

RESOLUCIÓN (Expte. S/0409/12, TELEFÓNICA)

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 29 de Octubre del 2015

LA SALA DE COMPETENCIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición ut supra, ha dictado esta **RESOLUCIÓN** en el marco del Expediente Sancionador S/0409/12 TELEFÓNICA.

Ha sido Ponente el Consejero Don Fernando Torremocha y García-Sáenz.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El día 20 de Octubre del 2015 ha tenido entrada en esta SALA DE COMPETENCIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el Expediente Sancionador S/0409/12 TELEFÓNICA, que le fuera elevado por la Dirección de Competencia. Expediente que el siguiente día 22 de Octubre fue turnado siendo designado Ponente.

El Ponente el día 29 de Octubre ha llevado Propuesta de Resolución que ha sido conocida por la Sala de Competencia en su Sesión Plenaria celebrada ese mismo día, y ello en cumplimiento de lo previsto en el Artículo 28.4 del Reglamento de Defensa de la Competencia, en concordancia y armonía con lo previsto en el Artículo 36 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

SEGUNDO.- El día 17 de Febrero del 2012 la Comisión Nacional de la Competencia (hoy extinta) recibió un **escrito de denuncia** de ASTEL (Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones contra TELEFÓNICA S.A., y las empresas de su Grupo *“por supuestas prácticas*

restrictivas de la competencia, consistentes en el estrechamiento de márgenes y otras conductas, que dan lugar a un abuso de posición de dominio y una infracción del Artículo 2 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia y Artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”.

De acuerdo con la denunciante *“estas prácticas forman parte de una estrategia sistemática para excluir a sus competidores de las licitaciones convocadas por las Administraciones Públicas para los servicios de comunicaciones electrónicas fijas y, en general, para excluir a sus competidores o, al menos, limitar su capacidad de competir en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas para grandes clientes empresariales”,* aportando como prueba el análisis de 12 lotes de 12 licitaciones públicas que, en conjunto, representan un valor aproximado total de 71 millones de euros.

La principal práctica restrictiva denunciada es *“la aplicación de precios muy elevados para servicios mayoristas en los que Telefónica es el único o el principal proveedor y que son necesarios para prestar los servicios minoristas, donde las empresas representadas por ASTEL compiten en desventaja”.*

Se denuncian, también, *“otras prácticas abusivas en los mercados minoristas, como los descuentos selectivos, el empaquetamiento abusivo de servicios y la participación de Telefónica en el diseño de los Pliegos de Licitación”* sobre las que no aporta ninguna información específica que corrobore sus afirmaciones.

Siendo el ámbito temporal el comprendido entre 2008 y 2011.

Todas las licitaciones que se analizan, a excepción de una, tuvieron lugar entre 2010 y 2011. Y las informaciones, según la denunciante, se basan principalmente en *la disponibilidad de la información.*

ASTEL, por medio de escrito de 20 de Junio del 2012 solicita incorporar al Expediente la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictada el día 7 de Junio del 2012 en la que *“imponía a Telefónica una sanción de €uros 3.000.000 por incumplimiento de la Resolución de 25 de Noviembre de 2010, calificándola como infracción muy grave a la luz de lo prevenido en la Ley 32/2003 de 3 de Noviembre, General de Telecomunicaciones”.*

El día 28 de Noviembre del 2012 se incorporan al Expediente las Diligencias Previas realizadas de oficio por la Dirección de Investigación (hoy extinta) en el marco del Expediente DP/0035/11 abiertas en Septiembre de dicho año *“para estudiar un posible estrechamiento de márgenes en el segmento empresarial de servicios de comunicaciones electrónicas”.* Requiriendo a Telefónica y a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

TERCERO.- La instrucción, a los efectos del presente Expediente, concluye en orden a los mercados considerando que los mercados de producto afectados por las conductas denunciadas son:

- mercado minorista de servicios de comunicaciones electrónicas para grandes clientes empresariales, incluidas AA.PP. dejando abierta la posibilidad de diferenciarlo por tipología de servicio, especialmente fijos y móviles,
- mercados mayoristas de acceso y originación de telefonía fija, normalmente en combinación con los servicios mayoristas de acceso indirecto de banda ancha fija tradicionales,
- mercado mayorista de acceso indirecto NEBA,
- mercado mayorista de acceso desagregado a la red de cobre de Telefónica,
- mercados mayoristas de líneas alquiladas, especialmente los de líneas alquiladas terminales,
- y mercado mayorista de acceso a infraestructura de obra civil para tendido de redes de comunicaciones electrónicas fijas de nueva generación.

