servicios como un mercado definido y diferenciado de los servicios de terminación de llamadas de voz, a los que ha dotado de un marco regulatorio diferente, potenciando con ello las diferencias en la situación competitiva de ambos mercados.

Ello lleva a que el análisis del precio del bien en relación con el valor económico del bien o servicio proporcionado deba realizarse para los servicios que se prestan en estos mercados en cuestión.

El abuso puede constatarse en caso de que exista una desproporción excesiva entre el coste efectivamente soportado y el precio efectivamente exigido. Lo cual no quiere decir que, como ya se ha expuesto, no se deba atender a otros tipos de factores. En concreto, al resultado que arrojen otro tipo de comparaciones, las características del mercado y si de ellas puede deducirse que hay factores que corrijan el carácter excesivo de los precios, al carácter inequitativo del precio y a si hay argumentos que justifiquen la razonabilidad de las conductas.

El Consejo entiende que a la vista de las características del mercado de los servicios mayoristas de terminación de mensajes cortos, el análisis global de la rentabilidad que solicitan las partes entra dentro del análisis de la razonabilidad de la conducta. No se niega ni la pertinencia ni la relevancia de dicho análisis que, de hecho, el órgano instructor ha realizado y tiene en cuenta, pero debe situarse el mismo en el ámbito de la justificación objetiva de la conducta que se contempla en el Fundamento de Derecho Noveno.

La DI completa el análisis de la rentabilidad de estos servicios realizando otros ejercicios de comparación que resultan relevantes a la hora de valorar el carácter excesivo de los precios de los servicios mayoristas de terminación de mensajes cortos.

A partir de los datos de la CMT, compara la evolución del ingreso medio por la terminación de mensajes cortos y de las llamadas de voz (HP 9). Debe recordarse que esta última ha venido sometida desde el año 2006 a la regulación de la CMT. Asumiendo que se haya trazado un marco de precios competitivo para este tipo de servicios su senda de evolución supone un buen término de comparación para la terminación de mensajes cortos. Pues bien, se observa que mientras que los ingresos medios por minuto de terminación de llamadas de voz se han reducido a un tercio de lo registrado a principios del periodo hasta representar una tercera parte de lo que han descendido (de 17c/€ por minuto en 2002 a 5,6 c/€ en 2010)

el ingreso medio por terminación permanece estable en todo el periodo en los 6 céntimos por mensaje, para reducirse a 5,6 c/€ en 2010.

La CMT en su informe determinante coincide con este análisis de la DI:

“Esta Comisión considera que los precios mayoristas de terminación de los servicios SMS/MMS presentan elevados niveles que contrastan con la evolución de otros servicios móviles, como la voz, cuyos precios muestran una tendencia decreciente. Así, estos servicios muestran precios estables en el periodo analizado y márgenes elevados desde 2004 (folio 2576)”.

Por último, la DI también observa comparativas internacionales realizadas por terceros respecto al nivel de precios mayoristas de terminación de mensajes cortos (HP 11). Las diferentes comparativas reflejan que el precio de estos servicios de terminación en España es de los más elevados de Europa. En particular, el Grupo Europeo de Reguladores de Telecomunicaciones (ERG), hoy remplazado por el BEREC (Body of European Regulators for Electronic Communications). Este estudio, en concreto, revela que España es el país 22 con un nivel de precios más elevado de los 23 países europeos recogidos en el gráfico (HP 11.16), un 20% por encima del siguiente país en precio y un 400% por encima del país con precios más bajos.

Las partes cuestionan la validez de estos estudios porque consideran que las peculiaridades del mercado español impiden la comparación con el resto de países a efectos de establecer el carácter excesivo de los precios.

A este respecto, deben observarse varias cuestiones. Primero, que la imputación de la DI no pretende descansar ni sola ni principalmente sobre estas comparativas. Se trata de otro elemento probatorio más que resulta consistente con la desproporción entre costes y precios que la DI observa. Segundo, que la propia CMT se ha hecho eco de la desproporción de los precios de los servicios de la telefonía móvil en relación a otros países (sección II.3.2.3. de la Resolución de 2 de febrero de 2006 de la CMT). Tercero, los resultados que arrojan estas comparativas en lo que se refiere a los precios de servicios terminación de mensajes cortos difícilmente pueden justificarse por características diferenciales del caso español. El tamaño y grado de madurez del mercado español y el nivel de renta de la población no parece que justifiquen precios nominales más elevados que el resto de los países y por tanta diferencia.

En todo caso, debe subrayarse que los informes económicos aportados, más allá de las críticas a la metodología de análisis de la DI, no desmienten las conclusiones alcanzadas. El informe presentado por TME y fechado en el año 2009 viene a constatar que España muestra una dinámica competitiva menor que la observada en el resto de los países del entorno europeo. También reconoce implícitamente que, dadas las características de la oferta y demanda en España, los consumidores habrían venido pagando un sobreprecio.

En definitiva, los diferentes ejercicios de comparación arrojan un resultado consistente y robusto. Ha quedado acreditada la existencia de un nivel de precios

que resulta desproporcionado en relación con diferentes términos de comparación y, en particular, los propios costes de prestación del servicio.

Desde el punto de vista del efecto que esta conducta genera, la existencia de unos precios de terminación muy elevados, implica unos elevados costes para cada operador en los servicios minoristas de mensajes cortos off-net.

Pese a ser un coste para ellas, la fijación de unos elevados precios de terminación de mensajes cortos por parte de TME, VODAFONE y ORANGE no genera perjuicio alguno a estas operadoras. La razón es que estos operadores, por su escala y por haber adoptado una política de precios minoristas similar, basada en la discriminación de precios *on-net* / *off-net*, presentan una gran simetría en el tráfico de terminación de mensajes cortos entre las redes de cada uno de ellos.

Pero es que además, las tres han tenido incentivo -y tienen la capacidad- para trasladar a los precios minoristas de los mensajes cortos el coste de la terminación. El precio nominal de los mensajes *on net* y *off net* ha sido idéntico e igual a 15c/€ todo el periodo. Los operadores han venido fijando unos precios minoristas que apenas cubrían los costes de prestación del servicio *off net* pero que compensaba con mucho el del *on net* (HP 6.7). Como consecuencia de ello, en el caso de los mensajes de texto SMS la rentabilidad media del servicio minorista de los tres operadores está en torno al 16% y en los MMS en el 30%. Es decir, que los operadores no solo cubren el elevado coste de la terminación que ellos mismos están fijando sino que, además, logran tasas de rentabilidad más que aceptables en el servicio minorista.

De esta forma, los elevados precios de terminación (alrededor de 6c/€ durante el periodo) han contribuido a sostener los precios minoristas de los mensajes cortos en niveles más elevados que los que se habrían dado en ausencia de estas prácticas, en detrimento de los consumidores. Ello apunta a que, aunque los márgenes minoristas de los mensajes *off net* hayan podido ser reducidos, el margen de los mensajes *on net*, que no soportan el coste de la terminación, ha sido mucho más elevado. En este sentido, hay que recordar que el tráfico *on net* constituye una porción mayoritaria del tráfico de los OMR y que el ingreso medio efectivo de los SMS del conjunto del mercado (*on net* y *off net*) se ha situado en 11c/€.

Diferentes alegaciones tratan de subrayar el hecho de que estos márgenes minoristas no son elevados. De nuevo, a ello subyace una cierta confusión sobre dónde debe verificarse el carácter desproporcionado de los precios. El análisis de la razonabilidad de los precios se realiza en el ámbito de la terminación a través de las diversas comparativas descritas anteriormente. La observancia de los márgenes en los mercados minoristas de mensajes cortos o en otras cestas más amplias de productos sirve al objetivo de constatar los efectos de la conducta – que se extienden más allá del mercado donde se realiza la práctica abusiva- o de verificar su justificación objetiva.

Un segundo efecto de la conducta analizada que la DI subraya es que refuerza las barreras de entrada al mercado, en detrimento de la eficiencia dinámica del mismo.

