

RESOLUCIÓN
(Expte. S/0490/13 ACUERDOS TELEFÓNICA/YOIGO)

SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarrain

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 16 de julio de 2015

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha dictado esta Resolución en el expediente S/0490/13, incoado por la extinta Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de Competencia contra Telefónica de España, S.A.U., Telefónica Móviles de España, S.A.U. y Xfera Móviles, S.A.U. por la supuesta infracción de los artículos 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 29 de agosto de 2013, tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de Competencia (CNC), un escrito de Vodafone España, S.A.U. (en adelante, VODAFONE) por el que formuló denuncia contra Telefónica de España, S.A.U., Telefónica Móviles de España, S.A.U. (conjuntamente TELEFÓNICA) y Xfera Móviles, S.A.U. (YOIGO), en relación con una serie de acuerdos firmados entre ambos operadores el 31 de julio de 2013, en el marco de los cuales se produce además la operación de concentración por la que Abertis Telecom, S.A.U. (ABERTIS) adquiere el control exclusivo de un conjunto de torres para prestar servicios de comunicaciones móviles, junto con la infraestructura adyacente, tanto de TELEFÓNICA como de YOIGO.

En su escrito de denuncia, VODAFONE señala que los citados acuerdos suponen una restricción de la competencia prohibida en los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE, y en los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE (infracción que atribuye únicamente a TELEFÓNICA), por cuanto suponen la coordinación anticompetitiva de las políticas comerciales de las partes en los mercados de comunicaciones móviles y fijas, y particularmente en el contexto de las ofertas convergentes. En relación con la conducta abusiva de TELEFÓNICA, la entidad denunciante considera que el acuerdo sirve a una estrategia exclusionaria más amplia de TELEFÓNICA para coordinar sus políticas comerciales con determinados operadores en perjuicio de sus principales competidores en el contexto de las ofertas convergentes.

Asimismo, VODAFONE solicitó, a través de la citada denuncia, la adopción de determinadas medidas cautelares consistentes en la suspensión de los acuerdos y, en su defecto, que se le facilitara el acceso a un servicio que le permita ofrecer servicios de banda ancha fija que alcancen velocidades de 100 Mb/s para poder competir con TELEFÓNICA (folios 1 a 46).

2. A raíz de la denuncia de VODAFONE, la Dirección de Investigación (actual Dirección de Competencia) abrió una información reservada bajo la referencia S/0490/13, conforme a lo establecido en el apartado 2 del artículo 49 de la LDC, con el fin de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación de expediente sancionador.

En el marco de la información reservada se realizaron diversas solicitudes de información a TELEFÓNICA¹ y YOIGO² en relación con los contratos que conforman los acuerdos, así como de datos sobre los despliegues de redes 4G realizados por estos operadores.

3. Con fecha 12 de septiembre de 2013, la entidad ORANGE ESPAGNE, S.A.U. (en adelante, ORANGE) presentó un escrito de denuncia contra TELEFÓNICA y YOIGO, en relación con los mismos acuerdos denunciados por VODAFONE, solicitando, igualmente, la adopción de medidas cautelares de suspensión de los mismos (folios 539 a 594).
4. Con los citados antecedentes, en fecha 5 de noviembre de 2013, de conformidad con lo establecido en el apartado 1 del artículo 49 de la LDC, la Dirección de Competencia acordó la incoación de expediente sancionador S/0490/13 contra TELEFÓNICA y YOIGO por conductas prohibidas en el artículo 1 de la LDC y 101 TFUE (folios 1.103 a 1.105).
5. Con fecha 7 de noviembre de 2013, la Dirección de Competencia acordó la admisión de personación en calidad de interesado de CABLEEUROPA, S.A.U. y

¹ Requerimiento de fecha 30 de agosto de 2013 (folios 112 a 113), cuya contestación tuvo entrada el 13 de septiembre de 2013 (folios 643 a 934), y requerimiento de fecha 11 de octubre de 2013 (folios 1.041 a 1.045), cuya contestación tuvo entrada 23 de octubre de 2013 (folios 1.060 a 1.072).

² Requerimiento de fecha 30 de agosto de 2013 (folios 114 a 115), cuya contestación tuvo entrada el 13 de septiembre de 2013 (folios 116 a 520).

TENARIA, S.A. (ONO), tras su solicitud del día 6 de noviembre de 2013 (folio 1202.1).

6. Con fecha 19 de noviembre de 2013, la Dirección de Competencia acordó la admisión de personación en calidad de interesado de la Asociación Española de Nuevos Operadores Virtuales (AENOM), tras su solicitud del día 12 de noviembre de 2013 (folio 1.380) y de MÁS MÓVIL TELECOM 3.0 S.A. (MAS MOVIL), tras su solicitud de 16 de noviembre de 2013 (folio 1.409).
7. Con fechas 14 de febrero de 2014, 18 de febrero de 2014 y 20 de mayo de 2014, tuvieron entrada en la CNMC escritos complementarios de ORANGE a su denuncia (folios 1.989 a 2.001; 2.101 a 2.110, 2.281 a 2.310).
8. Igualmente, con fecha 3 de marzo de 2014, VODAFONE aportó información complementaria a su denuncia original, en relación con el acuerdo mayorista suscrito entre YOIGO y PEPEMOBILE, S.L. (PEPEPHONE) (folios 2.124 a 2.129).
9. Con fecha 12 de junio de 2014, YOIGO facilitó un documento en relación con la terminación por parte de TELEFÓNICA del acuerdo de agencia de 31 de julio de 2013 (folios 2.312 a 2.313). No obstante, con fecha 31 de julio de 2014, YOIGO aportó un nuevo documento relativo a la renovación del mencionado contrato de agencia (folios 2.320 a 2.322).
10. Con fecha 10 de septiembre de 2014, la Dirección de Competencia adoptó el Pliego de Concreción de Hechos (folios 2323 a 2398), que fue debidamente notificado a las partes.
11. Con fecha 7 de octubre de 2014, TELEFÓNICA aportó, junto con sus alegaciones al PCH, un escrito de solicitud de inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del presente expediente.
12. Con fecha 11 de noviembre de 2014, la Dirección de Competencia adoptó la Propuesta de Resolución del procedimiento, conteniendo una propuesta de sanción a TELEFÓNICA y YOIGO por infracción de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE, consistente en la suscripción de acuerdos o cláusulas de acuerdos entre ambos operadores, que tienen por objeto y efecto restringir la competencia efectiva en los mercados de comunicaciones electrónicas.

En la citada Propuesta de Resolución, la Dirección de Competencia desestima la petición de terminación convencional presentada por TELEFÓNICA, ya que, según señala, lo contrario supondría arriesgar la eficacia de la normativa de competencia y no se estaría garantizando suficientemente el interés público al que se refiere el artículo 52 de la LDC.
13. Con fecha 25 de noviembre de 2014, TELEFONICA presentó un recurso contra la desestimación de terminación convencional, que fue resuelto por la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC con fecha 11 de febrero de 2015, conteniendo un pronunciamiento desestimatorio (Resolución R/AJ/0391/14; folios 592 a 601).

- 14.** Con fecha 15 de diciembre de 2014, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 50.5 de la LDC y 34.2 del RDC, el Director de Competencia elevó el informe Propuesta a la Sala de Competencia de la CNMC (folio 4335).
- 15.** Con fecha 12 de marzo de 2015, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó la remisión de información a la Comisión Europea 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. Asimismo, se acordó suspender el plazo para resolver el procedimiento sancionador con fecha de efectos el día 16 de marzo de 2015, hasta que se diera 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.

El plazo de suspensión fue levantado mediante acuerdo de fecha 15 de abril de 2015, con fecha de efectos el mismo día.

- 16.** Con fecha 13 de marzo de 2015, YOIGO presentó un escrito de solicitud de medidas cautelares consistentes en la suspensión de la aplicación de la cláusula 5.1 d) del contrato de itinerancia nacional suscrito por TELEFÓNICA y YOIGO el 29 de abril de 2008, que establece la necesidad de autorización previa de TELEFÓNICA en caso que YOIGO quiera revender a terceros operadores la capacidad de red de TELEFÓNICA.
- 17.** Con fecha 9 de abril de 2015, la Sala de Competencia del Consejo acordó requerir a TELEFONICA y YOIGO información sobre el volumen de negocios correspondiente al año 2014, y suspender el plazo máximo para resolver hasta que se aportara la información requerida o, en su caso, transcurriera el plazo concedido para su aportación.
- 18.** Con fecha 20 de abril de 2015, tuvo entrada en el Registro de la CNMC un escrito presentado en nombre y representación de la entidad TELEFONICA por el que se puso en conocimiento de esta Sala la interposición, por parte de la citada entidad, de un recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo de fecha 11 de febrero de 2015 (R/AJ/0391/14), que contiene una solicitud de medida cautelar de suspensión tendente a asegurar la suspensión de la tramitación del procedimiento sancionador S/0490/13 (folios 4536 a 4543).
- Mediante acuerdo de fecha 23 de abril de 2015, esta Sala acordó la suspensión del plazo máximo de duración del procedimiento al amparo del artículo 37.1.d) de la Ley 15/2007, hasta la resolución por la Audiencia Nacional de la medida cautelar interesada por la empresa en el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución de fecha 11 de febrero de 2015.
- 19.** Con fecha 3 de junio de 2015, la Audiencia Nacional desestimó la solicitud de suspensión solicitada por TELEFÓNICA en el recurso contencioso-administrativo citado en el apartado anterior (auto 119/2015).

El plazo de suspensión fue levantado mediante acuerdo de fecha 9 de junio de 2015, con fecha de efectos el día 8 del mismo mes.

- 20.** De conformidad con el artículo 14.2.a) del Real Decreto 657/2013, la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la CNMC ha emitido el correspondiente informe preceptivo.
- 21.** Han presentado alegaciones a la Propuesta de Resolución las entidades YOIGO, ORANGE, VODAFONE y TELEFÓNICA.
- 22.** Esta resolución ha sido objeto de deliberación y fallo por el Consejo en su sesión de 16 de julio de 2015.
- 23.** Son partes interesadas en el procedimiento:
 - TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.
 - XFERA MÓVILES, S.A.U.
 - ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NUEVOS OPERADORES MÓVILES
 - CABLEUROPA, S.A.U. Y TENARIA, S.A.
 - MÁS MÓVIL TELECOM 3.0, S.A
 - ORANGE ESPAGNE, S.A.U.
 - VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.

HECHOS ACREDITADOS

Las conductas objeto de este expediente han sido valoradas por esta Sala partiendo de los hechos acreditados por la Dirección de Competencia de la CNMC a partir de la instrucción que inició y llevó a cabo la extinta Dirección de Investigación y, posteriormente, la Dirección de Competencia.

1. LAS PARTES

Son partes interesadas en el presente procedimiento, las siguientes:

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

Ambas empresas son filiales de TELEFÓNICA, S.A., empresa cabecera del Grupo Telefónica. En España, las principales actividades del Grupo Telefónica son la explotación de servicios minoristas de telefonía fija, telefonía móvil y banda ancha fija, así como la prestación de servicios mayoristas relacionados.

La explotación de servicios de telefonía móvil de este grupo la realiza en España TME, que los comercializa bajo la marca Movistar. Por su parte, la explotación de servicios de telefonía fija la realiza TESAU.

XFERA MÓVILES, S.A.U. (YOIGO)

Es el cuarto operador de comunicaciones móviles en España y último en entrar en el mercado con red propia. YOIGO no dispone de una red de comunicaciones electrónicas fijas y su cobertura móvil no alcanza a todo el territorio nacional, por lo que depende de acuerdos de itinerancia nacional para complementar su cobertura en España.

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NUEVOS OPERADORES MÓVILES (AENOM)

Es una asociación creada el 21 de octubre de 2009 que representa a un conjunto de nuevos operadores móviles. Entre sus asociados se incluyen varios de los OMV presentes en el mercado español.

CABLEEUROPA, S.A.U. Y TENARIA, S.A. (conjuntamente ONO)

Es un operador de servicios de comunicaciones electrónicas presente en el mercado español que explota la principal red de cable existente en España y que proporciona, entre otros, servicios de comunicaciones fijas, móviles y televisión de pago. VODAFONE ha adquirido el control exclusivo de ONO en una operación de concentración que ha sido autorizada por la Comisión Europea el 2 de julio de 2014 en el marco del expediente M.7231 VODAFONE/ONO.

En el ámbito de las comunicaciones móviles, ONO figura inscrito en el registro de operadores de CNMC como Operador Móvil Virtual (OMV) completo desde 2006, comenzando a prestar efectivamente sus servicios en 2007 mediante acceso mayorista a la red de TELEFÓNICA.

MÁS MÓVIL TELECOM 3.0, S.A

Es un OMV prestador de servicios que opera en España mediante acuerdo de acceso mayorista a la red de ORANGE.

ORANGE ESPAGNE, S.A.U. (ORANGE)

Es una compañía controlada por el Grupo France Telecom, que es el tercer operador de comunicaciones móviles y el tercer proveedor de acceso de banda ancha fija de Europa. Las principales actividades de ORANGE en España son la prestación de servicios de comunicaciones móviles, telefonía fija, banda ancha fija y televisión de pago. Asimismo, ORANGE también provee servicios mayoristas de comunicaciones móviles.

VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. (VODAFONE)

Es una filial del Grupo VODAFONE, que es el segundo operador de telefonía móvil a nivel mundial, tanto por número de clientes como por ingresos.

En España, la actividad principal de VODAFONE es la prestación de servicios de comunicaciones móviles, telefonía fija y banda ancha fija. Asimismo, VODAFONE también provee servicios mayoristas de comunicaciones móviles.

2. MERCADOS AFECTADOS

En el presente expediente se analiza el contenido de varios acuerdos suscritos entre YOIGO y TELEFÓNICA, y entre estos dos operadores con ABERTIS, para determinar si los mismos, ya sea en su totalidad o determinadas cláusulas, constituyen acuerdos prohibidos por los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE.

En particular, a lo largo del expediente han sido objeto de análisis los siguientes acuerdos:

- a) Un acuerdo para la reestructuración y racionalización de las infraestructuras móviles de TELEFÓNICA y YOIGO que implica la adquisición por parte de ABERTIS de determinadas infraestructuras pasivas de TELEFÓNICA y YOIGO, así como la coubicación de sus equipos y el desmantelamiento de las infraestructuras que no sean optimizables.
- b) Un acuerdo de itinerancia nacional para el uso por parte de TELEFÓNICA de la red de acceso 4G de YOIGO sobre la banda de 1800 MHz.
- c) Un contrato de itinerancia nacional para la utilización de las redes de acceso 2G y 3G que TELEFÓNICA ya venía prestando a YOIGO en virtud de un acuerdo preexistente de 2008, que se amplía para incluir la tecnología 4G.
- d) La contratación por parte de YOIGO de nuevas capacidades de transmisión en la red de transporte de TELEFÓNICA, ampliando los acuerdos anteriormente existentes de 2010.
- e) Un contrato de agencia entre ambos operadores por el que YOIGO puede poner a disposición de sus clientes minoristas un producto convergente e integrado (fijo-móvil), que contendría los servicios móviles de YOIGO y los servicios fijos de TELEFÓNICA (telefonía y banda ancha).

A partir de los citados acuerdos, procede determinar los mercados afectados por los mismos, no sin antes analizar someramente las principales características de los servicios de comunicaciones móviles, a tenor de las empresas intervinientes en los acuerdos, y atendiendo principalmente a la arquitectura de red y al grado de compartición de redes entre operadores.

2.1. LOS SERVICIOS DE COMUNICACIONES MÓVILES

Los servicios de comunicaciones móviles son aquéllos cuya prestación consiste en el establecimiento de comunicaciones de voz, mensajes y datos y que utilizan una red de telecomunicaciones móviles, esto es, una red cuyos puntos de terminación de red no están en ubicaciones fijas.

A continuación, se describen los distintos elementos que conforman una red para las comunicaciones móviles.

2.1.1. arquitectura de una red móvil

Espectro radioeléctrico

Los operadores que prestan servicios de comunicaciones móviles necesitan disponer de espectro radioeléctrico porque mediante el mismo se codifica y transporta la información permitiendo realizar llamadas, enviar mensajes, y transmitir datos a través de terminales móviles. De esta manera, la disponibilidad de frecuencias dentro las bandas disponibles permite obtener capacidad para la transmisión de los servicios.

Las bandas de frecuencias disponibles del espectro radioeléctrico son un recurso escaso que las tecnologías de comunicaciones electrónicas emplean cada vez de forma más eficiente. Las distintas bandas de frecuencias tienen diferentes características técnicas de propagación, que son aprovechadas por las actuales tecnologías para ofrecer las mejores prestaciones de capacidad o de cobertura en cada banda.

Hasta el año 2011, el espectro a disposición de los operadores móviles estaba designado a una tecnología concreta. Sin embargo, a raíz del Real Decreto 458/2011, de 1 de abril, sobre actuaciones en materia de espectro radioeléctrico para el desarrollo de la sociedad digital, se autoriza la neutralidad tecnológica (*refarming*³).

La neutralidad tecnológica significa que las bandas de frecuencias ya no están vinculadas exclusivamente a una tecnología, lo que implica que, siempre que no se causen interferencias a los usuarios de servicios inalámbricos, las frecuencias pueden ser utilizadas por aquellas tecnologías que optimicen su uso.

Las bandas de referencia para comunicaciones electrónicas móviles utilizadas en España en la actualidad, son las siguientes:

- **Las bandas de 900 MHz y 1.800 MHz:** son utilizadas tradicionalmente para conseguir la amplia cobertura del sistema 2G, si bien a partir de 2011 se permite ofrecer banda ancha móvil con mayores velocidades en dichas

³ Redistribución o reutilización de las bandas de frecuencias para los distintos servicios móviles.

frecuencias como consecuencia del *refarming* (3G y 4G). Los operadores móviles están desplegando sus redes 4G en España principalmente sobre las frecuencias 1.800 MHz.

- **La banda 800 MHz:** conocida como dividendo digital, se encuentra actualmente en uso para servicios de radiodifusión de televisión. Una vez se trasladen los correspondientes canales de Televisión Digital Terrestre (TDT) a frecuencias más bajas, podrá utilizarse para comunicaciones móviles (fundamentalmente 4G). En términos técnicos es una banda con características muy apropiadas para extender la cobertura.
- **La banda 2.100 MHz:** se viene utilizando para dar cobertura a las comunicaciones 3G (incluyendo las distintas tecnologías HSPA⁴).
- **La banda 2.600 MHz (o 2,6 GHz)** se usa desde hace poco en redes móviles, fundamentalmente para comunicaciones 4G, cuando se quieren altas velocidades de datos en entornos de gran demanda y cobertura geográfica limitada, así como en interiores.

RAN (Radio Access Network) – Red de Acceso Radio

La red de acceso radio (RAN), o sistema de acceso inalámbrico, es la parte de una red de comunicaciones móviles que conecta los terminales móviles del usuario final con la parte troncal de la red (*core network*) del operador móvil.

Las tecnologías utilizadas hoy en día para realizar el acceso inalámbrico incluyen sistemas celulares (GSM, UMTS, LTE), sistemas de telecomunicaciones inalámbricas (WiMAX) y sistemas de redes inalámbricas de área local y de uso común (WiFi).

El grado de independencia de los operadores móviles que firman acuerdos de compartición de infraestructura dependerá de qué elementos de la red se estén compartiendo y de su capacidad para instalar elementos separados (libertad de planificación), por lo que resulta esencial conocer en qué consisten estos elementos, a los efectos del presente expediente.

a) Emplazamientos

Se refiere al lugar, en propiedad o arrendado, donde ubicar los equipos radioeléctricos móviles que conforman la red de acceso radio.

Estos lugares, habitualmente azoteas en zonas urbanas y terrenos en zonas rurales, deberán estar debidamente acondicionados para permitir la instalación de los equipos y su mantenimiento, para lo cual están dotados de un conjunto de infraestructuras.

⁴ High-Speed Packet Access (HSPA).

Las infraestructuras de apoyo consisten en torres, donde se instalarán las antenas, junto con la caseta (SSC), el vallado, acceso al punto de energía, condiciones de seguridad, equipos de climatización, entre otros. A este conjunto de elementos, o emplazamientos, se le denomina la parte pasiva de la red de comunicaciones móviles.

Los emplazamientos pueden ser propios de los operadores móviles, alquilados a otros operadores en modalidad de coubicación, ya sea con operadores móviles competidores o con otros operadores de infraestructuras para telecomunicaciones, como AXIÓN o ABERTIS.

El arrendamiento de los emplazamientos y la modalidad de coubicación con operadores móviles competidores surge por la necesidad de reducir costes, a medida que crece el número de usuarios de las redes móviles y se amplía la cobertura de mismas a zonas menos pobladas, así como por la escasez de lugares idóneos para instalar los equipos en zonas urbanas.

b) Subsistema de redes de acceso radio (RNS)

En cada emplazamiento se instalarán las estaciones base o BTS⁵ (2G), nodos B (3G) o e-nodos B (4G), elementos que controlan la comunicación vía radio entre el terminal de usuario y la red de acceso. Se trata de estaciones de transmisión y recepción situadas en lugares fijos, compuestas de equipos de transmisión, radiofrecuencia y antenas (pueden colocarse en un mástil o torre varias antenas en función de la tecnología móvil).

Los distintos nodos en los emplazamientos se conectan a controladores de red, que concentran sus comunicaciones (BSC/2G, RNC/3G), cada uno ocupándose de un conjunto de nodos y ligándolos a la red troncal, o en el caso de 4G/LTE conectando los e-nodos B a los elementos de la red troncal SGW⁶ y MME⁷.

La conexión de los nodos con los controladores (*backhaul*) -servicios de transmisión-, generalmente se realiza mediante circuitos dedicados de red fija o mediante radioenlaces, siendo la transmisión por microondas la opción más barata pero más limitada a la hora de ofrecer capacidad.

En grado creciente de compartición de la red móvil de acceso es posible considerar:

- Infraestructura pasiva: Consiste en la utilización conjunta de todas o parte de las infraestructuras pasivas de los emplazamientos donde se ubican las estaciones base o nodos de la red de acceso de los operadores móviles. Esta compartición puede incluir desde espacios en edificios o terrenos, elementos mástiles o torres, casetas, energía eléctrica/alimentación,

⁵ Base Transceiver Station (BTS).

⁶ Serving GateWay (SGW)

⁷ Mobility Management Equipment (MME)

refrigeración, o incluso extenderse a las antenas. Estos acuerdos favorecen el ahorro de costes fijos pero permiten a cada operador mantener una importante capacidad de diferenciación en cuanto a cobertura y calidad de su red.

- Elementos activos: (RAN Sharing): Además de la puesta en común de los elementos pasivos, un acuerdo de compartición puede extenderse para incluir también los nodos B, RNC, y la transmisión (*backhaul*). Estos acuerdos permiten un ahorro de costes mucho más importante, a la vez que limitan la capacidad de diferenciación de los operadores, en tanto que la red radio es la misma, y se puede producir un intercambio de información sensible con mayores riesgos de afectación a la competencia efectiva.
- Compartición de espectro: Es la forma más cercana de compartición del RAN, ya que implica la puesta en común de las frecuencias de las partes del acuerdo. Este tipo de acuerdo incluiría también el *RAN sharing* y en estos casos los competidores no tienen casi diferenciación comercial o técnica entre ellos y la compartición de información comercial sensible puede ser todavía mayor.

En el caso de la itinerancia nacional los operadores no comparten ningún elemento de red como tal, ni tampoco espectro, sino que el operador en itinerancia utiliza la red de acceso radio y el espectro de otro operador móvil para proporcionar servicios a sus propios clientes en las áreas geográficas donde dispone de los servicios de itinerancia nacional.

También puede darse el caso de que dos operadores se repartan los despliegues completos en zonas geográficas diferentes, para posteriormente permitir a la otra parte la itinerancia sobre su red desplegada, sin llegar a compartir el espectro en cada una de las redes, con lo que se logra mayor rapidez en el despliegue. En este caso sería un acuerdo de itinerancia recíproca.

2.2. MERCADO DE PRODUCTO/SERVICIO

A partir de los citados acuerdos y de las entidades intervinientes en los mismos, se han identificado los siguientes mercados afectados:

- a. El mercado de prestación de servicios mayoristas de acceso a infraestructuras aptas para las comunicaciones inalámbricas, normalmente de comunicaciones móviles.
- b. Mercado de servicios mayoristas de líneas alquiladas terminales.
- c. Mercado de servicios mayoristas de terminación de llamadas de voz en la red móvil de YOIGO.
- d. Mercado de servicios mayoristas de terminación de llamadas de voz en la red móvil de TELEFÓNICA.

- e. Mercado de servicios mayoristas de acceso y originación sobre redes móviles, dejando abierta la posibilidad de diferenciarlo por tipología de servicio.
- f. Mercado mayorista de banda ancha de acceso indirecto.
- g. Mercado de servicios minoristas de comunicaciones móviles, dejando abierta la posibilidad de diferenciarlo por tipología de servicio.
- h. Mercado de servicios minoristas de comunicaciones fijas, dejando abierta la posibilidad de diferenciarlo por tipología de servicio.

En cualquier caso, a los efectos del presente expediente, no es necesario cerrar la delimitación exacta de los distintos mercados de producto considerados, en la medida que esta cuestión no afecta a las conclusiones del análisis.

Hay que tener en cuenta que los precios mayoristas para la terminación de llamadas en las redes de otros operadores están sujetos a la regulación ex ante por parte de la CNMC y que los acuerdos analizados entre TELEFÓNICA y YOIGO no afectan especialmente a este tipo de servicios de comunicaciones electrónicas.

Asimismo, en la medida en que la parte del proyecto VOLTA que afecta a la venta de emplazamientos de TELEFÓNICA y YOIGO a ABERTIS ha sido ya evaluada en el marco de la operación de concentración C/0527/13, tampoco es necesario analizar en detalle el mercado de prestación de servicios mayoristas de acceso a infraestructuras.

Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación se analiza la estructura del resto de mercados afectados considerados.

2.2.1.- Mercado de servicios minoristas de comunicaciones móviles

Dentro de los servicios minoristas de comunicaciones móviles, podrían diferenciarse diferentes segmentos atendiendo a los múltiples tipos de servicios disponibles. A través de su red móvil, las operadoras 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.

Se trataría, por tanto, del mercado donde los OMR (operadores móviles con red propia) y OMV (operadores móviles virtuales) comercializan sus servicios de voz, mensajes y datos a sus abonados a través de las redes móviles.

Operadores con red propia

Por el lado de la oferta, desde el año 2006 operan activamente cuatro operadores móviles con red propia (OMR) y, por tanto, son concesionarios de uso del espectro radioeléctrico necesario para desarrollar su propia red de acceso móvil (TELEFÓNICA, VODAFONE, ORANGE y YOIGO).

Después de las últimas licitaciones llevadas a cabo en 2011, el reparto del espectro entre los operadores móviles nacionales queda como sigue:

REPARTO DEL ESPECTRO HASTA 2030 ⁸ ENTRE OPERADORES MÓVILES NACIONALES		
CONCESIÓN	ADJUDICATARIO	CANTIDAD DE ESPECTRO
900 MHz	TELEFÓNICA	30 MHz
	VODAFONE	20 MHz
	ORANGE	20 MHz
800 MHz	TELEFÓNICA	20 MHz
	VODAFONE	20 MHz
	ORANGE	20 MHz (bloque sucio de la banda)
1.800 MHz	TELEFÓNICA	40 MHz
	VODAFONE	40 MHz
	ORANGE	40 MHz
	YOIGO	30 MHz
2.100MHz ⁹	TELEFÓNICA	35 MHz (5 MHz no pareados)
	VODAFONE	35 MHz (5 MHz no pareados)
	ORANGE	35 MHz (5 MHz no pareados)
	YOIGO	35 MHz (5 MHz no pareados)
2.600MHz	TELEFÓNICA	40 MHz
	VODAFONE	60 MHz (20 MHz no pareados)
	ORANGE	50 MHz (10 MHz no pareados)

Fuente: CNMC

TELEFÓNICA y VODAFONE han realizado la mayor parte de su despliegue utilizando la banda de frecuencias en 900 MHz, mientras que el mayor número de estaciones en la banda de 1.800 MHz de ORANGE es atribuible a motivos históricos (no dispuso de una concesión para el uso de la banda de 900 MHz hasta el concurso de la banda de extensión del GSM llevado a cabo en 2005).

En la primera de las recientes licitaciones de frecuencias organizadas por el Ministerio de Industria en 2011, cada uno de los tres operadores se adjudicó 20 MHz en la banda de 900 MHz, quedando 9,6 MHz inicialmente destinadas a un nuevo entrante (YOIGO siendo el principal candidato) sin adjudicar.

Posteriormente, tras la modificación del límite de máximo (MHz) a disposición de cada operador por parte del gobierno, TELEFÓNICA se adjudicó dichas frecuencias (9,6 MHz, en forma de 4,8 MHz pareados) en una segunda subasta,

⁸ La autorización implicaba la obligación de revertir al Estado un bloque de 4,8 MHz pareados, de cada una de las concesiones demaniales, de tal modo que durante el año 2011 pudieron licitarse nuevas porciones de espectro radioeléctrico en esta banda de frecuencias.

El equilibrio económico-financiero se mantiene gracias a la revalorización que experimentan las concesiones al autorizarse la aplicación del principio de neutralidad tecnológica en esta banda conjuntamente con la extensión del período de vigencia de las concesiones hasta el 31 de diciembre de 2030.

⁹ Las concesiones caducan el 19 de abril de 2020.

por lo que dispone de más espectro en la banda de 900 MHz que sus principales competidores.

YOIGO, sin embargo, sí se adjudicó cerca de 30 MHz (14,8 MHz pareados) en la banda de 1.800 MHz, que podría en un principio utilizar para extender su red y desplegar el nuevo estándar LTE. La adjudicación de dichas frecuencias conllevaba unas obligaciones importantes de inversión en redes y cobertura.

Actualmente, ORANGE, VODAFONE y TELEFÓNICA disponen de 20 MHz (10 MHz pareados) en la banda 800 MHz, frecuencia óptima para coberturas amplias en 4G. En las licitaciones de frecuencias organizadas por el Ministerio de Industria en 2011, ORANGE se adjudicó la *banda sucia*, el bloque de 800MHz más bajo, que estará próximo a la ubicación de televisión digital terrestre (TDT) y, por tanto, con peligro de interferencias.

YOIGO por su parte optó por no participar en la puja por la banda de 800MHz, de manera que los servicios 4G deberá soportarlos utilizando la banda de 1.800MHz, ya que tampoco dispone de frecuencias en las bandas de 2.600MHz y 900MHz.

Adicionalmente, en 2011 se adjudicaron concesiones regionales en la banda 2.600 MHz a nuevos operadores licenciarios. Concretamente a Jazztel, Telecable, ONO, R Cable, Euskaltel, Telecom Castilla-La Mancha y el Consorcio de Telecomunicaciones Avanzadas.

No obstante, estos nuevos concesionarios no están todavía explotando tales frecuencias o lo están haciendo de forma muy limitada, entre otras razones porque, por sus características, la banda de 2.600 MHz es más adecuada para servicios de datos de alta velocidad, su despliegue está limitado por las mayores dificultades para conseguir una cobertura suficiente, y la menor disponibilidad de terminales con dicha banda (aunque este aspecto está cambiando con los nuevos terminales).

Operadores móviles virtuales

Por otra parte, existen operadores en el mercado que no cuentan con concesiones de espectro radioeléctrico (salvo en algunos casos en las bandas de 2.600 MHz ¹⁰), ni perspectivas de obtenerlas para desplegar redes propias. Para ofrecer servicios utilizan las redes de los OMR a través de los servicios mayoristas de acceso y originación sobre redes móviles. Estos servicios se comenzaron a prestar de forma efectiva en el año 2007, tras declarar la CMT en febrero de 2006 a TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE como operadores con poder significativo conjunto en este mercado, e imponerles las obligaciones de atender a las solicitudes razonables de acceso a recursos específicos de sus redes y ofrecer precios razonables.

¹⁰ En concreto ONO y otros operadores disponen de licencias en algunas Comunidades Autónomas. Estas frecuencias les pueden permitir desplegar una red propia inalámbrica para dar servicios de banda ancha móvil en lugares de demanda concentrada (en ciudades) donde la utilización de las frecuencias en 2,6GHz podría resultar económicamente viable.

Dentro de los OMV es necesario distinguir entre OMV prestadores de servicio, que se limitan a revender los productos de telefonía móvil que pone a disposición su operador *host* con muy poco control sobre el diseño de estos productos y poca capacidad de diferenciación de los precios minoristas, y los OMV completos, que disponen de sus propios elementos de red troncal, lo que les da mayor autonomía para diferenciar sus productos de comunicaciones móviles y más margen para competir en precios.

Cuotas de mercado

Conviene tener en cuenta que la mayor penetración en los últimos años de las ofertas comerciales de servicios de comunicaciones móviles a cambio de una tarifa plana o semiplana dificulta realizar una atribución objetiva de los ingresos a las distintas tipologías de servicios móviles, lo que hace menos fiables las cifras desglosadas por tipología de servicio.

Adicionalmente, la mayor penetración en los últimos años de las ofertas comerciales de servicios de comunicaciones fijos y móviles y, en su caso, de televisión de pago, a cambio de una tarifa plana o semiplana, también dificulta significativamente realizar una atribución objetiva de los ingresos a las distintas tipologías de servicios fijos y móviles, lo que hace también menos fiables las cifras totales de ingresos por servicios móviles.

De hecho, los paquetes que ofrecen voz y banda ancha tanto por red fija como por red móvil en una sola oferta comercial se consolidaron en el mercado y se convirtieron en los más demandados en 2013, con 5,2 millones de clientes, superando ampliamente la cifra del paquete doble de telefonía y banda ancha fija, el más contratado hasta 2012.

Teniendo en cuenta lo anterior, el cuadro siguiente muestra las cuotas de mercado de los operadores de red en el mercado de comunicaciones móviles para el periodo 2011-2013 en España a nivel de ingresos y de líneas contratadas, sin distinguir por tipología de servicio móvil.

SERVICIOS MINORISTAS DE COMUNICACIONES MÓVILES EN ESPAÑA						
NÚMERO DE LÍNEAS DE VOZ						
Operador	2011		2012		2013	
	Líneas	Cuota	Líneas	Cuota	Líneas	Cuota
TELEFÓNICA	20.616.138	39,2%	18.439.125	36,4%	17.029.140	34,0%
VODAFONE	14.814.509	28,2%	13.162.283	26,0%	11.810.342	23,5%
ORANGE	10.808.189	20,6%	11.051.707	21,7%	11.446.931	22,8%
YOIGO	2.768.713	5,3%	3.249.636	6,4%	3.364.036	6,7%
OMV	3.582.958	6,8%	4.762.348	9,4%	6.508.240	13,0%
TOTAL	52.590.507	100,0%	50.665.099	100,0%	50.158.689	100,0%

INGRESOS (MILL€)						
	Ingresos	Cuota	Ingresos	Cuota	Ingresos	Cuota
TELEFÓNICA	6.072,9	45,2%	5.012,4	40,9%	3.973,7	36,5%
VODAFONE	3.808,8	28,3%	3.404,9	27,8%	2.998,8	27,6%
ORANGE	2.574,6	19,2%	2.572,4	21,0%	2.413,4	22,2%
YOIGO	467,5	3,5%	552,0	4,5%	590,3	5,4%
RESTO	514,9	3,8%	703,5	5,7%	908,2	8,3%
TOTAL	13.438,7	100,0%	12.245,2	100,0%	10.884,6	100,0%

Fuente: CNMC

En cuanto a la evolución general del mercado, se observa cómo los ingresos procedentes de los servicios móviles sufren una fuerte caída, acompañada de una pérdida de líneas contratadas, principalmente como consecuencia del abaratamiento de precios minoristas coincidiendo con la bajada de los precios regulados de terminación y las mayores presiones competitivas.

En estos datos de ingresos se observa cómo TELEFÓNICA es el primer operador, con un 36,5% del mercado, si bien ha ido perdiendo paulatinamente cuota, a la vez que YOIGO y los OMV han ido ganando posiciones.

YOIGO ha sido tradicionalmente un competidor muy agresivo en precios ejercitando una presión competitiva significativa sobre sus competidores más allá de lo que se desprende de su cuota de mercado, un 5,4% en términos de ingresos y un 6,7% en términos de líneas.

En el segmento residencial, compuesto por 39,6 millones de líneas a 2013 y donde YOIGO compite más eficazmente, su cuota asciende al 8%.

Del análisis en términos de número de líneas se observa que las cuotas de TELEFÓNICA y VODAFONE son algo inferiores comparadas con las cuotas por ingresos, lo que en parte se explica porque sus clientes tienen de media una mayor propensión de gasto que la media del mercado.

Desde 2012 se produce un crecimiento significativo de los OMV, fundamentalmente por JAZZTEL, ONO y los cableros regionales, apoyándose en ofertas convergentes de servicios fijos-móviles, alcanzando el 13% de cuota en términos de líneas contratadas en 2013.

El saldo neto de líneas portadas de los operadores móviles muestra que TELEFÓNICA y VODAFONE en 2013 registraron en suma un saldo neto negativo de 2,8 millones de portabilidades, en tanto que el conjunto de los OMV habría experimentado una ganancia neta de 1,7 millones de líneas portadas. YOIGO por su parte experimentó una ganancia neta de 114.400 líneas portadas en 2013, reduciéndose sustancialmente su ritmo de captación respecto de años anteriores.

CAPTACIÓN DE ALTAS NETAS POR OPERADOR NÚMERO DE LÍNEAS MÓVILES			
Operador	2011-2010	2012-2011	2013-2012
TELEFÓNICA	-935.204	-2.177.013	-1.409.985
VODAFONE	-341.899	-1.652.226	-1.351.941
ORANGE	416.207	243.518	395.224
YOIGO	731.608	480.923	114.400
OMVS	1.330.378	1.179.390	1.745.892
TODO	1.201.090	-1.925.408	-506.410

Fuente: CNMC

Para atajar la anterior tendencia, entre otras razones, en septiembre de 2012 TELEFÓNICA rompió con su estrategia previa, introduciendo su propio producto convergente “Fusión” y bajando significativamente los precios.