Todos los mercados de producto tendrían un ámbito geográfico relevante nacional en España.

CUARTO.- ASTEL el día 28 de Mayo del 2014 reitera su solicitud de incoar expediente sancionador contra Telefónica *“a la vista de nuevos indicios indicadores de que Telefónica ha seguido practicando las conductas restrictivas mencionadas y ante el inminente lanzamiento del concurso general de telecomunicaciones para la Administración General del Estado”*.

QUINTO.- La Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, el día 20 de Octubre del 2015 eleva a esta SALA DE COMPETENCIA el siguiente Informe Propuesta

“Por ello, de acuerdo con lo previsto en el Artículo 49.3 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, se propone la no incoación de procedimiento sancionador, así como el archivo de las actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia presentada por ASTEL (Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones) por considerar que no se puede demostrar infracción del Artículo 2 de la mencionada Ley.

Elévese esta Propuesta al Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, junto con la denuncia y las actuaciones practicadas, de acuerdo con lo previsto en el Artículo 27 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008 de 22 de Febrero".

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- Son partes interesadas en este Expediente Sancionador S/0409/12 TELEFÓNICA los siguientes

1º como denunciante, *ASTEL (Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones)* constituida en 1996 con el fin de promover la liberalización del mercado español de las telecomunicaciones. Está especializada en asuntos relativos a la regulación de las telecomunicaciones y la promoción de la competencia.

Las empresas asociadas son las principales operadoras de comunicaciones electrónicas, a excepción de Telefónica. Esto es, BT España; Clearwire España S.A.; Colt Technology Services SAU; Dialoga Servicios Interactivos S.L.; Euskaltel S.A.; Grupalia Internet S.A.; JazzTelecom SAU; Cableuropa SAU; France Telecom España S.A.; Catalunya Xarxes de Telecomunicaciones S.A.; Verizon Spain S.L.; Vodafone España SAU; y VoxTelecom Sistemas S.L..

2º como denunciada, *TELEFÓNICA S.A.*, sociedad matriz del Grupo Telefónica, principal operador de comunicaciones electrónicas en España, tanto en lo que se refiere a los mercados minoristas de comunicaciones fijas, como móviles.

En España, las dos principales empresas del Grupo son Telefónica de España SAU y Telefónica Móviles de España SAU, ambas participadas al 100% por la matriz del grupo.

Los principales servicios que el Grupo ofrece a sus clientes son los de telefonía fija y móvil, acceso a internet fijo y móvil y servicios de televisión de pago. El Grupo es también el principal proveedor de servicios mayoristas relacionados con la actividad principal de telecomunicaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, en su **Artículo 36 Plazo máximo de los procedimientos** dispone en su apartado primero que *“el plazo máximo para dictar y notificar la Resolución que ponga fin al procedimiento sancionador por conductas restrictivas de la competencia será de dieciocho meses a contar desde la fecha del acuerdo de incoación del mismo y su distribución entre las fases de instrucción y resolución se fijará reglamentariamente”*.

El Real Decreto 261/2008 de 22 de Febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, en su **Artículo 28.4** dispone que *“el plazo de instrucción del expediente será de doce meses contados desde la fecha del acuerdo de incoación. El transcurso del plazo de dieciocho meses desde la fecha del acuerdo de incoación del procedimiento sancionador sin que se hubiere resuelto el procedimiento determinará la caducidad del mismo, de acuerdo con lo establecido en el apartado primero del Artículo 38 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio”*.

En consecuencia y a los efectos legales anteriormente prevenidos, este Expediente Sancionador se ha resuelto de conformidad con lo establecido en ellos.

SEGUNDO.- El **Artículo 2 Abuso de posición dominante** de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, dispone *“1.- Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional; 2.- El abuso podrá consistir en: a) la imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos; b) la limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores; c) la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios; d) la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros; e) la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos”*.

El Artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea contiene una prohibición similar en relación con aquellas conductas que sean susceptibles de afectar al mercado intracomunitario.