Como ya se ha dicho, hasta el año 2006 sólo los tres OMR operaban en el mercado de la telefonía móvil. Sin embargo, a finales de 2006 comienzan a acceder los OMV, cuya penetración como señala la CMT ha sido lenta. Estos operadores se ven forzados a hacer frente a unos elevados costes de la terminación de llamadas en las redes de los OMR. Se trata además de operadores con una reducida base de clientes, lo que lleva a una gran parte de sus comunicaciones sean *off net*. A final de 2009, la cuota de mercado de los tres operadores principales era más del 95%, por lo que en principio al menos una proporción del 95% del tráfico originado por cada operador entrante tendrá como destino las redes de TME, VODAFONE u ORANGE. Por ello, el pago de precios de servicios mayoristas de terminación constituye un elemento de coste muy relevante para los operadores entrantes en el mercado. A ello hay que sumarle que para atraer clientes se ven obligados a realizar políticas de precios más atractivas que las de los competidores establecidos. La consecuencia de todo ello es una menor rentabilidad de estos entrantes. Como consecuencia de estos menores márgenes relativos, estos operadores se ven limitados en su capacidad para reducir sus precios de terminación y los precios minoristas de sus servicios, así como para competir con TME, VODAFONE y ORANGE.

Es cierto que, tal y como sugiere la CMT y argumentan las partes, el saldo neto de la terminación (esto es, la diferencia entre lo que cobra un OMV por terminar llamadas en sus clientes y lo que paga por la terminación en clientes de otras redes) ha sido positivo en determinados años del periodo. De hecho así lo corrobora al menos parcialmente la prueba realizada (HP 13.3). Pero, primero, no sucede todos años. Segundo, se trata de unos saldos bastante limitados. Tercero, ello no compensa el hecho de que, a tales costes de terminación, su margen minorista se vea constreñido, al menos en lo que supone una parte muy importante de sus llamadas, las *off net*. Cuarto, en todo caso, como se ha acreditado, el saldo neto de los OMV por ingresos y pagos de interconexión es notablemente negativo.

En definitiva, las elevadas barreras de entrada al mercado y la propia política de precios de los OMR han sostenido la conducta e impedido que el mercado moderara los precios de terminación. Esta estructura de precios resulta beneficiosa para TME, VODAFONE y ORANGE, dado que fomentan el mantenimiento de unos niveles de precios minoristas elevados y, al mismo tiempo, endurece las condiciones para la entrada y el crecimiento de cualquier potencial competidor, por lo que existen fuertes incentivos para su mantenimiento en el tiempo. Los OMV que entran después de 2006 ejercen, al menos en esos primeros años, una escasa presión competitiva, puesto que representan menos del 5% del mercado todavía en 2010.

A ello se suma que la venta empaquetada de los servicios móviles reduce la elasticidad de la demanda de los servicios minoristas de mensajes cortos: Los clientes han tendido a elegir las ofertas fundamentalmente por el precio de las llamadas de voz. Además, contratan habitualmente todo el paquete de servicios con el mismo oferente. Por ello, aunque los precios de los SMS o MMS de un OMR hayan sido relativamente altos, el cliente no ha podido sustituir este servicio aisladamente ni la oferta que le pueden proporcionar los OMV por la mensajería le genera incentivos al cambio. Por un lado, porque no puede ser tan ventajosa dadas las condiciones mayoristas. Por otro, porque los SMS y MMS han sido una parte reducida de la cesta de servicios contratados, lo que le resta peso como factor que promueva el cambio de operador de un cliente.

En estas condiciones, los OMR han podido sostener sus elevados precios en los servicios mayoristas de terminación y trasladar este coste desproporcionado a los precios del servicio minorista. Con ello se ha facilitado el sostenimiento de unos precios minoristas elevados de los mensajes cortos en un sector maduro en cuanto a penetración de líneas, donde los operadores buscan incrementar el ARPU por cliente.

OCTAVO. Análisis de la conducta en mercados mayoristas de acceso y originación

Tal y como se describe en el HP 3.38-3.40, con fecha 2 de febrero de 2006, la CMT adoptó una Resolución por la que se analizaba el mercado de originación de llamadas en las redes de telefonía móvil. El Proyecto de Resolución fue objeto de notificación a la Comisión Europea que aceptó la definición y análisis realizados por la CMT. Una vez aprobada, esta Resolución de 2 de febrero de 2006 fue objeto de recurso por TME ante la Audiencia Nacional, que confirmó la Resolución mediante Sentencia de 12 de enero de 2009.

El mercado relevante de producto objeto de análisis en dicha Resolución de la CMT es el mercado mayorista que figura con el número 15 en el Anexo de la Recomendación de la Comisión Europea, de 11 de febrero de 2002, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas. Mercado que tiene un carácter nacional.

La CMT basa su análisis en lo previsto en los criterios establecidos en la Directiva marco (artículo 14 y Anexo II) y en las Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (2002/C 165/03). Concluye de este análisis que los tres OMR tienen conjuntamente poder significativo de mercado en el citado mercado de referencia, en el sentido de lo dispuesto en el apartado 2, artículo 14, de la Directiva Marco y en el Anexo II, apartado 8 de la Ley General de Telecomunicaciones.

No se debe olvidar que hasta entonces ninguno de los tres operadores de red había accedido a prestar servicios de acceso y originación a terceros. Como dice la CMT en su Resolución de 2 de febrero de 2006:

“Ese control permite a estos operadores condicionar totalmente la entrada de operadores competidores en los mercados minoristas relacionados, en ausencia de una obligación específica.

Así ha venido ocurriendo en el mercado español, en el que ningún operador, distinto de los titulares de las redes de acceso móviles, ha podido ofertar sus servicios en los mercados finales”.

En vista de ello, la CMT impone a estos OMR la obligación de que provean a terceros servicios de acceso y originación, obligación que 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. Ello incluye la obligación de los OMR de ofrecer “precios razonables” por la prestación de servicios de acceso. Pero la CMT no establece tales precios.

La Resolución de la CMT de 2 de febrero de 2006 ha servido de marco para el desarrollo del mercado mayorista de acceso y originación desde entonces y sigue todavía vigente.

Con este escenario y teniendo en cuenta la doctrina comunitaria en materia de posición de dominio colectiva, la DI analiza si se cumplen los criterios de la misma para concluir la existencia de una posición de dominio colectiva en el mercado de la originación. Para ello, la DI realiza un análisis de la estructura global del sector de la telefonía móvil y, en particular, de aquellos elementos específicos de dicha estructura competitiva que exige la doctrina sobre dominio colectivo para poder concluir si los mismo aplican en los mercados considerados.

Critican las partes este análisis por global y porque no permite concretar la existencia de dominio colectivo en un mercado particular. A este respecto, por un lado, debe recordarse que, como señalan la Comisión Europea y la CMT en el marco de la Resolución de 2 de febrero de 2006, el análisis de los mercados minoristas no es sino instrumental para el análisis de la estructura y situación del mayorista. Por otro, a la hora de realizar este tipo de análisis no debe ignorarse que los mismos operadores se encuentran presentes simultáneamente en diferentes mercados. Este es un hecho que los propios operadores tienen inevitablemente en cuenta, como ellos mismo han alegado.

El Consejo considera que de los Hechos Probados y del análisis realizado por el órgano instructor debe concluirse que TME, VODAFONE y ORANGE mantienen una posición de dominio colectiva en el mercado del acceso y originación de mensajes cortos de acuerdo con la mejor doctrina, que a continuación se describe.

La Audiencia Nacional, al analizar en su Sentencia de 12 de enero de 2009 la existencia de un poder de mercado colectivo significativo por parte de TME, VODAFONE y ORANGE repasa la doctrina a su juicio relevante en esta materia.

“La definición precisa del alcance de esta dominancia conjunta se contiene en la Sentencia "Gencor", del Tribunal de Primera Instancia, de 25 de marzo de 1999 (aunque resolviendo un caso de concentración económica). En dicha Sentencia se definió por el Tribunal esa posición como «la relación de interdependencia que existe entre los miembros de un oligopolio estrecho dentro del cual, en un mercado con las características apropiadas, en especial en términos de concentración del mercado, de transparencia y de homogeneidad del producto, pueden prever sus comportamientos recíprocos y se ven, por lo tanto, en gran medida impulsados a coordinar su comportamiento en el mercado, para, en particular, maximizar sus beneficios comunes, restringiendo la producción con el fin de aumentar los precios». Y la sentencia añade: «En efecto, en tal contexto, cada operador sabe que una actuación altamente competitiva por su parte, dirigida a incrementar su cuota de mercado (por ejemplo, una reducción de precios), provocaría una actuación idéntica por parte de los demás, de manera que no obtendría ningún beneficio de su iniciativa. Todos los operadores tendrían por lo tanto que soportar el descenso del nivel de los precios».