Este movimiento fue replicado por VODAFONE y ORANGE, pero no por YOIGO, que no ofrece servicios fijos. Por ello, YOIGO respondió bajando significativamente los precios de sus tarifas “infinitas”, tarifas planas en voz y voz/datos (que en su día dinamizaron el mercado), permitiéndole mantener un crecimiento significativo hasta mediados de 2013.

En el siguiente cuadro relativo al tráfico de minutos de voz, mensajes y volumen de datos que cada operador maneja sobre su red móvil, se observa como el crecimiento de YOIGO en los últimos años procede fundamentalmente del servicio de banda ancha móvil, como consecuencia de las tarifas “infinitas” mencionadas.

Lo contrario le sucede a TELEFÓNICA y a VODAFONE, que si en 2011 acaparaban conjuntamente un 70% y 82% del tráfico de voz y de datos móviles respectivamente, en 2013 cae al 59% y 62% respectivamente. Los ganadores son los OMV en el tráfico de voz y YOIGO y ORANGE en datos.

SERVICIOS MINORISTAS DE COMUNICACIONES MÓVILES EN ESPAÑA TRÁFICO 2011 - 2013 (millones)			
OPERADOR	2011	2012	2013
	LLAMADAS (MINUTOS)	LLAMADAS (MINUTOS)	LLAMADAS (MINUTOS)
TELEFÓNICA	28.091	25.253	23.856
VODAFONE	21.928	20.054	18.008
ORANGE	15.732	15.230	15.335
YOIGO	2.607	3.167	4.391
OMV	3.365	6.117	9.397
TOTAL	71.723	69.822	70.988
	MENSAJES (Nº)	MENSAJES (Nº)	MENSAJES (Nº)
TELEFÓNICA	2.973	2.349	1.723
VODAFONE	2.887	1.838	1.079
ORANGE	1.284	1.022	576

YOIGO	362	292	176
OMV	183	288	281
TOTAL	7.689	5.789	3.835
	DATOS (MB)	DATOS (MB)	DATOS (MB)
TELEFÓNICA	37.136	42.838	45.847
VODAFONE	37.350	28.556	37.457
ORANGE	12.143	17.582	32.263
YOIGO	2.374	6.286	11.949
OMV	1.647	1.975	6.602
TOTAL	90.650	97.237	134.119

Fuente: CNMC

No obstante, actualmente el crecimiento de YOIGO se encuentra limitado por su falta de servicios fijos, que no le permite realizar ofertas convergentes autónomas, las cuales están siendo en la actualidad el motor de crecimiento en el mercado minorista de comunicaciones móviles.

2.2.2.-Mercado de servicios minoristas fijos

Al igual que en los servicios minoristas de comunicaciones móviles, en el caso de los servicios fijos podrían diferenciarse diferentes segmentos atendiendo a los distintos tipos de servicios disponibles. A través de su red fija, o del acceso regulado a la red fija de otro operador, las operadoras prestan servicios de transmisión de voz, así como servicios de acceso a internet.

A continuación, para el periodo 2011-2013, se facilitan los datos relativos a ingresos minoristas de comunicaciones fijas así como número de líneas relativas al mercado de comunicaciones fijas, diferenciando entre líneas de telefonía fija y banda ancha fija, teniendo en cuenta que estas últimas habitualmente llevan asociada una línea de telefonía fija.

SERVICIOS MINORISTAS DE COMUNICACIONES FIJAS EN ESPAÑA						
INGRESOS (MILL €)						
Operador	2011		2012		2013	
	Mill €	Cuota	Mill €	Cuota	Mill €	Cuota
TELEFÓNICA	5.893,77	63,9%	5.079,17	59,8%	4.490,49	57,81%
ONO	1.039,53	11,3%	1.050,55	12,4%	950,65	12,24%
JAZZTEL	455,24	4,9%	453,90	5,3%	386,84	4,98%
VODAFONE	564,24	6,1%	656,29	7,7%	666,73	8,58%
ORANGE	495,91	5,4%	542,56	6,4%	583,88	7,52%
RESTO	772,98	8,4%	709,20	8,4%	689,56	8,88%
TOTAL	9.221,67	100,0%	8.491,67	100,0%	7.768,15	100,00%

LÍNEAS TELEFÓNICA FIJA						
	Líneas	Cuota	Líneas	Cuota	Líneas	Cuota
TELEFÓNICA	12.701.347	63,9%	12.026.404	61,4%	11.297.797	58,3%
ONO	2.184.585	11,0%	2.120.228	10,8%	2.032.111	10,5%
VODAFONE	1.183.268	5,9%	1.518.995	7,8%	1.600.771	8,3%
JAZZTEL	1.474.862	7,4%	1.374.751	7,0%	1.527.582	7,9%
ORANGE	1.092.355	5,5%	1.276.888	6,5%	1.618.865	8,4%
RESTO	1.252.621	6,3%	1.257.360	6,4%	1.307.119	6,7%
TOTAL	19.889.038	100,0%	19.574.626	100,0%	19.384.245	100,0%
NÚMERO DE LÍNEAS BANDA ANCHA FIJA						
	Líneas	Cuota	Líneas	Cuota	Líneas	Cuota
TELEFÓNICA	5.485.654	49,8%	5.581.369	49,1%	5.679.515	46,39%
ONO	1.595.918	14,5%	1.591.678	14,0%	1.692.543	13,83%
JAZZTEL	845.817	7,7%	773.647	6,8%	954.606	7,80%
VODAFONE	1.115.529	10,1%	1.328.771	11,7%	1.429.821	11,68%
ORANGE	1.265.339	11,5%	1.395.998	12,3%	1.692.543	13,83%
RESTO	701.323,00	6,4%	704.750,00	6,2%	793.038	6,48%
TOTAL	11.009.580	100,0%	11.376.213	100,0%	12.242.066	100,00%

Fuente: CNMC

La evolución general del mercado muestra un estancamiento en el crecimiento de número de líneas fijas, si bien las líneas de banda ancha fija han seguido una senda creciente, acompañado de una caída fuerte de ingresos en 2013, aunque es necesario tener en cuenta que la extensión de las ofertas empaquetadas fijo-móvil puede desvirtuar la atribución de ingresos a cada servicio.

Del cuadro anterior se desprende que TELEFÓNICA ostenta en 2013 una clara posición de liderazgo en el mercado, con un 58% de las líneas fijas y un 46% de líneas de banda ancha, y una cuota del 58% en términos de ingresos, seguido del operador de cable ONO y de ORANGE.

Durante los últimos años, como se ha señalado anteriormente, se ha observado una tendencia creciente a empaquetar un mayor número de servicios, incluyendo servicios fijos y móviles.

En 2013, el 26,7% de las líneas fijas contrataron todo el conjunto de servicios fijo-móvil (voz móvil, banda ancha fija y móvil), frente al 22,3% del paquete doble de voz fija y banda ancha fija, el más contratado en años anteriores.

2.2.3.- Mercado mayorista de acceso y originación de comunicaciones móviles

En la Resolución de 2 de febrero de 2006, la CMT definió el mercado mayorista de acceso y originación en redes móviles (mercado 15) como aquél que incluía los servicios mayoristas necesarios para que un operador que no contara con

espectro y las infraestructuras de red necesarias pudiera ofrecer servicios de comunicaciones móviles a los usuarios finales, tanto servicios de voz como de mensajes cortos y de datos.

Tras analizar la estructura y características de este mercado, la CMT determinó la existencia de un poder significativo colectivo por parte de los operadores TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE, y resolvió imponer a cada uno de los tres operadores mencionados la obligación de poner a disposición de terceros a precios razonables todos los elementos necesarios para la prestación de los servicios de acceso y originación móvil minorista, la cual sigue vigente en la actualidad.

Por otra parte, el Real Decreto 458/2011, de 1 de abril, sobre actuaciones en materia del espectro radioeléctrico para el desarrollo de la sociedad digital, establece en el apartado 6 de su artículo 4, una obligación consistente en ofrecer un servicio mayorista de acceso a los recursos o servicios de los operadores que dispongan de un ancho de banda total igual o superior a 10 MHz pareados en la banda de 900 MHz y que hayan comenzado a prestar servicios de comunicaciones móviles en dicha banda.

En cuanto a las tecnologías disponibles para el acceso por parte de los operadores móviles virtuales, la regulación no aclara si se extiende a todas las tecnologías de transmisión, si bien la extinta CMT en su escrito sobre la consulta del mercado 15 de 14 de mayo de 2012 señala que *“ha de entenderse que la escueta mención del precepto a la obligación de “ofrecer un servicio mayorista” ha de interpretarse en el sentido de que este servicio mayorista debe permitir un acceso que habilite a los operadores cualificados para solicitarlo para configurar un servicio minorista de comunicaciones móviles equiparable al que sea ofrecido por los operadores que resultaron asignatarios de frecuencias en dicha banda”*.¹¹

En vista de lo anterior y considerando el reparto del espacio radioeléctrico, el número de potenciales operadores que podrían configurar una oferta mayorista se vería limitado a los cuatro operadores con concesiones de espectro de ámbito nacional: TELEFÓNICA, VODAFONE, ORANGE, y YOIGO.

En el caso de YOIGO, teniendo en cuenta las limitaciones de cobertura con red propia, podrá confeccionar un servicio mayorista para OMV siempre y cuando complete a su vez su propia cobertura con acuerdos mayoristas de itinerancia nacional con OMR.

Actualmente, en España ningún OMV ofrece el servicio minorista de comunicaciones móviles a sus clientes utilizando la tecnología 4G, lo cual puede deberse a varios factores, entre los cuales se encontraría que las condiciones de las ofertas mayoristas realizadas por los OMR no fueran suficientemente competitivas para los OMV.

¹¹ http://www.cmt.es/c/document_library/get_file?uuid=2495603b-387a-43dd-a9ee-a9ed92393c9c&groupId=10138

En el año 2013 el mercado español contaba con 24 OMV activos, que representaban una cuota de mercado del 14% del parque total de líneas móviles¹². La distribución de los mismos en función de su operador anfitrión y distinguiendo entre OMV completos, que utilizan su propia red troncal, y OMV prestadores de servicios, que no disponen de ninguna infraestructura de red propia, era la siguiente:

DISTRIBUCIÓN DE OMV EN FUNCIÓN DEL OPERADOR ANFITRIÓN 2013			
IDENTIDAD DE LOS OMV			
TELEFÓNICA	VODAFONE	ORANGE	YOIGO
OMV COMPLETOS			
Ono	Euskaltel	Jazztel	
Digi Mobil	TeleCable	Orange España Virtual (Simyo)	
FonYou	R cable		
	Lycamobile		
OMV PRESTADORES DE SERVICIOS			
Tuenti	Lebara	Carrefouronline	Pepephone (2014)
	Pepephone	Día Móvil	
	Hits Mobile	Happy Móvil	
	BT	Moreminutes	
	Eroski Móvil	You Mobile	
		MÁSmovil	
		LCR Telecom	
		Aire Networks	
		Procono	

Fuente: CNMC

Los ingresos derivados de la prestación del servicio mayorista de acceso a los operadores sin red, principalmente OMV, que operan en España ha ido creciendo paulatinamente con la entrada de los OMV.

¹² Se ha incluido a los operadores Orange España Virtual, S.L. y Tuenti Technologies, S.L., propiedad de ORANGE y TELEFÓNICA respectivamente. Sin computar a estos operadores hay 22 OMV activos con una cuota del 12,8% de líneas.

SERVICIOS MAYORISTAS DE ACCESO MOVIL EN ESPAÑA						
INGRESOS (MILL €)						
Operador	2011		2012		2013	
	Ingresos	Cuota	Ingresos	Cuota	Ingresos	Cuota
TELEFÓNICA	134,77	49,0%	105,97	39,0%	156,00	36,0%
VODAFONE	81,30	29,6%	103,51	38,1%	180,42	41,6%
ORANGE	59,01	21,5%	61,89	22,8%	96,90	22,4%
TOTAL	275,09	100%	271,37	100%	433,32	100%

Fuente: CNMC

En términos de cuotas de mercado, a pesar de que ORANGE tiene el mayor número de OMV en su red, tiene una cuota de mercado muy inferior a sus competidores, un 22% en 2013. Por su parte, TELEFÓNICA, a pesar de ser el operador con un menor número de OMV en su red, aglutina un 36% del mercado en términos de ingresos gracias al volumen de tráfico elevado de YOIGO. Asimismo, VODAFONE se ha convertido en 2013 en el operador con mayor cuota, un 42%.

Las actividades mayoristas de acceso y originación de redes móviles suponían, en el 2013, en torno al 2,5% del total de los ingresos de los OMR. Por tanto, discontinuar en la prestación de estos servicios mayoristas no supondría una disminución elevada de sus ingresos, máxime teniendo en cuenta que podrían ver incrementada su base de clientes minorista, compensando estas pérdidas mayoristas.

Resulta por lo tanto interesante ver qué otros incentivos tienen los OMR a prestar el servicio mayorista de acceso.

La capacidad excedentaria con que cuentan los OMR es un elemento relevante a la hora de evaluar los alicientes con que cuentan estos operadores para dar acceso mayorista a sus redes. Efectivamente, la Comisión Europea, en su Recomendación de 2007, considera que los OMR cuentan con incentivos a proveer estos servicios mayoristas de forma comercial, en particular, en aquellos casos en los que alguno de los OMR cuente con capacidad excedentaria en su red que pueda revender y, de esta forma, no solo se incrementarían sus ingresos sino que, además, reduciría los costes medios de prestación.

Esta capacidad excedentaria puede proceder o bien de una capacidad instalada infrutilizada o bien de una capacidad potencial no utilizada por el operador. En relación con la primera, cabe decir que existen operadores que han visto mermada el número absoluto de clientes y tráfico de sus redes. Esta situación puede conllevar que sus redes dispongan de una capacidad instalada excedentaria, la cual determinaría el interés por terceros operadores de ser utilizada mediante acuerdos mayoristas.

En segundo lugar, los operadores tendrán también incentivos a prestar servicios mayoristas cuando tengan capacidad potencial no utilizada. En este sentido cabe señalar que la asignación de espectro que se produjo durante 2011 ha incrementado de forma significativa la capacidad con que cuentan los OMR para prestar servicios mayoristas sin riesgo de congestionar sus redes para sus propios servicios minoristas en el corto plazo, por lo que en la actualidad los OMR disponen de mayor capacidad potencial para prestar servicios sobre sus propias redes. Asimismo, los avances tecnológicos en los equipamientos contribuyen a que sobre la base del mismo espectro se puedan prestar simultáneamente muchos más servicios.

No obstante, hay que tener en cuenta que las cuotas de mercado de los OMR son sustancialmente diferentes y van desde el 42% de VODAFONE hasta el 22% de ORANGE. Los tres OMR cuentan con similares asignaciones de recursos radioeléctricos por lo que ORANGE, con una menor cuota de mercado, cuenta con una mayor capacidad potencial que podría poner a disposición de terceros en el mercado mayorista.

Lo mismo sucedería con YOIGO, que si bien tiene una menor asignación de espectro, también tiene muchos incentivos para aprovechar todo el potencial de su red para rentabilizar la misma.

2.2.4.- Mercado mayorista de acceso indirecto a banda ancha fija

TELEFÓNICA es el único operador que tiene una red con cobertura nacional a través de la cual puede ofrecer servicios de comunicaciones fijas, y ha sido declarado por la CMT como operador con poder significativo en los mercados mayoristas de acceso (físico) a infraestructuras de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija (mercado 4), y de acceso de banda ancha indirecto al por mayor (mercado 5), siendo sometido a determinadas obligaciones regulatorias.

Así, la regulación establece que TELEFÓNICA tiene la obligación de facilitar el acceso mayorista a su red a los operadores alternativos que quieran dar servicios de comunicaciones fijas, bien mediante la desagregación del bucle de cobre, o mediante los servicios de banda ancha de acceso indirecto.

Para un operador sin despliegue propio de red y sin una base significativa de clientes de servicios de comunicaciones fijas, solo sería factible la modalidad de acceso indirecto; es decir, mediante la adquisición a TELEFÓNICA de ancho de banda en los puntos de entrega mayorista.

En este sentido, el acceso puede realizarse en varias modalidades técnicas que incluyen el GigADSL, ADSL-IP y mediante el Nuevo Servicio Ethernet de Banda Ancha (NEBA) de TELEFÓNICA, que permite adquirir capacidad tanto de bucles de cobre (ADSL) como de fibra FTTH hasta caudales que no superen los 30 Mbps.

Adicionalmente, a través de NEBA un operador alternativo también podría dar servicios de telefonía fija sin necesidad de contratar otros productos mayoristas de TELEFÓNICA.

A continuación se facilitan los ingresos mayoristas de acceso indirecto de banda ancha para el periodo 2011-2013:

SERVICIOS MAYORISTAS DE ACCESO INDIRECTO DE BANDA ANCHA						
INGRESOS (MILL €)						
Operador	2011		2012		2013	
	Ingresos	Cuota	Ingresos	Cuota	Ingresos	Cuota
TELEFÓNICA	170,5	93,2%	161,8	92,7%	149,6	93,0%
JAZZTEL	4,4	2,4%	4,6	2,6%	4,4	2,8%
ORANGE	1,6	0,9%	1,1	0,6%	0,9	0,6%
BT	4,4	2,4%	2,6	1,5%	1,8	1,1%
RESTO	2,1	1,2%	4,4	2,5%	4,1	2,6%
TOTAL	183,0	100,0%	174,5	100,0%	160,9	100,0
NÚMERO DE LÍNEAS						
TELEFÓNICA	714.457	96,2%	655.939	96,4%	678.050	96,1%
JAZZTEL	14.192	1,9%	14.104	2,1%	14.092	2,0%
ORANGE	5.853	0,8%	5.100	0,7%	4.525	0,6%
BT	2.732	0,4%	2.165	0,3%	1.636	0,2%
RESTO	5.493	0,7%	3.303	0,5%	7.541	1,1%
TOTAL	742.727	100,0	680.611	100%	705.844	100,0%

Fuente: CNMC

2.2.5.- Mercado mayorista de líneas alquiladas terminales

Los circuitos alquilados terminales son una infraestructura de red fundamental para que los operadores alternativos conecten sus estaciones base y nodos de comunicaciones móviles con su red troncal, sin perjuicio de que puedan disponer de otras vías para realizar esta conexión, si bien suelen ser más caras o de menor calidad.

La extinta CMT comprobó en su momento (2008)¹³ que no se esperaba la entrada de nuevos competidores potenciales en el mercado de líneas alquiladas terminales y declaró a TELEFÓNICA como operador con poder significativo de

¹³ En el marco de la revisión de los mercados de comunicaciones electrónicas, con fecha 11 de abril de 2013, la extinta CMT adoptó la Resolución relativa al mercado mayorista de líneas alquiladas terminales al por mayor (mercado 6), considerando igualmente a TELEFÓNICA operador con poder significativo de mercado.

mercado. El incumbente acaparaba la cuota de mercado más elevada, con un 80% en términos de líneas y un 65% de los ingresos (le seguía a distancia ONO con una cuota del 11% en 2008).

Dentro de las obligaciones impuestas a TELEFONICA está la de publicar la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas Terminales (ORLA) en la que se establecen los servicios mayoristas de líneas alquiladas terminales que TELEFÓNICA ofrece a los operadores, con un ancho de banda garantizado y simétrico.

La ORLA contempla las líneas alquiladas terminales sobre interfaces tradicionales así como sobre interfaces Ethernet. En la oferta de líneas alquiladas terminales Ethernet, se han fijado los precios en función de la distancia. De cara a la conexión de las estaciones base y nodos, para un operador alternativo de comunicaciones móviles sólo suele resultar viable la utilización de líneas alquiladas terminales Ethernet, fundamentalmente por una cuestión de capacidad necesaria.

A continuación se recoge la estructura de la oferta de este mercado diferenciando entre interfaces tradicionales e interfaces Ethernet.

SERVICIOS MAYORISTAS DE LINEAS ALQUILADAS TERMINALES								
SERVICIOS LÍNEAS TRADICIONALES								
INGRESOS (€) Y NUMERO DE LÍNEAS								
Operador	2010		2011		2012		2013	
	Ingresos	Líneas	Ingresos	Líneas	Ingresos	Líneas	Ingresos	Líneas
TELEFÓNICA	83.427.848	18.856	76.177.711	16.535	61.501.993	14.173	53.169.965	12.565
CABLEEUROPA	30.548.729	3.807	28.687.217	3.822	22.845.198	3.941	18.447.376	2.549
TRADIA TELECOM	10.603.130	994	10.982.423	1.071	11.119.907	1.272	10.853.969	1.155
ORANGE	21.198.101	353	17.898.960	560	11.794.585	510	8.705.572	506
RESTO	30.949.164	3.779	28.915.650	3.851	27.724.745	4.021	28.192.908	4.126
TOTAL	176.726.972	27.789	162.661.961	25.839	134.986.428	23.917	119.369.790	20.901
SERVICIOS MAYORISTAS DE LINEAS ALQUILADAS TERMINALES								
SERVICIOS LÍNEAS ETHERNET								
INGRESOS (€) Y NUMERO DE LÍNEAS								
Operador	2.010		2.011		2.012		2.013	
	Ingresos	Líneas	Ingresos	Líneas	Ingresos	Líneas	Ingresos	Líneas
TELEFÓNICA	9.150.655	1.029	11.491.912	1.998	19.550.694	3.692	23.734.853	4.292
CABLEEUROPA	-	-	2.426.636	96	5.595.567	260	7.921.718	420
AIRE NETWORKS	4.103.127	22	5.445.135	33	5.998.171	39	6.194.853	46
RESTO	3.138.645	365	5.731.925	343	4.840.192	397	5.270.336	525
TOTAL	16.392.427	1.416	25.095.609	2.470	35.984.624	4.388	43.121.759	5.283

Fuente: CNMC

2.3. MERCADO GEOGRÁFICO

En lo que respecta al ámbito geográfico relevante de los distintos mercados de producto considerados, a los efectos del presente expediente se considera que el mismo es nacional en España, teniendo en cuenta que las políticas comerciales de los principales operadores de comunicaciones se establecen a nivel nacional, que la regulación sectorial se concreta fundamentalmente a nivel nacional y que los acuerdos analizados en el presente expediente tienen un ámbito geográfico nacional.

Igualmente, cabe indicar que las conductas investigadas en el presente expediente son susceptibles de afectar al comercio intracomunitario ya que los mercados minoristas de comunicaciones fijas y móviles, así como el mercado mayorista de acceso y originación de comunicaciones móviles, todos ellos son de dimensión nacional en España, que es una parte significativa de la Unión Europea.

Concretamente, estas conductas pueden limitar la capacidad de YOIGO, un operador cuyo principal accionista (el grupo TELIASONERA) es sueco, de ejercer una presión competitiva significativa en los mercados afectados en España. Adicionalmente, estas conductas pueden limitar la competencia en la prestación de servicios mayoristas de acceso y originación de comunicaciones móviles en España, lo que puede tener efectos exclusionarios sobre los operadores móviles virtuales de terceros países comunitarios que ya están en el mercado español o que podrían estar interesados en entrar en el mismo.

En definitiva, se 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, lo que permite la aplicación del artículo 101 TFUE a los efectos del presente expediente.

3. HECHOS PROBADOS

TELEFONICA y YOIGO, y estos dos con ABERTIS, suscribieron los siguientes acuerdos que han sido objeto de análisis en el presente expediente¹⁴:

- Un acuerdo marco de fecha 31 de julio de 2013 y su adenda, suscrito entre TELEFONICA (el firmante el TME), YOIGO y ABERTIS, cuyo objeto es fijar el proceso de reestructuración y racionalización de las infraestructuras móviles de TELEFÓNICA y YOIGO, que implica la adquisición por parte de ABERTIS de determinadas infraestructuras pasivas de TELEFÓNICA y YOIGO, y la obligación de éste de dar cobertura a terceros operadores y, en particular, a TELEFONICA y YOIGO (folios 235 a 246).

¹⁴ En relación con los Acuerdos firmados en 2013, consta la existencia de un previo acuerdo de intenciones entre TELEFONICA y YOIGO de fecha 18 de julio de 2013 (folios 295 y 313) y acuerdo de intenciones de TELEFONICA y YOIGO con ABERTIS de fecha 18 de julio de 2013 (folios 848 a 859).

- Un contrato de 29 de abril de 2008 y sus adendas, suscritos entre TELEFONICA (el firmante es TME) y YOIGO, cuyo objeto es la prestación del servicio de itinerancia nacional por parte de TELEFONICA a YOIGO, que permite a éste último la utilización de las redes de acceso 2G y 3G de TELEFÓNICA, con una ampliación para incluir la tecnología 4G (folios 1230 a 1347; 1348 a 1354 y 187 a 194).
- Un contrato de fecha 31 de julio de 2013, suscrito entre TELEFÓNICA (el firmante es TME) y YOIGO, cuyo objeto es el uso por parte de TELEFÓNICA de la red de acceso 4G de YOIGO sobre 1800 MHz (folios 128 a 186).
- Una serie de acuerdos firmados con fecha 31 de julio de 2013 entre TELEFONICA y YOIGO, cuyo objeto es la contratación por parte de YOIGO de nuevas capacidades de transmisión en la red de transporte de TELEFÓNICA, ampliando los acuerdos anteriormente existentes de 2010 (folios 195 a 234).
- Un contrato de fecha 31 de julio de 2013, en virtud del cual TELEFONICA (el firmante es TESAU) autoriza a YOIGO a poner a disposición de sus clientes minoristas determinados servicios fijos de TELEFÓNICA (voz y datos). Con este acuerdo, YOIGO tiene la capacidad de prestar servicios convergentes (folios 768 a 814).

A continuación, se ponen de manifiesto las condiciones más relevantes, a efectos de la presente resolución, contenidas en los citados acuerdos.

3.1. PROYECTO VOLTA

El Proyecto VOLTA se instrumentó a través de un acuerdo marco entre ABERTIS, TELEFÓNICA y YOIGO firmado el 31 de julio de 2013, en el que se proyectan 4 fases de adquisición de infraestructuras por parte de ABERTIS.

Este acuerdo dio lugar a la operación de concentración económica consistente en la adquisición por parte de ABERTIS del control exclusivo de un mínimo de 4.227 y un máximo de 6.353 torres para servicios inalámbricos, junto con la infraestructura adyacente, tanto de TELEFÓNICA **[CONFIDENCIAL]** como de YOIGO, **[CONFIDENCIAL]** localizadas en las principales ciudades españolas. Esta operación de concentración fue autorizada en primera fase sin compromisos por el Consejo de la CNMC, mediante Resolución de 30 de octubre de 2013 en el expediente C/0527/13.

Junto con las infraestructuras¹⁵, que no incluyen los equipos necesarios para la prestación por TELEFÓNICA y YOIGO de los correspondientes servicios de telefonía móvil (nodos), se acuerda la transmisión a ABERTIS de los derechos de arrendamiento, subarriendo y/o cesión de uso de los emplazamientos (terrenos y

¹⁵ Las Infraestructuras consisten en torres para la prestación de servicios de comunicaciones inalámbricas, junto con la infraestructura adyacente (fundamentalmente, y sin que esta relación tenga un carácter exhaustivo, la torre, la caseta, el vallado y los equipos de climatización y eléctricos).

azoteas) en los que se sitúan las infraestructuras, y en limitados supuestos, la propiedad de los emplazamientos, que son propiedad de TELEFÓNICA¹⁶.

En vista de lo anterior, ABERTIS se comprometía, según figura en los contratos firmados entre las partes, a prestar servicios de coubicación¹⁷ a terceros operadores y, en particular, a TELEFÓNICA y YOIGO, en las infraestructuras adquiridas.

A fecha de la firma del acuerdo marco el 31 de julio de 2013, las partes firmaron asimismo los siguientes contratos:

- Contrato de compraventa de infraestructura y de cesión o subarriendo de contratos de arrendamiento de cesión de uso entre TELEFÓNICA y ABERTIS.
- Contrato de coubicación entre TELEFÓNICA y ABERTIS.
- Contrato de compraventa de infraestructura y de cesión o subarriendo de contratos de arrendamiento de cesión de uso entre YOIGO y ABERTIS.
- Contrato de coubicación entre YOIGO y ABERTIS.
- Contrato de restructuración entre YOIGO y ABERTIS.

Con fecha 30 de diciembre de 2013, las partes firmaron una adenda al contrato marco de 31 de julio de 2013 (folios 2.273 a 2.279) donde dejan constancia del cumplimiento de la cláusula relativa a la autorización por parte de la autoridad de competencia y, además, se reducen las previsiones iniciales de adquisición a un mínimo de 1.621 infraestructuras (extensible a un máximo de 2.689) a ejecutar antes del 31 de diciembre de 2014.

3.2. CONTRATOS DE ITINERANCIA NACIONAL ENTRE TELEFONICA Y YOIGO

3.2.1. Servicio de itinerancia nacional prestado por TELEFONICA a YOIGO

a) Contrato de fecha 29 de abril de 2008 y adendas al mismo

Contrato de 29 de abril de 2008

¹⁶ Las Infraestructuras de TELEFÓNICA y de YOIGO deberán cumplir unos requisitos mínimos: (i) que sean titularidad de TELEFÓNICA y/o YOIGO, respectivamente; (ii) que no estén incluidas en acuerdos marcos con entidades públicas o privadas; (iii) sobre las que no exista impedimento legal ni contractual para la transmisión de los contratos de los emplazamientos que no se hayan podido subsanar; y (iv) sobre las que haya sido previamente comprobada por Abertis su validez técnica. Además, las Infraestructuras de TELEFÓNICA no deberán estar situadas en emplazamientos de Telefónica de España, S.A.U. y deberá tratarse de Infraestructuras sobre las que no exista impacto económico relevante con motivo de la venta, salvo acuerdo entre las partes.

¹⁷ Una vez adquiridas las Infraestructuras por ABERTIS, éste prestará servicios de arrendamiento de espacio para la ubicación física de los equipos de operadores en los espacios físicos disponibles existentes en dichas Infraestructuras, tanto a TELEFÓNICA y YOIGO, como a terceros operadores (los "Servicios de coubicación"). Los Servicios de coubicación comprenderán, en términos generales, la provisión del acceso al punto de energía, condiciones de seguridad y de acondicionamiento necesarios para la instalación de los equipos empleados por el operador solicitante del acceso y mantenimiento de la Infraestructura.

Con fecha 29 de abril de 2008, TELEFÓNICA y YOIGO firmaron un contrato en virtud del cual TELEFÓNICA debe prestar a YOIGO un servicio de itinerancia nacional sobre su red de telefonía móvil, que en aquel momento abarcaba las tecnologías 2G y 3G (folios 1230 a 1347). Concretamente, en el contrato se señala que YOIGO puede acceder a la red de TELEFÓNICA utilizando las tecnologías que en aquel momento tuviera desplegadas así como aquellas evoluciones que tales tecnologías puedan tener en el futuro, como por ejemplo LTE.

La duración inicial prevista era de 5 años y 3 meses, prorrogable tácitamente por periodos de un año, salvo que exista denuncia mediante notificación expresa y por escrito de una de las partes con una antelación mínima de seis meses previos a la finalización del plazo inicial del contrato o de cada una de sus prórrogas.

Del contenido de su cláusula Quinta relativa a las “obligaciones de las partes”, cabe destacar dos obligaciones asumidas por YOIGO previstas en el apartado primero:

- *“Proporcionar a TME con periodicidad **[CONFIDENCIAL]** estimaciones de tráfico y clientes según las condiciones detalladas en el anexo 4 (Procedimientos Operativos)” (letra c).*
- *“YOIGO se obliga a no revender, alquilar o de cualquier otra manera poner a disposición de terceros distintos de los usuarios finales de sus servicios, ninguna funcionalidad de red o servicio objeto del contrato sin la autorización previa y por escrito de TME. TME se obliga a explicar y razonar a YOIGO los motivos de denegación de la autorización” (letra d).*

El contrato, así como sus anexos, no contemplan ninguna limitación expresa al número de clientes de YOIGO ni al tráfico que éstos puedan cursar sobre la red de TELEFÓNICA. Sí contempla, en el anexo de procedimientos operativos, la obligación por parte de YOIGO de enviar **[CONFIDENCIAL]** a TELEFÓNICA una previsión de tráfico y clientes para los **[CONFIDENCIAL]** venideros de cara a la gestión y al dimensionamiento adecuado de las redes y sistemas de TELEFÓNICA.

Finalmente, el contrato prevé la aplicación a YOIGO de descuentos por volumen de facturación de hasta un **[CONFIDENCIAL]** (anexo 3, apartado 9).

Adenda de fecha 15 de octubre de 2010

Posteriormente, con fecha 15 de octubre de 2010¹⁸, las partes acordaron modificar las condiciones del contrato a través de una adenda, prorrogando su duración hasta **[CONFIDENCIAL]**, sin contemplar modificaciones al mecanismo de prórroga previsto en el contrato de 29 de abril de 2008, por lo que se entiende que se mantiene el mecanismo de prórroga tácita anual a partir de dicha fecha.

¹⁸ Folios 1348 a 1354

Adenda de fecha 31 de julio de 2013

El adenda de fecha 31 de julio de 2013¹⁹, tiene por objeto modificar determinados aspectos económicos y de facturación con respecto a los acuerdos anteriores, alcanzando las nuevas condiciones económicas también al roaming nacional exclusivamente sobre la red LTE 1800 MHZ de TELEFÓNICA, en ejecución de las previsiones de la cláusula primera del contrato suscrito en 2008.

En este nuevo adenda firmado por las partes hay dos condiciones que cabe destacar.

Por un lado, como ya se ha señalado, las partes acuerdan extender las nuevas condiciones económicas a la itinerancia nacional sobre la red LTE en la banda 1.800 MHz de TELEFÓNICA. Con ello, se da cumplimiento a la cláusula primera del contrato de 2008, que preveía que el acuerdo alcanza “a aquellas evoluciones que tales tecnologías puedan tener en el futuro, como por ejemplo LTE”.

Y por otro lado, en la cláusula 5 del contrato relativa a la “Resolución del contrato y Penalizaciones” se prevé la siguiente condición resolutoria:

“Este acuerdo quedará resuelto de pleno derecho en el supuesto de que como consecuencia de la resolución por un organismo regulador se hiciese imposible la ejecución del contrato suscrito para la prestación del servicio mayorista de roaming LTE de fecha el 31 de julio de 2013. En tal caso ambas partes podrán resolver definitivamente el contrato principal el 31 de diciembre de 2014”.

Otra de las modificaciones se refiere a la vigencia del contrato, para extenderlo por un periodo adicional de **[CONFIDENCIAL]**, manteniendo el mecanismo de prórroga tácita anual a partir de dicha fecha.

Asimismo, YOIGO se compromete **[CONFIDENCIAL]**.

b) Implementación efectiva del acuerdo de itinerancia nacional de YOIGO sobre la red de TELEFÓNICA

En la respuesta a los requerimientos de fecha 28 de enero de 2014 efectuados por la Dirección de Competencia, ambos operadores señalan que hasta esa fecha YOIGO no estaba utilizando la red de TELEFÓNICA para dar servicio 4G a sus clientes minoristas.

En cuanto al consumo por parte de YOIGO de itinerancia nacional sobre la red de TELEFÓNICA de voz, mensajes cortos y datos en 2G y 3G, hasta 2013 habría sido el siguiente:

¹⁹ folios 187 a 194

CONSUMO DE ITINERANCIA NACIONAL DE YOIGO SOBRE LA RED DE TELEFÓNICA 2G Y 3G				
	2010	2011	2012	2013
Minutos	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
Número de mensajes	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
GB	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
TOTAL €	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]

Fuente: Contestación de TELEFÓNICA de 28 de abril de 2014 a requerimiento de información de 8 de abril de 2014 (folio 2.205)

Finalmente, en términos de volumen, cabe destacar un uso relativamente intenso por parte de YOIGO de la red de TELEFÓNICA para prestar servicios 2G y 3G a sus clientes finales.

TRAFICO DE YOIGO SOBRE LA RED DE TELEFÓNICA POR SERVICIOS (2G y 3G) (% sobre tráfico total de clientes de YOIGO) Datos para el primer trimestre de cada año 2010 a 2014					
	1T2010	1T2011	1T2012	1T2013	1T2014
Tráfico de Voz	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
Tráfico de Mensajes	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
Tráfico de Datos	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]

Fuente: Contestación de YOIGO de 29 de abril de 2014 a requerimiento de información de 8 de abril de 2014 (folio 2.261)

3.2.2. Servicio de itinerancia nacional prestado por YOIGO a TELEFÓNICA

a) Contrato de fecha 31 de julio de 2013

Con fecha 31 de julio de 2013, YOIGO y TELEFONICA firmaron un contrato en virtud del cual YOIGO presta a TELEFONICA un servicio de itinerancia nacional sobre la red LTE de YOIGO, en su banda de 1800 Mhz y mediante la utilización de 10 MHz (folios 128 a 186).

Con este contrato, durante **[CONFIDENCIAL]**, prorrogables automáticamente por periodos de un año²⁰, YOIGO dará servicio de acceso a datos 4G/LTE a TELEFÓNICA en las zonas urbanas donde YOIGO haya desplegado su red 4G.

Cabe destacar las siguientes condiciones contenidas en el citado contrato:

Exclusividad

El contrato contempla exclusividad, por lo que las partes acuerdan que TELEFÓNICA no podrá celebrar acuerdos similares con otros operadores móviles

²⁰ Salvo que exista denuncia mediante notificación expresa y por escrito de cualquiera de las partes con una antelación mínima de seis meses previos a la finalización del plazo inicial o de sus prórrogas.

de red en España. Ello implica que todo el tráfico de datos LTE/1800 que curse TELEFÓNICA en territorio nacional en la modalidad de roaming nacional lo será a través de la red de YOIGO.

