



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

### CERTIFICA:

Que en la Sesión nº 05/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 7 de febrero de 2008, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el que, en el marco de la tramitación del presente procedimiento (expediente de referencia RO 2007/608), se aprueba la

**RESOLUCIÓN RELATIVA AL CONFLICTO DE ACCESO PRESENTADO POR OPERADORA DE TELECOMUNICACIONES OPERA, S.L. FRENTE A TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A., EN RELACIÓN CON LA NEGOCIACIÓN DE UN ACUERDO DE ACCESO A REDES ENTRE AMBAS ENTIDADES.**

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 22 de mayo de 2007, ha tenido entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de Operadora de Telecomunicaciones Opera, S.L. (en adelante, "Opera") por el que plantea conflicto de acceso frente a Telefónica Móviles España, S.A., sociedad unipersonal (en adelante, "TME") en relación con la imposibilidad de alcanzar un acuerdo de acceso a la red de TME, en el marco del mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil, de conformidad con la Resolución dictada por esta Comisión el pasado día 2 de febrero de 2006 (expediente AEM 2005/933 – en adelante, "Resolución del Mercado 15").

En su escrito, Opera manifestaba que interpone el presente conflicto en virtud de los siguientes motivos:



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- “- *La reiterada denegación por parte de Telefónica Móviles del acceso solicitado por Opera, que incluye elementos necesarios para la prestación de los **servicios de acceso y originación minorista** tal como establece el Anexo A de la resolución del expediente AEM 2005/933 por el consejo de la CMT el día 2 de febrero de 2006.*
- ***Incumplimiento por parte de Telefónica Móviles de su obligación de atender solicitudes razonables de acceso, así como de ofrecer precios razonables.***
- ***Impedimento por parte de Telefónica Móviles a la entrada de Opera como nuevo agente capaz de aportar valor al consumidor final en términos de nuevos servicios y mayor calidad.***”

Opera relata en su escrito los contactos habidos con TME hasta la interposición del presente procedimiento y adjunta documentación acreditativa de las comunicaciones existentes relativas a la negociación con TME.

A lo largo de su escrito, la citada entidad analiza los hechos acontecidos a la luz de los pronunciamientos recogidos en la Resolución dictada por esta Comisión en su Resolución de fecha 23 de noviembre de 2006 (expediente de referencia MTZ 2006/900) en el conflicto anterior habido entre las mismas partes, para afirmar que TME está impidiendo la entrada de Opera en el mercado como nuevo agente capaz de aportar elementos de valor añadido al usuario final, diferentes de los que aportan otros operadores y que está incumpliendo de forma evidente sus obligaciones de atender solicitudes razonables de acceso y de ofrecer precios razonables a tenor de la Resolución del Mercado 15.

En virtud de lo anterior, Opera manifiesta que TME ha cometido infracción muy grave de las tipificadas en el artículo 53.q) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, “LGTel”), y que ello **“se ha traducido en un beneficio bruto inmediato para TME como consecuencia del retraso en la introducción de competencia en el mercado de telefonía móvil”**.

En definitiva, la citada entidad solicita a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que:

**“(1) Se dicten las condiciones por las que se garantice la adecuación del acceso y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el art. 3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, de conformidad con lo establecido, entre otros preceptos, en los arts. 11.4 y 14 de dicha Ley.**



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

(2) *Se adopten las medidas por las que pueda **garantizarse que Opera pueda prestar servicios innovadores como OMV aportando valor al consumidor final de telefonía móvil en términos de nuevos servicios y mayor calidad en la aplicación de las condiciones dictadas** en el anterior apartado (1) adoptando las medidas necesarias para evitar que una nueva negativa de TME pueda provocar una nueva dilación en el proceso.*

(3) *Sea la **CMT quien determine el importe de los precios razonables que debe ofrecer TME a Opera** dado que ha quedado probado que:*

- *TME se ha negado a negociar con Opera*
- *TME se ha negado a ofrecer precio alguno a Opera*

(4) *Se **impongan a TME las sanciones que corresponda por haber incurrido en infracciones muy graves.***

**SEGUNDO.-** Por medio de sendos escritos de fecha 7 de junio de 2007, esta Comisión comunicó a Opera y a TME el inicio del correspondiente procedimiento para resolver el conflicto de acceso planteado por la primera entidad, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 42.4, párrafo segundo, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, "LRJPAC"), formulándose requerimiento a ambos operadores para que, en el plazo de diez días, remitieran determinada información.