La realidad de la concurrencia de buena parte de los parámetros de la sentencia, entre ellas la presencia de aquella peculiar realidad de oligopolio estrecho, concentración y transparencia, que llevan a una interdependencia y a vigilancia de unos por otros, fueron objeto de análisis y reflexión, en su concurrencia en este caso, por la resolución impugnada, todo lo cual ha sido validado por este Tribunal en los fundamentos jurídicos que anteceden”.

Otro pronunciamiento de relevancia, ahora del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), es el contenido en la Sentencia de 16 de marzo de 2000 (asunto "Compagnie Maritime Belge"). En él se aclara por el Tribunal que la existencia de una posición dominante colectiva puede derivarse de la naturaleza y del contenido de un acuerdo, de su forma de aplicación y, en consecuencia, de los vínculos o factores de correlación entre empresas que resultan de ellos. Pero, «no obstante [añade] la existencia de un acuerdo o de otras relaciones jurídicas no es indispensable para afirmar que existe una posición dominante colectiva, afirmación que podría resultar de otros factores de correlación y dependería de una apreciación económica y, en especial, de una apreciación de la estructura del mercado de que se trate».

Más arriba se ha indicado que la Administración no ha soportado su decisión en la existencia de pacto o acuerdo de ninguna clase sino que la dominancia conjunta derivaba de las peculiaridades condiciones del mercado por lo que en modo alguna la resolución cuestionada contradice esa doctrina jurisprudencial sino que, contrariamente, la aplica con fidelidad.

Finalmente, en lo que ahora interesa, es oportuno reseñar la Sentencia del TPI de 6 de junio de 2002 (asunto "Airtours"):... “puede crearse una situación de posición dominante colectiva que obstaculice de manera significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial de éste (...) cuando, habida cuenta de las propias características del mercado de referencia y de la modificación que provocaría en su estructura la realización de la operación, ésta

daría lugar a que cada miembro del oligopolio dominante, siendo consciente de los intereses comunes, considerase posible, económicamente racional y por tanto preferible adoptar de manera duradera una misma línea de acción en el mercado, con el fin de vender por encima de los precios competitivos, sin necesidad de celebrar un acuerdo o recurrir a una práctica concertada en el sentido del artículo 81 CE”.

En otro momento esta misma sentencia indica que “para que pueda crearse una situación de posición dominante colectiva así definida es necesario que se cumplan tres requisitos:

- En primer lugar, hace falta que todos los miembros del oligopolio dominante puedan conocer el comportamiento de los demás miembros para comprobar si están adoptando o no la misma línea de acción. Como admite expresamente la Comisión, no basta con que cada uno de los miembros del oligopolio dominante sea consciente de que todos pueden beneficiarse de un comportamiento interdependiente en el mercado, sino que deben tener un modo de saber si los demás operadores adoptan la misma estrategia y si la mantienen. Por tanto, la transparencia del mercado debe ser suficiente para permitir a todos los miembros del oligopolio dominante conocer de manera suficientemente precisa e inmediata la evolución del comportamiento de cada uno de los demás miembros en el mercado.

- En segundo lugar, es necesario que la situación de coordinación tácita pueda mantenerse en el tiempo, es decir, que debe existir un incentivo a no apartarse de la línea de conducta común en el mercado. Como señala la Comisión, únicamente si todos los miembros del oligopolio dominante mantienen un comportamiento paralelo pueden beneficiarse de él. Este requisito incluye que existan represalias en el supuesto de que una conducta se desvíe de la línea de acción común. A este respecto, las partes están de acuerdo en que, para que una situación de posición dominante colectiva sea viable, tienen que existir suficientes factores de disuasión para incitar de forma duradera a los operadores a no apartarse de la línea de conducta común, lo que significa que hace falta que cada uno de los miembros del oligopolio dominante sepa que una actuación altamente competitiva por su parte dirigida a aumentar su cuota de mercado provocaría una actuación idéntica por parte de los demás, de manera que no obtendría ningún beneficio de su iniciativa.

- En tercer lugar, para demostrar de modo suficiente con arreglo a Derecho la existencia de una posición dominante colectiva, la Comisión debe asimismo acreditar que la reacción previsible de los competidores actuales y potenciales y de los consumidores no cuestionaría los resultados esperados de la línea de acción común”.

Como la DI nos recuerda, otras sentencias de los Tribunales Europeos han venido a concretar y clarificar los requisitos exigibles para determinar y acreditar la existencia de una posición de dominio colectivo. La DI destaca la Sentencia de 13 de julio de 2006 del TPI en el denominado caso Impala (Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera) de 13 de julio de 2006, asunto T-464/04 *Independant Music Publishers and Labels Association (Impala, association internationale) contra Comisión de las Comunidades Europeas*), que ha venido a

clarificar la aplicabilidad de los criterios para determinar la existencia de dominancia conjunta fuera del ámbito del control de concentraciones económicas. Manifiesta el TPI que los requisitos establecidos por la jurisprudencia en el ámbito del control de concentraciones para acreditar la existencia de dominancia son también adecuados en el ámbito de las conductas:

“251. Por consiguiente, en el marco de la apreciación de la existencia de una posición dominante colectiva, aunque los tres requisitos señalados por el Tribunal de Primera Instancia en el asunto Airtours/Comisión, apartado 45 supra, deducidos a partir de un análisis teórico del concepto de posición dominante colectiva, también son, ciertamente, necesarios, pueden, en su caso, ser apreciados indirectamente tomando como base un conjunto de indicios y de elementos probatorios que pueden incluso ser muy heterogéneos, relativos a los signos, manifestaciones y fenómenos inherentes a la existencia de una posición dominante colectiva.

252. Así, concretamente, una estrecha alineación de los precios a largo plazo, sobre todo si están a un nivel superior al que alcanzarían en condiciones de competencia, unida a otros factores típicos de una posición dominante colectiva, podrían bastar, a falta de explicación más razonable, para demostrar la existencia de una posición dominante colectiva incluso si no hay pruebas directas concluyentes de la existencia de una gran transparencia del mercado, puesto que ésta puede presumirse en tales circunstancias.”

Esta Sentencia de 13 de julio de 2006 del TPI ha sido confirmada por Sentencia del TJUE de 10 de julio de 2008.

Esta doctrina ha inspirado los preceptos de la normativa comunitaria en materia de comunicaciones electrónicas que tienen que ver con el dominio. Así, el anexo II de la Directiva Marco dice que *“Puede concluirse que dos o más empresas ocupan una posición dominante conjunta en el sentido del artículo 14 cuando, aun sin existir vínculos estructurales o de otro tipo entre ellas, operan en un mercado cuya estructura se considera que favorece los efectos coordinados”*.

Este anexo recoge una serie de características que ayudan a identificar la existencia de posición de dominio colectiva, aunque aclara *“Esta lista no es exhaustiva y los criterios en ella indicados no son acumulativos. Su objetivo es más bien ilustrar el tipo de pruebas que pueden utilizarse para respaldar la constatación de la existencia de una posición dominante conjunta”*. Como especifican las Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo:

“98. (...) Aun cuando sea habitual presentar estas características en la forma de la lista anterior, es necesario examinar la totalidad de las mismas y efectuar una valoración global, y no limitarse a aplicarla mecánicamente como si fuera una “lista de comprobación”. Dependiendo de las circunstancias de cada caso, el hecho de que no pueda establecerse claramente uno u otro de los elementos estructurales que suelen asociarse con la posición dominante colectiva no resulta por sí solo decisivo para excluir la posibilidad de un resultado coordinado”.

99. En un mercado oligopolístico en el que se cumplen la mayoría o incluso todos los criterios mencionados, se debería determinar si, en particular, los operadores tienen un incentivo importante para converger hacia unos resultados coordinados en el mercado y para abstenerse de confiar en una conducta competitiva. Así ocurrirá cuando los beneficios a largo plazo de un comportamiento anticompetitivo superen con creces la ganancia a corto plazo resultante de la adopción de una conducta competitiva.

(...)

101. En última instancia, los criterios que deben tener más peso a la hora de aplicar el concepto de posición dominante colectiva en forma de coordinación tácita, deben ser los que resulten críticos para un resultado coordinado en el mercado específico considerado.”