Compromiso de despliegue de nodos

[CONFIDENCIAL]

Las partes acuerdan igualmente que **[CONFIDENCIAL]**. La fecha de disponibilidad y funcionamiento del servicio se reflejará mediante la firma por ambas partes del Acta de Recepción del servicio, que según consta en el expediente fue firmada por ambas partes el 29 de agosto de 2013 (folio 1.824 a 1.827).

Precio del servicio y consumo mínimo

En lo que se refiere al precio del contrato, TELEFÓNICA abonará a YOIGO los precios por el tráfico de datos que se establecen a continuación:

[CONFIDENCIAL]

En el apartado séptimo del contrato se especifica que TELEFÓNICA se compromete a un consumo mínimo **[CONFIDENCIAL]**.

En cuanto a los pagos efectivamente realizados, según respuesta de las partes a los requerimientos de la Dirección de Competencia, **[CONFIDENCIAL]**.

Otras obligaciones de las partes

En cuanto a los demás compromisos asumidos por YOIGO, según se detallan en los apartados quinto y sexto del contrato, destacan las siguientes:

- YOIGO se compromete a informar a TELEFÓNICA de la evolución del despliegue de su red **[CONFIDENCIAL]** (cláusula quinta).
- **[CONFIDENCIAL]**
- **[CONFIDENCIAL]**

En cuanto a las demás obligaciones asumidas por TELEFÓNICA, según figuran en el apartado sexto del contrato, destacan las siguientes:

- TELEFÓNICA se compromete a proporcionar a YOIGO información detallada relativa al uso de sus clientes de la red LTE de YOIGO a partir de la cual se producirá la facturación del servicio de itinerancia nacional (cláusula 6.2.d).

[CONFIDENCIAL]

- TELEFÓNICA se compromete a no revender, alquilar o facilitar que operadores terceros puedan hacer uso del acceso contemplado en el acuerdo sin autorización de YOIGO (cláusula 6.2.e).

b) Implementación del acuerdo

En relación con este contrato, TELEFÓNICA tiene a su disposición toda la red LTE de YOIGO, quien se comprometía a un despliegue de [CONFIDENCIAL]. No obstante, en la medida en que TELEFÓNICA ha acelerado su propio despliegue de red 4G, en la actualidad hace uso de poco más de [CONFIDENCIAL] nodos de YOIGO.

Según TELEFÓNICA, en su escrito de fecha 10 de diciembre de 2013 citado, [CONFIDENCIAL].

Se observa cómo a fecha 31 de enero de 2014, y a pesar de haber realizado un intenso despliegue de casi [CONFIDENCIAL], TELEFÓNICA utiliza la capacidad de los nodos LTE de YOIGO para prestar el servicio de 4G a sus clientes. Concretamente, haría uso de [CONFIDENCIAL], en la mayoría de los cuáles TELEFÓNICA habría realizado su propio despliegue.

En cuanto a las grandes urbes de más de 300.000 habitantes, TELEFÓNICA habría estado haciendo uso de la red LTE de YOIGO [CONFIDENCIAL].

A fecha 30 de junio de 2014, TELEFÓNICA estima que hace uso de [CONFIDENCIAL].

Según afirmaciones de TELEFÓNICA en su escrito de 28 de abril de 2014, a partir del 1 de enero de 2015 no tenía previsto seguir haciendo uso de la red LTE de YOIGO para prestar servicios 4G a sus clientes.

No obstante, a finales de 2014 TELEFÓNICA habría solicitado la desconexión de [CONFIDENCIAL].

Por otro lado, en aquellos municipios donde ambos tienen desplegados nodos LTE, y según estimaciones de TELEFÓNICA, a fecha 31 de marzo de 2014 aproximadamente un [CONFIDENCIAL] del tráfico diario de clientes de TELEFÓNICA en 4G pasan por los nodos de YOIGO.

A fecha 31 de enero de 2014, TELEFÓNICA habría abonado a YOIGO un total de [CONFIDENCIAL], como se desprende del siguiente cuadro.

CONSUMO DE ROAMING DE TELEFÓNICA SOBRE LA RED DE YOIGO			
	LINEAS ACTIVAS	MB (miles)	FACTURADO (miles euros)
Octubre 2013	[CONF]	[CONF]	[CONF]
Noviembre 2013	[CONF]	[CONF]	[CONF]
Diciembre 2013	[CONF]	[CONF]	[CONF]
Enero 2014	[CONF]	[CONF]	[CONF]
Febrero 2014	[CONF]	[CONF]	[CONF]
Marzo 2014	[CONF]	[CONF]	[CONF]

*Se facturó [CONFIDENCIAL]

Fuente: Contestación de TELEFÓNICA de 28 de abril de 2014 a requerimientos de DC. Folios 2.176 a 2.191 y de YOIGO de 29 de abril de 2014 Folios 2.054-2.058

La cláusula 7.1 del contrato de fecha 31 de julio de 2013 de itinerancia nacional en la red LTE de YOIGO contempla **[CONFIDENCIAL]**.

Al respecto, **[CONFIDENCIAL]**.

3.3. ACUERDOS DE TRANSMISIÓN ENTRE TELEFÓNICA Y YOIGO

Con estos acuerdos TELEFÓNICA amplía la capacidad de los servicios mayoristas de transporte (desde la red de acceso, a la red troncal) que venía prestando a YOIGO. Además, **[CONFIDENCIAL]**.

Estos acuerdos de transmisión deben ponerse en relación con el acuerdo de itinerancia nacional en 4G de TELEFÓNICA sobre la red de YOIGO, dado que la ampliación de capacidad de transmisión es necesaria para que YOIGO (y TELEFÓNICA, a través del acuerdo de itinerancia nacional) pueda prestar servicios de 4G en condiciones de calidad. Estos acuerdos también guardan relación con la cesión de infraestructuras pasivas a ABERTIS y la coubicación de equipos de TELEFÓNICA y YOIGO en dichas infraestructuras pasivas, ya que es probable que TELEFÓNICA tenga para llegar con fibra óptica a todos los emplazamientos que integran su red.

A la hora de contextualizar estos acuerdos, conviene tener en cuenta que la dependencia de YOIGO de los servicios de transmisión de TELEFÓNICA de cara a la configuración de su red móvil es mucho mayor que la de VODAFONE u ORANGE, tal y como se refleja en la siguiente tabla.

	SERVICIOS DE TRANSMISIÓN – 31 diciembre 2013		
	PROPIA	ALQUILADA TELEFÓNICA	ALQUILADA TERCEROS
VODAFONE	[CONF]	[CONF]	[CONF]
ORANGE	[CONF]	[CONF]	[CONF]
YOIGO	[CONF]	[CONF]	[CONF]

Fuente: Contestación a requerimientos de fecha 28 de enero de 2014 a ORANGE (1.981 a 1.988), YOIGO (folio 2.092) y VODAFONE (folios 1.960 a 1.970)

Estos acuerdos de transmisión se implementan a través de tres contratos que se recogen a continuación.

3.3.1. Contrato para la prestación de servicios de circuitos GigaEthernet en emplazamientos en los que se encuentren colocalizados TELEFÓNICA y YOIGO (folios 201 a 220)

Las condiciones de este contrato firmado con fecha 31 de julio de 2013, se mantendrán vigentes por **[CONFIDENCIAL]**.

Las partes acuerdan que el contrato no se encuentre referenciado a ninguna oferta de referencia regulada, sino que se trata de un acuerdo comercial

negociado entre TELEFÓNICA y YOIGO para determinar las condiciones económicas aplicables a los circuitos GigaEthernet previstos en el contrato. Las condiciones se aplican **[CONFIDENCIAL]**.

En este contrato se establecen precios para circuitos GigaEthernet con caudal de 200 Mbps. YOIGO podrá **[CONFIDENCIAL]**, con los precios siguientes:

En este contrato se establecen precios para circuitos GigaEthernet con caudal de 200 Mbps. **[CONFIDENCIAL]**, con los precios siguientes:

<i>Euros/año</i>	$N^{21} < 1.300$	$1.300 < N < 2.300$	$N > 2.300$
Precio capital ²²	[CONF]	[CONF]	[CONF]
Precio no capital	[CONF]	[CONF]	[CONF]

Fuente: Contrato para la prestación de servicios de circuitos GigaEthernet en emplazamientos en los que se encuentren colocalizados Telefónica Móviles y Xfera Móviles S.A." de fecha 31 de julio de 2013 (folios 201 a 220)

A los precios anteriores les será de aplicación un descuento del **[CONFIDENCIAL]**.

Adicionalmente, TELEFÓNICA y YOIGO acuerdan un precio **[CONFIDENCIAL]**. Los precios a aplicar a estos circuitos son los siguientes:

	<i>Cuota de alta</i>	<i>Cuota recurrente</i>
Emplazamientos donde Yoigo dispone de un circuito FastEthernet con antigüedad superior a 1 año	[CONF]	[CONF]
Emplazamientos donde Yoigo no dispone de un circuito FastEthernet o bien su antigüedad es inferior a un año	[CONF]	[CONF]

Fuente: Contrato para la prestación de servicios de circuitos GigaEthernet en emplazamientos en los que se encuentren colocalizados Telefónica Móviles y Xfera Móviles S.A." de fecha 31 de julio de 2013 (folios 201 a 220)

En todos los casos de circuitos GigaEthernet, **[CONFIDENCIAL]**.

Por otra parte, TELEFÓNICA constituirá preferiblemente **[CONFIDENCIAL]**.

3.3.2. Contrato para la prestación de servicios de circuitos en emplazamientos coubicados propiedad de Abertis bajo el proyecto Volta (folios 221 a 234)

²¹ N corresponde con el número total de circuitos GigaEthernet.

²² Se considera "precio capital" la cobertura de emplazamientos en capitales de provincia, circuitos provinciales que atienden emplazamientos en municipios de más de 30.000 habitantes o bien en municipios que, con una población inferior, estén dotados de nodo MAN Ethernet de Telefónica.

Las condiciones de este contrato firmado con fecha 31 de julio de 2013, se mantendrán vigentes por **[CONFIDENCIAL]**.

Mediante este contrato, TELEFÓNICA y YOIGO acuerdan las condiciones a aplicar para los circuitos FastEthernet actualmente en servicio en emplazamientos de TELEFÓNICA **[CONFIDENCIAL]**.

Como en el caso anterior, las partes acuerdan que las condiciones y los servicios objeto del contrato no son parte de ninguna oferta regulada.

Los precios a aplicar son los siguientes:

<i>Euros/año</i>	Municipios población < 70.000 habitantes	Municipios población > 70.000 habitantes
FastEthernet 30 Mb/s	[CONF]	[CONF]
FastEthernet 100 Mb/s	[CONF]	[CONF]

Fuente: Contrato para la prestación de servicios de circuitos en emplazamientos coubicados propiedad de Abertis bajo el proyecto Volta" de fecha 31 de julio de 2013 (folios 221 a 234).

En todos los casos de circuitos FastEthernet, a los aumentos de caudales **[CONFIDENCIAL]**.

A los precios anteriores les será de aplicación un descuento **[CONFIDENCIAL]**.

3.3.3. Adenda para la modificación de las condiciones de prestación de los servicios de utilización conjunta de infraestructuras de telecomunicaciones y transmisión entre TELEFÓNICA y YOIGO de fecha 31 de julio de 2013 (folios 195 a 200)

Bajo este contrato se modifican aspectos referidos a los contratos entre TELEFÓNICA y YOIGO de 29 de junio de 2007 (y su anexo de modificación de 16 de diciembre de 2008) y de 2 de julio de 2007, así como de la adenda de 15 de octubre de 2010 modificando los anteriores contratos. Entre los aspectos modificados se incluyen **[CONFIDENCIAL]**.

3.4. CONTRATO DE AGENCIA ENTRE TELEFÓNICA Y YOIGO

3.4.1. Contrato de agencia de fecha 31 de julio de 2013

Con fecha 31 de julio de 2013, TELEFONICA y YOIGO firmaron un contrato de agencia en virtud del cual YOIGO puede promover la contratación, a través de sus habituales canales de venta y en nombre y por cuenta de TELEFÓNICA, de ciertos servicios fijos prestados por TELEFONICA. Con este contrato, YOIGO accede a la posibilidad de prestar servicios convergentes de telecomunicaciones (folios 768 a 814).

De conformidad con el objeto del contrato, YOIGO comercializará en una oferta conjunta los servicios fijos de TELEFÓNICA junto con sus servicios de comunicaciones móviles, con las siguientes condiciones:

- YOIGO promoverá la contratación del producto conjunto constituido por el empaquetamiento de servicios fijos de TELEFÓNICA y sus propios servicios móviles, actuando en su caso en nombre y por cuenta de TELEFÓNICA.
- El cliente contratará formalmente con TELEFÓNICA para los servicios fijos y con YOIGO para los servicios móviles.
- Cada uno de los servicios minoristas estará regulado por diferentes condiciones y recibirá diferentes facturas. Asimismo, deberán ser servicios disponibles en los respectivos catálogos de las partes y los precios serán los vigentes en cada momento.
- Los precios de los diferentes productos de las partes serán los vigentes en cada momento y serán decididos de forma independiente por ellas. YOIGO tendrá plena libertad para decidir las condiciones bajo las cuales los clientes acceden al producto conjunto.
- YOIGO comercializará el producto conjunto en sus canales habituales de venta y deberá actuar con sometimiento al “Manual Operativo de Distribución”²³ a la hora de distribuir los servicios de TELEFÓNICA.

Otras condiciones del contrato son las siguientes:

Exclusividad

El acuerdo suscrito no tiene carácter exclusivo y alcanza a todo el territorio nacional.

Duración

En lo que se refiere a la duración del contrato, la cláusula tercera contiene una previsión de relevancia para este expediente, al limitar la duración del mismo a un periodo de seis meses desde la fecha de su firma, sin perjuicio de las prórrogas semestrales que puedan producirse.

“El presente contrato tendrá una duración de seis meses desde la fecha de su firma. Finalizado el plazo, se entenderá prorrogado automáticamente por periodos semestrales, salvo que medie la denuncia por cualquiera de las Partes, quien deberá notificar fehacientemente y por escrito su propósito a la otra, con una antelación mínima de 115 días a la fecha de finalización del plazo inicial o de cualquiera de sus prórrogas sucesivas”.

²³ Al que hace referencia el anexo II del contrato de agencia cuyos términos debían de acordarse con anterioridad al 16 de septiembre de 2013. Finalmente se suscribe el 12 de agosto de 2013 bajo el nombre de « Oferta Base : Operativa de atención y tramitación» (folios 1.556 a 1.618)

Al respecto, cabe señalar que el **[CONFIDENCIAL]** TELEFÓNICA comunicó a YOIGO su oposición a la renovación tácita del acuerdo de agencia **[CONFIDENCIAL]**. No obstante, **[CONFIDENCIAL]** TELEFÓNICA ofreció a YOIGO la renovación del mencionado contrato de agencia por un periodo de seis meses adicional (folio 2.321), lo que fue aceptado por YOIGO el **[CONFIDENCIAL]** (folio 2322).

Comisiones

A los efectos de retribuir la labor de promoción y venta de los productos fijos de TELEFÓNICA, ésta pagará a YOIGO una comisión por cada alta nueva en servicios fijos de TELEFÓNICA que se haya gestionado por YOIGO desde sus canales de venta.

Según el anexo III (folio 799) del contrato, las comisiones a YOIGO serían las siguientes:

- Por alta nueva de servicios fijos:
 - “ADSL BASE con bono de llamadas fijo-móvil”: **[CONFIDENCIAL]**
 - “ADSL BASE sin bono de llamadas fijo-móvil”: **[CONFIDENCIAL]**
 - “FIBRA BASE con bono llamadas fijo-móvil”: **[CONFIDENCIAL]**
 - Si además implica un alta nueva de línea fija se añade **[CONFIDENCIAL]** en concepto de “ATF Línea Fija”.
- Por reposicionamiento de servicios fijos:
 - Migración por parte del cliente de cualquier modalidad minorista ADSL de Movistar a FIBRA base con bono fijo-móvil: **[CONFIDENCIAL]**

En caso de que TELEFÓNICA modificase unilateralmente el importe de las anteriores comisiones se compromete a comunicar a YOIGO las mismas con un preaviso de **[CONFIDENCIAL]**.

Según el anexo I (folio 797) del contrato, los precios de los servicios fijos de TELEFÓNICA objeto del contrato son los siguientes:

- “ATF Línea fija”: **[CONFIDENCIAL]**
- “ADSL BASE con bono de llamadas fijo-móvil”: **[CONFIDENCIAL]**
- “ADSL BASE sin bono de llamadas fijo-móvil”: **[CONFIDENCIAL]**
- “FIBRA BASE con bono llamadas fijo-móvil”: **[CONFIDENCIAL]** (sin cuota de abono ATF)

En el supuesto de modificaciones de precios y/o condiciones de los servicios fijos de TELEFÓNICA, ésta las comunicará a YOIGO con un mes de antelación.

Manual operativo de distribución

El Anexo II del contrato contiene un compromiso de las partes de acordar con anterioridad al 16 de septiembre de 2013, los términos del Manual Operativo de Distribución.

En cumplimiento de la citada previsión, con fecha 12 de agosto de 2013, YOIGO y TELEFÓNICA suscribieron el manual operativo, “Oferta base: operativa de atención y tramitación”, que establece los procedimientos a seguir por parte de YOIGO a la hora de comercializar los servicios fijos de TELEFÓNICA (folios 1596 a 1618).

Respecto del mismo destacan los siguientes puntos de los apartados 4.2 y 4.3 relativo a las altas y posventas (folio 1.605):

- La oferta Base sobre cobre solo se podrán contratar por: clientes nuevos, clientes solo voz, portabilidades, traspasos y clientes que ya tengan un producto base sobre cobre.
- Los productos base sobre fibra solo se podrán contratar por: clientes nuevos, clientes solo voz, portabilidades, traspasos, clientes que ya tengan un producto base sobre cobre o fibra, clientes que tenga BAF fija sobre cobre.

Es decir, un cliente que ya tenga BAF con Movistar sobre fibra no podrá contratar ningún paquete de la oferta Base. Si tiene BAF sobre cobre sí podrá contratar un producto Base sobre fibra pero no sobre cobre.

No se permitirán posventas de fibra Base a cobre Base.

3.4.2. Grado de cumplimiento del contrato de agencia

Para evaluar los aspectos del contrato anteriormente descritos la Dirección de Competencia realizó diversos requerimientos a TELEFÓNICA y YOIGO sobre su implantación efectiva y grado de cumplimiento, como a continuación se detalla.

a) Productos fijos minoristas de TELEFONICA

Los productos minoristas de TELEFÓNICA de servicios fijos de telefonía e internet ofertados en la página web de MOVISTAR a particulares durante el periodo desde septiembre 2013 hasta junio 2014 son los siguientes:

- Productos de internet denominados “BASE” que únicamente pueden contratarse online y que se corresponden con los productos que YOIGO está autorizado a comercializar:
 - ADSL Base
 - ADSL Base Fijo y Móvil
 - Fibra Base

- Los denominados “**Movistar**”, productos comercializados por TELEFÓNICA que no pueden ser distribuidos por YOIGO:
 - Movistar ADSL
 - Movistar ADSL llamadas
 - Movistar Fibra

PRODUCTOS	PERMANENCIA*	LLAMADAS FIJO-MOVIL	PRECIO (sin IVA) (5/12/2013)
(en azul los productos comercializados por YOIGO)			
ADSL Base	x	X	32€
Movistar ADSL	√	X	34,28€
ADSL Base Fijo y Móvil	x	√	34,28€
Movistar ADSL llamadas	√	√	39,28€
Fibra Base	√	√	48,28€
Movistar Fibra	√	√	54,28€**

A los precios se les ha sumado la cuota de alquiler de línea en caso de que no figurara en el precio final. La cuota asciende a 14,38€ a fecha 5 de diciembre de 2013.

* Las condiciones de permanencia han ido cambiando durante el periodo, así por ejemplo en el caso de Movistar ADSL en septiembre-diciembre 2013 era de 12 meses si no se disponía de línea móvil Movistar, y en febrero de 2014 pasa a ser de 6 meses de permanencia en la línea telefónica.

**Precio promocionado 12 meses a 44,28€

Fuente: Página web de Movistar a fecha 5 de diciembre de 2013. (Folios 2.316 a 2.317)

Si bien todos los paquetes anteriores se pueden encontrar en la página web de TELEFÓNICA en distintas pestañas dentro de la misma, TELEFÓNICA elige en cada momento cuál es el paquete que destaca en su página de inicio.

Al respecto, en un principio las ofertas “Base” no se encontraban recogidas en la página de “Ofertas ADSL”, sino que eran las modalidades más caras “Movistar” las que figuraban. Lo mismo ocurría en el caso de la fibra.

No obstante, a lo largo del periodo de septiembre de 2013 a febrero de 2014 se observa como primero la oferta “ADSL Base” y posteriormente la oferta “ADSL Base Fijo y Móvil” pasan a estar recogidas en la página de ofertas.

A junio de 2014, TELEFÓNICA sigue recogiendo en la página de ofertas “Movistar Fibra” frente a la modalidad Base.

En cuanto a los productos convergentes de TELEFÓNICA, en la página de MOVISTAR se encuentran las siguientes ofertas a fecha febrero de 2014 (folio 2.318), con precios sin IVA:

- Movistar Fusión Mini (ADSL): 34,90€
- Movistar Fusión (ADSL): 49,90€
- Movistar Fusión Fibra: 49,90€
- Movistar Fibra Fusión Máxima: 59,90€

En relación con la contratación por parte de clientes particulares de los anteriores productos fijos de TELEFÓNICA se muestran el número de clientes y de altas que

se han producido para los primeros seis meses desde que está vigente el acuerdo.

	CONTRATACIONES PRODUCTOS DE INTERNET DE TELEFÓNICA			
	Número de clientes	Número altas de movistar	Núm de altas acuerdo agencia	Resto altas
	OCTUBRE 2013- FEBRERO DE 2014			
ADSL Base	89.751	530	29.842	7.900
Movistar ADSL	5.029.193	85.375	-	61.538
ADSL Base Fijo y Móvil	73.110	1.989	4.242	18.428
Movistar ADSL	10.265.711	104.959	-	43.792
Fibra Base	7.028	122	509	1.443
Movistar Fibra	1.262.907	35.296	-	22.228

Fuente: Respuesta de TELEFÓNICA de fecha 14 de febrero y 28 de abril de 2014. Folios 2.020 a 2.024; 2.186 a 2.187)

En virtud del contrato de agencia se observa como TELEFÓNICA habría firmado contratos para la prestación de servicios fijos de internet con **[CONFIDENCIAL]** clientes móviles de YOIGO, un **[CONFIDENCIAL]** del total de altas de productos de internet de TELEFÓNICA, de los cuáles **[CONFIDENCIAL]** se habrían firmado en el primer trimestre del año 2014.

Asimismo se observa como efectivamente los productos “BASE” tienen una contratación testimonial en comparación a la contratación de los productos MOVISTAR.

b) Productos fijos minoristas de YOIGO

A raíz del acuerdo de agencia firmado con TELEFÓNICA, el operador móvil YOIGO ofrece los siguientes productos convergentes que incorporan los servicios fijos de TELEFÓNICA, promocionados bajo la denominación de “Fusión a lo YOIGO” (folio 2.319; precios sin IVA a fecha 11 de febrero de 2014):

- Fusión Plana a lo YOIGO (ADSL): 34€ (Incluye “ADLS Base”)
- Fusión Infinita a lo YOIGO (ADSL): 49€ (“Incluye “ADSL Base Fijo-Móvil”)
- Fusión Fibra Infinita a lo YOIGO: 59€ (Incluye “Fibra Base”)

Comparando con los precios de los productos FUSION de TELEFÓNICA facilitados anteriormente, se desprende que YOIGO es capaz de replicar 3 de las cuatro ofertas convergentes de TELEFÓNICA, ofreciendo en la parte de servicios móviles las mismas prestaciones que TELEFÓNICA con un descuento de 90cts de euro al mes.

Fusión Infinita y Fusión Infinita Fibra incorporan ambas la tarifa móvil de YOIGO “LA INFINITA 25”, si bien a precios sin IVA distintos, 14,72€ y 10,72€ respectivamente.

En la presentación al Consejo de Administración de YOIGO de 25 de junio de 2013 se señala que el margen medio en productos móviles pospago es de **[CONFIDENCIAL]**.

De lo anterior se deduce que a YOIGO le interesa ofrecer los productos FUSIÓN fundamentalmente para retener a clientes como último recurso, ya que estaría ofreciendo su producto móvil a un precio muy rebajado sobre el margen medio de sus productos móviles.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. HABILITACIÓN COMPETENCIAL

De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, del Ministerio de Economía y Competitividad, se determinó el 7 de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la CNMC. Según la disposición adicional segunda de la misma Ley *“las referencias que la legislación vigente contiene a la Comisión Nacional de la Competencia [...] se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [...]”* y *“Las referencias que la Ley 15/2007, de 3 de julio, contiene a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de Competencia se entenderán realizadas a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”*.

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, a la CNMC compete *“aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”*. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de *“resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio”* y según el artículo 14.1.a) del Estatuto orgánico de la CNMC aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, *“la Sala de la Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio”*.

Finalmente, cabe indicar que, al tratarse de un expediente que puede afectar a mercados de telecomunicaciones sujetos a regulación, resulta preceptivo, de conformidad con el artículo 14.2.a) del Estatuto orgánico de la CNMC, el informe de la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la CNMC.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, con informe de la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO. OBJETO DE LA RESOLUCIÓN Y NORMATIVA APLICABLE

En el presente expediente sancionador esta Sala debe resolver, sobre la base de la instrucción realizada por la Dirección de Competencia, que se recoge en su

Informe y Propuesta de Resolución, si los concretos acuerdos entre TELEFÓNICA y YOIGO recogidos en los hechos acreditados son incompatibles con el artículo 1 de la LDC y con el artículo 101 del TFUE.

Por lo que respecta a la normativa nacional aplicable, se trata en el presente expediente de prácticas realizadas durante la vigencia de la LDC de 2007, que prohíbe en su artículo 1 los acuerdos que tengan por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional.

Por otro lado, esta Sala se muestra favorable a la aplicación también del artículo 101 del TFUE, por cuanto las conductas de TELEFÓNICA y YOIGO investigadas en el presente expediente son susceptibles de afectar al comercio intracomunitario. En particular, las conductas de TELEFÓNICA y YOIGO son susceptibles de afectar de forma significativa a las condiciones de competencia en los mercados minoristas de comunicaciones fijas y móviles, así como en el mercado mayorista de acceso y originación de comunicaciones móviles, todos ellos de dimensión nacional en España, que es una parte significativa de la Unión Europea.

Concretamente, estas conductas pueden limitar la capacidad de YOIGO, un operador cuyo principal accionista (el grupo TELIASONERA) es sueco, de ejercer una presión competitiva significativa en los mercados afectados en España. Adicionalmente, estas conductas pueden limitar la competencia en la prestación de servicios mayoristas de acceso y originación de comunicaciones móviles en España, lo que puede tener efectos exclusionarios sobre los operadores móviles virtuales de terceros países comunitarios que ya están en el mercado español o potencialmente están interesados en entrar en el mismo.

En definitiva, se cumplen los criterios de posible afectación al comercio entre Estados miembros desarrollados en la Comunicación de la Comisión Europea de las directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio, lo que permite la aplicación del artículo 101 del TFUE. A tales efectos, con fecha 12 de marzo de 2015, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó la remisión de información a la Comisión Europea 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.

TERCERO. VALORACIÓN JURÍDICA DEL ÓRGANO INSTRUCTOR

Finalizada la instrucción del expediente, en base al artículo 50.4 de la LDC, la Dirección de Competencia ha propuesto al Consejo que declare la existencia de una infracción única y continuada de lo dispuesto en el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE, consistente en la suscripción de acuerdos o cláusulas de acuerdos entre YOIGO y TELEFONICA que tienen por objeto y efecto restringir la competencia efectiva en los mercados de comunicaciones electrónicas.

Acuerdos de itinerancia nacional

En relación con los acuerdos de itinerancia nacional, según señala la Dirección de Competencia, ambos bloques de acuerdos entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE, ya que se trata de acuerdos entre competidores restrictivos de la competencia en los mercados afectados en España.

Sin perjuicio de lo anterior, la Dirección de Competencia analiza en qué medida pueden beneficiarse de la exención legal prevista en el artículo 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE, y llega a las siguientes conclusiones:

a) Acuerdo de itinerancia nacional de YOIGO sobre la red móvil de TELEFÓNICA

La Dirección de Competencia llega a la conclusión de que este acuerdo genera eficiencias que favorecen a los consumidores, al haber permitido la entrada de un nuevo operador de red en España que ha introducido una dinámica competitiva significativa en el mercado minorista de comunicaciones móviles. Señala, además, que YOIGO está haciendo su propio despliegue gradual en las zonas urbanas, siendo uno de los operadores impulsores del despliegue de las redes 4G en España.

De esta manera, en términos generales, el objeto y efecto restrictivo de este acuerdo de itinerancia nacional sería compensado por los beneficios a los consumidores que el mismo genera y, por lo tanto, el mismo podría estar amparado por la exención prevista en los artículos 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE, a excepción de las siguientes cláusulas contenidas en el acuerdo que no quedarían cubiertas por la exención prevista en los citados artículos:

- a) La cláusula 5.1 que otorga un derecho de veto absoluto a TELEFÓNICA en caso de que YOIGO quisiera firmar un contrato de acceso y originación de comunicaciones móviles con un operador móvil virtual, con el objeto de revenderle el uso de la red móvil de TELEFÓNICA en los ámbitos geográficos donde YOIGO no cuenta con red móvil propia. Esta previsión, según la Dirección de Competencia, en la práctica puede desincentivar o impedir a YOIGO operar en el mercado de acceso y originación de comunicaciones móviles en España, a pesar de que cuenta con una red móvil propia y que más del **[CONFIDENCIAL]** del tráfico de sus clientes finales se canaliza actualmente a través de esta red.
- b) La cláusula 5 del acuerdo de 31 de julio de 2013 que permite a TELEFÓNICA acortar la duración de la itinerancia nacional de YOIGO sobre la red móvil de TELEFÓNICA al 31 de diciembre de 2014, en el caso de que desde un punto de vista regulatorio o de competencia se pongan objeciones al acuerdo de itinerancia nacional de TELEFÓNICA sobre la red 4G de YOIGO. Según la Dirección de Competencia, dicha cláusula no tiene ninguna justificación

objetiva más allá de dotar a TELEFÓNICA de un mecanismo de presión sobre YOIGO y sobre la CNMC, al amenazar con la eliminación de los efectos favorables del acuerdo de itinerancia nacional de YOIGO sobre la red de TELEFÓNICA si se ponen objeciones al acuerdo de itinerancia nacional inverso, lo que podría conllevar la exclusión de YOIGO del mercado minorista de comunicaciones móviles en España.

- c) La ejecución de la cláusula primera del acuerdo de 29 de abril de 2008, según consta en el acuerdo de 31 de julio de 2013, que extiende el objeto del acuerdo a la tecnología LTE y que permite a YOIGO la itinerancia nacional sobre la red 4G de TELEFÓNICA en ámbitos urbanos donde YOIGO disponga, o sea razonable desde un punto de vista económico que disponga, de red 4G propia.

Sin embargo, la Dirección de Competencia advierte que hasta la fecha YOIGO no hace uso de la red 4G de TELEFÓNICA, por lo que podría deducirse que en la práctica este acuerdo en principio sólo se aplicaría en las zonas menos densamente pobladas, de manera similar al uso que viene dando YOIGO a la itinerancia nacional de 2G y 3G de TELEFÓNICA, algo que estaría cubierto por la exención prevista en los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE, conforme a los razonamientos que se han utilizado para valorar la aplicabilidad de esta exención al contrato de 29 de abril de 2008.

b) Acuerdo de itinerancia nacional de TELEFÓNICA sobre la red 4G de YOIGO

El análisis de la Dirección de Competencia concluye que este acuerdo ha eliminado la diferenciación competitiva entre TELEFÓNICA y YOIGO de cara a la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas móviles 4G desde el 31 de julio de 2013 hasta la actualidad, y ha llevado a una coordinación de facto en los despliegues de la red 4G de ambos operadores, limitando la competencia entre ambos operadores en términos de capacidad y cobertura.

En consecuencia, a juicio de la Dirección de Competencia, este acuerdo no tiene efectos beneficiosos significativos para los consumidores, por lo que no le sería de aplicación la exención prevista en los artículos 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE.

Acuerdo de agencia

Según la Dirección de Competencia, el acuerdo de agencia entre TELEFÓNICA y YOIGO tiene un objeto y potencial efecto restrictivo de la competencia, en la medida en que desincentiva a YOIGO a convertirse en un competidor efectivo en dicho mercado.

No obstante, según la Dirección de Competencia, a pesar de tratarse de un acuerdo entre competidores tiene un potencial efecto procompetitivo en la medida que permite a YOIGO realizar de forma inmediata ofertas convergentes fijo-móvil, lo que refuerza su capacidad para seguir ejerciendo una presión competitiva

significativa en el mercado minoristas de comunicaciones móviles. Por tanto, la Dirección de Competencia considera que le es de aplicación la exención prevista en los 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE, a excepción de las siguientes condiciones previstas en el acuerdo que no se beneficiarían de la aplicación de los citados artículos:

- a) La cláusula tercera, en la medida que, según la Dirección de Competencia, permite cada 6 meses a TELEFÓNICA dejar sin efecto el acuerdo de agencia, lo que puede ser utilizado por TELEFÓNICA como instrumento de presión para disciplinar el comportamiento competitivo de YOIGO en los mercados afectados en España.
- b) La limitación contenida en el manual operativo acordado por ambos operadores el 12 de agosto de 2013 (“Oferta base: operativa de atención y tramitación”) a la capacidad de YOIGO de captar a los clientes de banda ancha fija preexistentes de TELEFÓNICA en el marco de este acuerdo de agencia, lo que constituye, a juicio de la Dirección de Competencia, una restricción desproporcionada a la competencia que puede plantear YOIGO con sus ofertas convergentes de servicios fijos-móviles, lo que contribuye a limitar la competencia entre ambos operadores en el mercado minorista de comunicaciones móviles.
- c) La configuración y comercialización de los productos de comunicaciones fijas de TELEFÓNICA incluidos por este operador en el acuerdo de agencia, en la medida en que, según la Dirección de Competencia, supone la limitación en la comercialización autónoma de estos productos de comunicaciones fijas por parte de TELEFÓNICA, al comercializar este operador de forma más activa productos de contenido equivalente más caros para el consumidor final, permite a TELEFÓNICA utilizar su autonomía en la fijación de los precios de estos productos de comunicaciones fijas incluidos en el acuerdo de agencia como instrumento de presión para disciplinar el comportamiento competitivo de YOIGO en los mercados afectados en España.

Acuerdos de compartición de elementos pasivos y acuerdos de transmisión

La Dirección de Competencia concluye que los acuerdos de compartición de elementos pasivos entre TELEFÓNICA y YOIGO a través de ABERTIS serían fundamentalmente procompetitivos.

Igualmente considera procompetitivos los acuerdos complementarios de transmisión en los emplazamientos compartidos por ambos operadores, si bien lo condiciona a la falta de evidencias de que se haya excluido de los mismos a terceros operadores móviles que puedan compartir emplazamientos en los que TELEFÓNICA o YOIGO hayan desplegado redes 4G.

Por otra parte, la Dirección de Competencia señala que en la medida en que estos acuerdos de compartición de elementos pasivos y líneas de transmisión se enmarcan en el proceso de despliegue de la red 4G de YOIGO, los mismos

facilitan el intercambio de información comercial sensible del despliegue de la red de 4G de YOIGO que se deriva del acuerdo de itinerancia nacional de TELEFÓNICA sobre la red 4G de YOIGO. Sin embargo, los efectos procompetitivos de estos acuerdos de compartición de elementos pasivos y líneas de transmisión prevalecen sobre estos posibles efectos negativos, por lo que estos acuerdos estarían en cualquier caso cubiertos por la exención prevista en los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE, siempre que se verificase que no se excluye de los mismos, sin justificación objetiva suficiente, a terceros operadores.

En cuanto a la responsabilidad de cada uno de los operadores, la Dirección de Competencia considera responsables de las conductas descritas tanto a TELEFÓNICA como a YOIGO, si bien la responsabilidad de esta última quedaría limitada a los aspectos restrictivos de los acuerdos que la benefician. En particular, YOIGO únicamente sería responsable, según la Dirección de Competencia, de esta infracción en relación con el acuerdo de itinerancia nacional de TELEFÓNICA sobre la red 4G de YOIGO de 31 de julio de 2013, así como en relación con la cláusula del acuerdo de 31 de julio de 2013 que permite a YOIGO la itinerancia nacional sobre la red 4G de TELEFÓNICA en zonas urbanas donde YOIGO tiene aptitud para desplegar una red propia.

CUARTO. ALEGACIONES PRESENTADAS A LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN

El 11 de noviembre de 2014, el Director de Competencia adoptó la Propuesta de Resolución del procedimiento y se notificó debidamente a las partes para que, de conformidad con el artículo 50.4 de la LDC, presentaran las alegaciones que estimasen convenientes.

Las partes interesadas han presentado alegaciones a la Propuesta de Resolución, algunas de ellas coincidentes, que a continuación son contestadas por esta Sala del Consejo de la CNMC.

4.1. ALEGACIONES EN RELACIÓN CON EL ANÁLISIS DE LOS ACUERDOS

4.1.1. Sobre procedimiento de análisis de los acuerdos llevado a cabo por la Dirección de Competencia

Alegaciones de VODAFONE

VODAFONE realiza una crítica al contenido de la Propuesta de Resolución al asegurar que la misma no da respuesta a las alegaciones que la entidad realizó sobre la necesidad de llevar a cabo un análisis global de los acuerdos, cuyo resultado, según VODAFONE, determinaría la existencia de una estrategia exclusionaria de TELEFÓNICA en los mercados afectados por los acuerdos.