En exigencia con lo prevenido en el anteriormente citado precepto normativo legal, debemos evaluar si la supuesta conducta de Telefónica, denunciada por ASTEL constituye un abuso de posición de dominio contemplado en el Artículo 2 de la Ley 15/2007 y en particular si TELEFÓNICA podría haber incurrido en una práctica de estrechamiento de márgenes de sus competidores, reales o potenciales, en los mercados de comunicaciones electrónicas descritos.

1º Sobre **el posible estrechamiento de márgenes**, la jurisprudencia comunitaria (*Sentencia del Tribunal de Justicia UE de 17 de Febrero de 2011 procedimiento prejudicial C-52/09 Telia Sonera*) señala que el estrechamiento de márgenes es una modalidad de abuso de posición de dominio en sí misma que tiene requisitos particulares para que pueda acreditarse su existencia.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) estrechamiento de márgenes existe si la diferencia entre el precio minorista y el coste mayorista del input indispensable de la empresa dominante no cubre el resto de los costes de la provisión del servicio minorista, de tal forma que sus competidores no puedan competir eficazmente con ella de forma duradera, ni siquiera cuando tales competidores son tan eficientes como el operador dominante.

De acuerdo con la práctica de las autoridades de competencia y la jurisprudencia aplicable (*Resolución de 8 de febrero de 2012 del Consejo de la CNC en el caso S/0207/09 TRANSPORTE TELEVISIÓN y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 17 de febrero de 2011 en el procedimiento prejudicial C-52/09 TeliaSonera*), para confirmar la existencia de un estrechamiento de márgenes, es necesario demostrar la concurrencia de cuatro condiciones.

- En primer lugar, que existen dos mercados relevantes verticalmente relacionados.
- En segundo lugar, que el producto sea un input esencial muy relevante para la provisión de servicios en el mercado minorista directamente relacionado y que esté controlado por la empresa que es, a la vez proveedor y competidor del resto de sus clientes en el mercado descendente relacionado.
- En tercer lugar, que la empresa infractora este verticalmente integrada, es decir, que al menos disponga de una posición dominante en el mercado mayorista de un producto y que compita en el mercado minorista relacionado con sus clientes en el mercado mayorista identificado.

- Finalmente, es necesario demostrar que el precio fijado para el producto mayorista no es equitativo e impide a las empresas que utilizan ese insumo competir en igualdad de condiciones con la empresa dominante, *“ni siquiera cuando tales competidores cuentan con igual grado de eficiencia que dicho operador dominante”*.

En todo caso, de cara a determinar la existencia de un abuso de posición de dominio, la jurisprudencia también exige que las conductas abusivas sean susceptibles de afectar significativamente a la competencia.

Si bien no es necesario cuantificar o acreditar fehacientemente que se han producido los efectos distorsionadores de la competencia de la conducta abusiva investigada, sí es necesario verificar que estos efectos pueden producirse.

A la vista de todo lo anterior, a continuación se verifica si existen indicios suficientes para justificar la incoación de un expediente sancionador contra TELEFÓNICA, a partir de las conductas denunciadas por ASTEL y la profunda investigación realizada por la Dirección de Competencia en el expediente de referencia.

En relación con la delimitación de los mercados afectados, ésta se ha hecho en apartados anteriores de la propuesta de la Resolución que nos ha sido elevada por la Dirección de Competencia, verificando la integración vertical de TELEFÓNICA en los mercados mayoristas y minoristas afectados.

Respecto a la existencia de una posición de dominio de TELEFÓNICA en todos o algunos de los mercados afectados definidos, en principio se puede concluir positivamente, teniendo en cuenta los datos de la estructura de los mercados que se han reflejado anteriormente y la capilaridad de las redes de TELEFÓNICA en el ámbito nacional.

En todo caso, la Dirección de Competencia estima que no es necesario pronunciarse de forma definitiva sobre esta cuestión a los efectos del presente expediente, en la medida que no afecta a las conclusiones del análisis.

Un elemento central de cara a determinar si existen indicios de que TELEFÓNICA ha incurrido en un estrechamiento de márgenes en relación con los mercados afectados en el periodo temporal estudiado, es determinar qué comparación debe hacerse entre los servicios mayoristas y minoristas implicados.