En definitiva, la doctrina exige que se den los elementos estructurales que faciliten que los operadores tengan el incentivo y la capacidad de alinear sus comportamientos en detrimento del funcionamiento competitivo del mercado y en perjuicio en último caso de los consumidores.

Esto supone que los operadores, en este caso TME, VODAFONE y ORANGE, deben tener un incentivo común, esto es, un interés en alinear su comportamiento en un determinado sentido. Ese incentivo a no apartarse de la línea de conducta común debe ser fuerte o, complementariamente, debe serlo la capacidad de infringirse un daño significativo entre competidores mediante represalias. La transparencia del mercado debe ser suficiente para permitirles saber que todos pueden beneficiarse de ese comportamiento interdependiente así como verificar que esa es la estrategia que se sigue. Por último, la reacción previsible de los competidores actuales y potenciales y de los consumidores no ha de cuestionar los resultados esperados de la línea de acción común.

En el mercado de referencia que estamos analizando la oferta está compuesta por los tres operadores de red móvil mencionados y la demanda por los potenciales prestadores de servicios móviles. En el caso de integración vertical, el propio prestador de servicio móvil establece y opera una red móvil. En este sentido, es importante tener en cuenta que estamos ante operadores presentes simultáneamente en diferentes mercados ascendentes y descendentes, y que sus estrategias en un mercado pueden venir condicionadas por las implicaciones que tengan tales estrategias sobre sus ingresos y de rentabilidad en mercados relacionados.

Las barreras de acceso a este mercado mayorista del acceso y la originación son insalvables, máxime si nos centramos en el periodo analizado. Hay que establecer y operar una red móvil propia y, para ello, es indispensable disponer del espectro radioeléctrico que permita establecer la correspondiente red de acceso desde el abonado hasta las estaciones base.

Es cierto que durante el periodo de análisis un cuarto operador al que se le había concedido licencia en 2001 se disponía a entrar en el mercado (entonces Xfera). Pero dado que no disponía de una red completa desplegada, necesitaba de los

OMR el suministro de servicios de itinerancia nacional, para todas las llamadas originadas por sus clientes fuera de la zona de cobertura geográfica de su propia red. Es decir, lejos de ser un competidor en la oferta de servicios de acceso y originación era un demandante de los mismos. De hecho, el acuerdo de itinerancia nacional entre XFERA y VODAFONE (entonces AIRTEL MÓVIL, S.A.) el 8 de agosto de 2001 se firmó por imposición regulatoria. A principios de 2006 la entonces XFERA (actualmente YOIGO) no había iniciado su lanzamiento comercial.

Según la propia CMT, estas barreras de entrada resultan más insalvables en tanto en cuanto el mercado ya está alcanzando su madurez en términos de penetración de líneas. En estas condiciones, es poco probable que se desplieguen nuevas redes y, por tanto, que el número de oferentes en el mercado del acceso y de la originación crezca.

De todo ello se deduce que los operadores titulares del uso del espectro controlan una de las que, sin duda, constituye “instalación esencial” para los operadores interesados en prestar servicios en los mercados descendentes y que la elasticidad de la demanda es reducida. Corroboran este hecho alegaciones de las partes (ORANGE) que reconocen que la demanda de los OMV en lo que se refiere a la originación de mensajes cortos resulta rígida. A ello debe añadirse los elevados costes de cambio de suministrador que conllevan este tipo de servicios. Prueba de ello es que sólo YOIGO y EUSKALTEL han cambiado de OMR *host* en los últimos años.

Todo ello favorece que los OMR en el periodo objeto de análisis hayan tenido poder de mercado y estén en disposición de ejercerlo.

Por otra parte, no es previsible que se desarrolle una competencia efectiva entre ellos por captar OMV para prestarles sus servicios de acceso y originación. Como exponía la CMT en su informe:

A tenor de las características estructurales analizadas, los operadores móviles presentes en el mercado de referencia tienen un elevado incentivo a denegar el acceso a los servicios mayoristas a terceros agentes, que pudieran utilizarlos para la prestación de servicios minoristas de telefonía móvil, en competencia con ellos. Al negar el acceso en el mercado mayorista, priva a los operadores demandantes de la posibilidad de competir en el mercado minorista. De esta forma, se reservan dicho mercado, manteniendo el modelo de competencia que han desarrollado y los niveles tan altos de rentabilidad sin la amenaza de un/os nuevo/s competidor/es (que puedan alterar la situación “status quo”). La única contrapartida es la pérdida de los ingresos correspondientes al acceso, que en todo caso, representarían un porcentaje reducido en comparación con los ingresos que pudieran obtener por el servicio móvil minorista.

La ganancia que les reporta competir y captar clientes en el mercado mayorista a precios competitivos no habría compensado el perjuicio que podía generarles el que los OMV accedieran gracias a estos servicios al mercado minorista. Debe señalarse en este sentido que en su Resolución de 2006 la CMT señalaba la

existencia de ciertos problemas de competencia en los mercados minoristas. Entre otros:

“La existencia de un número limitado de competidores, con licencia para el uso del espectro, y debido a ello con estrategias competitivas muy similares. Como consecuencia de ello el mercado encuentra dificultades para disciplinar a dichos operadores y empujar la transferencia de las mejoras de productividad hacia los usuarios. Tampoco el constatable nivel de competencia alcanzado ha sido suficiente para mejorar la transparencia en la facturación ni para adaptar las ofertas a las necesidades de un amplio horizonte de usuarios”. (...)

Ello ha producido una situación de precios relativamente estables en el tiempo con una tendencia a la baja que aparentemente no se corresponde con el muy superior incremento de actividad, las indudables economías de escala y alcance asociadas a la evolución del mercado, y la evolución de los costes.

En ese sentido los usuarios no estarían recibiendo dichas mejoras de productividad que estarían (debido a deficiencias de funcionamiento del mercado), siendo retenidas por los operadores o transmitidas exclusivamente a aquellos usuarios con demandas asociadas a los nuevos servicios y terminales”.

En definitiva, en términos de la doctrina de dominancia colectiva: en el mercado analizado, para los tres OMR la ganancia a corto plazo resultante de la adopción de una conducta competitiva no supera los beneficios a largo plazo de una alineación de sus comportamientos que reduzca la competencia con respecto a sus ofertas comerciales a los OMV. La falta de interés por competir en este tipo de servicios está más que corroborada. De hecho, la mejor prueba es que hasta que no les obligó la CMT no ofertaron estos servicios. Y era un hecho que existía demanda potencial. Como dice la CMT en su Resolución de 2 de febrero de 2006:

De hecho, ninguno de los tres operadores presentes en el mercado de referencia proporciona estos servicios a terceros hasta el momento presente, pese al interés mostrado por diversos agentes. Concretamente, diez operadores disponen de la licencia A221 necesaria para prestar el servicio telefónico previsto en las licencias de tipo A, pero en su modalidad de servicio telefónico móvil. No sólo eso sino que hasta un total de 119 operadores disponen de las autorizaciones provisionales oportunas para la reventa del servicio telefónico móvil (autorizaciones que se han venido concediendo desde el año 2001)

La CMT menciona en dicha Resolución que hasta entonces se habían producido varios conflictos de acceso y casos de negativa de suministro.

Pero una vez obligados a dar acceso, nada indica que los OMR tuvieran incentivo a competir agresivamente en la prestación de estos servicios y facilitar el acceso al mercado de los OMV.

Lejos de ello, TME, VODAFONE y ORANGE tienen o, al menos, han tenido en el periodo objeto de análisis, unos incentivos significativos a aplicar unos elevados precios de originación. Con ello, incrementan sus propios ingresos al tiempo que provocan un aumento de los costes de sus competidores en todos los servicios minoristas que conllevan la prestación de los servicios mayoristas de originación, y en particular en todos los servicios minoristas de mensajes cortos. El incentivo a

sostener esta estrategia es muy fuerte puesto que con ella nada tienen que perder ninguno de los tres OMR y, por el contrario, los tres ganan, cosa que no sucede con la alternativa de competir de manera efectiva en la prestación de servicios de acceso y originación de llamada.

No sólo tienen el incentivo a aplicar unas condiciones onerosas en estos servicios. También tienen la capacidad de hacerlo dado el menor poder negociador de los OMV y los costes de cambio que enfrentan, como ya se ha razonado.

Las alegaciones de las partes niegan que el mercado sea lo suficientemente transparente para favorecer la coordinación de comportamientos competitivos.