En este sentido, VODAFONE considera que los acuerdos tienen un objeto anticompetitivo consistente en la coordinación de las políticas comerciales de las

partes firmantes en los mercados de comunicaciones móviles y fijas, y particularmente en el contexto de las ofertas convergentes.

Alegaciones de TELEFÓNICA

TELEFONIA considera que el análisis de proporcionalidad llevado a cabo por la Dirección de Competencia a la hora de identificar restricciones se ha limitado, en el mejor de los casos, a meras manifestaciones genéricas ya que, según señala, en la mayoría de las ocasiones ni siquiera se menciona la cuestión de la proporcionalidad en el análisis concreto de las restricciones identificadas. En ningún caso, señala TELEFONICA, se ha llevado a cabo un análisis de proporcionalidad en función de "soluciones alternativas realistas y factibles", según requiere la práctica administrativa consolidada en aplicación del artículo 101.3 TFUE.

Igualmente TELEFONICA considera que las restricciones identificadas debieron haberse valorado bajo la óptica de la doctrina de restricciones accesorias, por cuanto, a su juicio, las restricciones identificadas por la Dirección de Competencia deben considerarse necesarias y proporcionadas para la realización de la operación principal, en este caso, los acuerdos de itinerancia nacional y de agencia. Ello conlleva, según la entidad, a una flagrante falta de fundamentación de la Propuesta de Resolución, además de suponer una desviación del método de análisis debido al amparo del artículo 1 de la LDC.

Alegaciones de YOIGO

Según YOIGO, todas las eficiencias derivadas de los acuerdos han sido ignoradas por la Dirección de Competencia al considerar que se ha eludido cualquier análisis que consistiera en la comparación de los dos escenarios: la competencia en el mercado de los servicios minoristas móviles 4G sin los acuerdos y con los acuerdos.

Respuesta de la Sala de Competencia

En el presente expediente nos encontramos ante la existencia de varios acuerdos firmados entre dos empresas competidoras por lo que su valoración debe llevarse a cabo observando los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE, que prohíben todo acuerdo que tenga el objeto y/o el efecto de restringir la competencia, sin perjuicio de la posibilidad de declarar, de conformidad con los artículos 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE, la exención de la prohibición cuando el acuerdo produce mayores efectos beneficiosos en contraposición con los perjuicios detectados.

En este sentido, las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los Acuerdos de Cooperación Horizontal, que aplica cuando se concluye un acuerdo entre competidores reales o potenciales, señalan que la evaluación de la aplicación del artículo 101 del TFUE requiere un análisis en dos fases para determinar el carácter restrictivo del

acuerdo y si el mismo genera beneficios o eficiencias que permitan contrarrestar tal carácter.

La primera fase, de conformidad con el apartado 1 de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE, evalúa si un acuerdo entre empresas tiene un objeto contrario a la competencia o unos efectos reales o potenciales restrictivos de la competencia. Es suficiente, por tanto, para prohibir una conducta, que la misma sea potencialmente nociva para la competencia. En este sentido, el apartado 24 de las Directrices establece que a la hora de examinar los efectos restrictivos de la competencia deben tomarse en consideración tanto los efectos reales como los potenciales, ya que es suficiente que la conducta tenga efectos anticompetitivos probables para considerar la existencia de infracción²⁴.

Las Directrices señalan que para que un acuerdo tenga efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, debe tener un impacto negativo apreciable, real o probable, por lo menos en uno de los parámetros de la competencia del mercado, tales como el precio, la producción, la calidad de los productos, la variedad de productos y la innovación. El acuerdo puede tener estos efectos cuando reduce de forma apreciable la competencia entre las partes del acuerdo o entre cualquiera de ellas y terceros. Esto significa que el acuerdo debe reducir la independencia de la toma de decisiones de las partes, ya sea debido a las obligaciones contenidas en el acuerdo que rigen la conducta de mercado de por lo menos una las partes, ya sea influyendo en la conducta de mercado de por lo menos una de las partes produciendo un cambio en sus incentivos.

Finalmente, las Directrices prevén que los acuerdos de cooperación horizontal pueden limitar la competencia de varias maneras. El acuerdo puede:

- a) ser exclusivo en el sentido de que limita la posibilidad de las partes de competir entre sí o con terceros como operadores económicos independientes o como partes de otros acuerdos competidores;
- b) obligar a las partes a aportar unos activos tales que su capacidad decisoria independiente se reduzca sensiblemente; o
- c) afectar a los intereses financieros de las partes de tal manera que su capacidad decisoria independiente se reduzca sensiblemente. Tanto los intereses financieros en el acuerdo como los intereses financieros en otras partes del acuerdo son pertinentes para la evaluación.
- d) llevar a la divulgación de información estratégica, lo que aumenta la probabilidad de coordinación entre las partes dentro o fuera del ámbito de la cooperación;

²⁴ Cita los siguientes asuntos: C-7/95 P, *John Deere*, Rec. 1998, p. I-3111, considerando 77; y el asunto C-238/05, *Asnef-Equifax*, Rec. 2006, p. I-11125, considerando 50; los asuntos acumulados C-501/06 P y otros, *GlaxoSmithKline*, considerando 55; el asunto C-209/07, *BIDS*, considerando 16; el asunto C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, Rec. 2009, p. I-4529, considerandos 29 y ss.

- e) lograr unos costes comunes considerables (es decir, la proporción de costes variables comunes a la partes), de tal modo que las partes puedan coordinar más fácilmente los precios de mercado y la producción.

La segunda fase, de conformidad con los artículos 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE, que solo llega a ser pertinente cuando se concluye que un acuerdo es restrictivo de la competencia, consiste en determinar los beneficios para la competencia de ese acuerdo y en evaluar si esos efectos favorables a la competencia compensan los efectos restrictivos detectados. Los efectos contrarios a la competencia y los favorables se sopesan exclusivamente en el marco del artículo 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE. En caso de que los efectos favorables no compensen una restricción de la competencia, establece que el acuerdo será nulo de pleno derecho.

Pues bien, una vez analizada la Propuesta de Resolución elaborada por la Dirección de Competencia y sobre la que las partes han presentado las correspondientes alegaciones, esta Sala considera que el análisis de los acuerdos realizado a lo largo de la instrucción del presente expediente se ha ajustado al procedimiento descrito, en el que se determina en una primera fase el carácter restrictivo de los acuerdos y una vez se concluye su encaje en los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE, se analiza si cabe aplicarles la excepción prevista en los apartados terceros de ambos artículos.

El análisis de los acuerdos debe hacerse en relación con el contenido concreto del acuerdo en cuestión y sobre todas y cada una de sus principales cláusulas.

En este sentido, a la hora de analizar la compatibilidad de los acuerdos con los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE, no se trata únicamente de evaluar si el balance global es positivo para el interés público de la libre competencia, sino que también hay que evaluar si cada una de las restricciones a la competencia derivadas de los acuerdos están justificadas objetivamente y son indispensables para materializar las eficiencias detectadas.

En particular, tal y como señalan los artículos 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE, no están amparadas por la exención prevista en estos artículos aquellas restricciones de competencia que no sean necesarias para la consecución de las eficiencias.

Esto implica que incluso si el efecto global de los acuerdos restrictivos fuese positivo para la competencia efectiva, esto no obsta para que se pueda y deban considerar contrarios a los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE aquellos aspectos de los acuerdos que introducen restricciones de competencia que van más allá de lo necesario para permitir la consecución de las eficiencias derivadas del conjunto de acuerdos.

Por tanto, a diferencia de lo que manifiestan las partes en sus alegaciones, esta Sala considera que la Dirección de Competencia ha respetado el procedimiento de análisis previsto en las normas de aplicación, sin perjuicio de la facultad que tiene esta Sala de reforzar, en su caso, el análisis de aquellos aspectos que considere oportunos para la resolución del presente procedimiento.

Tampoco considera esta Sala que en el presente expediente sea procedente una análisis global de los acuerdos para determinar sus efectos exclusionarios, por cuanto, si bien es posible apreciar la existencia de vinculación entre ellos, no podemos obviar la diversidad de objetos que guardan los contratos y los distintos mercados que quedan afectados por los mismos, lo que aconseja, como bien ha hecho la Dirección de Competencia, un análisis individual de cada uno de ellos, que en cualquier caso conduce a conclusiones parecidas en cuanto a la restricciones derivadas de los mismos, y permite, además valorar en su justa medida los efectos procompetitivos que también subyacen de los acuerdos y que pueden prevalecer, en su caso, frente a los efectos anticompetitivos.

En este sentido, no debemos olvidar que nos encontramos ante el análisis de acuerdos que afectan a varios mercados de comunicaciones electrónicas en los que se prestan servicios considerados de interés general, por lo que cualquier beneficio para el mercado y en particular para los consumidores que se pueda derivar de la existencia de los acuerdos debe ser valorado adecuadamente en el análisis de ponderación.

Finalmente, esta Sala quiere advertir que los efectos anticompetitivos que se derivan de los acuerdos analizados en el presente expediente se producen en atención al contenido particular de los acuerdos y a las circunstancias particulares de los operadores firmantes de los mismos, por lo que los efectos que se puedan derivar de la presente Resolución se deben circunscribir únicamente a las relaciones entre YOIGO y TELEFÓNICA derivadas de los contratos aquí analizados.

4.1.2. Alegaciones en relación con el análisis del acuerdo de itinerancia nacional de YOIGO sobre la red de TELEFONICA

Alegaciones de TELEFONICA

La entidad señala que la Dirección de Competencia se limita a manifestar genéricamente que el acuerdo de itinerancia restringe la competencia en la medida en que YOIGO verá limitada su capacidad para competir con TELEFÓNICA en cobertura y en calidad. Sin embargo, para TELEFÓNICA este “*tipo de razonamiento abstracto*” no es suficiente para considerar debidamente acreditados ni el objeto ni el efecto restrictivo del acuerdo.

En relación con el derecho de veto contenido en el acuerdo, TELEFONICA reprocha a la Dirección de Competencia que no estime la justificación dada por TELEFÓNICA consistente en que la reventa de capacidad de itinerancia en la red de TELEFÓNICA por parte de YOIGO pondría en riesgo la inversión de TELEFÓNICA en su propia red. En este sentido, la entidad señala que existen precedentes comunitarios (T-Mobile/O2) que consideran que un pacto esencialmente análogo al de este expediente era susceptible de exención al amparo del artículo 101.3 del TFUE.

Asimismo, TELEFONICA señala que la Dirección de Competencia yerra al considerar que el cambio de proveedor de PEPEPHONE no evidencia el carácter competitivo del mercado. En opinión de TELEFÓNICA, este caso pone claramente de manifiesto que los OMV tienen alternativas en caso de que un operador les niegue el servicio demandado.

Finalmente, en relación con la cláusula relativa al derecho de veto, TELEFÓNICA manifiesta que en lo que se refiere a la posibilidad de prestación del servicio minorista utilizando dos proveedores de acceso y originación, la entidad se ha limitado a manifestar en sus alegaciones que tal posibilidad es técnicamente posible, circunstancia que es, según señala, ignorada por la Dirección de Competencia.

En relación con el derecho de reversión contenido en el acuerdo, en opinión de TELEFÓNICA el enfoque que la Dirección de Competencia hace del carácter restrictivo del mismo es inadmisibles. En primer lugar, señala la entidad que el argumento de la Dirección de Competencia es contradictorio con el análisis que la misma hace de otros elementos del mismo acuerdo, por lo que considera que *“no cabe concluir que el pacto que prevé el derecho de reversión (insistimos: a ambas partes) es restrictivo por conceder a TELEFÓNICA la mera posibilidad de anticipar el fin de la vigencia del acuerdo en determinadas circunstancias, mientras el pacto contenido en el mismo acuerdo que da a YOIGO la posibilidad de usar la infraestructura urbana de TELEFÓNICA no es restrictivo por no haber hecho YOIGO uso de tal posibilidad”*.

En segundo lugar, para el operador, de la tesis de la Dirección de Competencia subyace una infracción del principio de tipicidad en la aplicación de la ley, por cuanto se hace uso del artículo 1 de la LDC para reprochar una eventual conducta unilateral de TELEFÓNICA.

Alegaciones de ORANGE Y VODAFONE

ORANGE y VODAFONE coinciden al señalar que el acuerdo de intinerancia nacional de YOIGO sobre la red 2G/3G de TELEFÓNICA pudo ser susceptible de beneficiarse de una exención de las previstas en el artículo 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE durante los primeros años de su provisión, sin embargo en el momento actual no se dan las circunstancias para considerar que YOIGO es un nuevo entrante que merezca una protección especial distinta al resto de operadores.

En atención a ello, las entidades consideran que deben establecerse limitaciones, tanto temporales como geográficas, para que YOIGO pueda beneficiarse del acuerdo. En este sentido, ORANGE propone que se limite la exención señalada en la propuesta de Resolución a las zonas rurales definidas para poblaciones por debajo de 10.000 habitantes.

Respuesta de la Sala de Competencia del Consejo

1. SOBRE LA APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1 DE LA LDC Y 101 DEL TFUE AL ACUERDO DE ITINERANCIA DE YOIGO SOBRE LA RED DE TELEFÓNICA

En general, una gran parte de los acuerdos de itinerancia suelen ser acuerdos de cooperación técnica entre operadores y, por su naturaleza, no suelen ser restrictivos de la competencia. Así, las propias autoridades de competencia han valorado que algunos de estos acuerdos pueden generar eficiencias al permitir, por ejemplo, a determinados operadores que no tienen red ofrecer servicios minoristas. Con este objetivo de favorecer la prestación de servicios minoristas por parte de operadores sin red, estos acuerdos han sido promovidos por la propia regulación. En este sentido, basta observar la dinámica procompetitiva que ha ocasionado la regulación por parte de la extinta CMT del mercado de acceso y originación a las redes de los operadores móviles para comprender los beneficios para la competencia que genera la concurrencia de este tipo de acuerdos de acceso y originación entre operadores.

No obstante, como indica la Dirección de Competencia, los acuerdos de itinerancia nacional entre operadores de red móvil con capacidad para desplegar y operar sus propias redes pueden restringir por su objeto y efecto la competencia entre los mismos, ya que pueden limitar la competencia a nivel de infraestructuras de red entre los operadores afectados en los ámbitos en los que se produce la itinerancia nacional. En particular, estos acuerdos podrían eliminar la diferenciación entre los operadores en términos de cobertura en los ámbitos en los que se produce la itinerancia nacional, así como en términos de calidad y capacidad de transmisión. Adicionalmente, estos acuerdos suelen conllevar un intercambio de información sensible entre los operadores, tanto en relación con la evolución del despliegue como los tráficos previstos y pueden permitir al operador *host* tener acceso a información comercial sensible sobre los tráficos y costes del operador al que presta el servicio. Estos potenciales efectos restrictivos son más negativos aún en contextos de estructuras de mercado oligopolistas, con muy pocos operadores e importantes barreras a la entrada.

Aun así, en determinados casos, dependiendo del tipo de operadores que los acuerdan y de las circunstancias concretas, estos acuerdos entre operadores con red pueden ayudar a dinamizar la competencia, por ejemplo permitiendo a operadores de red más pequeños o nuevos entrantes ofrecer servicios minoristas propios con cobertura nacional, abarcando incluso zonas eminentemente rurales, con tráficos medios más reducidos.

Por ello, a la hora de valorar el efecto restrictivo de estos acuerdos y a efectos de valorar la aplicabilidad de la exención legal prevista en los artículos 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE resulta necesario estudiar, caso a caso, quiénes son las partes del acuerdo y cuál es su posición en el mercado afectado, quién se beneficia de la

itinerancia y en qué contexto y cuáles son los términos concretos de tales acuerdos.

En este expediente se analizan dos bloques de acuerdos de itinerancia entre TELEFONICA y YOIGO y esta Sala considera, siguiendo a la Dirección de Competencia, que ambos bloques de acuerdos entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 1 de la LDC y del 101 del TFUE ya que se trata de acuerdos entre competidores que pueden tener un objeto y efecto restrictivo de la competencia en los mercados afectados, con un número reducido de operadores e importantes barreras, en particular entre el primer operador de red en los diferentes segmentos y el cuarto operador mucho más pequeño pero que ha contribuido en gran medida a dinamizar el mercado.

En particular, el análisis del contenido concreto del contrato de itinerancia de YOIGO sobre la red de TELEFONICA, como veremos a continuación, y en contra de lo que señala TELEFÓNICA, permite concluir que este acuerdo, que incluye el principal firmado en 2008 y sus adendas, desde un punto de vista global tiene un carácter restrictivo de la competencia, sin perjuicio de que el mismo produzca eficiencias y ventajas para el interés público, como veremos posteriormente, a los efectos de la aplicación al mismo de la exención prevista en los artículos 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE.

Como se ha explicado anteriormente, el acuerdo analizado tiene por objeto la prestación del servicio de itinerancia nacional de TELEFONICA a YOIGO para que éste último pueda hacer uso de las redes 2G, 3G y 4G de TELEFÓNICA y ampliar así su cobertura en territorio nacional. La duración inicial prevista era de **[CONFIDENCIAL]**, salvo que exista denuncia mediante notificación expresa y por escrito de una de las partes con una antelación mínima de **[CONFIDENCIAL]**. Posteriormente, mediante el adenda de 31 de julio de 2013, se amplió el plazo de duración hasta el **[CONFIDENCIAL]**.

Para el análisis de los efectos del acuerdo es importante destacar las siguientes condiciones contenidas en el mismo:

- a) El contrato permite a YOIGO hacer uso de las redes 2G, 3G y 4G de TELEFÓNICA.
- b) El acuerdo no permite a YOIGO revender, alquilar o de cualquier otra manera poner a disposición de terceros distintos de los usuarios finales de sus servicios ninguna funcionalidad de red o servicio objeto del contrato sin la autorización previa de TELEFÓNICA.
- c) YOIGO debe proporcionar a TELEFÓNICA con periodicidad **[CONFIDENCIAL]** estimaciones de tráfico y clientes, y cualquier otro tipo de información que sea necesaria para la consecución del contrato.
- d) El acuerdo prevé la resolución anticipada en el supuesto de que como consecuencia de la resolución por un organismo regulador se hiciese

imposible la ejecución del contrato suscrito entre las partes con fecha 31 de julio de 2013, mediante el cual YOIGO cede su red 4G a TELEFÓNICA.

- e) TELEFÓNICA ofrece a YOIGO descuentos por volumen de facturación de hasta un **[CONFIDENCIAL]**.
- f) YOIGO no puede celebrar contratos o acuerdos de contenido similar o idéntico con otros operadores móviles de red en España.

Analizamos, por tanto, los efectos reales y potenciales del contrato a partir del objeto del mismo y del resto de las condiciones citadas, para determinar si cabe considerarlo plenamente compatible con los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE.

1.1. El acuerdo limita la independencia de YOIGO y la diferenciación frente a TELEFÓNICA en la prestación de servicios

Como se ha indicado, cuando el acuerdo de acceso a la red móvil se produce entre competidores con capacidad suficiente para desplegar sus propias redes sí existen riesgos para la competencia derivados principalmente de la pérdida de autonomía que conlleva este tipo de acuerdos para los operadores. En cualquier caso, cada acuerdo debe este tipo debe ser analizado caso por caso para ponderar si los posibles efectos anticompetitivos prevalecen o no sobre las eficiencias que se pueden derivar de los mismos.

En el caso que nos ocupa, nos encontramos ante un acuerdo entre dos operadores que compiten directamente en el mismo mercado y que además tienen capacidad suficiente para acometer sus propios despliegues, que tiene el efecto de restringir la competencia en infraestructuras de redes, lo que afecta igualmente a los servicios minoristas al tener que estar basados en coberturas, calidades y capacidad de transmisión similares. En concreto, el acuerdo restringe la competencia en la cobertura porque YOIGO se basará en el grado de cobertura alcanzado por la red de TELEFÓNICA. Esto no significa, como indica la Dirección de Competencia, que YOIGO no pueda ir desarrollando su red de forma gradual en zonas urbanas, pero en tanto haga uso del acuerdo no podrá diferenciarse en ese parámetro de TELEFÓNICA. Por otro lado, el acuerdo también limita la competencia en cuanto a la calidad de la red y en cuanto a las capacidades de transmisión de datos puesto que los de YOIGO se verán restringidos por la calidad y disponibilidad de la red de acogida, que están en función de las decisiones técnicas y comerciales tomadas por TELEFÓNICA. Todo ello limita la independencia de YOIGO para configurar sus propios servicios y garantizar la calidad de los mismos a sus clientes, ya que dependerá de TELEFÓNICA en los extremos citados²⁵. Igualmente, YOIGO podría estar condicionado en su capacidad para la fijación de los precios mayoristas por los servicios de acceso y

²⁵ El acuerdo establece que TELEFÓNICA debe ofrecer a YOIGO un nivel de calidad equivalente y no discriminatorio al que provea a sus propios clientes (cláusula 5.2.c; folio 1238).

originación que pudiera ofrecer, por los precios mayoristas que debe pagar a TELEFÓNICA.

La apreciación de estos efectos restrictivos sobre la competencia del acuerdo no es incompatible con el reconocimiento de que los mismos han permitido a YOIGO ofrecer servicios de ámbito nacional, como se desarrolla más adelante, pero ello tampoco puede hacernos olvidar, en relación con algunas de las alegaciones de TELEFÓNICA, que TELEFÓNICA no es el único operador que puede ofrecer servicios de itinerancia nacional ni tampoco que haya que aceptar que estos acuerdos puedan desincentivar completamente el desarrollo de red propia. Y es que para el análisis de la compatibilidad de este acuerdo con los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE es necesario en todo caso tener en cuenta estos efectos.

Esta excesiva dependencia de YOIGO y los riesgos derivados de la relación entre ambos operadores a tenor del acuerdo, quedaron patentes en el conflicto entre YOIGO y TELEFÓNICA del año 2013 en relación con la denominada “tarifa infinita” comercializada por YOIGO. En este caso, las partes discrepaban sobre la inclusión en el contrato de itinerancia nacional de la tecnología que soportaban los servicios prestados por YOIGO (HSPA+). TELEFÓNICA consideró que esta tecnología no se encontraba incluida en el contrato y amenazó formalmente a YOIGO con resolver el mismo de no cesar el servicio.

En el escrito que planteaba el conflicto, YOIGO señaló lo siguiente:

“la motivación real de la actuación de TME no responde a la salvaguarda de sus legítimos derechos e intereses, sino al intento de expulsar a un competidor, aprovechando la débil posición de los operadores que, como Xfera, requieren de un servicio mayorista para poder competir en el mercado. Por ello solicita que se declare que los servicios HSPA+ son objeto del contrato y por tanto que Xfera no ha incumplido el mismo”.

Finalmente, la CMT resolvió el conflicto con fecha 25 de julio de 2013 declarando que la citada tecnología debía considerarse incluida en el contrato de itinerancia nacional suscrito por ambas partes el 29 de abril de 2008²⁶.

Si bien en el caso del uso de las redes 2G y 3G puede haber una justificación que permita considerar que, aun siendo un acuerdo restrictivo, con ello se generan eficiencias—cuestión que trataremos más adelante—, no ocurre igual en el supuesto de las redes 4G, por cuanto YOIGO sí tiene capacidad técnica y económica suficiente para poder diferenciarse de TELEFÓNICA y ser independiente de ésta en el uso de la nueva tecnología, en particular en zonas urbanas en las que haya desplegado redes 4G o económicamente sea razonable su despliegue por YOIGO.

Mediante la firma del adenda de 31 de julio de 2013, las partes acordaron extender las nuevas condiciones económicas a la itinerancia nacional sobre la red

²⁶ Resolución de la CMT de fecha 25 de julio de 2013 (MTZ 2012/1340).

LTE en la banda 1.800 MHz de TELEFÓNICA. Con ello, se da cumplimiento a la cláusula primera del contrato de 2008, que prevé la aplicación del acuerdo “*a aquellas evoluciones que tales tecnologías puedan tener en el futuro, como por ejemplo LTE*”.

Se produce, por tanto, una ampliación del objeto a la red 4G de TELEFONICA que permite a YOIGO, entre otras cosas, el uso de las nuevas redes en ámbitos urbanos donde ésta disponga o pueda disponer de sus propias redes 4G.

La posibilidad de hacer uso de la red 4G de TELEFONICA en zonas pobladas en las que tiene red propia o capacidad para desplegarla, además de tener el potencial efecto de eliminar en los ámbitos afectados la independencia de YOIGO para llevar a cabo su propio despliegue o hacer uso de su propia red y poder así diferenciarse de TELEFÓNICA, también tiene el potencial efecto de reducir la ambición en los planes de despliegue que pueda tener previstos YOIGO en relación con esta tecnología.

De acuerdo con todo lo anterior, es posible afirmar que el acuerdo, en este aspecto, restringe la competencia, en la medida que no permite a YOIGO diferenciarse plenamente de un competidor como TELEFÓNICA, en los aspectos relacionados con las redes, al tener que hacer uso de sus redes 2G, 3G y 4G.

1.2. El acuerdo restringe la entrada de YOIGO al mercado mayorista de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil

El acuerdo otorga a TELEFONICA el derecho de veto a la reventa de YOIGO de la capacidad de red del primero a terceros operadores.

En relación con esta cuestión, esta Sala quiere en primer lugar poner de manifiesto que la estrategia consistente en acudir a la aplicación por analogía del asunto T-Mobile/O2 pretendida no puede ser considerada en este expediente como una circunstancia que pueda condicionar el resultado de la presente resolución, por cuanto se trata de supuestos similares pero no comparables, lo que desaconseja acudir a las concretas decisiones allí tomadas por la Comisión Europea en relación con la reventa de capacidad de itinerancia a los OMV.

En cualquier caso, en el citado asunto la Comisión consideró que un análisis basado en las Directrices sobre Cooperación Horizontal muestra que la limitación del tipo de clientes a quienes el comprador puede vender los servicios limita la producción y, por tanto, constituye una restricción de la competencia, que requiere un análisis individual de conformidad con el apartado 3 del artículo 101 del TFUE. Pues bien, esto es precisamente lo que ha hecho la Dirección de Competencia a lo largo de la instrucción del expediente y, en particular, con la cláusula de reventa controvertida, cuyo análisis de las posibles eficiencias que podría reportar el derecho de veto allí previsto ha resultado negativo a la vista de la concreta coyuntura existente en los mercados de comunicaciones electrónicas afectados por el acuerdo, que es la realidad que debe tomarse en consideración en el presente análisis.

Del análisis de efectos que la Dirección de Competencia ha realizado en su Propuesta de Resolución se puede concluir que, teniendo en cuenta que YOIGO necesita de la red de TELEFONICA para disponer de suficiente cobertura en España y que cualquier acuerdo que pueda alcanzar YOIGO con un OMV para ofrecer servicios mayoristas de itinerancia pasará precisamente por garantizar esa misma cobertura, este derecho de veto de TELEFÓNICA en la práctica puede desincentivar o impedir a YOIGO operar en el mercado de acceso y originación de comunicaciones móviles en España, a pesar de que cuenta con una red móvil propia y que más del **[CONFIDENCIAL]** del tráfico de sus clientes finales se canaliza actualmente a través de esta red.

Añade además, la Dirección de Competencia, que no existe una justificación objetiva suficiente que habilite a TELEFÓNICA a aplicar de forma indefinida dicho derecho de veto, más allá de evitar que YOIGO dinamice el mercado de acceso y originación de comunicaciones móviles.

Esta Sala se muestra conforme con las conclusiones alcanzadas por la Dirección de Competencia en su propuesta de resolución y, por tanto, desestima las alegaciones de TELEFONICA en relación con esta cuestión.

Es evidente, como se deduce de la información contenida en el expediente, que conforme al reparto actual del espectro radioeléctrico²⁷ YOIGO requiere de un esfuerzo inversor sensiblemente mayor al que han de acometer el resto de operadores de red, por lo que aunque YOIGO redujese el grado de dependencia de la red de TELEFÓNICA a través de inversiones adicionales, no dispone de los suficientes recursos radioeléctricos necesarios para ofrecer de forma autónoma un acceso mayorista completo y competitivo a nivel nacional. Es por ello, que necesita hacer uso de la red de TELEFÓNICA, sobre la que cursa aproximadamente el **[CONFIDENCIAL]** de su tráfico.

En este sentido, YOIGO se configura como un potencial competidor en el mercado desde el momento en que dispone de cobertura con red propia para una parte sustancial de la población, siempre y cuando complete dicha cobertura con acuerdos mayoristas con un OMR. Así, cabe poner de manifiesto que ya en el año 2006, tanto TELEFONICA como VODAFONE mostraron su inquietud por la potencial presencia de YOIGO en el mercado mayorista de referencia, y YOIGO mostró su interés por erigirse a medio plazo en un nuevo competidor²⁸.

Ante este hecho, resulta evidente que la prohibición de reventa de la capacidad de red de TELEFONICA ha sido un obstáculo para que YOIGO preste servicios

²⁷ El operador, a diferencia del resto, no dispone de frecuencias en las bandas por debajo de 1 GHz que, por sus características técnicas, son especialmente atractivas ni ha estado en disposición de disponer de recursos suficientes en dicha banda.

²⁸ Véase al respecto, la página 89 de la Resolución de la CMT de fecha 2 de febrero de 2006, sobre en análisis de mercado de acceso y originación en las redes móviles (AEM 2005/933).

En el mismo sentido, la propia CMT, en el año 2012 consideraba a YOIGO un potencial competidor dada su cobertura con red propia para una parte sustancial de la población, lo que, según el regulador, le puede facilitar la confección de servicios mayoristas siempre y cuando complete dicha cobertura con acuerdos mayoristas con un OMR.

mayoristas de acceso móvil a escala nacional, lo que supone una clara restricción a la entrada de un nuevo competidor en ese mercado mayorista que perjudica directamente a YOIGO, pero también al propio mercado, por cuanto imposibilita un aumento de la presión competitiva en un mercado en el que operan un número reducido de agentes y en el que existen elevadas barreras de entrada, entre otros motivos, por las cuantiosas inversiones que requiere configurarse como un operador de red con capacidad para prestar servicios mayoristas de originación y acceso²⁹.

Prueba de los efectos restrictivos de la cláusula la tenemos en la imposibilidad de YOIGO de acceder al mercado mayorista en el año 2013 a través de PEPEPHONE, cuyo acuerdo no se pudo concluir ante la negativa de TELEFÓNICA de permitir a YOIGO revender su capacidad de red, y mantiene esa misma imposibilidad de acceso hoy día por cuanto tiene suscrito actualmente un acuerdo de intenciones con **[CONFIDENCIAL]** para prestarle servicio mayorista de acceso, cuya efectividad resta sujeta a la posibilidad de reventa por parte de YOIGO de la capacidad de red de TELEFÓNICA.

En este sentido, en la fase final de este procedimiento YOIGO ha solicitado una medida cautelar sustentada principalmente en el perjuicio que la negativa de TELEFÓNICA a la reventa le está ocasionando al no poder llegar a acuerdos con terceros operadores.

Esta limitación de la competencia directa con un competidor a través del acuerdo firmado por ambas partes genera, por tanto, un claro perjuicio para YOIGO en particular y para el mercado en general, y asimismo ha devenido en un claro beneficio para TELEFÓNICA. En efecto, por un lado, en términos de cuotas de mercado, TELEFÓNICA, 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. Pasó de tener en 2008 una cuota del 25%, al 41% en 2009, manteniéndose en torno a este último porcentaje en los siguientes años³⁰. Asimismo, además de eliminar a un competidor directo también le ha servido el acuerdo para captar nuevos clientes que en una situación normal de mercado no se habría producido, como ha sucedido en el caso de PEPEPHONE.

TELEFÓNICA en sus alegaciones se justifica al considerar que si bien es cierto que la prestación del servicio minorista de comunicaciones móviles utilizando dos proveedores de acceso y originación es técnicamente más compleja que la prestación de ese mismo servicio minorista utilizando un único proveedor, en absoluto debe considerarse imposible la primera opción, por lo que cualquier

²⁹ Véase en este sentido, la resolución de la CMT de fecha 21 de diciembre de 2005. Expediente AEM 2005/933 (páginas 26 y ss.).

³⁰ Véase la consulta pública de la CMT en relación con el proyecto de medida relativo a la definición del mercado de acceso y originación mayorista en las redes móviles (MTZ 2011/2761).

OMV que quisiera contratar con YOIGO podría simultanear el servicio con otro operador que le prestase la cobertura que YOIGO no le garantiza.

Sin embargo, si bien técnicamente ello puede ser viable, es muy difícil que un OMV tenga simultáneamente dos proveedores de servicios mayoristas de acceso y originación para dar servicio a un mismo cliente final, tanto por las dificultades técnicas que eso implica como por las cláusulas de exclusividad recogidas en la mayoría de los contratos firmados por los OMV. De hecho, TELEFÓNICA no ha identificado ningún OMV en España que tenga o haya tenido dos proveedores simultáneos de servicios de acceso para dar servicio a un mismo cliente final.

Tampoco aprecia esta Sala la existencia de un riesgo técnico y económico para TELEFÓNICA como consecuencia de ceder el uso de su red a terceros.

En este sentido, el incremento de tráfico que resultaría de la posibilidad de que YOIGO revendiera el acceso que actualmente tiene contratado con TELEFÓNICA a PEPEPHONE, podría ser soportado con el dimensionado actual, sin que se requirieran inversiones significativas por parte de TELEFÓNICA, ni ello tuviera impacto en los planes de despliegue de ésta.

Conviene tener presente que si un incremento en la base de clientes (y consecuentemente del tráfico de voz y datos) de la misma magnitud que el derivado de dar acceso a un OMV, fuese causado por la propia política comercial minorista de YOIGO o por una hipotética adquisición de algún competidor por parte de YOIGO, TELEFÓNICA habría estado en disposición de hacer frente a dicho incremento en el tráfico³¹ sin por ello obtener dicho ingreso adicional. Por esta razón, no se considera que la ausencia de este ingreso adicional constituya un argumento para justificar la prohibición de la reventa.

No hay motivos, por tanto, que justifiquen razonablemente el derecho de veto incluido en el acuerdo, cuyo uso por parte de TELEFÓNICA se ha venido realizando bajo una interpretación y aplicación estricta e inalterable del término, en el sentido de que, a la vista de la experiencia con el conflicto con YOIGO, la entidad considera que la cláusula supone una prohibición sistemática y absoluta de la reventa en atención a que el objeto del contrato en el que se incluye la misma es la prestación de servicios minoristas.

Debe prevalecer, por tanto, frente al interés particular de TELEFÓNICA, el beneficio para el mercado que supone el hecho de que YOIGO pueda erigirse como un nuevo competidor real en el mismo, ya que permitiría mayor competencia en el mercado mayorista, con la respectiva repercusión positiva aguas abajo en precios, calidad e innovación para los consumidores finales de los servicios de comunicaciones móviles.

³¹ En el marco de las comunicaciones periódicas relativas a las previsiones de tráfico las dos partes también podrían haber acordado las modificaciones necesarias con antelación suficiente.

En este sentido, YOIGO es el primer OMR que podría haber llegado a un acuerdo con un OMV para ofrecer servicios mayoristas sobre la tecnología 4G, representando una innovación en cuanto a los servicios ofrecidos en el mercado. Hay que tener en cuenta que a día de hoy sigue sin producirse un acceso generalizado al 4G por parte de los OMV en el marco de sus contratos mayoristas³², por lo que es importante la entrada de un nuevo operador que permita generalizar el uso de esta tecnología en beneficio de los consumidores, que verían ampliado el abanico de operadores que ofrecen servicios basados en esta nueva tecnología.

Así las cosas, de no existir la citada cláusula YOIGO habría entrado en el mercado mayorista de referencia configurándose como un nuevo agente, lo que hubiese provocado, por un lado un aumento de la presión competitiva entre los operadores que prestan los citados servicios, y además habría contribuido a abrir las posibilidades de ampliar el uso de las nuevas tecnologías 4G a otros operadores móviles y en beneficio de los consumidores finales.

1.3. El acuerdo genera incertidumbre por cuanto permite resolver el contrato de forma anticipada en el caso de que sea imposible la ejecución del contrato de itinerancia de TELEFÓNICA sobre la red de YOIGO

Con el adenda suscrito con fecha 31 de diciembre de 2013, las partes modifican la vigencia del contrato para extenderlo por un periodo adicional de **[CONFIDENCIAL]**.

Sin embargo, se añade una nueva condición relativa a la “Resolución del contrato y Penalizaciones” con el siguiente tenor:

“Este acuerdo quedará resuelto de pleno derecho en el supuesto de que como consecuencia de la resolución por un organismo regulador se hiciese imposible la ejecución del contrato suscrito para la prestación del servicio mayorista de roaming LTE de fecha el 31 de julio de 2013. En tal caso ambas partes podrán resolver definitivamente el contrato principal el 31 de diciembre de 2014”.

Esta cláusula cuya justificación objetiva no ha sido acreditada por las partes, tiene el potencial efecto de eliminar las eficiencias del acuerdo de itinerancia nacional de YOIGO sobre la red de TELEFÓNICA, que más adelante citaremos, y excluir al primero del mercado al supeditar su vigencia a la decisión de terceros con respecto a otro acuerdo distinto como es el de itinerancia de TELEFÓNICA sobre la red de YOIGO. Es decir, las partes vinculan la vigencia de un acuerdo cuya relación se remonta al año 2008 a la licitud de un contrato posterior.

³² Véase a estos efectos la contestación a la consulta planteada por la Asociación Española de Nuevos Operadores Móviles, llevada a cabo por la SSR de la CNMC en su sesión de 30 de octubre de 2014 (CNS/DTSA/1730/14/AENOM Servicios 4G).