Esto es relevante tanto para verificar si cada servicio mayorista es un input muy relevante de cara a la prestación del servicio minorista afectado, como para analizar cuantitativamente la existencia del estrechamiento de márgenes.

Sin embargo, la heterogeneidad de las necesidades de los distintos clientes en el mercado minorista de servicios de comunicaciones electrónicas a grandes clientes empresariales y la propia sustituibilidad limitada en algunos casos entre los distintos servicios mayoristas dificultan significativamente establecer una relación unívoca entre cada servicio mayorista y cada servicio minorista.

En este sentido, para atender a sus grandes clientes empresariales, los competidores de TELEFÓNICA han hecho uso de una amplia gama de servicios mayoristas. Así, los operadores configuran caso a caso sus ofertas para los grandes clientes empresariales, combinando sus redes propias (muchas veces desplegadas utilizando el servicio mayorista MARCo), los servicios mayoristas de acceso indirecto, tradicional y NEBA, el acceso desagregado al bucle, AMLT y los servicios mayoristas de líneas alquiladas.

A lo anterior hay que añadir la problemática que genera el hecho de que los servicios minoristas de comunicaciones electrónicas contratados por los grandes clientes empresariales casi siempre se comercializan de forma más o menos agrupada, bajo un mismo precio.

Incluso en el caso de las AA.PP., que suelen separar los servicios demandados en distintos lotes, dentro de cada lote se suelen incluir múltiples servicios de comunicaciones electrónicas, para distintas sedes geográficas y con distintas necesidades de calidad.

Esto hace que los servicios minoristas de cada lote se cubran necesariamente con una combinación de servicios mayoristas, siendo muy difícil determinar qué parte del precio minorista se debe asignar a los servicios de comunicaciones electrónicas cubiertos con cada servicio mayorista.

Para hacer frente a la problemática descrita anteriormente caben dos aproximaciones.

La primera aproximación es realizar un análisis de estrechamiento de márgenes cliente a cliente. La segunda es realizar un análisis global a partir de los datos de la contabilidad de costes de TELEFÓNICA.

La primera aproximación es la que ha utilizado la denunciante. Sin embargo, la Dirección de Competencia considera que esta aproximación no proporciona suficientes indicios de la existencia de un abuso de posición de dominio por parte de TELEFÓNICA.

Del análisis de la selección de licitaciones analizadas en la denuncia se puede observar que los servicios minoristas en los que se produce el pinzamiento son muy variados. Entre ellos destacan los servicios de voz y datos, pero también se alega que existe estrechamiento de márgenes en los servicios de telefonía básica, las redes corporativas multiservicio, los servicios de transmisión de datos y el acceso a internet. En el anexo I se incluye un cuadro con las características de los lotes seleccionados por la denunciante.

Además, en un análisis más completo de las licitaciones es posible observar que todas ellas incluyen más de un lote, como se desprende de los datos del anexo II. En este sentido, el estrechamiento de márgenes que denuncia ASTEL para estas licitaciones no se produce sistemáticamente en el mismo servicio minorista, sino alternativamente en uno u otro.

Por otra parte, estas licitaciones son una muestra muy pequeña del mercado de servicios minoristas a grandes clientes empresariales.

Aunque no se dispone de datos completos para este mercado minorista, el cálculo puede basarse en las estimaciones realizadas en el informe de la CMT de 2011 que estimaban el valor total de los servicios de comunicaciones para las administraciones públicas ascendía a 823,4 millones de euros para el año 2008 y 774,4 para el año 2009.

Con estos datos, tomando el valor anual de las ofertas efectivas en las licitaciones que se aportan en la denuncia, el peso relativo de estas operaciones apenas representa el 3,38% del total estimado para las administraciones públicas en 2009 y no llega al 0,25% de los ingresos declarados por los operadores en el segmento empresarial.

A la vista de todo lo anterior, la Dirección de Competencia considera que la aproximación utilizada por la denunciante no sirve para aportar indicios de que el estrechamiento de márgenes se está produciendo sistemáticamente con un mismo servicio mayorista, que se configura como muy relevante para operar en el ámbito minorista de grandes clientes empresariales.

Adicionalmente, esta aproximación de la denunciante no permite verificar la aptitud de la conducta para distorsionar significativamente la competencia efectiva en el mercado de servicios minoristas de comunicaciones electrónicas a grandes clientes empresariales.