La Sentencia del TJUE de 10 de julio de 2008, Asunto C-413/06 P explica qué sentido se le debe dar al requisito de transparencia en el análisis de dominancia colectiva:

125 Ahora bien, en el marco de la aplicación de tales criterios es necesario evitar el modo de proceder mecánico que consiste en verificar por separado cada uno de ellos tomados aisladamente, ignorando con ello el funcionamiento económico global de una hipotética coordinación tácita.

126 A este respecto, la apreciación de la transparencia en un mercado dado, por ejemplo, no debería hacerse de forma aislada y abstracta, sino teniendo presente lo que es el funcionamiento de una posible coordinación tácita. En efecto, sólo teniendo en cuenta semejante hipótesis es posible verificar si los posibles elementos de transparencia existentes en un mercado son efectivamente capaces de facilitar la definición tácita de una línea de actuación común y de permitir a los competidores de que se trate vigilar de forma suficiente si se respetan los modos de proceder de tal línea de actuación. A este respecto, a los fines del análisis de la sostenibilidad de una coordinación tácita pretendida, es necesario tener en cuenta los mecanismos de vigilancia que pudiesen ser accesibles a los participantes en la coordinación tácita alegada, con el fin de verificar, si, debido a dichos mecanismos, les es posible conocer, de manera suficientemente precisa e inmediata, la evolución del comportamiento de mercado de los demás participantes en esa coordinación.

El Consejo considera que los elementos de transparencia existentes en este mercado y en los mercados conexos son efectivos para facilitar la sostenibilidad de este comportamiento interdependiente. Así:

- Es notorio que OMR actúa de *host* para cada OMV. De esta forma, si algún OMR hiciera ofertas agresivas de precios a los OMV y les atrajera, se detectaría. Esto supone que el cambio de cliente (o la falta de cambio) son reveladoras de las estrategias de los OMR. En este sentido, los OMR no precisan conocer al detalle la oferta del competidor para alinear sus estrategias, ni que los contratos sean homogéneos entre sí. Basta con que las condiciones comerciales sean exigentes, de manera que la capacidad de competir de los OMV en los mercados minoristas se vea resentida.

- Pero es que incluso el hecho de que los OMV puedan negociar con los tres OMR facilita el conocimiento recíproco de estas ofertas. Pueden operar los denominados mecanismos de “*hub & spoke*”, que suponen que es el propio cliente el que, al intentar que unos u otros oferentes le mejoren la oferta recibida, extiende la información. De hecho los OMR exponen en sus alegaciones como los OMV negocian simultáneamente con todos los OMR para tratar de obtener mejores condiciones (folios 4163, 4399, 3271-72). Este es un rasgo que sin lugar a dudas mejora la transparencia sobre las condiciones de oferta, al menos en lo que respecta a los OMR, que tienen un conocimiento más o menos detallado de las ofertas que se realizan a los distintos OMV. Todo ello sin perjuicio de que alcanzado el acuerdo OMR/OMV, se pueda considerar el mismo confidencial. Por otro lado, esta forma de negociar no evita que la información de que disponen los OMV sea asimétrica, esto es, no conocen las condiciones en las que operan otros OMV competidores, lo cual puede restarles poder en las negociaciones con los OMR.
- La política de precios de lo OMV en los mercados minoristas de mensajes cortos es también un indicador revelador. Si un OMV es capaz de ofertar condiciones más agresivas en los mercados minoristas de mensajes cortos, ello puede ser indicativo de que las condiciones en que recibe el servicio en los mercados mayoristas, en particular de acceso y originación, se lo permiten. En la medida en que se conoce que OMR mantiene acuerdos con cada OMV, resulta más evidente si aquel se está desalineando de la estrategia tácita común.

Por otro lado, como la DI justifica en su análisis, existen mecanismos de represalia en caso de que algún OMR se desalineara de la estrategia común. Caso de que se produjera una estrategia de bajada significativa de precios mayoristas por parte de algún OMR los demás pueden replicarla porque tienen capacidad disponible para ello en sus redes. Por otro lado, el hecho de que estemos ante operadores que compiten simultáneamente en otros mercados amplía la capacidad de estrategias de represalia a otros ámbitos donde el ingreso que esta en juego es mucho mayor que el del acceso y originación. Además, se trata de operadores que mantienen vínculos estructurales entre sí mediante los necesarios acuerdos de interconexión, entre otros, para facilitar la terminación en las redes respectivas. Así las cosas, no puede negarse que la capacidad de represalia ha existido y que ha podido desarrollarse de formas diversas.

Pero, en cualquier caso, la necesidad de emplear esta capacidad de represalia para frenar una falta de alineamiento es remota. Ello porque el incentivo a sostener la estrategia de elevados precios en originación y a contener las reducciones es muy fuerte. Con ello, como ya se expuesto, no sólo elevan sus ingresos mayoristas sino que contribuyen a debilitar la presión competitiva de los OMV como competidores en los mercados minoristas. Unos competidores que, por sus características, es menos plausible que alineen sus estrategias competitivas con las de los operadores verticalmente integrados.

En definitiva, el beneficio a corto y largo plazo del alineamiento de estrategias competitivas en el mercado del acceso y de la originación es tal –y la falta de seguimiento de la estrategia común puede tener tales costes, más allá del mercado considerado- que lo más racional para los OMR es seguirla.

Los análisis de precios, ingresos, tráficos, costes y rentabilidad realizados por la DI con respecto a cada operador y para el conjunto del mercado son consistentes con este diagnóstico.

Debe advertirse no obstante que los datos respecto de los servicios de originación de MMS presentan ciertos problemas. TME ha señalado que no puede proporcionar ni número ni ingresos de servicios de originación o finalización de MMS en OMVs puros (folios 857-858). Los datos aportados por ORANGE incluyen asimismo algunas limitaciones en cuanto al grado de desagregación (folio 1109). Hay que tener en cuenta además que el periodo de análisis es relativamente breve y que se corresponde con la puesta en marcha de estos servicios.

Los datos revelan un crecimiento del tráfico notable entre 2007 y 2010 (HP 5.37). Esto evidencia que efectivamente en años previos había demanda de servicios mayoristas de acceso y originación que esperaba ser satisfecha.

El ingreso medio en originación de SMS presenta una progresiva disminución de los 3,5 c€/SMS a los 2,5 c€/SMS a lo largo del periodo 2007-2010 (HP 5.38). Por operadores, TME se sitúa en 2008 en ingreso medio en 2c€/SMS y permanece invariable el resto de años. Vodafone oscila entre 3 y 3,5c€/SMS y Orange va convergiendo a la cifra de 3 c€/SMS. En definitiva, se observa una cierta convergencia, puesto que si bien las diferencias de precio entre operadores alcanzaban los 4 c€/SMS se han ido reduciendo hasta suponer cerca de 1,5 c€/SMS.

En MMS el tráfico también crece, pero en el periodo objeto de análisis la dimensión del negocio minorista sigue siendo reducida (1,2 millones de MMS originados en 2010 frente a los 380 millones de SMS, HP 5.42).

Los precios medios de la originación en MMS son mucho más elevados, con un ingreso medio que se sitúa en torno a 25-30c€/MMS (HP 5.43), aunque aquí las dispersión de precios entre operadores es mucho mayor, fundamentalmente porque, según los datos proporcionados, TME sostiene invariable un ingreso medio por MMS de 100 c€/MMS, tres veces superior al de VODAFONE y diez veces superior al de ORANGE (HP 8.6, 9.6 y 10.6). Sorprende la cifra aportada por TME si tenemos en cuenta que su ingreso medio por MMS en el mercado minorista no supera los 75 c€/MMS en el periodo.

En cualquier caso, el hecho relevante es que, el ingreso medio de originación de cualquiera de los tres operadores resulta elevado en relación al ingreso medio que se obtiene en el mercado minorista (ver HP 8, 9 y 10). Si a ello se le suma el coste de la terminación, la diferencia que a los OMV les falta para cubrir el resto de sus costes comerciales y obtener un beneficio es ciertamente reducido. Esta

observación es consistente con la baja tasa de penetración que alcanzado los OMV en el periodo considerado, que contrasta con la que se observa en otros países.