En relación con los efectos que se derivan de esta condición, y teniendo en cuenta los servicios que prestan ambos operadores, es razonable considerar que YOIGO ha tomado sus decisiones de estrategia competitiva, tanto en términos de inversión como de política comercial, con la expectativa lógica de que el acuerdo de itinerancia nacional sobre la red de TELEFÓNICA se va a mantener hasta finales de **[CONFIDENCIAL]**, por lo que el hecho de que TELEFÓNICA pueda revertir la duración del contrato con anterioridad a ese plazo, puede ser utilizado como instrumento de presión sobre YOIGO, que correría el riesgo de tener que modificar sobre la marcha su estrategia competitiva para hacer frente a la posible pérdida de cobertura nacional en España que generaría la rescisión anticipada de su acuerdo de itinerancia nacional sobre la red de TELEFÓNICA.

De esta manera, esta nueva condición resolutoria deja a TELEFONICA en una posición de clara prevalencia sobre YOIGO ante la posibilidad de ejercer una presión injustificada sobre un competidor directo, que tiene el efecto de eliminar la independencia de actuación de YOIGO en el mercado al quedar condicionado a una eventual decisión de TELEFÓNICA en relación con la vigencia del acuerdo en un momento no previsto inicialmente por las partes.

Este escenario de incertidumbre en relación con la vigencia del acuerdo se traslada igualmente a los mercados que pueden quedar afectados por la relaciones entre ambos operadores derivadas del mismo, tanto en sus relaciones minoristas como mayoristas, por cuanto se genera una cierta inestabilidad en las garantías que ofrece YOIGO, y que además puede ser desconocida por los terceros a los que presta servicios el operador.

En este sentido, se observa un claro efecto potencial frente a terceros operadores cuya relación con YOIGO estaría sustentada bajo la apariencia de una cierta estabilidad en cobertura que no quedaría garantizada en virtud de la citada cláusula.

Es cierto como señalan ambos operadores que el derecho de reversión puede ser simétrico, en el sentido de que ambos son partes firmantes del acuerdo, pero también es cierto que la posición de los operadores en el mercado es claramente distinta y además los efectos de una eventual ejecución de la citada cláusula producirían consecuencias claramente dispares a ambas partes.

Como ya hemos señalado anteriormente, el acuerdo de itinerancia nacional de YOIGO sobre la red de TELEFÓNICA ha resultado fundamental para la penetración de YOIGO, como cuarto operador, en el mercado de telefonía móvil y, por tanto, para aumentar la presión competitiva en unos mercados claramente oligopolistas con los consiguientes beneficios que ello conlleva para los consumidores de telecomunicaciones en precio, innovación, oferta y calidad de servicios. En relación con ello, como ya se ha señalado, YOIGO necesita la red de TELEFONICA para obtener plena cobertura en España, por lo que una eventual pérdida de esa cobertura en un momento no previsto inicialmente, significaría un perjuicio enorme para el operador y para terceros, nada comparable con el menor

perjuicio que padecería TELEFÓNICA que, posiblemente, se limitaría a la pérdida de un cliente y el consiguiente perjuicio económico que ello conlleva.

En un escenario de ejecución de la condición aquí analizada, YOIGO debería buscar a otro operador de red para obtener la cobertura necesaria, con las dificultades que ello podría entrañar si se tiene en cuenta la necesidad de llevar a cabo un nuevo proceso de negociación con otro operador de red en un momento no previsto y la necesaria migración a la nueva red de acceso, con el tiempo y costes que ello requiere. Fijémonos, por ejemplo, que el propio acuerdo establece como prudente un periodo de **[CONFIDENCIAL]** para que YOIGO pueda negociar con otro operador en caso de que las partes decidiesen no renovar alguna de las prórrogas del contrato, lo que evidencia que el proceso puede conllevar un cierto tiempo de negociación.

En conclusión, la condición resolutoria contenida en el acuerdo es absolutamente desproporcionada, y dota de incertidumbre la relación entre YOIGO y TELEFÓNICA cuyo estabilidad resulta fundamental para el mercado de comunicaciones móviles, al menos en lo que se refiere al grado de cobertura en las redes 2G y 3G, tal como veremos más adelante. Asimismo, una hipotética ejecución de la cláusula causaría, como ya hemos señalado, probables perjuicios e inestabilidad en los mercados de telefonía móvil al producirse en un momento no previsto por las partes. A ello cabe añadir la paradoja jurídica que supone vincular la vigencia de un acuerdo que ofrece, como veremos, eficiencias y beneficios al mercado, a otro acuerdo, el de itinerancia de TELEFÓNICA sobre la red de YOIGO, cuyos efectos restrictivos, como también veremos, son insalvables.

Finalmente, en relación con las alegaciones de TELEFONICA en las que considera que mientras no haga uso de este derecho no cabe declarar sus efectos restrictivos, esta Sala no comparte tal aseveración, por cuanto como ya hemos señalado para el caso de cláusula que permite el uso a YOIGO de las redes 4G en zonas urbanas, lo importante en este caso son los potenciales efectos que se derivan de la posibilidad de esa previsión, lo que a tenor de la normativa y jurisprudencia al respecto, resulta suficiente para considerar la existencia de una restricción prohibida por los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE.

1.4. El Acuerdo permite un intercambio de información sensible entre competidores que reduce la independencia de YOIGO frente a TELEFÓNICA

Con este acuerdo entre YOIGO y TELEFÓNICA se produce un intercambio de información comercial sensible entre competidores, tanto en relación con el despliegue de redes como con los tráficos previstos y número de clientes. Este intercambio de información es restrictivo ya que permite a TELEFÓNICA obtener información estratégica de un competidor directo.

Las Directrices sobre los Acuerdos de Cooperación Horizontal establecen que el intercambio entre competidores de datos estratégicos, es decir, datos que reducen la incertidumbre estratégica del mercado, tiene más probabilidades de entrar en el ámbito de aplicación del artículo 101 que los intercambios de otros tipos de información. El intercambio de datos estratégicos puede dar lugar a efectos restrictivos de la competencia ya que reduce la independencia de las partes para tomar decisiones disminuyendo sus incentivos para competir. La información estratégica puede referirse a precios (es decir, precios reales, descuentos, aumentos, reducciones o rebajas), listas de clientes, costes de producción, cantidades, volúmenes de negocios, ventas, capacidades, calidades, planes de comercialización, riesgos, inversiones, tecnologías y programas de I+D y los resultados de estos.

Las Directrices señalan igualmente, que es particularmente probable que el intercambio de información sobre las intenciones individuales de las empresas en cuanto a su conducta futura relativa a precios o cantidades desemboque en un resultado colusorio.

El intercambio de información aquí analizado relativo a estrategias de despliegue de redes y previsiones de volumen de tráfico y de clientes encaja, por tanto, en la categoría de información estratégica, y reduce la independencia de YOIGO frente a TELEFÓNICA³³.

En este sentido, cabe indicar que la importancia de preservar oculta la estrategia de despliegue de redes radica en la necesidad de adelantarse a los competidores, ya que un despliegue anticipado permite ofrecer nuevos servicios demandados por los consumidores y diferenciados del resto de competidores, lo que coloca a los operadores en una situación privilegiada en la captación de nuevos clientes.

1.5. Descuentos por tráfico cursado

Finalmente, hay otra condición del contrato que cabe destacar relativa a los descuentos que TELEFÓNICA ofrece a YOIGO por volumen de tráfico cursado en sus redes. Esta práctica entre competidores puede desincentivar a YOIGO para llevar a cabo su propia política de inversión y prestación de servicios de forma independiente a TELEFÓNICA, y además puede suponer una práctica de fidelización de YOIGO para limitar las posibilidades de cambio de operador de acceso.

³³ Véase al respecto, las Resoluciones de la CNMC de fecha 22 de septiembre de 2014 (Expte. S/0428/12 PALÉS) y de fecha 26 de febrero de 2015 (Expte. S/0425/12 INDUSTRIAS LÁCTEAS 2), que consideran una infracción por objeto el intercambio de información entre competidores.

2. SOBRE LA APLICACIÓN DE LA EXENCIÓN PREVISTA EN LOS ARTÍCULOS 1.3 DE LA LDC Y 101.3 DEL TFUE

Si bien como se ha visto, el acuerdo tiene elementos que permiten confirmar efectos restrictivos de la competencia, del mismo se derivan también aspectos beneficiosos, siendo particularmente destacable el hecho de que con el acuerdo se haya producido la entrada efectiva de un nuevo competidor como es YOIGO, que como hemos señalado carece de cobertura 2G y 3G en determinadas zonas por lo que necesita de acuerdos de itinerancia nacional para poder prestar con garantías servicios de comunicaciones móviles. En particular porque no resulta evidente que, en ausencia de este acuerdo, hubiera sido viable para YOIGO desplegar una red propia en determinadas zonas geográficas afectadas por el acuerdo.

YOIGO dispone de espectro radioeléctrico propio, pero con un número de frecuencias mucho menor y sin frecuencias en las bandas 800 MHz y 900 MHz, que son las más adecuadas para desplegar en zonas rurales, por la mayor cobertura de las estaciones base en estas bandas.

La entrada de YOIGO en el mercado minorista de comunicaciones móviles se produce en un momento de madurez del mercado, como consecuencia de la elevada penetración de la telefonía móvil alcanzada en España. Esto implica que el crecimiento de la cuota de mercado de YOIGO ha sido relativamente lento y le ha dificultado alcanzar una escala significativa.

Desde el año 2008, YOIGO ha ido aumentando gradualmente su despliegue de red propia, fundamentalmente en las zonas urbanas donde cuenta con un mayor tráfico de sus propios clientes, lo que a su vez se refleja en la reducción en la dependencia relativa respecto al acuerdo de itinerancia nacional, pues a lo largo del periodo 2010-2014 se suele incrementar gradualmente la proporción del tráfico de los clientes minoristas de YOIGO que se canaliza a través de la red propia de YOIGO.

A pesar de ello, la falta de escala de YOIGO dificulta significativamente que para YOIGO sea económicamente rentable desplegar en zonas rurales o que desplegase redes en un mayor número de bandas de frecuencias, incluso aunque dispusiese de frecuencias en las bandas 800 MHz, 900 MHz o 2.600 MHz.

Por ello, se puede considerar que este acuerdo de itinerancia nacional, en lo que se refiere a la posibilidad de YOIGO de hacer uso de las redes de TELEFÓNICA allí donde no sería viable el despliegue por parte de YOIGO, genera eficiencias que favorecen a los consumidores en España, al haber permitido la entrada de un nuevo operador de red que ha introducido una dinámica competitiva significativa en este mercado minorista de comunicaciones móviles, que está haciendo su propio despliegue gradual en las zonas urbanas y que ha sido uno de los impulsores del despliegue de las redes 4G en España.

De esta manera, se puede considerar que los efectos restrictivos del acuerdo quedan compensados por los beneficios a los consumidores y al interés general que el mismo genera y, por lo tanto, el mismo podría estar amparado por la exención prevista en los artículos 1.3 de la LDC y del 101.3 TFUE.

Sin embargo, esta Sala también se muestra conforme con la Dirección de Competencia cuando considera que la exención no alcanza a determinadas condiciones contenidas en el acuerdo cuyo análisis ya se ha realizado y del que resulta que las mismas no generan eficiencias ni son necesarias para la consecución del objeto del acuerdo.

Nos referimos, en primer lugar a la posibilidad de que YOIGO pueda hacer uso de la red de 4G de TELEFÓNICA en zonas urbanas en las que tenga su propia red desplegado o sea razonablemente desde el punto de vista económico su despliegue. Esta previsión, contenida en la cláusula primera del acuerdo de 2008 y ejecutable desde el acuerdo de 31 de julio de 2013, es restrictiva para la competencia y además no genera ninguna eficiencia que pueda compensar tales efectos, por cuanto supone una clara limitación a que YOIGO, en caso de hacer uso de la posibilidad que le brinda el contrato, pueda prestar servicios con total independencia, particularmente en aspectos tan importantes como es la cobertura, velocidad y calidad del servicio.

En el mismo sentido, la cláusula 5.1 (letra d) que otorga un derecho de veto a TELEFONICA en caso de que YOIGO quisiera revender la capacidad de red del primero a terceros OMV, no puede gozar del beneficio de la exención por cuanto sus efectos restrictivos en el mercado, como ya se ha señalado anteriormente, son relevantes toda vez que impiden la entrada de un nuevo competidor en un mercado limitado en número de agentes por las exigentes barreras de entrada al mismo. En este sentido, esta Sala valora el hecho de que la entrada de YOIGO en el mercado mayorista de acceso y originación podría permitir un aumento de la presión competitiva en el citado mercado y además un acceso en mayor medida a las nuevas tecnologías 4G, ya que YOIGO tiene capacidad e interés en el uso de esta tecnología y en su reventa a terceros operadores. Todo ello, permite concluir la existencia de un interés general con clara prevalencia al particular de TELEFONICA en que no pueda hacerse uso de su red por motivos estratégicos.

Finalmente, en relación con la modificación de 31 de julio de 2013 en la que se introduce una cláusula adicional mediante la cual TELEFÓNICA se reserva el derecho a revertir al contrato de 15 de octubre de 2010 en cuanto a su vigencia, en caso de que el contrato de itinerancia nacional de TELEFÓNICA sobre la red de YOIGO de 31 de julio de 2013 deba de ser rescindido por motivos regulatorios o de competencia (apartado 5), cabe advertir, igualmente, que dicha cláusula no tiene ninguna justificación objetiva más allá de dotar a TELEFÓNICA de un mecanismo de presión sobre YOIGO y sobre la CNMC, al amenazar con la eliminación de los efectos procompetitivos del acuerdo de itinerancia nacional de YOIGO sobre la red de TELEFÓNICA si se ponen objeciones al acuerdo de itinerancia nacional inverso, lo que podría conllevar la exclusión de YOIGO del

mercado minorista de comunicaciones móviles en España. Por tanto, no cabe considerar la existencia de eficiencias en una cláusula que permite rescindir anticipadamente un acuerdo que sí genera beneficios y eficiencias al mercado, máximo cuando, como veremos, la vinculación se realiza en referencia a un acuerdo que también es restrictivo.

Como conclusión, esta Sala considera que el acuerdo de itinerancia de YOIGO sobre la red de TELEFÓNICA se beneficia de la exención prevista en el artículo 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE, a excepción de las condiciones citadas contenidas en el mismo, por cuanto no generan eficiencias prevalentes sobre su carácter restrictivo, y tampoco las partes han demostrado lo contrario, tal como exige las Directrices de Cooperación Horizontal.

4.1.3. Alegaciones en relación con el análisis del acuerdo de itinerancia nacional de TELEFÓNICA sobre la red de YOIGO

Alegaciones de YOIGO

YOIGO señala que la jurisprudencia del Tribunal Supremo y las Directrices de Cooperación Horizontal no permiten considerar que esta clase de acuerdos de cooperación horizontal son restrictivos de la competencia por su objeto, y que si bien pueden ser restrictivos por sus efectos, ello no queda acreditado en la Propuesta de Resolución.

Para YOIGO, los acuerdos permitieron o favorecieron, como efecto muy relevante, que YOIGO pudiera mantenerse en el mercado y persistir en su actividad competitiva.

YOIGO señala que los datos sobre la "portabilidad" de líneas móviles en el período al que se refiere este expediente, es decir 2013 y 2014, revelan que durante todo el período hay una enérgica competencia de YOIGO frente a TELEFÓNICA y que a partir de los acuerdos objeto del expediente en modo alguno esta competencia se elimina o se reduce. En relación con ello, YOIGO señala que precisamente, el primer período a partir de la suscripción de los acuerdos -que es el considerado crítico por la Dirección de Competencia- coincide con un agudizamiento de esa competencia.

Finalmente, según YOIGO las referencias a "compartición de información comercial sensible" son igualmente genéricas e imprecisas, pues la PR no acierta a concretar qué información comercial se ha compartido.

Alegaciones de TELEFÓNICA

Por su parte, TELEFÓNICA, al igual que YOIGO, considera que no se ha especificado cuál es el tipo de información concreta que se ha intercambiado, ni su naturaleza altamente confidencial, ni por qué ésta puede determinar o afectar a los incentivos competitivos relevantes del mercado.

En lo que se refiere a la capacidad de TELEFÓNICA para desplegar autónomamente una red propia en la zona geográfica objeto del acuerdo, la entidad señala que el análisis de la Dirección de Competencia obvia el parámetro clave para determinar los efectos restrictivos del acuerdo: *“la situación excepcional en la que se encontraba TELEFÓNICA en el verano de 2013 tras haber tomado la decisión de desplegar su red LTE en la banda de 800 MHz (debiendo esperar por tanto a la disponibilidad administrativa de este espectro) y conocer que sus tres competidores directos (Vodafone, Orange y YOIGO) estaban publicitando el lanzamiento de una oferta comercial LTE sobre la banda de 1.800 MHz”*.

Según la citada entidad, si la Dirección de Competencia hubiera conjugado racionalmente los elementos que en aquel momento tuvo en cuenta TELEFONICA, la Dirección de Competencia habría concluido que la decisión de TELEFÓNICA de contratar los servicios 4G sobre la red de YOIGO no fue una respuesta táctica que corregía un error estratégico, sino que era la única opción posible que le quedaba si quería competir legítimamente en el mercado minorista y ofrecer servicios sobre LTE a sus clientes.

En este sentido, TELEFONICA critica la postura de la Dirección de Competencia al considerar que para ella únicamente parece ser relevante la capacidad abstracta, financiera y técnica de TELEFÓNICA para ejecutar un proyecto (el despliegue propio de la red 4G), olvidando que en el verano de 2013 lo relevante no era disponer de capacidad en abstracto para desplegar la red a lo largo de los meses o años siguientes, sino ser capaz de poner a disposición de sus clientes con carácter inmediato el mismo servicio que sus tres competidores directos habían comenzado ya a prestar.

Por lo que respecta a la distorsión a corto y medio plazo de los incentivos de los demás operadores móviles de red para competir efectivamente en el mercado de los servicios móviles, TELEFONICA señala que hay que tener en cuenta, en primer lugar, que el pago hecho a YOIGO en virtud del acuerdo es elevado pero no puede calificarse de desproporcionado, como la Dirección de Competencia sugiere.

Asimismo, TELEFONICA considera que el análisis de aplicabilidad de la exención prevista en el artículo 1.3 LDC debe calificarse como insuficiente, en la medida en que, según señala la entidad, obvia otro de los efectos positivos alcanzados por el acuerdo como es el reforzamiento de la situación competitiva de YOIGO como consecuencia del ingreso del precio del acuerdo, que le permite financiar el despliegue de su propia red y costear una agresiva campaña de captación de clientes de servicios móviles minoristas en los meses siguientes.

Alegaciones de VODAFONE y ORANGE

Ambos operadores consideran que el acuerdo entre TELEFÓNICA y YOIGO ha servido para eliminar la ventaja comercial que habían adquirido frente a

TELEFÓNICA con el despliegue de redes 4G, y ello ha generado una reducción considerable de la competencia de los tres operadores de red (incluido YOIGO) frente a TELEFÓNICA.

Respuesta de la Sala de Competencia del Consejo

1. *SOBRE LOS EFECTOS RESTRICTIVOS DEL ACUERDO DE ITINERANCIA DE TELEFÓNICA SOBRE LA RED DE YOIGO*

Con fecha 31 de julio de 2013, YOIGO y TELEFONICA firmaron un contrato en virtud del cual YOIGO presta a TELEFONICA un servicio de itinerancia nacional sobre la red LTE de YOIGO. Con este contrato, durante **[CONFIDENCIAL]**, YOIGO dará servicio de acceso a datos 4G a TELEFÓNICA en las zonas urbanas donde YOIGO haya desplegado su red 4G.

El contrato contempla exclusividad, por lo que las partes acuerdan que TELEFÓNICA no podrá celebrar acuerdos similares con otros operadores móviles de red en España. Ello implica que todo el tráfico de datos LTE que curse TELEFÓNICA en territorio nacional en la modalidad de roaming nacional lo será a través de la red de YOIGO.

YOIGO se compromete a desplegar **[CONFIDENCIAL]**:

- **[CONFIDENCIAL]**
- **[CONFIDENCIAL]**
- **[CONFIDENCIAL]**

Las partes acuerdan igualmente que **[CONFIDENCIAL]** LTE de YOIGO se desplegarán en poblaciones por encima de los **[CONFIDENCIAL]** habitantes, siempre que sea posible.

Dentro de los compromisos asumidos por las partes, destacan los siguientes:

- YOIGO se compromete a informar a TELEFÓNICA de la evolución del despliegue de su red **[CONFIDENCIAL]**.
- El punto de entrega de tráfico de datos desde YOIGO hacia TELEFÓNICA **[CONFIDENCIAL]**.
- TELEFÓNICA se compromete a proporcionar a YOIGO información detallada relativa al uso de sus clientes de la red LTE de YOIGO a partir de la cual se producirá la facturación del servicio de itinerancia nacional (cláusula 6.2.d).
- TELEFÓNICA se compromete a no revender, alquilar o facilitar que operadores terceros puedan hacer uso del acceso contemplado en el acuerdo sin autorización de YOIGO (cláusula 6.2.e).

A partir de las citadas condiciones del acuerdo, en particular del propio objeto del contrato y del intercambio de información estratégica entre ambas partes, esta Sala considera que el acuerdo de 31 de julio de 2013 de itinerancia nacional de TELEFÓNICA sobre la red 4G de YOIGO, a diferencia de lo que señalan las

partes, sí presenta importantes efectos restrictivos sobre la competencia en los mercados de comunicaciones móviles, tanto por la identidad del operador al que se da el acceso a la red 4G de YOIGO, como por el momento y la forma en la que se produce este acceso.

Al igual que el anterior, el acuerdo de itinerancia entre ambos competidores para el uso de redes 4G restringe la competencia ya que limita la independencia en cobertura y calidad³⁴ entre YOIGO y TELEFÓNICA, en relación con una tecnología a la que únicamente pueden acceder los operadores de red, por lo que el acuerdo entre dos de ellos supone una disminución de la presión competitiva en relación con el uso de las redes 4G y los servicios que derivan de las mismas.

Sin embargo, en este contrato existe una particularidad que permite reforzar tales argumentos, ya que el operador que accede a la red de YOIGO es TELEFÓNICA, principal operador de comunicaciones móviles en España, que cuenta con la red móvil más capilar y con mayor número de emplazamientos, con la mayor disponibilidad de frecuencias para comunicaciones móviles y con las mayores economías de escala, gracias a su cuota de mercado en términos de líneas y tráficos en comunicaciones móviles en España.

Como bien señala la Dirección de Competencia en su Propuesta de Resolución, es preciso tener en consideración que el despliegue de red 4G de YOIGO se ha realizado exclusivamente en núcleos **[CONFIDENCIAL]**, es decir, en zonas donde *a priori* resulta perfectamente rentable desde el punto de vista económico desplegar una red paralela por parte de TELEFÓNICA, como de hecho está haciendo en la práctica actualmente, teniendo en cuenta, además, la capacidad económica del operador³⁵.

Así, ante esta capacidad incuestionable de TELEFÓNICA, YOIGO ha sacrificado la ventaja comercial que hubiese adquirido al poder realizar una oferta comercial de servicios 4G anticipada a la de su competidor, dado que sus planes de despliegue estaban mucho más adelantados que los de TELEFÓNICA. Asimismo, este acuerdo implica que se elimina la posibilidad de diferenciación de YOIGO respecto a la cobertura 4G de TELEFÓNICA, y además se reduce la ambición en los planes de despliegue que inicialmente tenía previstos YOIGO.

En relación con la capacidad de despliegue de TELEFÓNICA, los hechos evidencian que la citada entidad pudo en poco menos de un mes desplegar más de 1.000 nodos LTE en zonas urbanas, y desde octubre de 2013 hasta la actualidad habría alcanzado ya un nivel de despliegue propio similar al de sus principales competidores. De esta manera, resulta evidente que TELEFÓNICA

³⁴ El acuerdo establece que YOIGO debe ofrecer a TELEFÓNICA un nivel de calidad equivalente y no discriminatorio al que provea a sus propios clientes (cláusula 6.1; folio 130).

³⁵ En aquellos municipios donde ambos tienen desplegados nodos LTE, y según estimaciones de TELEFÓNICA, a fecha 31 de marzo de 2014 aproximadamente un 30% del tráfico diario de clientes de TELEFÓNICA en 4G pasaban por los nodos de YOIGO.

tenía capacidad para desplegar su propia red 4G sin necesidad de firmar este acuerdo de itinerancia nacional con YOIGO.

Por su parte, los propios planes de YOIGO en el primer semestre de 2013 evidencian, como se detalla en los hechos acreditados, que tenía previsto hacer un despliegue ambicioso de red 4G sin necesidad de firmar este acuerdo con TELEFÓNICA, entre otras razones, para hacer frente a las obligaciones de inversión que había asumido en la concesión de frecuencias en la banda de 1.800 MHz en el año 2011. Sin embargo, tras el acuerdo, ese despliegue no se ha producido en los términos previstos inicialmente.

Por tanto, no existen razones objetivas que pueden justificar el acuerdo entre competidores alcanzado, si tenemos en cuenta la posición de TELEFÓNICA en el mercado de comunicaciones móviles y su capacidad de despliegue de redes 4G de forma independiente, y las intenciones iniciales de despliegue de YOIGO, en las que no se preveía la necesidad de pactos estratégicos de esta naturaleza con competidores directos.

Al respecto hay que recordar que a diferencia de lo que sucedía en el acuerdo de itinerancia nacional de YOIGO, la desventaja de TELEFÓNICA no es estructural, sino que deriva exclusivamente de una errónea decisión estratégica de la operadora con capacidad sobrada para responder a posteriori a las acciones de sus competidores en un plazo breve de tiempo.

TELEFÓNICA señala que ha pagado un precio muy elevado que ha supuesto un ingreso objetivamente muy elevado para YOIGO, todo ello con el único objetivo de dotar a sus clientes de la tecnología 4G.

Sin embargo, tal como señala la propia Dirección de Competencia en su Propuesta de Resolución, no parece racional un desembolso tan elevado si el único objetivo hubiese sido asegurarse que los pocos usuarios urbanos de TELEFÓNICA que dispusieran a fecha 1 de agosto de 2013 de terminales adaptados para operar en la banda 1.800 MHz pudieran tener acceso a servicios 4G, y que en todo caso solo tenían que esperar unos dos meses para poder disfrutar de ese servicio a través de la red propia de TELEFÓNICA, como demuestra el hecho de que TELEFÓNICA hizo un despliegue significativo de su red 4G en ese plazo.

Cabe añadir a lo anterior, otra consecuencia de gran transcendencia que se deriva del acuerdo, como es la anulación de la ventaja comercial que habían adquirido los competidores de red móvil en España de TELEFÓNICA como consecuencia de su decisión estratégica en el primer semestre de 2013 de iniciar el despliegue de su red 4G.

En relación con esta cuestión, conviene recordar que VODAFONE, ORANGE y YOIGO adoptaron en el primer semestre de 2013 la decisión estratégica de iniciar el despliegue de sus redes 4G sobre la banda de 1.800 MHz, para lanzar comercialmente el servicio 4G en verano de 2013, y obtener una ventaja comercial sobre TELEFÓNICA, el principal operador del mercado minorista de

comunicaciones móviles en España, especialmente entre los clientes de mayor valor añadido.

Por tanto, con el acuerdo con YOIGO, la entidad TELEFÓNICA ha conseguido reducir esa ventaja comercial con respecto a sus competidores directos, lo que crea un precedente que puede desincentivar a que en un futuro VODAFONE, ORANGE y YOIGO intenten diferenciarse temporalmente en términos de tecnologías o cobertura de TELEFÓNICA, para erosionar su cuota de mercado, especialmente entre los clientes de mayor valor añadido.

En efecto, este acuerdo permite a TELEFÓNICA adquirir una ventaja competitiva injustificada sobre sus principales competidores, VODAFONE y ORANGE, en la medida que teniendo en cuenta el uso por TELEFÓNICA del acceso a la red 4G de YOIGO, se observa cómo a pesar de haber realizado su propio despliegue en la mayoría de grandes ciudades de España, TELEFÓNICA estaría haciendo uso desde el último trimestre de 2013 hasta la actualidad, de los nodos desplegados por YOIGO en las mismas.

Es decir, TELEFÓNICA consigue mejorar su cobertura de red y/o su capacidad de transmisión en algunas de las principales ciudades de España donde más intensivamente se utiliza el servicio 4G y donde pueden sufrir problemas de saturación, sin realizar las mismas inversiones que sus competidores para coberturas equivalentes.

Finalmente, el acuerdo permite un intercambio de información estratégico entre competidores. En este sentido, el acceso de TELEFÓNICA a la red 4G de YOIGO se produce según la misma se va desplegando, en unas condiciones (interconexión emplazamiento a emplazamiento) y con unas obligaciones de información de YOIGO a TELEFÓNICA que dan a TELEFÓNICA acceso a una información comercial sensible muy significativa, que en la práctica le permite acompañar y optimizar el despliegue de su red 4G propia al despliegue de la red 4G de YOIGO.

Como hemos señalado anteriormente, el intercambio de datos estratégicos puede dar lugar a efectos restrictivos de la competencia ya que reduce la independencia de las partes para tomar decisiones disminuyendo sus incentivos para competir. La información estratégica puede referirse a precios (es decir, precios reales, descuentos, aumentos, reducciones o rebajas), listas de clientes, costes de producción, cantidades, volúmenes de negocios, ventas, capacidades, calidades, planes de comercialización, riesgos, inversiones, tecnologías y programas de I+D y los resultados de estos.

Las Directrices señalan, igualmente, que es particularmente probable que el intercambio de información sobre las intenciones individuales de las empresas en cuanto a su conducta futura relativa a precios o cantidades desemboque en un resultado colusorio.

También en este caso, el intercambio de información aquí analizado relativo a estrategias de despliegue de redes y previsiones de volumen de tráfico y de

clientes tiene cabida, por tanto, en la categoría de información estratégica, y reduce la independencia entre ambos operadores³⁶, por lo que, teniendo en cuenta el tipo de operador que se beneficia de la itinerancia, las zonas geográficas afectadas y el contexto económico, encaja perfectamente en las conductas restrictivas por objeto prohibidas por los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE.

Como ya se ha señalado anteriormente, la importancia de preservar oculta la estrategia de despliegue de redes radica en la necesidad de adelantarse a los competidores, ya que un despliegue anticipado permite ofrecer nuevos servicios demandados por los consumidores y diferenciados del resto de competidores, lo que coloca a los operadores en una situación privilegiada en la captación de nuevos clientes.

En definitiva, esta Sala considera que el acuerdo de itinerancia de TELEFÓNICA sobre la red de YOIGO de fecha 31 de julio de 2013, restringe la competencia y, por tanto, debe tener la consideración de acuerdo prohibido por los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE.

2. SOBRE LA APLICACIÓN DE LA EXENCIÓN PREVISTA EN LOS ARTÍCULOS 1.3 DE LA LDC Y 101.3 DEL TFUE

En el análisis de los posibles beneficios que puede reportar este acuerdo, cabe destacar que las condiciones económicas pactadas entre ambas partes favorecen a YOIGO, dado que al pagar TELEFÓNICA en los primeros meses de vigencia del acuerdo **[CONFIDENCIAL]** de euros, de facto TELEFÓNICA está actuando como financiador del despliegue inicial de la red 4G de YOIGO.

Igualmente, el acuerdo ha permitido que TELEFÓNICA haya podido hacer uso de las redes 4G de YOIGO y prestar servicios sobre dicha tecnología a sus clientes finales.

Sin embargo, estos posibles beneficios derivados del acuerdo no compensan las restricciones detectadas por esta Sala, por cuanto dicho acuerdo estaría restringiendo la competencia efectiva entre TELEFÓNICA y YOIGO en lo que se refiere al uso de las redes 4G, así como dotando a TELEFÓNICA de una ventaja competitiva injustificada que estaría distorsionando la dinámica competitiva de los mercados afectados, máxime cuando TELEFÓNICA tenía capacidad suficiente para desplegar de forma acelerada su propia red 4G, como efectivamente ha hecho con posterioridad a la firma de este acuerdo.

En relación con la posibilidad de que los consumidores de TELEFÓNICA pudieran haber hecho uso de la tecnología 4G en ese momento, cabe señalar que en el verano de 2013 existían posibilidades reales de cambio de proveedor de servicios

³⁶ Véase al respecto, las Resoluciones de la CNMC de fecha 22 de septiembre de 2006 (Expte. S/0428/12 PALÉS) y de fecha 26 de febrero de 2015 (Expte. S/0425/12 INDUSTRIAS LÁCTEAS 2), que consideran una infracción por objeto el intercambio de información entre competidores.

móviles para que VODAFONE, ORANGE o YOIGO les proporcionasen dichos servicios, por lo que la afectación a los consumidores en ese momento puede considerarse relativa.

Finalmente, en relación con la alegación de YOIGO en la que considera que el acuerdo ha reportado mayor competencia entre YOIGO y TELEFÓNICA, esta Sala considera que no aporta pruebas concretas que acrediten tal aseveración ni la relación de causalidad entre el aumento de cuota de mercado y el acuerdo en cuestión, máxime cuando es TELEFÓNICA quien se beneficia de la red de YOIGO.

En cualquier caso, no parece razonable pensar que el acuerdo de itinerancia nacional haya podido servir para reforzar la presión competitiva entre ambos operadores, teniendo en cuenta que el uso de la red de YOIGO por parte de TELEFÓNICA ha reducido la ventaja competitiva que YOIGO y el resto de operadores de red había adquirido en relación con la tecnología 4G.

Igualmente, si atendemos a las cuotas de mercado de los operadores móviles en los últimos años se comprueba que el descenso de la cuota de TELEFÓNICA se debe principalmente al aumento de líneas a favor de los operadores móviles virtuales. En relación con YOIGO, cabe indicar que a partir del año 2012 y hasta la actualidad ha mantenido un cuota prácticamente inalterada del 6,7%.

CUOTA DE MERCADO DE LÍNEAS MÓVILES				
	2011	2012	2013	2014
TELEFÓNICA	39,2%	36,4%	34,0%	31,7%
VODAFONE	28,2%	26,0%	23,5%	22,5%
ORANGE	20,6%	21,7%	22,8%	22,8%
YOIGO	5,3%	6,4%	6,7%	6,7%
OMV	6,8%	9,4%	13,0%	16,5%

Fuente: CNMC

Igualmente, en lo que se refiere ganancias de líneas móviles por operador cabe reseñar los siguientes datos:

GANCIAS DE LÍNEAS MÓVILES				
	Enero 2013 a julio 2013	Agosto 2013 a diciembre 2013	Enero 2014 a julio 2014	Agosto 2014 a diciembre 2014
TELEFÓNICA	-720.004	-431.590	-477.536	-284.389
VODAFONE	-791.506	-380.709	-223.244	-68.327
ORANGE	489.657	-11.015	76.847	-20.898
YOIGO	92.989	23.855	-25.36	-24.076
OMV	786.713	645.530	1.342.910	158.716

Fuente: CNMC

En la tabla anterior, se puede apreciar como YOIGO a partir del segundo semestre de 2013 reduce sus ganancias de líneas móviles y en 2014 su saldo es negativo durante todo el año.

En definitiva, a juicio de esta Sala, el acuerdo de itinerancia nacional de TELEFÓNICA sobre la red 4G de YOIGO tiene importantes efectos restrictivos sobre la competencia efectiva en el mercado minorista de comunicaciones móviles en España, que van más allá de lo necesario para la obtención de eficiencias, pues TELEFÓNICA tiene por sí misma la capacidad para desplegar una red 4G propia, especialmente en las zonas urbanas donde YOIGO ha desplegado esta red, como de hecho ha acreditado la propia TELEFÓNICA con su conducta posterior.

No cabe, por tanto, la aplicación al acuerdo de la exención prevista en los artículos 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE.

4.1.4. Alegaciones en relación con el análisis del contrato de agencia entre TELEFONICA y YOIGO

Alegaciones de TELEFONICA

TELEFÓNICA considera que el contrato de agencia no puede ser considerado un acuerdo horizontal. En este sentido, señala que no existe prueba en el expediente de la relación de competencia entre las partes del acuerdo de agencia en servicios fijos.

En relación con el carácter restrictivo de la cláusula sobre la duración del acuerdo, según TELEFONICA es incoherente concluir que la cláusula que prevé una duración de seis meses reconducible tácitamente es restrictiva por conceder a TELEFÓNICA la mera posibilidad de poner fin periódicamente a la vigencia del acuerdo, mientras el pacto contenido en el acuerdo de itinerancia de YOIGO en la red de TELEFÓNICA que da a YOIGO la posibilidad de usar la infraestructura urbana de TELEFÓNICA no es restrictivo por no haber hecho YOIGO uso de tal posibilidad.

Asimismo, el operador manifiesta que la tesis de la Dirección de Competencia implica una infracción del principio de tipicidad en la aplicación de la ley, ya que se hace uso del artículo 1 LDC para reprochar una eventual conducta unilateral de TELEFÓNICA, que en todo caso debería reprocharse en el momento en el que se produjera conforme al tipo infractor que corresponda.

En relación con la limitación de la captación de clientes existentes de servicios fijos de TELEFONICA, la entidad señala que la tesis de la Dirección de Competencia es insostenible, por cuanto ignora el contenido de la adenda al acuerdo de agencia suscrita el 1 de agosto de 2013, en la que queda constancia expresa de que la restricción impuesta a YOIGO en relación con la comercialización del producto de TELEFÓNICA debe entenderse en el sentido de que alcanza únicamente a aquellos clientes de TELEFÓNICA que tienen

contratada fibra óptica, entre quienes no podrá promoverse el producto básico (sobre par de cobre).

Finalmente, en relación con la posibilidad de subir los precios de los servicios fijos de TELEFÓNICA comercializados por YOIGO, la entidad señala que nos encontramos nuevamente en este caso ante la imputación de una "infracción por hipótesis" (posibilidad de retorsión de YOIGO). En este sentido, TELEFÓNICA manifiesta que *"la particularidad de este caso es que ni siquiera se identifica una cláusula del acuerdo que sirva de base a la hipotética actuación restrictiva de TELEFÓNICA. Esto hace aún más evidente que lo que la DC persigue (ilegalmente) es reprochar una actuación unilateral (y eventual) de TELEFÓNICA con sustento en una norma que no lo permite"*.