A Opera se le requirió que aportase información adicional sobre los siguientes aspectos:

- “- *Negociaciones habidas en relación con la estructura de precios; en particular, explicación sobre los puntos de fricción entre las dos compañías y mayor detalle sobre los motivos de no aceptación de la oferta tarifaria de TME.*
- *Detalle del valor diferencial como operador móvil virtual que afirma aportar Opera al consumidor final, a través de los proyectos o servicios que señala en su escrito”.*

Asimismo, se dio traslado a TME de una copia del escrito presentado por Opera y de su documentación anexa, y se le requirió que remitiera la información que entendiera procedente en relación con:

- “- *Los motivos por los que entiende que la propuesta de Opera no constituye una solicitud razonable de acceso a su red o servicio.*



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*La respuesta deberá venir acompañada de la documentación acreditativa correspondiente y deberá precisar de forma detallada los elementos del acceso solicitado que no considera adecuados - elementos de carácter técnico, servicios ofrecidos, interés en el modelo de negocio a desarrollar sobre la red de TME o viabilidad del mismo, propuesta de estructura tarifaria o precios y/o cualquiera otro aspecto de los referidos en la documentación que se han intercambiado las compañías implicadas en la negociación-.*

- *La evolución de las negociaciones entre ambas compañías y valoración de la propuesta presentada por Opera por medio de correo electrónico de 22 de enero de 2007, que se adjunta al escrito de solicitud de Opera.*
- *Cualquier otra documentación adicional que considere relevante para la resolución del presente expediente.”*

**TERCERO.-** Con fecha 26 de junio de 2007, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Opera por el que contestaba al requerimiento practicado indicando cronológicamente las reuniones mantenidas con TME en el marco de la negociación referida.

A su vez, realiza las siguientes manifestaciones:

- *Que “no acepta la estructura tarifaria propuesta por TME porque entiende que **es posible definir una estructura tarifaria de acceso que no requiera la existencia de unos “fees” denominados por TME “Conceptos fijos (Precio Inicial y Precio Fijo Anual)”**. Como ejemplo de que es posible definir una estructura tarifaria que sea proporcional al uso que se realiza de la infraestructura de acceso y del servicio de originación de tráfico se puede establecer una analogía con la **OBA y con el Servicio de Acceso Indirecto**. En ninguno de los 2 casos se establecen tasas en concepto de “Fee” por el operador de la red de acceso, sino que la **estructura tarifaria se basa en conceptos variables**”.*
- *Que la estructura tarifaria que propone Opera de facturación en base a los conceptos “Precio por minuto de llamadas” y “Precio por mensaje SMS” “es la fórmula más transparente y equilibrada que permite determinar si estos precios son o no excesivos, o si comportan “una compresión de márgenes operativos que impida la entrada de un operador eficiente”, tal como establecía la CMT en la Resolución AEM 2005/933”.*
- *Que “dado que la propia **CMT utiliza como criterio comparativo el coste unitario del servicio de tráfico de voz** y demuestra que **es posible calcular este importe de forma unitaria**, Opera entiende que **tiene que ser posible formular una estructura tarifaria basada en costes unitarios** que permita la entrada de un operador eficiente prestando servicios de OMV”.*



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Finalmente, Opera indica una serie de servicios y funcionalidades de valor añadido que propone ofrecer a sus clientes de telefonía móvil obtenidos como resultado de la realización de proyectos de I+D+i, información que aporta como acreditativa del valor que presenta su servicio al usuario final.

**CUARTO.-** Con fecha 9 de julio de 2007, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TME por el que contesta al requerimiento practicado por esta Comisión y formula las siguientes alegaciones:

- Que la estructura tarifaria propuesta por TME es razonable, toda vez que el pago inicial fijo permite que este operador recupere una rentabilidad razonable de las inversiones efectuadas para proporcionar acceso a su red al operador móvil virtual, mientras que el variable relacionado con el tráfico tiene como fin remunerar a TME por los servicios mayoristas prestados en cada comunicación.

Más aun, señala que la razonabilidad de la propuesta tarifaria de TME se encuentra avalada en el hecho de que otros agentes con los que TME ha firmado contrato han acordado dicha estructura tarifaria.