Por otra parte, el análisis de la DI revela que los márgenes de estos servicios de originación de mensajes cortos son elevados. La media de los márgenes de TME, VODAFONE y ORANGE en los servicios de originación de mensajes cortos son elevados para los SMS (supera el 250%, HP 6.6) y más aún para los MMS (más de 1800% en 2009). Aunque los márgenes individuales de cada operador presentan diferencias entre sí (HP 8.11, 9.11 y 10.11), este análisis individualizado no modifica la conclusión expuesta.

Cabe concluir que TME, VODAFONE y ORANGE han tenido el incentivo y la capacidad para alinear su comportamiento competitivo en el mercado de acceso y de originación mayorista, donde han seguido en el periodo objeto de análisis una estrategia que revela su posición de dominio colectiva, estrategia que resulta consistente con su conducta abusiva en los mercados mayoristas de servicios de terminación de mensajes cortos.

NOVENO. Ilícitud de la conducta

El artículo 2 de la LDC determina que:

"1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

2. El abuso podrá consistir, en particular, en:

a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos..."

El artículo 102 del TFUE establece que: *"Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo"*.

De acuerdo con la doctrina nacional y comunitaria, el concepto de explotación abusiva es un concepto objetivo que se refiere a las actividades de una empresa o empresas en situación de posición dominante que mediante su conducta producen el efecto de obstaculizar, recurriendo a medios diferentes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios basada en las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento de la competencia efectiva. De lo anterior se deduce que el artículo 2 de la LDC y el artículo 102 del TFUE prohíben que se obstaculice la competencia, recurriendo a medios distintos a los propios de una competencia basada en los méritos. La prohibición que establece se justifica por el objetivo último de no causar perjuicios a los consumidores.

Por consiguiente, si bien la existencia de una posición dominante no priva a una empresa que se encuentra en dicha posición del derecho a proteger sus propios

intereses comerciales cuando éstos se ven amenazados, no resultan lícitos los comportamientos cuyo objeto sea precisamente reforzar dicha posición dominante y abusar de ella en detrimento en última instancia de los consumidores.

En este sentido, como nos recuerdan las Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE, conductas que constituyan directamente una explotación abusiva de los consumidores, por ejemplo, la aplicación de precios excesivamente altos, también pueden infringir el artículo 102 del TFUE y el artículo 2 de la LDC (apartado 7).

Como ha quedado establecido en el Fundamento de Derecho Séptimo, TME, VODAFONE y ORANGE ostentan una posición de dominio individual en los respectivos mercados de servicios mayoristas de terminación de mensajes cortos en los que son monopolistas. Puede asimismo concluirse, como se argumenta en el Fundamento de Derecho Octavo, que estos operadores mantienen colectivamente una posición de dominio en el mercado de la originación.

La DI ha acreditado, de acuerdo con los estándares que la doctrina jurisprudencial establece, que estos tres operadores habrían practicado en los respectivos mercados de servicios mayoristas de terminación de mensajes cortos en los que son oferentes, unos precios excesivos. Tales precios son desproporcionados no solo respecto a los costes de cada operador, sino también respecto al resto de referencias que se han empleado como término de comparación y, en este sentido, resultan inequitativos.

Este abuso explotativo despliega sus efectos en el mercado mayorista, donde cada uno de estos operadores dominantes ha obtenido un beneficio supracompetitivo en los respectivos mercados donde son oferentes, que no se ha visto amenazado por la competencia efectiva o potencial dadas las elevadas barreras de entrada existentes.

Pero aunque la conducta tenga lugar en el mercado mayorista sus efectos desbordan dicho ámbito.

El uso de los servicios de terminación de cada operador resulta imprescindible para todos los demás operadores del mercado, al objeto de permitir la realización de comunicaciones off-net. El alto coste pagado por los servicios de terminación que marcan los tres OMR eleva los costes pagados por la terminación de mensajes cortos. Los operadores repercuten estos elevados costes en los precios minoristas que pagan los usuarios finales. De hecho, como se pone de manifiesto en los HP 8, 9 y 10, a pesar de los elevados costes pagados por la terminación los tres OMR obtienen márgenes positivos en el mercado minorista en el negocio de mensajes cortos. Este hecho se acentúa si observamos sólo el margen para los mensajes *on-net*, que no soporta el coste de terminación.

Luego, como se ha expuesto con detalle en el Fundamento de Derecho Séptimo con esta política de precios los OMR han elevado los costes de la terminación que han repercutido a los precios minoristas. La consecuencia de ello es que los consumidores han pagado precios minoristas que resultan superiores a lo que

hubieran pagado en ausencia de unos costes de terminación tan elevados. Esto resulta consistente con el hecho de que el precio nominal de los mensajes cortos se haya sostenido en 15c€/SMS durante el periodo objeto de análisis y que su precio efectivo no se haya bajado significativamente de los 11 c€/SMS (HP 4.53). Similares conclusiones se extraen para los MMS (HP 4.69).

Además, como señala la DI *“Este nivel elevado de precios en los servicios relacionados con los mensajes cortos nacionales, puede conllevar asimismo una limitación para la reducción de precios de los servicios de itinerancia internacional de mensajes cortos de carácter intracomunitario por debajo de los precios máximos establecidos para estos servicios de itinerancia en el correspondiente Reglamento comunitario, al establecer un nivel general de referencia elevado para los precios de servicios de mensajes cortos”*.

Por otro lado, con su conducta explotativa los OMR han logrado, al menos temporalmente, reforzar su poder de mercado y elevar las barreras a la entrada en los mercados minoristas, lo que constituye como se ha expuesto en el Fundamento de Derecho Séptimo un rasgo característico de una conducta abusiva.

En este sentido, la conducta de los OMR en los mercados de servicios mayoristas de originación ha venido a reforzar los efectos de la estrategia descrita. Ha de recordarse que hasta el año 2006 los OMR no ofrecieron los servicios de acceso y originación imprescindibles para la entrada de terceros operadores. Cuando por imposición de la CMT se vieron obligados a hacerlo en 2006, lo hicieron en condiciones que no favorecieron la entrada. Los Hechos Probados por la DI revelan que el coste de la originación ha sido elevado para los OMV, mientras los OMR han obtenido elevados márgenes en el periodo objeto de análisis por la prestación de este tipo de servicios. Como ya se ha puesto de manifiesto en el Fundamento de Derecho Octavo, el resultado es evidente: unos costes mayoristas más elevados restan capacidad a los OMV de competir en precios en mensajes cortos en los mercados minoristas y contribuyen a reforzar las barreras de entrada y expansión a las que se enfrentan.

Los OMR, por tanto, habrían trazado una política de precios en los servicios de acceso y originación consistente con la de los mercados de terminación: elevados precios mayoristas en originación y acceso contribuyen a sostener elevados precios minoristas de los mensajes cortos y generan mayores barreras de entrada y expansión a los OMV desde 2006. Esta conclusión se ve acompañada con el hecho de que la cuota de mercado que los OMV y Yoigo han conseguido alcanzar en 2010 no llega todavía al 6% del mercado en términos de ingreso (Yoigo el 2,9%, y el conjunto de los OMVs el otro 2,3%).

Es por ello que el Consejo interpreta que la conducta de los OMR en el mercado de la originación no debe calificarse como una infracción autónoma del abuso que los OMR han cometido en sus respectivos mercados de terminación. Se trata de una conducta protagonizada por los mismos autores, que infringe el mismo precepto, que comparte las mismas coordenadas espacio temporales y que sirve

al mismo propósito: obtener un beneficio extraordinario en los mercados mayoristas que, a su vez, sostenga los precios minoristas y eleve las barreras a la entrada de los OMV limitando su capacidad para competir.

No considera el Consejo que exista justificación objetiva que disipe el carácter abusivo de la conducta.

Las alegaciones de las partes subrayan la necesidad de analizar los precios y costes de las operadoras en su conjunto. Sólo de esta forma se tendrá una visión adecuada desde un punto de vista económico del negocio. Partiendo de este tipo de análisis concluyen que los márgenes globales han sido moderados, lo que revelaría una política de subvención cruzada entre servicios que reporta beneficios al consumidor. En algunas de las alegaciones este tipo de beneficios para el cliente se visualizan en la política de subvención los terminales.