Alegaciones de ORANGE

Según señala ORANGE en su escrito de alegaciones, mediante ese acuerdo TELEFÓNICA pretendía, y así lo ha conseguido, reforzar su capacidad de captación de clientes de la competencia mediante la introducción de un nuevo agente en el mercado de servicios fijos y convergentes enfocado a los clientes, entre otros, de ORANGE. La entidad manifiesta que los servicios que YOIGO podía vender en la práctica a todos los clientes menos a los de TELEFÓNICA eran irreplicables para ORANGE, ya que no tenía acceso a la venta de servicios de fibra.

Finalmente, la entidad solicita una revisión urgente de la oferta de acceso indirecto a los efectos de remediar los problemas de competencia.

Alegaciones de VODAFONE

VODAFONE considera que el contrato de agencia no puede beneficiarse de una exención individual porque el objeto y efecto del mismo es precisamente eliminar la presión competitiva que YOIGO ejercía sobre TELEFÓNICA en el mercado de comunicaciones móviles minoristas y la presión que podía haber ejercicio en el contexto de las ofertas convergentes. Según señala la entidad, el contrato ha sido diseñado para eliminar las supuestas eficiencias puestas de manifiesto por la Propuesta (existencia de un nuevo competidor en el contexto de ofertas convergentes y reforzar su presión competitiva en el mercado de comunicaciones móviles minoristas) y para reducir la presión competitiva procedente de los principales competidores de TELEFÓNICA en el mercado de comunicaciones móviles minoristas y en el contexto de las ofertas convergentes.

Respuesta de la Sala de Competencia del Consejo

1. SOBRE LA APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1 DE LA LDC Y 101 DEL TFUE AL ACUERDO DE AGENCIA ENTRE TELEFÓNICA Y YOIGO

Esta Sala considera, como igualmente se desprende de la Propuesta de Resolución elaborada por la Dirección de Competencia, que determinados aspectos de este acuerdo entre TELEFÓNICA y YOIGO son potencialmente restrictivos de la competencia y van más allá de lo necesario para posibilitar la obtención de eficiencias.

El análisis del contrato, como veremos a continuación, y en contra de lo que señalan las partes, permite concluir que este acuerdo restringe las condiciones de competencia, sin perjuicio de que puedan ser valorados y contrapuestos los beneficios que el acuerdo ha reportado para YOIGO en particular, y para el mercado y los consumidores en general, a los efectos de la aplicación al mismo de la exención prevista en los artículos 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE.

El acuerdo analizado tiene por objeto la promoción por parte de YOIGO de la contratación, a través de sus habituales canales de venta y en nombre y por cuenta de TELEFÓNICA, de ciertos servicios fijos prestados por TELEFÓNICA (llamadas y ADSL). Con este contrato, YOIGO accede a la posibilidad de prestar servicios convergentes de telecomunicaciones. Pero, con independencia de cómo se denomine el acuerdo, éste está previsto para que YOIGO distribuya los servicios fijos de TELEFÓNICA junto con sus propios servicios móviles dentro de una oferta convergente fijo-móvil, en la que la parte móvil es determinada por YOIGO. En lo que se refiere a la duración del contrato, la cláusula tercera contiene una previsión de relevancia para este expediente, al limitar la duración del mismo a un periodo de seis meses desde la fecha de su firma, sin perjuicio de las prórrogas semestrales que puedan producirse.

En relación con los servicios objeto de comercialización, en el manual operativo, “Oferta base: operativa de atención y tramitación”, se establecen los procedimientos a seguir por parte de YOIGO a la hora de comercializar los servicios fijos de TELEFÓNICA, con las siguientes condiciones:

- La oferta Base sobre cobre solo se podrán contratar por: clientes nuevos, clientes solo voz, portabilidades, traspasos y clientes que ya tengan un producto base sobre cobre.
- Los productos base sobre fibra solo se podrán contratar por: clientes nuevos, clientes solo voz, portabilidades, traspasos, clientes que ya tengan un producto base sobre cobre o fibra, clientes que tenga BAF fija sobre cobre.

Es decir, un cliente que ya tenga BAF con Movistar sobre fibra no podrá contratar ningún paquete de la oferta Base. Si tiene BAF sobre cobre sí podrá contratar un producto Base sobre fibra pero no sobre cobre.

No se permitirán posventas de fibra Base a cobre Base.

Analizamos, por tanto, los efectos del contrato a partir del objeto del mismo y del resto de las condiciones citadas, para determinar si cabe considerar que puede resultar restrictivo de la competencia y, por lo tanto, ser objeto de inclusión en el ámbito de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE.

En este sentido, cabe indicar que, a diferencia de lo que alega TELEFÓNICA, esta Sala considera que nos encontramos ante un supuesto de cooperación horizontal ya que ambos operadores son competidores en los mercados afectados por el contrato³⁷.

Este acuerdo de agencia está previsto para que YOIGO distribuya los servicios fijos de TELEFÓNICA en conjunción con los servicios móviles de YOIGO, dentro de una oferta comercial convergente fijo-móvil.

De esta manera, este acuerdo incide directamente en la actuación de YOIGO en el mercado minorista de comunicaciones móviles y en el ámbito de las ofertas convergentes fijo-móvil, donde es evidente que TELEFÓNICA y YOIGO son competidores reales.

No cabe, por tanto, un análisis a partir de la consideración de que el acuerdo de agencia puede tener cierto carácter vertical, por cuanto, como ya hemos señalado, se produce entre competidores directos, y además el análisis lo es en relación con los efectos horizontales que se derivan del mismo y no sobre las condiciones de reventa de los productos.

1.1. El acuerdo desincentiva la entrada de YOIGO en el mercado de comunicaciones electrónicas fijas

En los últimos años la oferta de servicios convergentes de telecomunicaciones se ha consolidado como un hecho diferencial y de valor añadido en la estrategia de los operadores de comunicaciones motivado, principalmente, por la exigencia cada vez mayor por parte de los consumidores de telecomunicaciones en la demanda de mejores servicios y mejores ofertas a precios competitivos.

El siguiente cuadro muestra la evolución de los servicios convergentes en España y la importancia que está adquiriendo este tipo de comercialización de servicios en los últimos años, principalmente en lo que se refiere al empaquetamiento que incluye servicios soportados a través de redes fijas y móviles.

³⁷ Según las Directrices sobre Cooperación Horizontal, una cooperación tiene «naturaleza horizontal» cuando se concluye un acuerdo entre competidores reales o potenciales.

EMPAQUETAMIENTO DE SERVICIOS FINALES (NÚMERO DE ACCESOS)			
	2011	2012	2013
<i>Tel. fija, banda ancha fija y TV de pago</i>	1.884.915	1.605.907	1.031.672
<i>Tel. fija, banda ancha fija, tel. móvil y banda ancha móvil</i>	0	1.062.107	5.195.278
<i>Tel. fija, banda ancha fija, TV de pago, tel. móvil y banda ancha móvil</i>	0	146.132	689.645

El acceso a la comercialización de este tipo de ofertas convergentes requiere que los operadores móviles tengan acceso a las redes fijas de telecomunicaciones a los efectos de poder prestar, junto con su oferta móvil, los servicios de llamadas y acceso a internet fijo.

A continuación, para el periodo 2011 a 2014, se facilitan los datos relativos a ingresos minoristas de comunicaciones fijas así como número de líneas relativas al mercado de comunicaciones fijas, diferenciando entre líneas de telefonía fija y banda ancha fija, teniendo en cuenta que estás últimas habitualmente llevan asociada una línea de telefonía fija.

CUOTA DE MERCADO LÍNEAS TELEFÓNICA FIJA				
	2011	2012	2013	2014
TELEFÓNICA	63,9%	61,4%	58,3%	55,4%
ONO	11,0%	10,8%	10,5%	11,12%
VODAFONE	5,9%	7,8%	8,3%	9,19%
JAZZTEL	7,4%	7,0%	7,9%	8,8%
ORANGE	5,5%	6,5%	8,4%	10,08%
RESTO	6,3%	6,4%	6,7%	4,69%
CUOTA DE MERCADO LÍNEAS BANDA ANCHA FIJA				
	2011	2012	2013	2014
TELEFÓNICA	49,8%	49,1%	46,39%	45,33%
ONO	14,5%	14,0%	13,83%	12,94%
JAZZTEL	7,7%	6,8%	7,80%	12,23%
VODAFONE	10,1%	11,7%	11,68%	9%
ORANGE	11,5%	12,3%	13,83%	15,5%
RESTO	6,4%	6,2%	6,48%	9%

Fuente: CNMC

A nivel minorista, es importante destacar la existencia de una elevada cuota de mercado de TELEFÓNICA en líneas de telefonía y banda ancha fija. Este análisis

también muestra la consolidación de los operadores móviles de red VODAFONE y ORANGE en los mercados de telefonía fija³⁸.

En este escenario descrito, en el que la prestación de servicios convergentes es fundamental para la supervivencia de los operadores, y ello implica la presencia de nuevos operadores en los mercados minoristas de redes fijas, que como hemos visto en el caso de VODAFONE y ORANGE pueden ejercer mayor presión competitiva, el acuerdo de agencia entre YOIGO y TELEFÓNICA supone un claro desincentivo a la entrada de un nuevo competidor en los mismos.

La entrada de YOIGO en los mercados de comunicaciones fijas, además de permitirle actuar de manera independiente para configurar sus propias ofertas convergentes, supondría la entrada en los citados mercados de un nuevo competidor con potencial para poder ejercer mayor presión competitiva en unos mercados en los que TELEFÓNICA ostenta elevadas cuotas frente al resto de agentes.

En este sentido, es de destacar que YOIGO es en la actualidad el cuarto operador móvil en España, con una cuota de mercado actual en torno al 7%, por lo que es de esperar que su apuesta por convertirse en un operador convergente permitiría, al menos, configurarse como un nuevo agente en los citados mercados lo que, sin duda, aportaría mayores beneficios a los consumidores finales de estos servicios.

En relación con la capacidad del operador para entrar en los mercados de comunicaciones fijas, ello queda evidenciado, al menos actualmente, en las propias manifestaciones de los órganos de representación de la empresa, que constatan el interés por configurarse como un nuevo agente en los citados mercados, y la capacidad económica suficiente para afrontar tales inversiones³⁹.

Cabe destacar, además, que tal como acreditan los hechos descritos en la presente resolución, en virtud del contrato de agencia se observa como TELEFÓNICA habría firmado contratos para la prestación de servicios fijos de internet con **[CONFIDENCIAL]** clientes móviles de YOIGO, un **[CONFIDENCIAL]** del total de altas de productos de internet de TELEFÓNICA, de los cuáles **[CONFIDENCIAL]** se habrían firmado en el primer trimestre del año 2014. Es decir, TELEFÓNICA, a través del contrato firmado con YOIGO, consigue acaparar mayores clientes a través y con la ayuda de un competidor, lo que resulta una práctica contraria a las normas básicas y lógicas del correcto funcionamiento competitivo del mercado.

³⁸ Orange y Vodafone verán aumentadas sus cuotas considerablemente tras la adquisición de Jazztel y ONO.

³⁹ Véanse las siguientes noticias aparecidas en periódicos nacionales:

<http://www.lavanguardia.com/tecnologia/20150503/54430373652/yoigo-busca-red-fija-propia-para-poder-hacer-ofertas-convergentes.html>

<http://www.expansion.com/agencia/efe/2015/05/03/20685521.html>

1.2. La duración del acuerdo no permite la estabilidad necesaria para que YOIGO pueda consolidarse como un oferente efectivo de productos convergentes

La duración del acuerdo y, en particular, la capacidad de TELEFÓNICA para ponerle fin cada seis meses (cláusula tercera), no permite a YOIGO en ningún momento consolidarse como un oferente efectivo de productos convergentes fijo-móvil, y otorga a TELEFÓNICA un instrumento de presión para disciplinar el comportamiento competitivo de YOIGO en los mercados afectados en España. A estos efectos, esta Sala entiende que no existe una justificación objetiva suficiente que haga imprescindible para la adopción del acuerdo de agencia la inclusión de esta previsión.

Prueba de los efectos de esta cláusula es que con fecha 28 de mayo de 2014, TELEFÓNICA comunicó a YOIGO su intención de no renovar el acuerdo más allá del 31 de julio de 2014. No obstante, mes y medio después y 16 días antes de que el acuerdo de agencia dejara de tener efectos, TELEFÓNICA remitió a YOIGO una nueva comunicación ofreciendo la posibilidad de renovar el contrato por seis adicionales, lo que ha sido aceptado por YOIGO.

Lo anterior pone de manifiesto cómo puede utilizar TELEFÓNICA esta previsión contractual como herramienta de presión frente a YOIGO, limitando su capacidad para planificar y consolidar su estrategia competitiva.

Finalmente, en relación con la alegación de TELEFÓNICA en la que considera que mientras no haga uso de este derecho no cabe declarar sus efectos restrictivos, esta Sala no comparte tal aseveración, por cuanto como ya hemos señalado para el caso de cláusula que permite el uso a YOIGO de las redes 4G en zonas urbanas, lo importante en este caso son los potenciales efectos que se derivan de la posibilidad de esa previsión, que en algunos momentos como hemos visto han podido materializar, lo que a tenor de la normativa y jurisprudencia al respecto, resulta suficiente para considerar la existencia de una restricción a la competencia contraria a los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE.

1.3. El acuerdo limita la competencia entre YOIGO y TELEFÓNICA en el mercado minorista de comunicaciones móviles

La limitación a la capacidad de YOIGO de captar a los clientes de banda ancha fija preexistentes de TELEFÓNICA, contenida en el acuerdo de 12 de agosto de 2013, mediante el que YOIGO y TELEFÓNICA definen los procedimientos a seguir por parte de YOIGO a la hora de comercializar los servicios fijos de TELEFÓNICA en el marco del acuerdo de agencia, constituye una restricción desproporcionada a la competencia que puede plantear YOIGO con sus ofertas convergentes de servicios fijos-móviles, lo que contribuye a limitar la competencia entre YOIGO y TELEFÓNICA en el mercado minorista de comunicaciones móviles.

En particular, a través de esta previsión se impide de facto a YOIGO competir por la captación a través de su oferta comercial convergente de una parte significativa de los clientes fijos de TELEFÓNICA, lo que limita significativamente la presión competitiva que ejerce YOIGO sobre TELEFÓNICA en el mercado minorista de comunicaciones móviles.

Argumenta TELEFÓNICA que según la adenda de 1 de agosto de 2013, que aporta por primera vez al expediente en sus alegaciones al PCH, la limitación es solo para aquellos clientes de banda ancha fija de TELEFÓNICA de fibra quienes no podrán contratar ADSL sobre cobre con YOIGO, protegiendo así su inversión en fibra.

No obstante, como señala la Dirección de Competencia en su Propuesta de Resolución, la concreción del acuerdo de agencia de 31 de julio de 2013 establecida de forma unilateral por TELEFÓNICA en su manual operativo implica una obligación de no captación absoluta de clientes fijos de TELEFÓNICA por parte de YOIGO. Asimismo, según puede deducirse de las alegaciones de YOIGO y de los documentos acreditativos que aporta, a fecha marzo de 2014 TELEFÓNICA seguía aludiendo a problemas técnicos, sin permitir a YOIGO competir por sus clientes fijos.

De esta manera, con independencia del contenido de la adenda supuestamente firmada el 1 de agosto de 2013, resulta evidente que la aplicación efectiva del acuerdo hasta al menos marzo de 2014 se ha hecho de conformidad con lo previsto en el manual operativo.

1.4. El acuerdo permite a TELEFÓNICA modificar las condiciones económicas unilateralmente

La configuración y comercialización de los productos de comunicaciones fijas de TELEFÓNICA incluidos por este operador en el acuerdo denominado de agencia, además de evidenciar la dependencia de YOIGO frente a TELEFÓNICA, ha conllevado a la creación de otro instrumento de presión para disciplinar el comportamiento competitivo de YOIGO en los mercados afectados en España.

En particular, en los hechos acreditados se ha verificado que los productos fijos de TELEFÓNICA incluidos dentro del contrato de agencia son productos creados *ad hoc* por TELEFÓNICA (con la denominación ADSL/Fibra Base), que los ha estado comercializando de una forma muy limitada en sus canales de distribución ajenos a YOIGO. En cambio, TELEFÓNICA ha estado comercializando de forma mucho más activa productos de contenido equivalente (con la denominación Movistar ADSL/Fibra), a pesar de que su coste es significativamente superior a los de ADSL/Fibra Base.

	CONTRATACIONES PRODUCTOS DE INTERNET DE TELEFÓNICA			
	<i>Número de clientes</i>	<i>Número altas de movistar</i>	<i>Núm de altas acuerdo agencia</i>	<i>Resto altas</i>
	OCTUBRE 2013- FEBRERO DE 2014			
ADSL Base	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
Movistar ADSL	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
ADSL Base Fijo y Móvil	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
Movistar ADSL	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
Fibra Base	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
Movistar Fibra	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]

Si bien todos los paquetes anteriores se pueden encontrar en la página web de TELEFÓNICA en distintas pestañas dentro de la misma, TELEFÓNICA elige en cada momento cuál es el paquete que destaca en su página de inicio.

Al respecto, en un principio las ofertas “Base” no se encontraban recogidas en la página de “Ofertas ADSL”, sino que eran las modalidades más caras “Movistar” las que figuraban. Lo mismo ocurría en el caso de la fibra.

No obstante, a lo largo del periodo de septiembre de 2013 a febrero de 2014 se observa como primero la oferta “ADSL Base” y posteriormente la oferta “ADSL Base Fijo y Móvil” pasan a estar recogidas en la página de ofertas.

A junio de 2014, TELEFÓNICA sigue recogiendo en la página de ofertas “Movistar Fibra” frente a la modalidad Base.

Esta diferente estrategia de comercialización de ambos bloques de productos comerciales lleva a que en el último año el número de altas obtenido por TELEFÓNICA en los productos más caros (Movistar ADSL/Fibra) sea muy superior al número de altas obtenidas en los productos ADSL/Fibra Base.

Esta estrategia comercial de TELEFÓNICA puede servir de justificación a la entidad para modificar unilateralmente los precios del componente fijo de la oferta convergente de YOIGO, tal como le permite el contrato, y asimilarlos a los de los productos Movistar ADSL/Fibra, lo que en la práctica dejaría fuera de mercado al producto convergente de YOIGO, que se vería incapacitado para mantener sus precios competitivos sin asumir un sacrificio considerable en sus márgenes.

De esta manera, TELEFÓNICA ha creado una amenaza muy creíble sobre YOIGO de que en cualquier momento puede recurrir al incremento de los precios de los productos fijos ADSL/Fibra Base, para igualarlos a los precios de los productos fijos Movistar ADSL/Fibra, como mecanismo de retorsión para disciplinar el comportamiento competitivo de YOIGO.

TELEFÓNICA alega que como el producto que distribuye YOIGO, que está también disponible en el catálogo de TELEFÓNICA, es más barato que el que

comercializa y distribuye la operadora a sus clientes, esto es automáticamente procompetitivo.

Al respecto, cabe reiterar lo señalado por la Dirección de Competencia, que las consecuencias de esta práctica discriminatoria de precios de TELEFÓNICA es limitar de nuevo los efectos procompetitivos del acuerdo de agencia, ya que constituye, al igual que en el caso de la duración del contrato, una amenaza creíble para YOIGO de que en cualquier momento TELEFÓNICA puede limitar su capacidad de competir en el mercado sin contravenir los términos del acuerdo.

Además, difícilmente se puede considerar procompetitivo que TELEFÓNICA omita a una parte significativa de sus nuevos clientes la posibilidad que tienen de contratar con ella un producto de comunicaciones electrónicas fijas de prestaciones equivalentes a un precio significativamente más reducido.

2. APLICACIÓN DE LA EXENCIÓN PREVISTA EN LOS ARTÍCULOS 1.3 DE LA LDC Y 101.3 DEL TFUE

Pese a los efectos restrictivos del acuerdo, dadas las circunstancias específicas de YOIGO, este podría acogerse a la exención prevista en los artículos 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE, en la medida que permite a YOIGO realizar de forma inmediata ofertas convergentes fijo-móvil, lo que refuerza su capacidad para seguir ejerciendo una presión competitiva significativa en el mercado minoristas de comunicaciones móviles.

En definitiva, a juicio de esta Sala, el acuerdo de agencia entre TELEFÓNICA y YOIGO, a pesar de tratarse de un acuerdo entre competidores, tiene un potencial efecto procompetitivo dada la situación competitiva de YOIGO y las condiciones particulares actualmente existentes en los mercados de servicios minoristas y mayoristas de comunicaciones fijas.

No obstante, determinados aspectos del acuerdo suscrito entre ambos operadores tienen la potencialidad de desvirtuar dichas eficiencias, y puede limitar significativamente la presión competitiva de YOIGO sobre TELEFÓNICA en el mercado minorista de comunicaciones móviles, por lo que no estarían a juicio de esta Dirección de Competencia, cubiertos por la exención prevista en los artículos 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE.

Por una parte, la duración del acuerdo y, en particular, la capacidad de TELEFÓNICA para ponerlo fin cada seis meses (cláusula tercera), no permite a YOIGO en ningún momento consolidarse como un oferente efectivo de productos convergentes fijo-móvil, y otorga a TELEFÓNICA un instrumento de presión para disciplinar el comportamiento competitivo de YOIGO en los mercados afectados en España.

Asimismo, la limitación a la capacidad de YOIGO de captar a los clientes de banda ancha fija preexistentes de TELEFÓNICA, contenida en el acuerdo de 12 de agosto de 2013 mediante el que YOIGO y TELEFÓNICA definen los

procedimientos a seguir por parte de YOIGO a la hora de comercializar los servicios fijos de TELEFÓNICA en el marco del acuerdo de agencia, constituye una restricción desproporcionada a la competencia que puede plantear YOIGO con sus ofertas convergentes de servicios fijos-móviles, lo que contribuye a limitar la competencia entre YOIGO y TELEFÓNICA en el mercado minorista de comunicaciones móviles.

Por último, la configuración y comercialización de los productos de comunicaciones fijas de TELEFÓNICA incluidos por este operador en el acuerdo de agencia, ha conllevado la creación de otro instrumento de presión para disciplinar el comportamiento competitivo de YOIGO en los mercados afectados en España.

4.2. RESPUESTA AL RESTO DE ALEGACIONES PRESENTADAS A LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN

4.2.1. Sobre la calificación de infracción única y continuada

TELEFÓNICA considera errónea la calificación de la infracción como única y continuada.

Según la citada entidad, la Propuesta de Resolución no prueba (i) la existencia de un plan conjunto integrador de las conductas individuales subyacentes (las conductas infractoras individuales identificadas en el expediente) y (ii), en relación con cada una de sus representadas, tampoco prueba que conocían la existencia del plan conjunto y que, mediante su participación en las conductas individuales subyacentes, estaban participando en dicho plan conjunto.

Respuesta de la Sala de Competencia del Consejo

La Dirección de Competencia considera que el conjunto de acuerdos o cláusulas de acuerdos entre TELEFÓNICA y YOIGO que han sido identificados como restrictivos de la competencia dan lugar a una infracción única y continuada de los artículos 1 LDC y 101 TFUE. Esta infracción única y continuada derivaría del hecho de los acuerdos se han suscrito en el marco de una misma relación continuada entre TELEFÓNICA y YOIGO, estando estos acuerdos vinculados formalmente o de facto entre sí.

Esta Sala se muestra conforme con la consideración realizada por la Dirección de Competencia.

No encontramos en el presente expediente ante la existencia varios acuerdos que han sido considerados restrictivos, si bien, en relación con alguno de ellos se ha estimado que sus efectos procompetitivos permiten la aplicación de la exención prevista en el apartado 3 de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE, a excepción de ciertas cláusulas contenidas en los mismos, que no han superado

los requisitos para beneficiarse de la exención y, por tanto, son consideradas restrictivas.

El objeto de los contratos es distinto, pero ello no es óbice para considerar que el conjunto de los acuerdos constituyen una única infracción, por cuanto existen coincidencia de partes y objetivos comunes que han provocado una restricción en los mercados de comunicaciones electrónicas afectados por los acuerdos.

Es cierto, que cada uno de los acuerdos, o cláusulas contenidas en los mismos, podría ser considerado por sí mismo como una infracción única y continuada de carácter independiente si se hubieran ejecutado de forma aislada por las empresas imputadas, atendiendo principalmente al objeto de cada contrato. No obstante, esta posible tipificación como infracción independiente no impide la integración de dicha conducta en una infracción única y continuada de naturaleza compleja si la conducta acreditada se ejecuta de manera simultánea o sucesiva con otras posibles conductas con las que comparte un objetivo común para restringir la competencia.

Como afirma la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 2012, Asunto C- 441/11, apartado 41, en el que se indica que: *“Según reiterada jurisprudencia, una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, actualmente 101.1 del TFUE, puede resultar no solo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado, aun cuando uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado puedan también constituir por sí mismos y aisladamente considerados una infracción de la citada disposición. Por ello, cuando las diversas acciones se inscriben en un «plan conjunto» debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, la Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto (sentencias Comisión/Anic Partecipazioni, antes citada, apartado 81, así como de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartado 258)”*.

A los efectos de clarificar la postura de esta Sala, resulta procedente acudir a los criterios judiciales que han venido sirviendo de base para determinar la existencia de infracciones únicas en los procedimientos contra conductas restrictivas de la competencia. La Audiencia Nacional, en su sentencia de 5 de febrero de 2013, en alusión a la Sentencia de la misma Sala de fecha 6 de noviembre de 2009, e igualmente a la jurisprudencia comunitaria⁴⁰, ha señalado que para calificar diversos comportamientos como infracción única y continuada es necesario examinar si los diversos comportamientos presentan un vínculo de complementariedad, es decir, que *“contribuyen, mediante una interacción, a la realización del conjunto de los efectos contrarios a la competencia buscados por*

⁴⁰ Sentencia de 27 de junio de 2012 del Tribunal General de la Unión Europea (Coats Holdings Ltd/Comision), Asunto T-439/07.

sus autores, en el marco de un plan global encaminado a un objetivo único". Para ello será necesario examinar el período de aplicación, el contenido (incluyendo los métodos empleados) y, correlativamente, el objetivo de los diversos comportamientos de que se trata". En este sentido, aspectos tales como la unidad de objetivos comunes entre ambas conductas, la identidad de sujetos, los métodos empleados o la coincidencia temporal de ambas conductas, son elementos que deben considerarse a la hora de valorar la existencia de una o dos infracciones distintas o autónomas.

Asimismo, la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de julio de 2014 (recurso nº 172/2013) recuerda también la doctrina del Tribunal General al respecto:

"1º Así, en la sentencia de 6 de febrero de 2014, asunto T-27/10 AC- Treuhand AG, apartados 240 y 241, señala que no puede identificarse de forma genérica el concepto "objetivo único", que subyace en el plan conjunto de las empresas implicadas, con la simple distorsión de la competencia, pues ese es el presupuesto de la calificación de la práctica como anticompetitiva. Esa interpretación tendría como consecuencia, que varios comportamientos relativos a un sector económico, contrarios al artículo 81 CE, apartado 1, deberían calificarse sistemáticamente como elementos constitutivos de una infracción única (véase la sentencia del Tribunal de 30 de noviembre de 2011, Quinn Barlo y otros/Comisión, T-208/06, Rec. p. II-7953, apartado 149, y la jurisprudencia citada).

Por ello, debe siempre verificarse el grado de complementariedad de los distintos comportamientos que integran la infracción única.

A este respecto, habrá que tener en cuenta cualquier circunstancia que pueda demostrar o desmentir dicho vínculo, como el período de aplicación, el contenido (incluyendo los métodos empleados) y, correlativamente, el objetivo de los diversos comportamientos de que se trata (véase la sentencia Amann & Söhne y Cousin Filterie/Comisión, antes citada, apartado 92, y la jurisprudencia citada).

2º La sentencia de 17 de mayo de 2013 Asunto T-147/09 Trelleborg Industrie, apartados 59 y ss, precisa que:

a) En el marco de una infracción que dura varios años, no impide la calificación de infracción única el hecho de que las distintas manifestaciones de los acuerdos se produzcan en períodos diferentes, siempre que pueda identificarse el elemento de unidad de actuación y finalidad.

b) De acuerdo con una práctica jurisprudencial constante se han identificado una serie de criterios que ayudan a calificar una infracción como única y continuada, a saber: la identidad de los objetivos de las prácticas consideradas, de los productos y servicios, de las empresas participantes, y de las formas de ejecución, pudiéndose tener en cuenta, además, la identidad de las personas físicas intervinientes por cuenta de las empresas implicadas y la identidad del ámbito de aplicación geográfico de las prácticas consideradas.

c) La Comisión puede, en consecuencia, presumir la permanencia de una empresa durante todo el período de duración del cártel, aunque no se haya acreditado la participación de la empresa en cuestión en fases concretas, siempre que concurren los elementos suficientes para acreditar la participación de la empresa en un plan conjunto, con una finalidad específica, que se prolonga en el tiempo. La consecuencia inmediata de ello, es que el “dies a quo” del plazo de prescripción, se computa a partir del cese de la última conducta”.

El examen de los acuerdos objeto de este expediente, a la luz de la jurisprudencia citada, permite concluir que debe considerarse una infracción única y continuada al poder identificarse diversos elementos de unidad de actuación y finalidad.

Como ya se ha señalado a lo largo del expediente, existe identidad de sujetos firmantes de los acuerdos, por cuanto los mismos han sido suscritos por empresas del grupo TELEFÓNICA y por YOIGO.

La infracción debe ser considerada desde el año 2008, por cuanto el contrato entonces firmado, contiene condiciones cuyos potenciales efectos se producen desde esa misma fecha. Así, el uso por parte de YOIGO de la red 4G de TELEFÓNICA en zonas urbanas es una previsión que deriva de la cláusula primera del acuerdo de 2008, por lo que es a partir de ese momento en que cabe considerar efectos potenciales en relación con el uso de las nuevas tecnologías. Sucede lo mismo en relación con la prohibición de reventa, ya que como hemos señalado, YOIGO es un potencial competidor en el mercado mayorista de acceso y originación de llamadas en las redes móviles con anterioridad a la firma del contrato. Finalmente, el contrato contiene una condición que permite el intercambio periódico de información estratégica entre ambos operadores.

Por otro lado, si bien es cierto que el primer contrato de itinerancia nacional se firma en 2008, su continuidad y vinculación con el resto de contratos queda patente en el expediente. En efecto, en el acuerdo de intenciones firmado por todas las partes en el año 2013, se fija el objetivo común de llegar a acuerdos conjuntos para llevar a cabo la modificación y novación del contrato de 2008, y para suscribir nuevos contratos, entre ellos el de itinerancia nacional de TELEFÓNICA sobre la red de YOIGO y el contrato de agencia. Todos los acuerdos proyectados fueron suscritos posteriormente en la misma fecha 31 de julio de 2013, lo que evidenciaría esa vinculación entre los contratos.

Otra evidencia entre la vinculación de contratos la encontramos en la propia cláusula 5 del acuerdo de 31 de julio de 2013 que permite a TELEFÓNICA acortar la duración de la itinerancia nacional de YOIGO sobre la red móvil de TELEFÓNICA al 31 de diciembre de 2014, en el caso de que desde un punto de vista regulatorio o de competencia se pongan objeciones al acuerdo de itinerancia nacional de TELEFÓNICA sobre la red 4G de YOIGO. Es decir, se supedita la duración de un contrato a la posibilidad de ejecutar otro distinto.

Finalmente, en cuanto al objetivo que subyace del conjunto de los acuerdos, como ya se ha puesto de manifiesto en la presente resolución, se produce, entre

otros, una afectación a los mercados de comunicaciones electrónicas afectados por los acuerdos consistente en restringir la competencia, por un lado, mediante la limitación de la capacidad competitiva de YOIGO en los mercados mayoristas y minoristas y, por otro lado, produciendo un claro desincentivo a la competencia en calidad y servicios en el ámbito de las comunicaciones electrónicas móviles por parte de VODAFONE, ORANGE y YOIGO con TELEFÓNICA.

4.2.2. Sobre la infracción consistente en un abuso de posición de dominio de TELEFÓNICA

ORANGE y VODAFONE coinciden al señalar que esta estructura de acuerdos está creada con fines claramente exclusionarios contra Orange y Vodafone como únicos operadores capaces de mantener un nivel de competitividad suficiente frente a las Ofertas de Telefónica.

Por ello, reiteran la necesidad de analizar dichas prácticas a la luz de los artículos 2 LDC y 102 TFUE.

Respuesta de la Sala de Competencia del Consejo

Es criterio jurisprudencial⁴¹ considerar que en el ámbito de los procedimientos sancionadores no es posible dar normas de carácter general en relación con la legitimación, sino que hay que atender al examen de cada caso. Así, si bien no existe legitimación para pretender en abstracto la imposición de una sanción y, por tanto, para incoar un expediente sancionador, no puede excluirse que en determinados asuntos el solicitante pueda resultar beneficiado en sus derechos o intereses como consecuencia de la apertura de un expediente sancionador (reconocimiento de daños, derecho a indemnizaciones), lo que le otorgaría legitimación para solicitar una determinada actuación inspectora o sancionadora (en este sentido, Sentencia de 14 de diciembre de 2005).

Es asimismo criterio aceptado por la jurisprudencia (por todas, Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 15 julio 2002) que la alegación y prueba de ese interés, *“cuando es cuestionado, es carga que incumbe a la parte que se lo arroga”* (SSTS 12 de febrero 1996, 2 de julio de 1999 y 21-11-2005).

Teniendo en cuenta lo anterior, la solicitud de ORANGE y VODAFONE de modificar la calificación jurídica derivada de la instrucción del expediente, puede resultar una actuación que excede de los derechos que ambos operadores ostentan frente al procedimiento objeto de la presente resolución, teniendo en cuenta, además, que las entidades no acreditan expresamente y pormenorizadamente el beneficio que el cambio de calificación les puede reportar,

⁴¹ Entre otras, Sentencia de 11 de abril de 2006.

teniendo en cuenta, además, que ya existe una propuesta de sanción por las conductas investigadas.

En este sentido, según la jurisprudencia, la imposición de la sanción no constituye por sí misma la satisfacción de un interés. La existencia de un mero interés por la legalidad es el criterio reiteradamente aplicado por la jurisprudencia para negar la legitimación del denunciante en los procesos sancionadores administrativos. De acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2002: *"el denunciante ni es titular de un derecho subjetivo a obtener una sanción contra los denunciados, ni puede reconocérsele un interés legítimo a que prospere su denuncia, derecho e interés que son los presupuestos que configuran la legitimación, a tenor del artículo 24, 1 de la Constitución (RCL 1978, 2836) y del art. 31 de la Ley 30/92 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), sin que valgan como sostenedores de ese interés los argumentos referidos a que se corrijan las irregularidades, o a que en el futuro no se produzcan, o a la satisfacción moral que comportaría la sanción, o la averiguación de los hechos, para el denunciante, (...)"*.

En atención a ello, y teniendo en cuenta que las partes no han aportado argumentos detallados o especialmente convincentes sobre la pertinencia de ampliar la incoación del expediente a los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE, se desestima tal pretensión.

4.2.4. Sobre la falta de inclusión del importe de la sanción en la Propuesta de Resolución

YOIGO alega la vulneración del derecho de defensa al considerar que la Propuesta de Resolución es incompleta al omitir la individualización y cuantificación de la sanción a proponer al Consejo.

La citada entidad considera que el contenido de la propuesta de resolución a la que hace referencia el artículo 50.5 de la LDC debe ser el mismo que el previsto en el reglamento del procedimiento sancionador general, que prevé expresamente la inclusión de una propuesta de sanción en la propia propuesta de resolución.

Respuesta de la Sala de Competencia

A través de sus alegaciones, la entidad YOIGO pretende la aplicación, en lo que se refiere al contenido de la Propuesta de Resolución, del artículo 18 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado mediante Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (en adelante, RD 1398/1993), que recoge que en la propuesta de resolución de los procedimientos sancionadores debe especificarse, entre otras cuestiones, la propuesta de sanción a imponer.

Se desprende de las alegaciones de la citada entidad, que la aplicación del contenido de la norma sancionadora general se deriva, entre otros, de la falta de previsión en la LDC sobre el contenido que debe tener la PR elaborada por la

Dirección de Competencia y remitida a la Sala de Competencia del Consejo para su resolución.

Sin embargo, la alegación debe ser desestimada.

El artículo 1 del meritado RD 1398/1993, establece su aplicación supletoria en defecto de procedimientos específicos previstos en las correspondientes normas sancionadoras. Ello, significa que todas aquellas previsiones relativas al procedimiento sancionador que vengan previstas en una norma específica prevalecen sobre el citado Reglamento y hacen inaplicable el mismo. En este sentido, el artículo 45 de la LDC prevé el carácter prevalente de ésta con respecto a la Ley 30/92 y su normativa de desarrollo, al disponer lo siguiente:

“Los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se regirán por lo dispuesto en esta ley y su normativa de desarrollo y, supletoriamente, por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 70 de esta Ley”.

Por tanto, cuando la LDC y su normativa de desarrollo prevén las singularidades del procedimiento sancionador en materia de competencia, no es posible acudir a las normas generales sancionadoras, tal como ha puesto de relieve el propio Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones⁴².

Señalado lo anterior, cabe advertir que la LDC establece su propio procedimiento sancionador específico en materia de defensa de la competencia, tal como indica el artículo 45 de la LDC antes citado, e igualmente el artículo 29.3 de la LCNMC en los siguientes términos: *“En concreto, el procedimiento sancionador en materia de defensa de la competencia se regirá por las disposiciones específicas previstas en la Ley 15/2007, de 3 de julio”.*

Por su parte, el procedimiento sancionador previsto en la LDC viene desarrollado en el RDC, en cuyo artículo 34 se prevé el contenido mínimo que debe tener la Propuesta Resolución, en los siguientes términos:

“La propuesta de resolución deberá contener los antecedentes del expediente, los hechos acreditados, sus autores, la calificación jurídica que le merezcan los hechos, la propuesta de declaración de existencia de infracción y, en su caso, los efectos producidos en el mercado, la responsabilidad que corresponda a sus autores, las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes y la propuesta de la Dirección de Investigación relativa a la exención o reducción del importe de la multa a la que se refieren los artículos 65 y 66 de la Ley 15/2007, de 3 de julio. Cuando la Dirección de Investigación considere que no ha quedado acreditada la existencia de prácticas prohibidas pondrá de manifiesto dicha circunstancia en su propuesta de resolución”.