En este sentido, los lotes denunciados tienen un peso tan reducido en el mercado, que el posible estrechamiento de márgenes generado por TELEFÓNICA nunca tendría aptitud para generar una distorsión significativa de la competencia en el mercado minorista.

La segunda aproximación, basada en un análisis global a partir de los datos de la contabilidad de costes de TELEFÓNICA, ha sido la utilizada por la Dirección de Competencia a lo largo de la duración de la información reservada del expediente de referencia. En particular, la Dirección de Competencia ha analizado la contabilidad de costes de TELEFÓNICA en los años 2008 a 2012.

Este análisis ha sido muy largo y complejo, sin que haya permitido a la Dirección de Competencia concluir positivamente sobre la existencia de indicios de infracción de los artículos 2 LDC y 102 TFUE en relación con las conductas denunciadas por ASTEL.

En particular, de los distintos servicios mayoristas considerados, en el periodo estudiado sólo se han obtenido indicios de que los servicios mayoristas de líneas alquiladas terminales son muy relevantes para competir en el mercado de servicios minoristas de comunicaciones electrónicas a grandes clientes empresariales.

El resto de servicios mayoristas han tenido una penetración relativamente reducida en el periodo temporal analizado de cara a la prestación de servicios minoristas de comunicaciones electrónicas a grandes clientes empresariales.

Respecto a los servicios mayoristas de líneas alquiladas terminales, el análisis de la Dirección de Competencia ha sido muy complejo por las dificultades para establecer una correspondencia entre los distintos servicios mayoristas de líneas alquiladas terminales y el servicio minorista de TELEFÓNICA correspondiente.

Asimismo, este análisis ha permitido verificar que los precios mayoristas medios efectivamente aplicados por TELEFÓNICA se encuentran por debajo de los precios máximos de las líneas alquiladas terminales regulados por la CNMC, como consecuencia de las ofertas comerciales alternativas y los acuerdos puntuales que ha alcanzado TELEFÓNICA con otros operadores de comunicaciones electrónicas.

De los resultados del anterior análisis la Dirección de Competencia no ha obtenido indicios suficientes sobre la existencia de un estrechamiento de márgenes en relación con los servicios mayoristas de líneas alquiladas terminales en el periodo investigado.

Todo ello sin perjuicio de que si la Dirección de Competencia tuviese acceso a nuevos datos, la anterior conclusión se podría ver modificada.

2º Sobre *las demás conductas denunciadas*, ASTEL también señala en la denuncia que TELEFÓNICA habría abusado de su posición de dominio en los mercados afectados a través de empaquetamientos abusivos, descuentos selectivos o participación en el diseño de los pliegos de licitación.

Sin embargo, ASTEL no aporta ningún indicio que permita corroborar las anteriores afirmaciones.

Además, hay que tener en cuenta que en el caso de las licitaciones públicas, es la propia administración la que determina de forma unilateral, a través de la configuración de los lotes y la fijación de los criterios de valoración de las ofertas, el tratamiento que se va a dar a las ofertas empaquetadas, por lo que no se puede concluir automáticamente que existen indicios de que TELEFÓNICA haya incurrido en empaquetamientos abusivos si oferta simultáneamente múltiples servicios, especialmente teniendo en cuenta que los operadores alternativos suelen ofertar también paquetes de servicios de comunicaciones electrónicas fijos y móviles.

Por otra parte, en la medida que cada licitación pública o privada tiene una configuración de servicios distinta y suele fijar un precio máximo, los niveles de precios ofertados por TELEFÓNICA son necesariamente distintos y no son por sí mismos indicios de que existan descuentos selectivos abusivos.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, esta **SALA DE COMPETENCIA** de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en la Sesión Plenaria celebrada en el día de hoy

HA RESUELTO

ÚNICO.- Declarar que la denuncia interpuesta por ASTEL (Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicación) contra TELEFÓNICA S.A., y su Grupo no han podido ser probadas como infracciones al Artículo 2 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia y, en consecuencia, procede el archivo de las actuaciones seguidas.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese fehacientemente a las partes interesadas, haciéndoseles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en esta fase previa administrativa, pudiendo hacerlo en el plazo de DOS MESES contados desde el siguiente día al de su notificación, ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo: la Audiencia Nacional.