En la línea de lo expresado en la Resolución de 12 de febrero de 2008 ya citada, los beneficios elevados no resultan en si mismos objetables siempre y cuando existan mecanismos de mercados que los hagan expugnables. Sin embargo, cuando las barreras de entrada son tales –como sucede en el caso de los mercados de terminación y de originación- que la posición del operador u operadores no puede ser contestada, los mecanismos de mercado no han permitido corregir tal situación y, en ausencia de mecanismos regulatorios, se ha producido una conducta abusiva que ha afectado a mercados mayoristas y minoristas en el ámbito de los mensajes cortos. .

Una visión más amplia del negocio a la hora de analizar ingresos y costes no modifica el hecho de que con esta estrategia los OMR han aumentado su margen, en detrimento de los clientes, mediante mecanismos que no se corresponden con una competencia basada en los méritos. De hecho, con su conducta han tratado de debilitar esa competencia proveniente de los OMV, los potenciales entrantes en estos mercados. Los OMR han tratado de preservar el beneficio supracompetitivo obtenido por medios que no favorecen al consumidor, dificultando el acceso posibles competidores o asegurando en los mercados mayoristas donde son dominantes unas condiciones que obstaculizan la competencia en los mercado minoristas. Debe recordarse, en este sentido, que la propia CMT ha puesto de manifiesto esta falta de intensidad competitiva en tales mercados.

En cuanto a la política de subvención de terminales, debe recordarse que los costes que ello genera ya están incluidos en la contabilidad de las empresas y, por tanto, tenidos en cuenta en el cálculo del beneficio y en las valoraciones realizadas. Por otra parte, tampoco se debe olvidar que dicha subvención a terminales justifica las obligaciones de permanencia a que los consumidores se ven sujetos por los operadores y que suponen para aquellos una elevación de los costes de cambio lo cual, cuando menos, no es evidente que favorezca al consumidor en los términos en que ha sido implementada.

En conclusión el Consejo considera que se ha acreditado la existencia de una conducta de abuso de posición de dominio protagonizada por TME, VODAFONE y ORANGE en los respectivos mercados mayoristas de terminación de mensajes cortos, SMS y MMS. Estas conductas en el mercado de la terminación se habrían visto sostenidas desde el año 2006 por el desarrollo en el mercado de originación de estrategias de precios consistentes con aquéllas. En todo caso, la conducta de precios que se enjuicia es única y constituye una infracción del artículo 2 de la LDC y del artículo 102 del TFUE de la que son responsables, respectivamente, TME, VODAFONE y ORANGE.

Esta infracción se ha acreditado por la DI, de acuerdo con la información recabada, desde el año 2000 para TME y VODAFONE, y desde el año 2004 para ORANGE hasta el año 2009, último año en el que la DI tuvo acceso a las contabilidades de costes de TME, VODAFONE y ORANGE.

DÉCIMO. Cálculo de la multa

La DI propone al Consejo la declaración de una infracción muy grave y la imposición de la correspondiente sanción de acuerdo con lo previsto en los artículos 63 y 64 de la LDC.

Respecto a la calificación de la infracción y a la posible imposición de una sanción los operadores alegan lo siguiente.

TME considera que en el supuesto de imposición de una sanción esta debería ser minorada por la concurrencia de determinados factores relevantes: a) se debe excluir el periodo 2000 a 2006 porque los servicios de terminación sólo se aplicaban entre las imputadas y no existían servicios de acceso y originación; b) el Acuerdo de sobreseimiento de 28 de febrero de 2005 ha generado en TME la confianza legítima de que su política de precios era correcta; c) también ha generado confianza legítima en TME el hecho de que la CMT y la CNC no hayan apreciado durante los años objeto de la infracción fallos de mercado en los servicios mayoristas analizados que aconsejaran su regulación; d) la presión desde 2007 de los servicios de mensajería instantánea le lleva a concluir que la conducta abusiva no está probada; e) TME y VODAFONE dicen haber acordado reducciones progresivas y simétricas de los precios de los servicios mayoristas de terminación que los operadores se aplican recíprocamente; f) Se ha anunciado una reducción unilateral por TME de los precios de originación de cara a 2012 y 2013; g) La cifra de negocios relativa a la actividad minorista ha de ser excluida del cálculo de la potencial multa porque no se ha imputado ni acreditado infracción alguna en los mercados minoristas.

VODAFONE considera que, en caso de declararse infracción, el abuso no puede considerarse muy grave, sino grave y que en todo caso debe considerarse la existencia de circunstancias atenuantes: a) La CMT no ha considerado que el comportamiento de Vodafone puede producir efectos negativos en el mercado; b) los competidores no han interpuesto conflicto; c) VODAFONE ha propuesto al resto de operadores en noviembre de 2011 de forma unilateral una reducción del

precio de los servicios de terminación de SMS y MMS y, de hecho, ha alcanzado un acuerdo con TESAU el 30 de diciembre de 2011 en este sentido; d) la empresa ha colaborado activamente durante la instrucción. De hecho, contactó con la DI para explorar la posibilidad de una terminación convencional.

ORANGE considera que no procede imponerle sanción alguna porque sus pérdidas contrastan con los beneficios de TME y VODAFONE. La DI sugiere que, dado que ORANGE está soportando pérdidas en el negocio global de telefonía móvil, podrían ser objeto de consideración a la hora de graduar las sanciones que pudieran ser impuestas.

En contra de lo alegado por VODAFONE, de acuerdo con el artículo 62.4 de la LDC esta infracción solo puede considerarse muy grave. En su letra b) dicho artículo indica como tal: *“El abuso de posición de dominio tipificado en el artículo 2 de la Ley cuando el mismo sea cometido por una empresa que opere en un mercado recientemente liberalizado, tenga una cuota de mercado próxima al monopolio o disfrute de derechos especiales o exclusivos”*.

Tanto los mercados afectados como los operadores que protagonizan la conducta cumplen los requisitos del citado artículo 62.4.b). Se trata de operadores que cuentan con el derecho a explotar una concesión sobre el espectro radioeléctrico, que ostentan cada uno una posición de monopolio sobre los mercados de terminación en su red, donde se instrumenta el abuso y que operan en mercados donde el marco regulatorio trata de promover la liberalización de los mercados. Ello, por ejemplo, es lo que mueve a la CMT en el año 2006 a intervenir sobre el mercado mayorista del acceso y originación para fomentar la entrada de terceros.

De acuerdo con el artículo 63 de la LDC, las infracciones muy graves se sancionan con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.

Para el cálculo de la sanción que corresponde por la infracción descrita el Consejo aplica los criterios del artículo 64 de la LDC interpretados en la Comunicación de la CNC sobre la cuantificación de las sanciones de febrero de 2009.

De acuerdo con la Comunicación, el importe básico de la sanción se obtendrá aplicándole al volumen de ventas afectado por la infracción un porcentaje.

La conducta abusiva por explotativa acreditada en el presente expediente se produce en los mercados mayoristas (terminación y de manera accesoria desde 2006 en originación), lo que lleva a tomar como base para el cálculo de la sanción el volumen de negocios generado en dichos mercados.

No obstante, como se ha razonado en los anteriores Fundamentos de Derecho, al tratarse los servicios mayoristas de originación y de terminación de un input necesario para proveer los servicios minoristas de mensajes cortos, sus efectos desbordan el ámbito mayorista y se dejan sentir en el mercado minorista, en particular, en las condiciones de comercialización minorista de SMS y MMS.

A este respecto, el apartado (14) de la Comunicación establece lo siguiente cuando se trata de infracciones muy graves;

“i. Si la infracción es calificada como muy grave, el porcentaje se podrá aumentar hasta en diez puntos porcentuales.

ii. Si el mercado o mercados relacionados con la infracción corresponden a un input productivo susceptible de provocar efectos en cascada en distintos mercados, el porcentaje se podrá aumentar hasta en diez puntos porcentuales”.

Por tanto, considera el Consejo que, a efectos del cálculo de la sanción correspondiente de cada uno de los infractores, procede tomar como volumen de ventas afectado el volumen de negocios de las partes en los mercados de terminación y de la originación de SMS y MMS durante el periodo objeto de la infracción definido en el Fundamento de Derecho Noveno para cada uno de las partes, ponderado de acuerdo con los criterios de cálculo de la Comunicación. Se considera adecuado aplicar un tipo del 10%, incrementado en otro 10% por el carácter de input que tienen los servicios. Dado que la naturaleza, el alcance y los efectos de la conducta practicada por cada uno de los operadores es similar, en contra de lo argumentado por la DI y por Orange, el Consejo considera que no procede aplicar un tipo diferente a este operador por la infracción que ha protagonizado, ni establecer ningún tipo de gradación. Tampoco la situación económica de la empresa se considera un elemento atenuante, ni atendiendo al artículo 64 de la LDC ni conforme a la doctrina de este Consejo de la CNC.