⁴² Véase el fundamento de derecho cuarto, de la Sentencia del TS de 2 de diciembre de 2014 (recurso 4619/2011).

Como puede observarse, la norma cuando establece el contenido de la Propuesta de Resolución no exige que deba recogerse una propuesta sobre el importe de la sanción a imponer en la resolución definitiva del procedimiento, cuya cuantía queda reservada a la potestad de la Sala de Competencia del Consejo, tal como dispone el artículo 53.2 de la LDC y 38.3 del RDC.

En virtud de lo anterior, cabe desestimar la alegación de YOIGO, por cuanto la normativa especial que regula los procedimientos sancionadores en materia de defensa de la competencia contiene una regulación expresa sobre el contenido que debe tener la propuesta de resolución elaborada por la Dirección de Competencia, sin que exija una propuesta del importe de la sanción a imponer por la Sala de Competencia del Consejo. Habiendo, por tanto, previsión expresa al respecto, no es necesario acudir al RD 1398/1993, tal como pretende YOIGO.

En cualquier caso, esta Sala no aprecia la existencia de indefensión de YOIGO, por cuanto no ha sido privado en ningún momento de sus facultades de participación en el procedimiento sancionador, y además dispone de la posibilidad de defender sus intereses y derechos en sede judicial a través de los recursos previstos en las normas de aplicación.

4.2.5. Sobre la solicitud de revisión de las ofertas mayoristas de líneas alquiladas (ORLA) y de acceso indirecto (NEBA)

ORANGE solicita a esta Sala que inste a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual a la revisión inmediata de la ORLA para eliminar toda discriminación que pueda suponer con respecto de otras ofertas realizadas por TELEFÓNICA en el mercado, y del NEBA con fin de que la misma sea un instrumento eficiente y eficaz para competir en el mercado de banda ancha.

Esta Sala, debe desestimar la pretensión de ORANGE, ya que ni este procedimiento es el cauce procedimental adecuado para solicitar la revisión de los ofertas de referencia de TELEFÓNICA, ni esta Sala de Competencia es el Órgano competente para instar la revisión de las citadas ofertas.

QUINTO.- OTRAS CUESTIONES SOLICITADAS EN LA FASE DE RESOLUCIÓN

5.1 Sobre las solicitudes de declaración de confidencialidad

De conformidad con lo requerido al notificar la propuesta de resolución por la Dirección de Competencia, o posteriormente en fase de Consejo (acuerdo de 9 de abril de 2015, folios 4503-4505), las empresas incoadas han aportado información sobre la que solicitan la declaración de confidencialidad de conformidad con lo previsto en el artículo 42 de la LDC. En la medida en que tales peticiones refieren a información relativa a volúmenes de negocio en el mercado afectado, se accede a declarar confidencial dicha información.

Igualmente, se ha considerado declarar confidencial la información solicitada como tal en los escritos de alegaciones a la propuesta de resolución presentados por las empresas que reúne los requisitos para tener la consideración de secreto comercial e industrial.

Por todo ello, esta Sala ha acordado declarar confidencial la siguiente información:

a) YOIGO

- El volumen de negocios en España, antes de la aplicación del IVA o impuestos relacionados, de YOIGO contenido en los folios 4058 a 4060 y 4064.
- La información solicitada confidencial por YOIGO contenida en los folios 4454, 4456, 4457 y 4458, 4472, 4474, 4475 y 4476, de su escrito de solicitud de medidas cautelares de fecha 13 de marzo de 2015.
- El Documento 1, que se acompaña como anexo al escrito de solicitud de medidas cautelares de fecha 13 de marzo de 2015 (folios 4461.1.1 a 4461.1.18).

b) TELEFÓNICA

- El volumen de negocios en España, antes de la aplicación del IVA o impuestos relacionados, de TELEFÓNICA contenido en los folios 4164 a 4168.
- La información cuya confidencialidad se solicita contenida en los folios 4199 a excepción de las referencias al derecho de reversión, 4200, 4206, la fecha de finalización del contrato de itinerancia contenida en los folios 4220 a 4223, folios 4228, 4229, 4230 (a excepción de la referencia al derecho de reversión), la mención al plazo de denuncia del contrato de agencia (folio 4232), Anexo 1 de las alegaciones (folios 4309 a 4328).

SEXTO.- VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA DEL CONSEJO

A efectos de proceder a la valoración general y conjunta de los acuerdos que se han ido analizando a lo largo de esta resolución, hay que partir de varias consideraciones generales relacionadas con la estructura y evolución de los mercados de comunicaciones electrónicas, el tipo de operadores que han participado en los mismos y el contexto económico en el que se han producido.

Como se ha señalado en el análisis sobre los mercados afectados, el sector de las comunicaciones electrónicas, de gran importancia económica e incidencia directa en el bienestar de los consumidores, es un oligopolio en el que los tres principales operadores integrados verticalmente -siendo TELEFONICA el principal- tienen cuotas conjuntas superiores al 80% en los mercados minoristas de telefonía fija y móvil. Además, TELEFONICA es el principal operador en el mercado mayorista de acceso indirecto a banda ancha (con cuotas superiores al

90%). Adicionalmente, existen importantes barreras a la entrada derivadas de la necesidad de espectro y de las inversiones en el despliegue de redes, despliegue que se apoyaría en la existencia de una base crítica de clientes según el caso.

Se trata de un sector muy dinámico en el que, en los últimos meses, ha habido una clara tendencia a la concentración⁴³ en paralelo o propiciada, a su vez, por la evolución, cada vez con mayor intensidad, hacia la prestación de servicios convergentes a medida que lo han ido permitiendo las nuevas tecnologías y las características del espectro.

Así, los acuerdos entre TELEFÓNICA y YOIGO que se analizan en este expediente, como quedaron configurados en el verano de 2013, se producen en un momento en que algunos operadores diferentes de TELEFONICA, entre ellos la propia YOIGO, deciden adelantar el despliegue de su red 4G, elemento fundamental de dinamización del sector.

De hecho YOIGO, que es en la actualidad el cuarto operador móvil en España, con una cuota actual en torno al 7% y el cuarto OMR en el mercado mayorista de acceso y originación de llamadas móviles y con una red propia que abarca el 50% del territorio nacional, ha realizado un importante esfuerzo en el despliegue de la red 4G, lo que le ha dado la posibilidad de convertirse en el cuarto operador mayorista con incentivos, como se ha acreditado, a la reventa del 4G.

Así pues, los acuerdos descritos, tal y como quedaron configurados tras los acuerdos de julio de 2013, pueden considerarse en su globalidad como un movimiento defensivo por parte de TELEFONICA y YOIGO a las circunstancias descritas que buscaban, por diversas vías –y vinculando unos acuerdos con otros-, el mantenimiento de la situación competitiva de cada uno de ellos frente al resto de operadores (TELEFONICA en 4G y YOIGO en ofertas convergentes, con objeto de suplir su falta de ofertas en fijo). Sin embargo, TELEFÓNICA y YOIGO son competidores en los mercados minoristas de comunicaciones móviles y también aguas arriba como OMR en el mercado mayorista de acceso y originación de llamadas móviles.

Teniendo en cuenta este contexto y la posición de los operadores que han participado en los acuerdos (acuerdos entre el primer y el cuarto operador), el análisis de los contratos ha puesto de manifiesto que el conjunto de acuerdos tienen efectos negativos sobre la competencia que, en algunos aspectos, no han sido suficientemente compensados por las eficiencias que tales acuerdos han podido generar. Estas eficiencias son positivas si se trasladan a los consumidores, por lo que el análisis resulta más complejo y sofisticado pero, en ningún caso, pueden justificar la aceptación de aquellos elementos y cláusulas que restringen la competencia y que no resultan necesarios ni proporcionados para el logro de tales eficiencias.

⁴³ Véanse en este sentido, las concentraciones Vodafone-ONO, Jazztel-Orange y TELEFONICA-DTS.

Por ello, el pronunciamiento expreso del Consejo de la CNMC sobre la legalidad de las conductas cobra especial relevancia en el presente caso para preservar la dinámica competitiva del mercado de comunicaciones electrónicas.

De acuerdo con estas consideraciones y con lo expuesto en otros apartados de esta resolución, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC considera que ha quedado acreditado que YOIGO y TELEFÓNICA han cometido una infracción única y continuada de lo dispuesto en los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE, consistente en la suscripción de acuerdos o cláusulas de acuerdos que tienen por objeto y/o efecto restringir la competencia efectiva en los mercados de comunicaciones electrónicas.

No encontramos en el presente expediente ante la existencia de tres acuerdos que han sido considerados restrictivos, si bien en relación con dos de ellos se ha estimado que las eficiencias que generan permiten la aplicación de la exención prevista en el apartado 3 de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE, a excepción de ciertas cláusulas contenidas en los mismos, que no han superado los requisitos para beneficiarse de la exención y, por tanto, son consideradas restrictivas.

El objeto de los contratos es distinto, pero ello no es óbice para considerar que el conjunto de los acuerdos constituyen una única infracción, por cuanto existen coincidencia de partes y objetivos comunes que han provocado una restricción en los mercados de comunicaciones electrónicas afectados por los acuerdos. Como indica la DC en su propuesta de resolución, estos acuerdos se han firmado en el marco de una relación continuada entre TELEFÓNICA y YOIGO, estando los mismos vinculados entre sí formalmente o de facto.

La infracción debe ser considerada desde el año 2008, aunque sus efectos reales se han manifestado más recientemente, por cuanto el contrato de itinerancia nacional entonces firmado contiene condiciones cuyos potenciales efectos se producen desde esa misma fecha.

a) Valoración sobre el análisis del contrato de itinerancia nacional de TELEFÓNICA sobre la red de YOIGO

El alcance y la gravedad de las restricciones a la competencia de los acuerdos de itinerancia nacional entre OMR, partiendo de sus efectos restrictivos sobre la competencia en infraestructuras de red -lo que afecta igualmente a los servicios minoristas al tener que estar basados en cobertura, calidades y capacidad de transmisión similares-, depende de quién se beneficia de la itinerancia y del ámbito geográfico al que afecta en relación con la viabilidad para el operador beneficiado de desplegar una red propia en esa zona en ausencia de acuerdo.

Por ello, en el presente caso, destacan en particular los efectos negativos del acuerdo de itinerancia nacional de TELEFÓNICA sobre la red de YOIGO, de 31 de julio de 2013 que, como indica la DC, constituye el eje central del conjunto de acuerdos suscritos entre YOIGO y TELEFÓNICA en aquella fecha y que, por sí

mismo, ya hubiese suscitado el inicio de un procedimiento sancionador por parte de la DC. De hecho, indica la DC que el acuerdo se suscribe por las partes para que TELEFÓNICA pudiera hacer frente a un error estratégico que le impedía ofrecer a sus clientes servicios de móvil 4G a la vez que sus competidores. Con ello TELEFÓNICA adquirió una ventaja competitiva injustificada que ha distorsionado la dinámica competitiva de los mercados afectados, al neutralizar la ventaja estratégica obtenida por sus principales competidores al adelantarse en el despliegue de sus redes 4G, máxime cuando TELEFÓNICA tenía capacidad suficiente para desplegar de forma acelerada su propia red 4G, como efectivamente ha hecho con posterioridad a la firma de este acuerdo. Todo ello ha distorsionado el normal desarrollo del proceso competitivo al reducir los incentivos futuros del resto de operadores de comunicaciones móviles a asumir riesgos y realizar inversiones estratégicas con el fin de erosionar la cuota de mercado del líder.

Adicionalmente, el acuerdo de itinerancia entre ambos competidores para el uso de redes 4G restringe la competencia ya que limita la independencia en cobertura y calidad⁴⁴ entre YOIGO y TELEFÓNICA, en relación con una tecnología a la que únicamente pueden acceder los operadores de red, por lo que el acuerdo entre dos de ellos supone una disminución de la presión competitiva en relación con el uso de las redes 4G y los servicios que derivan de las mismas.

Sin embargo, en este contrato existe una particularidad que permite reforzar tales argumentos, ya que el operador que accede a la red de YOIGO es TELEFÓNICA, principal operador de comunicaciones móviles en España, que cuenta con la red móvil más capilar y con mayor número de emplazamientos, con la mayor disponibilidad de frecuencias para comunicaciones móviles y con las mayores economías de escala, gracias a su cuota de mercado en términos de líneas y tráficos en comunicaciones móviles en España.

Así, ante esta capacidad incuestionable de TELEFÓNICA, YOIGO ha sacrificado la ventaja comercial que hubiese adquirido al poder realizar una oferta comercial de servicios 4G anticipada a la de su competidor, dado que sus planes de despliegue estaban mucho más adelantados que los de TELEFÓNICA. Asimismo, este acuerdo implica que se elimina la posibilidad de diferenciación de YOIGO respecto a la cobertura 4G de TELEFÓNICA, y además se reduce la ambición en los planes de despliegue que inicialmente tenía previstos YOIGO.

No apreciándose razones objetivas que pueden justificar este acuerdo entre competidores, si tenemos en cuenta la posición de TELEFÓNICA en el mercado de comunicaciones móviles y su capacidad de despliegue de redes 4G de forma independiente, y las intenciones iniciales de despliegue de YOIGO, en las que no se preveía la necesidad de pactos estratégicos de esta naturaleza con

⁴⁴ El acuerdo establece que YOIGO debe ofrecer a TELEFÓNICA un nivel de calidad equivalente y no discriminatorio al que provea a sus propios clientes (cláusula 6.1; folio 130).

competidores directos, este acuerdo es, por tanto, restrictivo de la competencia en su totalidad y, por ello, contrario a los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE.

Finalmente, éste acuerdo permite un intercambio de información estratégico entre competidores. En este sentido, el acceso de TELEFÓNICA a la red 4G de YOIGO se produce según la misma se va desplegando, en unas condiciones (interconexión emplazamiento a emplazamiento) y con unas obligaciones de información de YOIGO a TELEFÓNICA, que dan a TELEFÓNICA acceso a información comercial sensible significativa, que en la práctica le permiten acompañar y optimizar el despliegue de su red 4G propia al despliegue de la red 4G de YOIGO.

El acuerdo, por tanto, es restrictivo de la competencia en su totalidad, sin que se aprecie la existencia de eficiencias que permitan una aplicación de la exención prevista en los artículos 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE.

Como ya se ha explicado en otros lugares de esta resolución, este acuerdo se vinculó expresamente con el acuerdo de itinerancia de YOIGO sobre la red de TELEFÓNICA, con ocasión de la modificación de este último el 31 de julio de 2013. Como vamos a ver a continuación, esta vinculación es de hecho reveladora de la necesidad de un análisis global de todos los acuerdos considerados en este expediente.

b) Valoración del análisis del contrato de itinerancia nacional de YOIGO sobre la red de TELEFÓNICA

El acuerdo de itinerancia de YOIGO sobre la red de TELEFÓNICA, que incluye el principal firmado en 2008 y sus adendas, también entra en el ámbito de aplicación del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE, ya que se trata de un acuerdo entre competidores que debilita la competencia en infraestructuras y facilita el intercambio de determinada información sensible sobre previsiones de demanda. Sin embargo, teniendo en cuenta el beneficiado de la itinerancia y las zonas a las que afecta el mismo, este acuerdo genera determinadas eficiencias que benefician al consumidor.

Así, el acuerdo de itinerancia de YOIGO sobre la red de TELEFÓNICA ha permitido la entrada efectiva de un nuevo competidor como es YOIGO que carece de cobertura 2G y 3G en determinadas zonas rurales en las que es mucho menos viable económicamente para YOIGO desplegar una red propia (como indica la DC dada la obsolescencia de estas tecnologías, el espectro del que dispone YOIGO y la escala que tiene), por lo que necesita acuerdos de itinerancia nacional para poder prestar con garantías servicios de comunicaciones móviles y ser un competidor viable.

No obstante, el acuerdo contiene determinadas cláusulas que restringen la competencia y que no son ni necesarias ni están justificadas para la obtención de las mencionadas eficiencias.

En concreto, la extensión de la itinerancia a las redes 4G en aquellas zonas en las que YOIGO sí tiene capacidad técnica y económica suficiente para poder diferenciarse de TELEFÓNICA y ser independiente de ésta en el uso de la nueva tecnología tiene efectos restrictivos de la competencia, en particular en zonas urbanas en las que haya solapamiento porque ya haya desplegado redes 4G o en las que económicamente sea razonable su despliegue por YOIGO.

La posibilidad de hacer uso de la red 4G de TELEFONICA en zonas en las que tiene red propia o capacidad para desplegarla, además de los efectos potenciales de eliminar sin justificación económica en los ámbitos afectados la independencia de YOIGO para llevar a cabo su propio despliegue o hacer uso de su propia red y poder así diferenciarse de TELEFÓNICA, también tiene el potencial efecto de reducir la ambición en los planes de despliegue que pueda tener previstos YOIGO en relación con esta tecnología.

Por otro lado, tal como se ha señalado en la presente resolución, el acuerdo otorga a TELEFONICA el derecho de veto a la reventa de YOIGO de la capacidad de red del primero a terceros operadores.

Si tenemos en cuenta que YOIGO necesita de la red de TELEFONICA para disponer de suficiente cobertura en España y que cualquier acuerdo que pueda alcanzar YOIGO con un OMV para ofrecer servicios mayoristas de itinerancia pasará precisamente por garantizar esa misma cobertura, este derecho de veto de TELEFÓNICA en la práctica impide a YOIGO operar en el mercado de acceso y originación de comunicaciones móviles en España, a pesar de que cuenta con una red móvil propia y que más del **[CONFIDENCIAL]** del tráfico de sus clientes finales se canaliza actualmente a través de esta red.

Prueba de los efectos restrictivos que esta cláusula ha producido la tenemos en la imposibilidad de YOIGO de acceder al mercado mayorista en el año 2013 a través de PEPEPHONE, cuyo acuerdo no se pudo concluir ante la negativa de TELEFONICA de permitir a YOIGO revender su capacidad de red, y mantiene esa misma imposibilidad de acceso hoy día por cuanto tiene suscrito actualmente un acuerdo de intenciones con **[CONFIDENCIAL]** para prestarle servicio mayorista de acceso, cuya efectividad resta sujeta a la posibilidad de reventa por parte de YOIGO de la capacidad de red de TELEFÓNICA.

Otro de los aspectos restrictivos del acuerdo es que genera incertidumbre por cuanto permite resolver el contrato de forma anticipada en el caso de que sea imposible la ejecución del contrato de itinerancia de TELEFÓNICA sobre la red de YOIGO.

Esta condición resolutoria contenida en el acuerdo es absolutamente desproporcionada, y tiene el efecto de dotar de incertidumbre a la relación entre YOIGO y TELEFÓNICA cuyo estabilidad resulta fundamental para el mercado de comunicaciones móviles, al menos en lo que se refiere al grado de cobertura en las redes 2G y 3G. Además, se vincula la vigencia de un acuerdo que ofrece eficiencias y beneficios al mercado, a otro acuerdo, el de itinerancia de

TELEFÓNICA sobre la red de YOIGO, cuyos efectos restrictivos, como hemos visto, son insalvables.

Finalmente, el análisis del acuerdo ha determinado la existencia de otras condiciones restrictivas, como son el intercambio de información sensible entre competidores sobre estrategias de despliegue de redes y previsiones de volumen de tráfico y de clientes, que reduce la independencia de YOIGO frente a TELEFÓNICA, y la relativa a los descuentos que TELEFÓNICA ofrece a YOIGO por volumen de tráfico cursado en sus redes. Esta última práctica entre competidores tiene el potencial efecto de desincentivar a YOIGO para llevar a cabo su propia política de inversión y prestación de servicios de forma independiente a TELEFÓNICA, y además puede suponer una práctica de fidelización de YOIGO para limitar las posibilidades de cambio de operador de acceso.

En atención a ello, esta Sala considera que las siguientes cláusulas del acuerdo de itinerancia de YOIGO sobre la red de TELEFÓNICA no estarían amparadas por los artículos 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE: i) la condición relativa a posibilidad de que YOIGO pueda hacer uso de la red de 4G de TELEFÓNICA en zonas urbanas en las que tenga su propia red desplegado o sea razonablemente desde el punto de vista económico su despliegue; ii) la cláusula 5.1 que otorga un derecho de veto a TELEFÓNICA en caso de que YOIGO quisiera revender la capacidad de red del primero a terceros OMV; y iii) la cláusula adicional mediante la cual TELEFÓNICA se reserva el derecho a revertir al contrato de 15 de octubre de 2010 en cuanto a su vigencia, en caso de que el contrato de itinerancia nacional de TELEFÓNICA sobre la red de YOIGO de 31 de julio de 2013 deba de ser rescindido por motivos regulatorios o de competencia.

c) Valoración sobre el análisis del acuerdo de agencia entre TELEFÓNICA y YOIGO

En lo que se refiere al acuerdo de agencia entre TELEFÓNICA y YOIGO, esta Sala concluye que el mismo es igualmente incardinable en los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE. No obstante, el análisis de todas las condiciones consideradas en su conjunto permite concluir que, sin embargo, dadas las circunstancias específicas de YOIGO cabe aplicar la exención prevista en los artículos 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE.

Así, como ya se ha señalado en la presente resolución, este acuerdo desincentivaría la entrada de YOIGO en el mercado de comunicaciones electrónicas fijas, dificultando la entrada de un nuevo competidor con potencial dinamizador para poder ejercer mayor presión competitiva en unos mercados en los que TELEFÓNICA ostenta elevadas cuotas frente al resto de agentes. La entrada de YOIGO en los mercados de comunicaciones fijas, además le permitiría actuar de manera independiente para configurar sus propias ofertas convergentes. No obstante, el acuerdo también permite a YOIGO realizar de forma inmediata ofertas convergentes fijo-móvil, lo que refuerza su capacidad

para seguir ejerciendo una presión competitiva significativa en el mercado minorista de comunicaciones móviles y estas eficiencias han sido consideradas para aplicar al acuerdo la exención prevista en los artículos 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE.

Sin perjuicio de la existencia de las citadas eficiencias, el acuerdo contiene varias condiciones restrictivas o potencialmente restrictivas que no son necesarias ni están justificadas para la obtención de las anteriores eficiencias. Estas restricciones son i) la duración limitada del acuerdo y, en particular, la capacidad de TELEFÓNICA para ponerlo fin cada seis meses que puede ser utilizada por TELEFÓNICA como herramienta de presión frente a YOIGO, restringiendo su capacidad para planificar y consolidar su estrategia competitiva; ii) la limitación a la capacidad de YOIGO de captar a los clientes de banda ancha fija preexistentes de TELEFÓNICA, lo que restringe significativamente la presión competitiva que ejerce YOIGO sobre TELEFÓNICA en el mercado minorista de comunicaciones móviles; iii) la configuración y comercialización de los productos de comunicaciones fijas de TELEFÓNICA que permitiría a TELEFÓNICA modificar las condiciones económicas unilateralmente para disciplinar el comportamiento de YOIGO.

d) Valoración en relación con el análisis de los acuerdos de compartición de elementos pasivos y complementarios de transmisión

Finalmente, en relación con los acuerdos de compartición de elementos pasivos, esta Sala, al igual que la Dirección de Competencia, considera que por sí mismos los acuerdos de compartición de elementos pasivos entre TELEFÓNICA y YOIGO a través de ABERTIS son fundamentalmente procompetitivos.

Por otro lado, mediante los acuerdos complementarios de transmisión en los emplazamientos compartidos por YOIGO y TELEFÓNICA, de facto se amplía la compartición a las líneas de transmisión que conectan los emplazamientos compartidos con las redes troncales de YOIGO y TELEFÓNICA. De esta manera ambos operadores logran importantes ahorros compartiendo el coste de adaptar los emplazamientos consolidados para unos servicios de transmisión más acordes con las capacidades requeridas por la tecnología 4G.

Esto es relevante en la medida en que reduce los riesgos de que en un futuro próximo la transmisión desde el nodo a la red troncal de YOIGO se convierta en cuello de botella a medida que los caudales de datos soportados por la red 4G vayan creciendo, como es esperable, y reduce los costes en el despliegue de las redes 4G de YOIGO y de TELEFÓNICA.

Esta valoración procompetitiva de los acuerdos de transmisión, que conllevan de facto una compartición de las líneas de transmisión en los emplazamientos compartidos, está en cualquier caso condicionada a la falta de evidencias de que se haya excluido de los mismos a terceros operadores móviles que puedan

compartir emplazamientos en los que TELEFÓNICA o YOIGO hayan desplegado redes 4G.

Por otra parte, en la medida en que estos acuerdos de compartición de elementos pasivos y líneas de transmisión se enmarcan en el proceso de despliegue de la red 4G de YOIGO, los mismos facilitan el intercambio de información comercial sensible del despliegue de la red de 4G de YOIGO que se deriva del acuerdo de itinerancia nacional de TELEFÓNICA sobre la red 4G de YOIGO. Sin embargo, los efectos procompetitivos de estos acuerdos de compartición de elementos pasivos y líneas de transmisión prevalecen sobre estos posibles efectos negativos, por lo que estos acuerdos estarían en cualquier caso cubiertos por la exención prevista en los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE, siempre que se verificase que no se excluye de los mismos, sin justificación objetiva suficiente, a terceros operadores.

SÉPTIMO.- CÁLCULO DE LA SANCIÓN

7.1.- Responsabilidad de las empresas.

Esta Sala considera que son responsables de la infracción a la que hace referencia el fundamento anterior, YOIGO y solidariamente las empresas TELEFONICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

En relación con la responsabilidad solidaria de las empresas del GRUPO TELEFÓNICA, como ya ha señalado la CNC en anteriores ocasiones⁴⁵, la doctrina entiende que incluso cuando una empresa del grupo no controla accionarialmente a otra también puede existir unidad económica o de acción entre empresas que presenten cierta relación accionarial. Este puede ser el caso de las denominadas “compañías hermanas”, esto es, las que tienen el mismo accionariado sin que una tenga control aparente sobre la otra. En estos casos puede existir unidad de acción económica, ya sea por control de facto o estrecha coordinación, que haga que deban ser considerados como grupo al menos a los efectos del derecho de la competencia. En este sentido, el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (hoy Tribunal General), en su Sentencia de 20 de marzo de 2002, asunto T-9/99 HFB y otros/Comisión, dejó sentado lo siguiente:

“66. En contra de lo que alegan las demandantes, no es preciso que la entidad económica calificada de «grupo» tenga personalidad jurídica propia. En efecto, en el contexto del Derecho de la competencia, debe entenderse que el concepto de empresa designa una unidad económica desde el punto de vista del objeto del acuerdo de que se trate, aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas (sentencia del

⁴⁵ Resolución del consejo de la CNC de 1 de diciembre de 2011 (expte. S/0269/10 Transitorios 2) y Resolución de la CNMC de fecha 5 de marzo de 2015 (Expte. S/0486/13 CONCESIONARIOS TOYOTA).

Tribunal de Justicia de 12 de julio de 1984, Hydrotherm, 170/83, Rec. p. 2999, apartado 11). Al no haber al frente del grupo una persona jurídica a la que, como responsable de la coordinación de la acción de éste, sea posible imputar las infracciones cometidas por sus diversas sociedades integrantes, la Comisión puede considerar responsables solidarias de todas las actuaciones del grupo a las sociedades que lo integraban, con el fin de evitar que la separación formal entre estas sociedades, resultado de su personalidad jurídica distinta, pudiese obstar a la constatación de la unidad de su comportamiento en el mercado a efectos de la aplicación de las normas sobre la competencia (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 julio de 1972, ICI/Comisión, 48/69, Rec. p. 619, apartado 140)”.

En particular, la doctrina jurisprudencial del TJUE sostiene que para que pueda imputarse a las compañías hermanas con el mismo grado de responsabilidad no basta con que estén participadas por la misma persona (Sentencia del TJUE de 2 de octubre de 2002, asunto C-196/99 P Aristrain/Comisión). No cabe presumir la unidad económica, sino que deben existir elementos adicionales que la prueben. Estos elementos dependerán de las circunstancias del caso. No obstante, la jurisprudencia ha tenido en cuenta reiteradamente el desempeño por una misma persona física de las funciones de dirección; el que esta persona represente a las empresas hermanas en las conductas o que se les considere como un mismo participante a ambas empresas (ver entre otras Sentencia del TJUE de 28 de junio de 2005, asuntos acumulados C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P Dansk Rørindustri/Comisión).

En este caso, ambas empresas pertenecientes al mismo grupo y, participadas en su totalidad por la misma entidad TELEFONICA, S.A., han mantenido, tanto en sus negociaciones con YOIGO como en la firma de alguno de los acuerdos, y asimismo en la tramitación del presente expediente, una apariencia de unidad evidente. Ejemplo de ello lo encontramos en el acuerdo de intenciones de fecha 18 de julio de 2013, suscrito entre YOIGO y ambas empresas del GRUPO TELEFÓNICA, y que es la base de los acuerdos posteriores, en el que se constata esa unidad de actuación por cuanto se identifica a ambas empresas del grupo bajo la denominación única de TELEFÓNICA, y además comparten la misma representación para ese acto, a través del presidente del Consejo de Administración de ambas sociedades, que es coincidente en las dos empresas. Igualmente, cabe señalar que ambas sociedades del grupo, si bien han podido participar de manera individual en algunos de los contratos en función del objeto de los mismos, han compartido idénticos representantes para cada contrato.

Todo lo anterior evidencia la existencia de una unidad de actuación y económica suficiente para considerar que ambas empresas deben ser consideradas responsables solidarias de la infracción única y continuada objeto del presente expediente.

Finalmente, YOIGO debe ser considerado igualmente coautor y responsable de la firma de los acuerdos en los que ha participado y cuyos efectos han resultado ser

restrictivos, en aplicación del artículo 61 de la LDC, que señala como infractores a las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en la Ley.

En este caso se trata de acuerdos suscritos entre dos empresas competidoras, por lo que es evidente la concurrencia de un concurso de voluntades que ha conducido a la producción de efectos nocivos en los mercados afectados por cada acuerdo. Es cierto que los acuerdos han podido beneficiar o perjudicar en mayor o menor medida a cada uno de las partes, pero no debemos olvidar que las consecuencias de los actos realizados por ambas empresas se han extendido más allá de la esfera individual de cada uno, provocando efectos en los mercados en los que ambos participan, y de esta restricción de la competencia son responsable todas las empresas participantes en los acuerdos analizados en la presente resolución.

Lo anterior, sin perjuicio de que en la determinación del importe de la sanción a imponer sean consideradas las diferentes circunstancias que afectan a ambos firmantes de los acuerdos. Así, por lo que respecta a YOIGO, es necesario tomar en consideración su desigual posición negociadora así como su dependencia respecto a TELEFÓNICA

Habiendo quedado acreditadas y calificadas las conductas contrarias a la LDC e identificados sus responsables, el artículo 63.1 de la LDC condiciona el ejercicio de la potestad sancionadora en materia de multas por parte de la Autoridad de Competencia a la concurrencia en el sujeto infractor de dolo o negligencia en la realización de la conducta imputada.

De acuerdo con lo anterior, el reproche administrativo no queda limitado a los supuestos en los que concurre dolo, sino que es extensible a aquellos supuestos en los que el sujeto agente de la infracción actúa a título de simple negligencia.

Se entiende que el sujeto es culpable si la infracción es consecuencia de una acción u omisión imputable a su autor por malicia o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable (entre otras, así lo exponen la Sentencia de la Sala del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1990, y la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1994 [RJ 1994\5590]). En cuanto a la extensión del ámbito del concepto de culpa es ilustrativa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de fecha 28 de noviembre de 1994 (RJCA 1995\678, Fundamento de Derecho Quinto):

“Asimismo se alega la inexistencia de culpabilidad a título de dolo o culpa. Pero es evidente que el incumplimiento por la Empresa de medidas de obligada observancia constituye al menos una negligencia y, como tal, debe ser calificada de conducta culposa.”

Así las cosas, la culpabilidad de las empresas en la comisión de la infracción aquí sancionada resulta, a juicio de esta Sala, incuestionable a tenor de los hechos acreditados y las pruebas y otros elementos de juicio contenidos en el expediente aquí resuelto.

Como se ha señalado a lo largo de la presente resolución, las condiciones contenidas en los acuerdos suscritos entre YOIGO y TELEFÓNICA son, desde su configuración, contrarias a los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE.

Esta Sala considera que las empresas debían conocer perfectamente que las condiciones contenidas en los contratos iban a producir o, al menos era probable que produjeran, una restricción de la competencia, siquiera potencialmente.

En este sentido, como hemos señalado, se han producido a lo largo de estos años varios escenarios de litigiosidad entre ambos operadores en los que incluso ha habido acusaciones de prácticas exclusionarias derivadas de los acuerdos.

Igualmente, ambas entidades dentro de su libertad empresarial y de su libre configuración de servicios de telecomunicaciones, deben siempre observar con la suficiente diligencia este tipo circunstancias a los efectos de que sus actuaciones no sean contrarias al buen funcionamiento del mercado, y esta actitud diligente resulta más exigible en determinados sectores estratégicos, como es el de las telecomunicaciones.

En este sentido, no es la primera vez que el GRUPO TELEFÓNICA debe asumir ese “plus” de diligencia en base a su posición y experiencia en el mercado y a la propia magnitud de los medios de que dispone. La Sentencia de la AN de 7 de mayo de 2010, así lo advierte:

“Por otra parte, en la línea expuesta por esta Sala a la hora de desestimar la alegación de falta de culpabilidad por ausencia de dolo o culpa, o por inexigibilidad de conducta diferente, expresa en su resolución la Administración demandada que TESAU estaba en situación de contar con los recursos económicos y jurídicos para conocer la ilegalidad de su comportamiento y de las consecuencias dañosas para la competencia que del mismo podían derivarse”.

Igualmente, como ha señalado la jurisprudencia, el análisis de la concurrencia de culpa o negligencia debe atender al sector social sobre el que se proyectan las acciones y omisiones que constan probadas, que, en este caso, se refiere a las comunicaciones electrónicas y ello exige también un comportamiento con un mayor grado de responsabilidad y diligencia. Así lo tiene establecido un consolidado criterio jurisprudencial plasmado, entre otras muchas, en la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1985 (RJ 1985\199):

“ (...) como ya viene sancionando con reiteración la jurisprudencia de esta Sala en sus sentencias, entre otras, de quince de junio de mil novecientos sesenta y siete (RJ 1967\3487) y cinco de Marzo de mil novecientos ochenta y dos (RJ 1982\1286) y como dice esta última «para calificar como culposa una conducta no sólo ha de atenderse a la diligencia exigible según las circunstancias de personas, tiempo y lugar, sino además al sector del tráfico o de la vida social, en que la conducta se proyecte, y determinar si el agente obró con el cuidado, atención o perseverancia exigibles y con la reflexión necesaria con vistas a evitar el perjuicio de bienes ajenos jurídicamente protegidos, contemplando no sólo el aspecto

individual de la conducta humana, sino también su sentido social, determinado por la función de esta conducta, en la vida en común»”.

En atención a lo anterior, esta Sala considera que concurren todos los elementos para concluir que la conducta infractora de TELEFÓNICA y YOIGO es plenamente culpable, y por tanto, resultan responsables directas de la infracción prevista en el artículo 62.4.a) de la LDC, que señala que son infracciones muy graves *“el desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales”*.

7.2.- Criterios para la determinación de la multa y ley aplicable.

El artículo 62.4.a) de la LDC establece que serán infracciones calificadas como muy graves las conductas que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales.

El apartado c) del mismo artículo señala que las infracciones muy graves podrán ser castigadas 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, y en caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios, el apartado 3.c) señala que el importe de la multa será de más de 10 millones de euros.

El artículo 64 de la LDC señala que el importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios: a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción; b) La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables; c) El alcance de la infracción; d) La duración de la infracción; e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; f) Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción; g) Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en relación con cada una de las empresas responsables

En sus alegaciones las empresas, con cita de diversas sentencias de la Audiencia Nacional, alegan que la sanción máxima que cabe imponer sería el 10% del volumen de negocios obtenido por la empresa en el ámbito de actividad económica en el que se ha producido la infracción (mercado afectado por la infracción), en el ejercicio anterior al de la imposición de la multa.

Sobre esta cuestión y sobre la naturaleza del 10% (si se trata del máximo de un arco sancionador, o si hay que considerarlo como un límite o umbral de

nivelación) se ha pronunciado recientemente el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de enero de 2015 (Recurso 2872/2013)⁴⁶.

En primer lugar, el Tribunal Supremo señala en el FD 8º de la citada Sentencia que la expresión “volumen de negocios total” del artículo 63.1 de la LDC, como base sobre la que calcular el porcentaje de multa establecido para cada tipo de infracción (hasta un 10% para las muy graves, hasta un 5% para las graves y hasta un 1% para las leves), toma como referencia el volumen de negocios de todas las actividades de la empresa y no exclusivamente el correspondiente al mercado afectado por la conducta. Cabe a este respecto destacar lo siguiente:

“La utilización de una magnitud como el “volumen de negocios” para fijar porcentualmente, en función de ella, el máximo de las sanciones pecuniarias no es, a nuestro juicio, susceptible de reproche de inconstitucionalidad tanto si aquella expresión se interpreta en un sentido (el de la mayoría de la Sala) como en otro (el del voto minoritario). Se trata de un factor expresivo de la capacidad económica del sujeto infractor y, en esa misma medida, apto para deducir de él la intensidad de la respuesta sancionadora en que consiste la sanción pecuniaria. El legislador tiene una amplia capacidad de configuración normativa para elegir aquel factor como módulo de referencia en el cálculo de las multas, al igual que podría haber optado por otros (por ejemplo, el beneficio obtenido a consecuencia de la infracción).

El volumen o cifra de negocios (o de facturación, o de ventas) es un dato o indicador contable que revela, repetimos, la capacidad y situación económica del sujeto infractor y, en esa misma medida, permite calcular a priori la máxima incidencia concreta que una sanción pecuniaria puede suponer para él. [...]

Partiendo de la premisa que acabamos de enunciar, compete al legislador decidir si el “volumen de negocios” sobre el que debe aplicarse el porcentaje máximo de la escala sancionadora es, en el caso de las empresas con actividad en varios mercados, bien el global o “total”, bien el parcial correspondiente a uno o varios de sus ámbitos de actividad económica. [...]

La expresión “volumen de negocios” no es en sí misma conceptualmente diferente de la expresión “volumen de negocios total”, como se ha destacado con acierto. Sin embargo, cuando el legislador de 2007 ha añadido de modo expreso el adjetivo “total” al sustantivo “volumen” que ya figuraba, sin adjetivos, en el precepto análogo de la Ley anterior (así ha sucedido con el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 frente a la redacción del artículo 10.1 de la Ley 16/1989), lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al “todo” de aquel volumen. En otras palabras, con la noción de “volumen total”

⁴⁶ También, en idéntico sentido, dos sentencias del Alto Tribunal de 30 de enero de 2015 (recursos 1476/2014 y 1580/2013).

se ha optado por unificar el concepto de modo que no quepa distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad de la empresa autora de la infracción. Voluntad legislativa acorde con esta interpretación que, como bien recuerda el voto particular, rechazó las propuestas de modificación del texto, expuestas en los trabajos preparatorios de su elaboración, que específicamente intentaban reducir el volumen de ventas a tan sólo las realizadas en el mercado afectado por la infracción.”

En segundo lugar, el Alto Tribunal rechaza la concepción de los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC como “umbrales de nivelación” (o “límites extrínsecos”, como los denomina el Tribunal Supremo en la sentencia) postulada hasta ahora por la Autoridad de Competencia en línea con la Comisión Europea. Según la sentencia, tales porcentajes deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben concretarse. Así, puede leerse en el FD 5º:

“La interpretación del artículo 63.1 de la Ley 15/2007 según los criterios hermenéuticos usuales en Derecho conduce a esta Sala a concluir que los porcentajes fijados como límites superiores de las posibles multas (esto es, el uno, cinco o diez por ciento del “volumen de negocios total de la empresa infractora”, según se trate de infracciones leves, graves o muy graves respectivamente) constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje. La preposición “hasta” -que se repite por tres veces, una para cada porcentaje, en el artículo 63.1 de la Ley 15/2007- denota el término o límite máximo del volumen de ventas utilizable a efectos del cálculo de la sanción [...].

[...]

El artículo 63 de la Ley 15/2007 marca los límites para la imposición de las sanciones en cada una de las tres categorías de infracciones no en cuanto “umbral de nivelación” sino en cuanto cifras máximas de una escala de sanciones pecuniarias en el seno de la cual ha de individualizarse la multa. Se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones.”

Dicha concepción del artículo 63.1 conduce al Tribunal a sostener que, en la medida en que los límites sancionadores presentes en ese artículo deben entenderse como el límite superior de una escala de sanciones, la metodología de cálculo que subyace en la *Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones*

derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (actuales artículos 101 y 102 del TFUE), publicada en el BOE el 11 de febrero de 2009, y que utiliza la interpretación del artículo 63.1 de la LDC como un umbral o límite extrínseco, no resulta aceptable.

Tal y como recuerda el Alto Tribunal, en el ejercicio de graduación de las sanciones la Autoridad de Competencia deberá seguir tomando en consideración los factores enumerados en el artículo 64.1 de la LDC, antes citado, entre ellos, la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, su duración, o los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la misma. Sin embargo, aunque la concreción de tales criterios de graduación en una Comunicación no resulta *per se* rechazable (su propósito, incluso, es “*elogiable*” al “*dotar de mayor nivel de predictibilidad a la imposición de las sanciones pecuniarias*” [FD 9º]), el método en su conjunto conduce a una mecánica contraria a la interpretación que del artículo 63.1 hace el Alto Tribunal.

Al hilo de lo anterior, el FD 9º de la sentencia insiste en la necesaria disuasión y proporcionalidad que deben guiar el ejercicio de la potestad sancionadora, junto con la precisa atención a los criterios de graduación antes apuntados:

“[En el artículo 64.1 de la Ley 15/2007] se ofrece a la autoridad administrativa -y al juez en su función revisora de plena jurisdicción- la suficiente cobertura para atender, como factor relevante entre otros, a la cifra o volumen de negocios de la empresa infractora en el sector o mercado específico donde se haya producido la conducta.

En efecto, el artículo 64.1 de la Ley 15/2007 exige que, dentro de la escala sancionadora -interpretada en el sentido que ya hemos declarado- se adecúe el importe de la multa en función de criterios tales como la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, la cuota que dentro de él tenga la empresa infractora y los beneficios ilícitos por ella obtenidos como consecuencia de la infracción. Son criterios, pues, que inequívocamente remiten a la concreta distorsión de la competencia que se haya producido en cada caso, esto es, a la consumada en el seno de un determinado sector o mercado donde opera la entidad sancionada, que puede, o puede no, simultáneamente operar en otros mercados.

Si es válido utilizar el “volumen de negocios total” de la entidad para el cálculo del porcentaje máximo aplicable a la más grave de las conductas posibles, en el caso de las empresas “multiproducto” la evaluación pormenorizada de la concreta conducta infractora, dentro del sector específico de actividad y con arreglo a aquellos criterios, permitirá igualmente atender las exigencias del principio de proporcionalidad en el sentido al que tienden las reflexiones de la Sala de instancia en su parecer mayoritario, esto es, tomando en cuenta aquel elemento junto con el resto de los que incluye el artículo 64.1 de la Ley 15/2007.

Esta Sala es consciente de la dificultad que encierra compatibilizar, en un único acto y con las solas reglas contenidas en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, las exigencias de efectividad y capacidad disuasoria de las sanciones en materia de defensa de la competencia, por un lado, con las derivadas -y también insoslayables- del principio de proporcionalidad, por otro. [...]

A lo largo de la controversia procesal se ha hecho referencia a la finalidad disuasoria de las multas en materia de defensa de la competencia, finalidad que ciertamente les corresponde y que, tratándose de infracciones de los artículos 101 y 102 del TFUE, es inexcusable para la efectividad de ambos, también cuando son aplicados por las autoridades nacionales de los Estados miembros. Pero tal carácter ni es exclusivo de este sector del ordenamiento ni puede constituirse en el punto de referencia prevalente para el cálculo en un supuesto concreto, desplazando al principio de proporcionalidad.

Las sanciones administrativas previstas para el ejercicio de actividades económicas -en el ámbito del derecho de la competencia que, pese a algunas posturas reduccionistas, no difiere en este punto de otros sectores del ordenamiento sancionador- han de fijarse en un nivel suficientemente disuasorio para que, al tomar sus propias decisiones, las empresas no aspiren a obtener unos beneficios económicos derivados de las infracciones que resulten ser superiores a los costes (las sanciones) inherentes a la represión de aquéllas. Si, además de esta ecuación, el legislador considera oportuno incrementar el "efecto disuasorio" a cotas superiores, tiene capacidad normativa para hacerlo dentro del respeto a las exigencias constitucionales."

Todo ello, en definitiva, ha obligado a esta Sala a reconsiderar el método hasta ahora seguido para la determinación de las sanciones y su adecuación a los postulados de la tan citada sentencia aunque, como ha indicado el Alto Tribunal, los criterios utilizados deben ser en cualquier caso los recogidos en el artículo 64 de la LDC.

7.3. Elementos de graduación conducentes a concretar la escala de la sanción.

Tal y como ya se ha señalado, la infracción que aquí se analiza se califica por la LDC como muy grave, a la que se asocia una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de los infractores en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de las sanciones, esto es, 2014.

Por otro lado, tal y como señala el Tribunal Supremo, dicho 10% debe concebirse como el límite máximo de una escala o arco sancionador. Dicho porcentaje "marca el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica". Siendo ello así, el 10% debe reservarse como "respuesta

sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría". En consecuencia, partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC y su plasmación en este concreto expediente, será preciso determinar el porcentaje del que, dentro del mínimo y máximo (10%) de la escala sancionadora prevista en la Ley, debe ser aplicado a cada sujeto responsable.

En este caso, la gravedad de las conductas ha quedado patente a lo largo del expediente, en primer lugar, en consideración a los sujetos infractores, que son competidores en los mercados de comunicaciones electrónicas afectados, ostentando además una posición relevante -en particular TELEFÓNICA-, y en segundo lugar, al tener aptitud las conductas para afectar a varios mercados de comunicaciones electrónicas en los que se prestan servicios considerados de interés general.

En este sentido, son mercados particularmente afectados por las conductas, siquiera potencialmente, el mercado de telefonía móvil, el mercado mayorista de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil y los mercados de telefonía fija, en los que TELEFÓNICA ostenta una clara situación privilegiada con respecto a YOIGO.

En el caso del mercado mayorista de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil, cabe reseñar que se caracteriza por ser un mercado altamente concentrado y con poca presencia de agentes en el mismo, toda vez que configurarse como un operador móvil de red requiere elevadas inversiones difícilmente asumibles por la mayoría de los operadores que prestan servicios en nuestro país.

Los acuerdos analizados, como ya se ha señalado, restringen la competencia toda vez que tienen la capacidad para contribuir a disminuir la presión competitiva en los citados mercados, particularmente en lo que se refiere a los mercados mayoristas de acceso y originación y a los mercados de comunicaciones fijas, ya que no permiten o desincentivan la entrada de un nuevo competidor relevante como puede ser YOIGO. En el caso de los mercados de telefónica móvil, la afectación se produce principalmente por la ausencia de independencia entre operadores competidores que los acuerdos provocan, en particular en los que se refiere al uso de las tecnologías 4G, con los perjuicios hacia los consumidores que ello deviene.

Todo ello, nos lleva a considerar que las conductas, consideradas por sí mismas, deben ser efectivamente valoradas como muy graves. Sin embargo, deben ser tenidos en cuenta otros elementos que, a juicio de esta Sala, aconsejan en el presente expediente mitigar significativamente el importe de la sanción a imponer.

La consideración más importante es que, como ha quedado evidenciado a lo largo de la presente resolución, a excepción del acuerdo de itinerancia de TELEFÓNICA sobre la red de YOIGO, los otros acuerdos pueden acogerse a la exención prevista en los artículos 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE al contener, desde un punto de vista global, eficiencias, salvo las cláusulas que no han

merecido tal consideración en esta resolución. Nos encontramos, por tanto, ante un conjunto de conductas restrictivas de gran relevancia, si bien en la mayoría de los casos se refieren a aspectos concretos de los acuerdos, cuestión que conviene ponderar suficientemente a los efectos de determinar el importe de la sanción.

Por otro lado, en lo que se refiere a la duración de las conductas, si bien el primer acuerdo se remonta al año 2008, la mayor intensidad antijurídica se produce a partir del año 2013, si tenemos en cuenta que en ese año se amplía el objeto del acuerdo de 2008 al uso de las redes 4G, se incluye la cláusula de resolución del contrato de 2008, se constatan los efectos reales de la prohibición de reventa por parte de TELEFÓNICA a YOIGO, y asimismo se firman los contratos de itinerancia de TELEFÓNICA sobre la red de YOIGO y el de agencia entre ambos operadores.

Igualmente, conviene reseñar que, aunque a los efectos de considerar la existencia de infracción es suficiente que la conducta sea potencialmente dañina, el hecho de que no todas las conductas se hayan realizado efectivamente y que las mismas hayan tenido una incidencia real escasa para los sujetos infractores, son circunstancias que deben ser puestas en valor en este procedimiento para el cálculo de la sanción.

En efecto, si atendemos a los datos que obran en el expediente, la incidencia real que han podido provocar hasta la fecha las conductas en los sujetos infractores, a excepción de la prohibición de reventa, es desde el punto de vista económico poco relevante para las partes.

En lo que se refiere al uso de las redes 4G de TELEFÓNICA por parte de YOIGO en zonas urbanas, tal como consta en el expediente, YOIGO hasta la fecha no ha hecho uso de esa posibilidad que le ofrece el acuerdo de itinerancia nacional, por lo que los efectos de esta previsión, si bien tienen una potencialidad claramente restrictiva, no se han hecho efectivos hasta la fecha.

Por otro lado, en relación con el acuerdo de itinerancia nacional inverso, el consumo de TELEFÓNICA de la capacidad de la red 4G de YOIGO ha sido poco relevante, si tenemos en cuenta que la facturación mensual máxima alcanzada fue **[CONFIDENCIAL]**, lo que evidencia el reducido uso de la red de YOIGO por parte de TELEFÓNICA.

Igualmente, en lo que se refiere a la incidencia real que ha ocasionado hasta la fecha el acuerdo de agencia, a continuación se muestra un cuadro comparativo sobre el número de altas de los productos de internet de TELEFÓNICA tras la formalización del acuerdo:

	CONTRATACIONES PRODUCTOS DE INTERNET DE TELEFÓNICA			
	Número de clientes	Número altas de movistar	Núm de altas acuerdo agencia	Resto altas
	OCTUBRE 2013- FEBRERO DE 2014			
ADSL Base	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
Movistar ADSL	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
ADSL Base Fijo y Móvil	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
Movistar ADSL llamadas	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
Fibra Base	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
Movistar Fibra	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]

Fuente: Respuesta de TELEFÓNICA de fecha 14 de febrero y 28 de abril de 2014. Folios 2.020 a 2.024; 2.186 a 2.187)

En virtud del contrato de agencia se observa como TELEFÓNICA habría firmado contratos para la prestación de servicios fijos de internet con **[CONFIDENCIAL]** clientes móviles de YOIGO, lo que supone un **[CONFIDENCIAL]** del total de altas de productos de internet de TELEFÓNICA, de los cuáles **[CONFIDENCIAL]** se habrían firmado en el primer trimestre del año 2014.

Por su parte, como ya hemos señalado en la presente resolución, YOIGO estaría ofreciendo su producto móvil a un precio muy rebajado sobre el margen medio de sus productos móviles.

Siguiendo la precitada sentencia del Tribunal Supremo, aunque la valoración de la densidad antijurídica de la conducta es efectivamente elevada, el conjunto de factores aquí expuestos conduce a este Consejo a considerar que el reproche sancionador en este expediente debe estar en el tramo inferior dentro de la escala legal que discurre desde el importe mínimo hasta el 10% del volumen total de negocios de cada sujeto responsable en 2014.

Sin embargo conviene subrayar que, independientemente de la sanción concreta que las conductas merecen atendiendo a las concretas circunstancias de este caso, la declaración que la resolución hace del carácter restrictivo de la competencia de ciertos acuerdos o aspectos de los acuerdos suscritos entre TELEFÓNICA y YOIGO, cobra especial importancia porque tanto las partes como otros operadores deberán abstenerse de realizar en el futuro este tipo de conductas declaradas restrictivas, por cuanto tal como se ha señalado, su aptitud para afectar negativamente a los mercados ha quedado acreditada en el presente expediente.

7.4. Individualización de las sanciones.

Como ya hemos señalado en la presente resolución, si bien es cierto que YOIGO y TELEFÓNICA son responsables de haber adoptado los acuerdos que han resultado ser contrarios a los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE, a la hora de individualizar las sanciones a imponer es necesario tener en cuenta las circunstancias individuales de cada uno de ellos, así como la participación en las

conductas y el beneficio que hayan podido obtener YOIGO y TELEFÓNICA de los acuerdos de los que son parte.

TELEFÓNICA

En lo que se refiere a TELEFÓNICA, resulta evidente que se encuentra en una clara situación de prevalencia frente a YOIGO en todos los mercados afectados por las conductas, y además, como ha quedado acreditado, esta prevalencia en términos de posicionamiento en el mercado se ha trasladado igualmente a los acuerdos suscritos entre ambas partes, en los que se evidencia una posición de privilegio del citado operador frente a YOIGO que es utilizada para ejercer una presión injustificada a un competidor.

TELEFÓNICA debe ser sancionada por todas y cada una de las restricciones detectadas en el presente expediente, por cuanto resulta evidente que se ha beneficiado de las mismas, causando además perjuicios directos a YOIGO y a los mercados de comunicaciones electrónicas afectados.

En relación con el acuerdo de itinerancia de YOIGO sobre la red de TELEFÓNICA, como ya hemos señalado en la presente resolución, con este acuerdo TELEFÓNICA obtiene el beneficio de impedir que un competidor directo pueda llevar a cabo su política empresarial de manera totalmente independiente, al pasar YOIGO a depender de la red de TELEFÓNICA. En este acuerdo, además, TELEFÓNICA ha impedido la entrada de un nuevo competidor en el mercado mayorista de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil, provocando un claro perjuicio a YOIGO y al propio mercado. Añadido a lo anterior, cabe destacar que TELEFÓNICA ha obtenido un claro beneficio económico al haberse aprovechado de la falta de acuerdo entre YOIGO y PEPEPHONE para terminar captando a éste último como cliente. En este sentido, cabe destacar que PEPEPHONE es un OMV con una considerable masa de usuarios que utilizan sus servicios, por lo que el beneficio de TELEFÓNICA resulta evidente. Cabe a este respecto señalar que, según la información facilitada *supra* (hechos probados 2.2.3), los ingresos agregados derivados de servicios mayoristas de acceso móvil en España en el año 2013 ascienden a 433M €. A su vez, el número de líneas contratadas por el conjunto de OMV en ese mismo año asciende a 6.508.240 (hechos probado 2.2.1). De ambos datos cabe deducir un ingreso medio anual derivado de servicio mayorista de acceso móvil por línea contratada por el OMV de 66.5 €. El número de clientes de PEPEPHONE multiplicado por dicho valor constituye un posible reflejo de los ingresos que, directa o mediatemente, podría obtener Telefónica como consecuencia de la captación de dicho operador móvil virtual.

Igualmente, la cláusula que permite a TELEFÓNICA resolver el contrato como consecuencia de una decisión de tercero en relación con el contrato de itinerancia inverso, permite a TELEFÓNICA ejercer presión frente a YOIGO, lo que la coloca en una clara situación de prevalencia *inter partes* sin justificación alguna.

Por otro lado, en lo que se refiere al acuerdo de itinerancia de TELEFÓNICA sobre la red de YOIGO, resulta evidente igualmente que, sin perjuicio de los efectos negativos provocados por la ausencia de independencia entre operadores, TELEFÓNICA ha obtenido un claro beneficio estratégico, al haber anulado la ventaja comercial que habían adquirido los competidores de TELEFÓNICA en el mercado de red móvil en España como consecuencia de la decisión estratégica de aquellos en el primer semestre de 2013 de iniciar el despliegue de su red 4G, mientras que TELEFÓNICA no lo había iniciado.

Finalmente, en relación con el contrato de agencia, la cláusulas restrictivas detectadas permiten concluir ciertos beneficios para TELEFÓNICA, al haberse acordado un pacto de no competencia entre competidores y varias previsiones que permiten a TELEFÓNICA ejercer una presión injustificada frente a YOIGO, a través de un plazo de duración desproporcionado y de la configuración y comercialización de los productos de comunicaciones fijas.

YOIGO

Aunque YOIGO haya sido partícipe de los acuerdos que han resultado restrictivos, no se le puede asignar el mismo grado de responsabilidad que a TELEFÓNICA, tanto por su menor relevancia en los mercados afectados por las conductas como por los menores beneficios obtenidos como consecuencia de los acuerdos, que en algunos casos, como sucede con la prohibición de reventa, han supuesto un claro perjuicio directo para el operador.

En particular, YOIGO se ha visto beneficiado por el acuerdo de itinerancia nacional de TELEFÓNICA sobre la red 4G de YOIGO. Igualmente es beneficiaria de la cláusula del acuerdo de 31 de julio de 2013 que permite a YOIGO la itinerancia nacional sobre la red 4G de TELEFÓNICA en zonas urbanas donde YOIGO tiene aptitud para desplegar una red propia, si bien no ha producido efectos.

Al igual que sucede en el contrato de itinerancia inverso, en éste igualmente se elimina la independencia de TELEFÓNICA en el uso de la red 4G de YOIGO, lo que supone un claro perjuicio para los consumidores de TELEFÓNICA mientras que beneficia a YOIGO por los ingresos que recibe por ello, y porque elimina la competencia con TELEFÓNICA en lo que se refiere a las redes 4G usadas. En el análisis de los posibles beneficios que puede reportar este acuerdo, cabe destacar que las condiciones económicas pactadas entre ambas partes favorecen a YOIGO, dado que al pagar TELEFÓNICA en los primeros meses de vigencia del acuerdo **[CONFIDENCIAL]** euros, de facto TELEFÓNICA está actuando como financiador del despliegue inicial de la red 4G de YOIGO. Según los datos aportados por YOIGO, desde agosto de 2013 hasta octubre de 2014 ha facturado un total de **[CONFIDENCIAL]** euros provenientes de servicios de itinerancia nacional prestados a TELEFÓNICA.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que la naturaleza concreta de estos acuerdos y el carácter complejo de sus efectos netos no permiten utilizar en este expediente la dimensión de los mercados afectados para valorar la proporcionalidad y disuasión de la sanción ya que no todo el beneficio obtenido por los operadores implicados puede ser considerado como ilícito, ni tampoco puede aproximarse el daño producido con una referencia global al tamaño de los mercados afectados.

7.5. Importe final de las multas

Por todo ello, esta Sala considera que atendiendo a la dimensión y características de los distintos mercados potencialmente afectados por los acuerdos restrictivos de la competencia así como a los complejos efectos netos que son previsibles, esta Sala considera que la multa que conviene imponer a TELEFÓNICA por la participación en las conductas que han resultado finalmente restrictivas asciende a **6.000.000 euros**. Por su parte, la multa que conviene imponer a YOIGO por su participación en las conductas que han resultado ser finalmente restrictivas asciende a **300.000 euros**. La relación entre el importe de ambas multas guarda proporción con la dimensión y capacidad económica de ambas empresas, así como con el nivel de reproche y responsabilidad en el que cada una de ellas incurre respecto de las conductas sancionadas. En ambos casos, la sanción es significativamente inferior al 1% del volumen de negocio total de estas empresas en 2014.

En su virtud, visto los artículos citados y los demás de general de aplicación, la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

HA RESUELTO

PRIMERO.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción única y continuada del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 1 del TFUE, consistente en la suscripción de acuerdos o cláusulas de acuerdos por parte de XFERA MÓVILES, S.A.U., TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. en los mercados de comunicaciones electrónicas, que tienen por objeto y efecto restringir la competencia efectiva en los mismos.

SEGUNDO.- Declarar restrictivas de la competencia y contrarias a los artículos 1 LDC y 101 TFUE las siguientes cláusulas del conjunto de acuerdos relativos a la itinerancia nacional de XFERA MÓVILES, S.A.U. sobre la red móvil de TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U., firmados el 29 de abril de 2008, el 15 de octubre de 2010 y el 31 de julio de 2013:

- a. La cláusula 5.1 del acuerdo de 29 de abril de 2008 que otorga a TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. un derecho de veto absoluto sobre la reventa por parte de XFERA MÓVILES, S.A.U. de la capacidad mayorista adquirida, en la medida que restringe sin justificación objetiva suficiente la competencia en el mercado mayorista de acceso y originación de comunicaciones móviles en España, al excluir del mismo a XFERA MÓVILES, S.A.U.
- b. La cláusula 5 del acuerdo de 31 de julio de 2013 que permite a TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. acortar la duración de la itinerancia nacional de XFERA MÓVILES, S.A.U. sobre la red móvil de TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. al 31 de diciembre de 2014, en el caso de que desde un punto de vista regulatorio o de competencia se pongan objeciones al acuerdo de itinerancia nacional de TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. sobre la red 4G de XFERA MÓVILES, S.A.U., en la medida que permite a TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. sin justificación objetiva suficiente eliminar los efectos procompetitivos que derivan de este bloque de acuerdos, generando la exclusión de XFERA MÓVILES, S.A.U. del mercado minorista de comunicaciones móviles en España.
- c. La ejecución de la cláusula primera del acuerdo de 29 de abril de 2008, según consta en el acuerdo de 31 de julio de 2013, que extiende el objeto del acuerdo a la tecnología LTE y que permite a XFERA MÓVILES, S.A.U. la itinerancia nacional sobre la red 4G de TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. en ámbitos urbanos donde XFERA MÓVILES, S.A.U. disponga o sea razonable desde un punto de vista económico que disponga de red 4G propia, puesto que esto restringiría sin justificación objetiva suficiente la competencia entre TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. y XFERA MÓVILES, S.A.U. en el mercado minorista de comunicaciones móviles en España.

TERCERO.- Declarar restrictivo de la competencia y contrario a los artículos 1 LDC y 101 TFUE al acuerdo de itinerancia nacional de fecha 31 de julio de 2013, que permite el acceso a TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. a la red 4G de XFERA MÓVILES, S.A.U.

CUARTO.- Declarar restrictivas de la competencia y contrarias a los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE las siguientes previsiones contenidas en el acuerdo de agencia de 31 de julio de 2013, en virtud del cual XFERA MÓVILES, S.A.U. puede distribuir los servicios de comunicaciones electrónicas fijos de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.:

- a. La cláusula tercera, en la medida que permite cada 6 meses a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. dejar sin efecto el acuerdo de agencia, lo que puede ser utilizado por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. como instrumento de retorsión para disciplinar el

comportamiento competitivo de XFERA MÓVILES, S.A.U. en los mercados afectados en España.

- b. La limitación contenida en el manual operativo acordado por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y XFERA MÓVILES, S.A.U. el 12 de agosto de 2013 (“Oferta base: operativa de atención y tramitación”) a la capacidad de XFERA MÓVILES, S.A.U. de captar a los clientes de banda ancha fija preexistentes de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. en el marco de este acuerdo de agencia, lo que constituye una restricción desproporcionada a la competencia que puede plantear XFERA MÓVILES, S.A.U. con sus ofertas convergentes de servicios fijos-móviles, lo que contribuye a limitar la competencia entre XFERA MÓVILES, S.A.U. y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. en el mercado minorista de comunicaciones móviles.
- c. La configuración y comercialización de los productos de comunicaciones fijas de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. incluidos por este operador en el acuerdo de agencia, en la medida que la limitación en la comercialización autónoma de estos productos de comunicaciones fijas por parte de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., al comercializar este operador de forma más activa productos de contenido equivalente más caros para el consumidor final, permite a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. utilizar su autonomía en la fijación de los precios de estos productos de comunicaciones fijas incluidos en el acuerdo de agencia como instrumento de retorsión para disciplinar el comportamiento competitivo de XFERA MÓVILES, S.A.U. en los mercados afectados en España.

QUINTO.- De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de Derecho Séptimo, declarar responsables de la citada infracción a las siguientes empresas:

- XFERA MÓVILES, S.A.U
- TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., solidariamente.

SEXTO.- Imponer a las autoras responsables de la conducta infractora las siguientes multas:

- A XFERA MÓVILES, S.A.U una multa de **300.000 euros**
- A TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., solidariamente, una multa de **6.000.000 euros**

SEPTIMO.- Intimar a TELEFONICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U., TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y XFERA MÓVILES, S.A.U. para que en el futuro se abstengan de realizar las prácticas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente.

OCTAVO.- Instar a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.

NOVENO.- Resolver sobre la confidencialidad relativa a la documentación aportada por las empresas de conformidad con lo señalado en el Fundamento de Derecho Quinto.

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

VOTOS PARTICULARES

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formula el Consejero Don Fernando Torremocha y García-Sáenz a esta RESOLUCION aprobada en el día de hoy en el marco del Expediente Sancionador S/0490/13 ACUERDOS TELEFÓNICA-YOIGO.

PRIMERO.- ANTECEDENTES.

A raíz de diversas denuncias recibidas en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de determinados operadores de comunicaciones electrónicas, con fecha **5 de Noviembre del 2013** y de conformidad con lo establecido en el apartado 1 del artículo 49 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, la Dirección de Competencia **acordó la incoación** de Expediente Sancionador contra Telefónica de España SAU y Telefónica Móviles de España SAU y Xfera Móviles SAU (YOIGO) por conductas prohibidas en el Artículo 1 y Artículo 101 TFUE.

Con fecha **10 de Septiembre del 2014**, según lo previsto en el Artículo 50.3 la Dirección de Competencia formuló Pliego de Concreción de Hechos, que fue notificado a los interesados.

Con fecha **7 de Octubre del 2014** tuvieron entrada las alegaciones de Telefónica, **junto con una solicitud de inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del Expediente**, que fue rechazada por la Dirección de Competencia el día **11 de Noviembre**.

Y ello, por cuanto la Dirección de Competencia consideraba que

1º la cláusula que otorga a TELEFÓNICA un derecho de veto sobre la reventa por parte de YOIGO de la capacidad mayorista adquirida, restringe sin justificación objetiva suficiente la competencia del mercado mayorista de acceso y originación de comunicaciones móviles en España, al excluir del mismo a YOIGO.

*2º la cláusula que permite a TELEFÓNICA acortar la duración de la itinerancia nacional de YOIGO sobre la red móvil de Telefónica en el caso de que **–por motivos de competencia o regulación–** se pongan objeciones al acuerdo de itinerancia nacional de Telefónica sobre la red 4G de YOIGO, ya que permiten a Telefónica sin justificación objetiva suficiente, **eliminar los efectos procompetitivos** del mercado minorista de comunicaciones móviles.*

*3º el acuerdo que permite a YOIGO la itinerancia sobre la red 4G de Telefónica en ámbitos urbanos donde YOIGO disponga **–o es razonable que disponga–** de red 4G propia. Ello restringiría, sin justificación objetiva suficiente, la competencia entre Telefónica y YOIGO en el mercado minorista de comunicaciones móviles en España.*

Aunque la DC no tiene constancia de que hasta el momento YOIGO haya hecho efectiva esta opción y su utilización en las zonas menos densamente pobladas estaría cubierta por la exención prevista en los Artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE.

Entendía en aquel entonces y sigo entendiendo ahora que los inconvenientes presentados por la Dirección de Competencia **“no tenían la**

entidad suficiente para denegar la terminación convencional de este Expediente Sancionador Y ASÍ DEBIÓ DE ACORDARSE” como seguidamente desarrollaré, de ahí **MI DISCREPANCIA**

PRIMERO.- AFIRMACIONES VERTIDAS EN LA RESOLUCIÓN: CONDUCTAS.

Esta Resolución finalmente aprobada, a partir de la página 115 hace las siguientes afirmaciones:

1ª “la consideración más importante es que, como ha quedado evidenciado a lo largo de la presente resolución, **a excepción del acuerdo de itinerancia de TELEFÓNICA sobre la red de YOIGO, los otros acuerdos pueden acogerse a la exención prevista en los artículos 1.3 de la LDC y 101.3 TFUE al contener EFICIENCIAS desde un punto de vista global.**

*Igualmente, conviene reseñar que aunque a los efectos de considerar la existencia de infracción es suficiente que la conducta sea potencialmente dañina, **el hecho de que no todas las conductas se hayan realizado efectivamente y que las mismas haya tenido una incidencia real escasa (....)”**.*

2ª “en lo que se refiere a TELEFÓNICA resulta evidente que se encuentra en una clara situación de **prevalencia frente a YOIGO (....) en términos de posicionamiento en el mercado (....) que es utilizada para ejercer una presión injustificada a un competidor.**

3ª “en relación con el acuerdo de itinerancia de YOIGO sobre la red de TELEFÓNICA (....) **con este acuerdo TELEFÓNICA obtiene el beneficio de impedir que un competidor directo pueda llevar a cabo su política empresarial de manera totalmente independiente, al pasar YOIGO a depender de la red de TELEFÓNICA”.**

Además, TELEFÓNICA ha impedido la entrada de un nuevo competidor en el mercado mayorista de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil, provocando un claro perjuicio a YOIGO y al propio mercado.

Añadido a lo anterior, cabe destacar que TELEFÓNICA ha obtenido un claro beneficio económico al haberse aprovechado de la falta de acuerdo entre YOIGO y PEPEPHONE para terminar captando a este último como cliente.

4ª “Igualmente, la cláusula que permite a TELEFÓNICA resolver el contrato, como consecuencia de **una decisión de tercero** en relación con el contrato de itinerancia inverso, permite a TELEFÓNICA ejercer presión a YOIGO, lo que le coloca en una clara situación de prevalencia inter partes sin justificación alguna.”.

*“(....) resulta evidente igualmente que, sin perjuicio de los efectos negativos provocados por la ausencia de independencia entre operadores, **TELEFÓNICA ha obtenido un claro beneficio estratégico al haber anulado la ventaja comercial que habían adquirido los competidores de TELEFÓNICA en el mercado de la red móvil en España, como consecuencia de la decisión estratégica de aquéllos en el primer semestre de 2013 de iniciar el despliegue de su red 4G, mientras TELEFÓNICA no lo había iniciado”.***

5ª “finalmente, en relación con el contrato de agencia, las cláusulas restrictivas detectadas, **permiten concluir ciertos beneficios para TELEFÓNICA (....) que le permiten ejercer una presión injustificada frente a YOIGO, a través de un plazo de**

duración desproporcionado y del derecho a modificar los precios unilateralmente del servicio comercializado por YOIGO”.

CONCLUSIONES a mi entender

1ª es una Resolución declarativa más que sancionadora, por cuanto se limita a relatar hechos sin probanza alguna.

2ª no se puede ser una cosa y la contraria al mismo tiempo. Es decir, TELEFÓNICA y YOIGO unas veces son antagónicos y otras veces competidores, en el desarrollo de las mismas conductas relacionadas.

3ª se dice no estar en presencia de un cartel, que las conductas han tenido escasa incidencia real que, incluso, son calificadas como **pro-competitivas al ser portadoras de eficiencias** y, en claro perjuicio de ello, se las califica como conductas muy graves.

4ª que en todo caso, tales conductas se concretarían en unas cláusulas muy puntuales y determinadas.

En su momento entendía y en el día de hoy sigo entendiendo, que este Expediente Sancionador debió concluirse por terminación convencional, por cuanto las situaciones puntuales relacionadas, pero nunca concretadas en el orden de sus efectos en el mercado, hubieran podido ser corregidas en su redacción literaria.

Así, a modo de **obiter dictum** decir que este relato innecesariamente, denso (Resolución) se vería favorecido de haberse aplicado los preceptos de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, esto es: dictando una Resolución clara, precisa y congruente; y a la par, concretando en las mismas, sucintamente, los Hechos Probados y la Fundamentación Jurídica que los ampara.

A modo de ejemplo paradigmático citar dos párrafos obrantes a la página 121

- *“Sin embargo, hay que tener en cuenta que la naturaleza concreta de estos acuerdos y el carácter complejo de sus efectos netos NO PERMITEN utilizar en este Expediente la dimensión de los mercados afectados para valorar la proporcionalidad y disuasión de la sanción ya que no todo el beneficio obtenido por los operadores implicados puede ser considerado como ilícito, ni tampoco puede aproximarse el daño producido con una referencia global al tamaño de los mercados afectados”.*
- *“Por todo ello, esta Sala considera que atendiendo a la dimensión y características de los distintos mercados POTENCIALMENTE afectados por los acuerdos restrictivos de la competencia, así como a los complejos efectos netos que SON PREVISIBLES, esta*

Sala considera que la multa que conviene imponer a TELEFÓNICA por la participación en las conductas que han resultado FINALMENTE RESTRICTIVAS asciende a 6.000.000 euros.

Por su parte, la multa que conviene imponer a YOIGO por su participación en las conductas que han resultado ser FINALMENTE RESTRICTIVAS asciende a 300.000 euros.

(....) En ambos casos, la sanción es significativamente inferior al 1% del volumen de negocio total de estas empresas en 2014.

SEGUNDO.- MOTIVACIÓN.-

Me produce una enorme tristeza y frustración tener que reiterar la necesaria obligatoriedad de **motivar las resoluciones**, mucho más si cabe en este régimen sancionador, clarificando hasta la extenuación el por qué y el quantum de las sanciones a través de un inteligible iter argumentativo. Lo que no se ha producido y de ahí que haya quedado ignorante al no haber obtenido respuesta al mismo. Sigo sin entender cómo es posible, primeramente fijar el quantum de la sanción y **en momento posterior** cifrar el porcentual aplicado.

Sin ánimo de agotar el tema, cito las **SSTC 118/2006 de 24 de Abril; 67/2007 de 27 de Marzo; 44/2008 de 10 de Marzo; 139/2009 de 15 de Junio; 160/2009 de 29 de Junio** sobre la interdicción de que los órganos judiciales y/o administrativos incurran en violación del deber de motivación de las decisiones judiciales y/o administrativas, que garantizan los Artículos 24 y 120.3 de la Constitución Española, en cuanto que constituye una garantía esencial para el justiciable

“mediante la cual es posible comprobar que la decisión adoptada es consecuencia de la aplicación razonada del Ordenamiento Jurídico y no fruto de la arbitrariedad y que impone no sólo la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones formuladas, sino que además ésta ha de tener un contenido jurídico”.

Así, por este **MI VOTO PARTICULAR DISCREPANTE** lo pronuncio, mando y firmo en Madrid, fecha ut supra.

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formula el Consejero D. Benigno Valdés Díaz a la presente *Resolución*, aprobada en la Sesión Plenaria de la SALA DE COMPETENCIA de la CNMC del día 16 de julio de 2015, en el marco del Exp. S/0490/10 ACUERDOS TELEFÓNICA-YOIGO.

Mi discrepancia se explicita de este modo:

ÚNICO.- He emitido un voto contrario a la presente *Resolución* por las razones que el Iltr. Consejero D. Fernando Torremocha y García-Sáenz expone en su *Voto Particular*. Por consiguiente, lo suscribo.

Así por este mi Voto Particular Discrepante, lo pronuncio, mando y firmo en Madrid, a 17 de julio de 2015.