Todo ello lleva a la imposición de las siguientes sanciones.

<u>Sanción en euros</u>	
TME	46.490.000
VODAFONE	43.525.000
ORANGE	29.950.000

La DI en su propuesta no aprecia en el presente caso la concurrencia de las circunstancias agravantes o atenuantes señaladas en los apartados 2 y 3 del artículo 64 de la LDC. Las partes, como ya se ha expuesto, discrepan de ello y consideran que en el caso de que se imponga sanción deben considerarse factores que atenúan su importe.

El Consejo de la CNC no puede aceptar ninguno de los argumentos que las partes esgrimen por razones que, en muchos de los casos, se han expuesto a lo largo de los anteriores Fundamentos de Derecho y que aquí nos limitamos a sintetizar. El inicio de la infracción no puede restringirse al ejercicio 2006, puesto que se ha acreditado que las conductas abusivas en los mercados de terminación son anteriores. En cuanto a la presión competitiva de los servicios de mensajería instantánea, como ya se ha expuesto no considera el Consejo que, en el periodo objeto de análisis, que es el único que, por disposición legal, se puede valorar en el seno del presente procedimiento, los nuevos servicios alternativos a los

mensajes cortos analizados hayan sido capaces de ejercer una presión competitiva significativa capaz de poner fin a las prácticas analizadas. Por lo que se refiere a la supuesta ausencia de efectos alegada por VODAFONE, el Consejo no puede estar de acuerdo por las razones expuestas en los anteriores Fundamentos de Derecho y, en particular, en el Noveno. Por otra parte, al margen de que la afirmación de que no ha habido conflictos de interconexión entre las partes no resulta del todo correcta (ver Fundamento de Derecho Octavo), la existencia o no de este tipo de conflictos no puede entenderse como prerequisite para la constatación de abuso o de sus efectos. Especialmente cuando, a la vista de la prueba practicada, dicha conducta está más que acreditada. En todo caso, la CMT en su informe determinante en el presente asunto manifiesta expresamente que coincide con los Hechos Probados relativos a los elevados precios y márgenes en los mercados mayoristas de terminación. Cuestión diferente es que las conclusiones que deriva de ello en lo referente a la adopción de las medidas respecto a estas prácticas no coincidan con lo que la DI propone.

Tampoco se consideran fundados los argumentos de confianza legítima que esgrimen las partes. En lo que se refiere al Acuerdo recaído en el expediente 2550/04, tal y como se ha expuesto en el Fundamento de Derecho Cuarto, sólo cabe interpretar el mismo en sus estrictos términos, esto es, un pronunciamiento respecto a que no era posible acreditar la existencia de un acuerdo colusorio en el mercado minorista en aquel momento a partir de unos ciertos hechos. En modo alguno puede deducirse de ello, puesto que no sería admisible en Derecho, la confianza de que la autoridad estuviera afirmando que no cabía en términos genéricos la declaración de conductas anticompetitivas en el mercado minorista ni, menos aún, en mercados conexos.

Por otra parte, el hecho de que la CNC no haya actuado antes contra las presentes conductas, en tanto en cuanto no están prescritas, no afecta a su capacidad a perseguirlas ni genera una confianza legítima en las partes, especialmente teniendo en cuenta que no ha habido pronunciamiento hasta la fecha al respecto. Máxime cuando, en algunos de sus informes dirigidos a la CMT, de carácter público, la CNC ha advertido del déficit de competencia que se percibía en los mercados relacionados con los servicios de mensajes cortos (por ejemplo, Informe de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la propuesta de la CMT de 31 de julio de 2008, relativa a *“La definición y análisis del mercado de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición a los operadores de obligaciones específicas”*).

Entender lo contrario, es decir, acoger la tesis de las imputadas, equivaldría a limitar, contra legem, el ejercicio de una potestad que, como ocurre con la potestad sancionadora, es irrenunciable y no está sujeta a libre disposición de la CNC por lo que, como ha declarado el Tribunal Supremo en su reciente sentencia de 10 de febrero de 2010 (RJ 2010\3319), no resulta aplicable en este tipo de casos el principio de confianza legítima.

Las iniciativas de VODAFONE y TME para reducir los precios de terminación y de originación implementadas a finales de 2011 y de cara a ejercicios ulteriores han sido posteriores, no solo a la incoación del expediente y emisión del PCH, sino prácticamente a que se dictara la Propuesta de Resolución, con lo cual no pueden considerarse como atenuante de acuerdo con la práctica de este Consejo. Tampoco se estima que la actuación de VODAFONE a lo largo del procedimiento haya ido más allá del deber de colaboración que la normativa de defensa de la competencia impone a cualquier interesado en un procedimiento administrativo, luego no procede el atenuante previsto en el art. 64.3.d) de la LDC.

La DI propone:

- (630) *Por otra parte, esta Dirección de Investigación propone al Consejo de la CNC que ordene la cesación de las conductas abusivas identificadas en el presente expediente, recogiendo, en su caso, las medidas adicionales que el Consejo de la CNC estime pertinentes para garantizar la cesación de las conductas imputadas.*
- (631) *Entre dichas medidas podrían citarse la reducción de los precios mayoristas de terminación y de los precios mayoristas de originación (incluyendo los de finalización), relacionados con los mensajes cortos SMS y MMS entre abonados de ámbito nacional, al objeto de corregir los excesivos márgenes sobre costes que presentan estos servicios mayoristas.*
- (632) *Asimismo, se podría ordenar la revisión de las políticas comerciales minoristas de mensajes cortos, de manera que reflejen los efectos de dichas reducciones de precios mayoristas, y mitiguen los efectos de la estructura de precios on-net / off-net descrita en apartados anteriores.*
- (633) *En este sentido, se estima conveniente tener en cuenta la configuración del mercado en el momento de la resolución del expediente, así como las iniciativas que hubieran podido ser adoptadas por TME, VODAFONE y ORANGE con anterioridad a dicha resolución y comunicadas a la CNC, y que al margen de su consideración como elemento a tener en cuenta de cara a la cuantificación de la sanción, pudieran contribuir a establecer mecanismos tendentes a la cesación de las conductas abusivas señaladas.*
- (634) *Por ello, a la vista de las citadas iniciativas que pudieran tener lugar, debería valorarse la conveniencia de establecer en la resolución del expediente un primer conjunto de medidas de cara a hacer efectiva esta orden de cesación de las conductas, que puedan ser concretadas en la fase de vigilancia del cumplimiento de la resolución, a la vista de la reacción y actuaciones de TME, VODAFONE y ORANGE.*

Considera el Consejo que no procede acceder a esta propuesta de la DI. Primero, porque las conductas sancionadas se han acreditado hasta el año 2009. Así las cosas, no puede el Consejo presumir su continuidad ni adoptar en consecuencia medidas para su cesación. Máxime dado que, como se deduce de algunas informaciones que obran en el expediente y de informes más recientes de la CMT, las circunstancias del mercado han podido experimentar cambios relevantes. Segundo, porque aunque es cierto que el Consejo de la CNC tiene

capacidad para imponer tales medidas de acuerdo con el artículo 53.2 de la LDC, existe un regulador sectorial como es la CMT con competencias en la materia y capacidad para imponer medidas ex ante que prevengan las conductas.

En base a lo anteriormente expuesto, el Consejo en la composición recogida al principio, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación,

HA RESUELTO

PRIMERO.- Declarar que en este expediente ha resultado acreditado que Telefónica Móviles de España, S.A.U., Vodafone España, S.A.U. y France Telecom España, S.A. han infringido el Artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en los términos descritos en el Fundamento de Derecho Noveno.

SEGUNDO.- Imponer a las autoras de las conductas infractoras las siguientes multas sancionadoras:

- 46.490.000€, a Telefónica Móviles de España, S.A.U. (TME)-
- 43.525.000€ a Vodafone España, S.A.U. (VODAFONE).
- 29.950.000€ a France Telecom España, S.A. (ORANGE).

TERCERO.- Instar a la Dirección de Investigación para que vigile el cumplimiento de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia y notifíquese a la interesada haciéndole saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.