- Que *“la distinción entre conceptos fijos y variables no es una distinción gratuita sino que responde a un modelo y unos criterios que, en opinión de TME, representa la forma más equilibrada de trasladar los costes en los que TME debe incurrir para albergar a los OMVs en su red”*. Señala TME que *“Opera sólo contempla una propuesta con conceptos variables, minimizando así sus compromisos y riesgos adquiridos”*.
- Que no cuestiona la pretensión de Opera de oferta al mercado o de su modelo de negocio, pero sí valora su racionalidad y sostenibilidad en el tiempo. En este sentido sostiene que la propuesta no constituye una solicitud razonable de acceso a su red o servicio porque en la propuesta de Opera existían indicios sobre la falta de continuidad de la relación mayorista que se estaba negociando, tales como:
  - *“Falta de claridad, por parte de Opera, de su estrategia de producto, que se apreciaba en la modificación de aspectos fundamentales, a lo largo de la negociación, tal y como era la disponibilidad o no de servicios de SMS para sus clientes.*
  - *La ausencia de interés por alcanzar un acuerdo mayorista con TME para ofrecer servicios de itinerancia a sus clientes minoristas. (...)*
  - *Las previsiones de tráfico aportadas por Opera no parecían estar basadas en un plan de negocio fiable y en previsiones reales, (...)*”.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que existe falta de buena fe por parte de Opera en la negociación dado que dicho operador *“ha preferido, nuevamente, focalizar su estrategia de negociación, de acceso a la red de TME, en la consecución de la intervención del regulador, forzando un disenso con TME, en lugar de elaborar un plan de negocio, estrategia de producto y posicionamiento en el mercado que no sólo otorgue fiabilidad a TME sobre la continuidad de la relación mayorista, sino que, muy especialmente, permita a Opera creer en él y asumir unos riesgos de entrada al mercado, como han hecho los otros agentes, en lugar de tratar de obligar a TME a que asuma, en solitario, los citados riesgos, negándose a aceptar una estructura tarifaria que incluya un pago inicial y fijo a TME”*.
- Finalmente, TME manifiesta que no le consta que Opera haya agotado otras negociaciones que pudiera mantener abiertas con otros operadores móviles, con el objeto de alcanzar un acuerdo de acceso, entendiendo que *“dentro de la flexibilidad que el actual marco regulatorio otorga a los agentes para facilitar la consecución de acuerdos voluntarios y mutuamente beneficiosos, parece lógico que Opera con anterioridad a la formulación de un conflicto de acceso contra mi representada haya agotado tales posibilidades de alcanzar un eventual acuerdo de acceso con el resto de operadores móviles”*.

**QUINTO.-** Por medio de sendos escritos del Secretario de esta Comisión de fecha 20 de septiembre de 2007, al amparo del artículo 42.6, párrafo segundo, de la LRJPAC, se comunicó a Opera y a TME la ampliación de plazo máximo de resolución y notificación del presente procedimiento.

**SEXTO.-** Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 6 de noviembre de 2007, y de conformidad con lo previsto en el artículo 78.1 de la LRJPAC, se requirió a TME la remisión de *“los Anexos de precios correspondientes a todos los contratos que haya firmado TME con otros operadores para el suministro de servicios de acceso mayorista de TME para la prestación del servicio telefónico por tales operadores a sus clientes finales”*.

**SÉPTIMO.-** Con fecha 28 de noviembre de 2007, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TME en virtud del cual contesta al requerimiento de información formulado por esta Comisión y adjunta parte de los anexos de precios firmados con aquellos operadores con los que ha alcanzado un acuerdo mayorista de acceso y originación de llamadas desde su red móvil, donde se incluyen únicamente los componentes de la estructura tarifaria y los precios de los conceptos fijos.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo manifiesta que la estructura tarifaria “*cuota inicial de la operación+ cuota fija anual+precios variables*” sigue un patrón común que ha sido entendido como razonable por los operadores con los que ha firmado contratos.

Según TME, la distinción entre conceptos fijos y variables representa la forma más equilibrada de trasladar los costes en los que TME debe incurrir para albergar a los operadores móviles virtuales (en adelante, “OMVs”) en su red.

**OCTAVO.-** Con fecha 17 de diciembre de 2007, se ha dictado por el Secretario de esta Comisión declaración de confidencialidad del contenido de los Anexos adjuntados por TME a su escrito, citado en el Antecedente anterior, presentado en contestación al requerimiento formulado por esta Comisión.

**NOVENO.-** Con fecha 17 de diciembre de 2007, los Servicios de la Comisión emitieron informe en el presente procedimiento, siéndole el mismo notificado a las partes y confiriéndosele el plazo de diez días para formular alegaciones. A fecha de resolución del presente expediente, las partes no han presentado alegaciones.

A los anteriores Antecedentes de hecho son de aplicación los siguientes

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### **PRIMERO.-** **Habilitación competencial y objeto del presente procedimiento.**

El artículo 48.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, determina cuál es el objeto de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que, entre otros aspectos, alcanza a la resolución de los conflictos que se produzcan entre los operadores:

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



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

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

En el número 2 del Anexo II de esta Ley General de Telecomunicaciones se define el concepto de acceso como la *“puesta a disposición de otro operador, en condiciones definidas y sobre una base exclusiva o no exclusiva, de recursos o servicios con fines de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas”*. Explica este mismo número 2 del Anexo II que el término acceso abarca, entre otros supuestos, *“el acceso a elementos de redes y recursos asociados que pueden requerir la conexión de equipos por medios fijos y no fijos (en particular, esto incluye el acceso al bucle local y a recursos y servicios necesarios para facilitar servicios a través del bucle local)”*.

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

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

*“De los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de esta Ley y de sus normas de desarrollo conocerá la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Ésta, previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, en el plazo máximo de cuatro meses a partir del momento en que se pida su intervención, sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva.”*





## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

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

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

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

La Resolución del Mercado 15 establece que, en el caso de que los operadores no lleguen a acuerdos voluntarios de acceso, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones resolverá sobre la razonabilidad de la solicitud de acceso y, en su caso, dictará las condiciones del acuerdo para garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 de la LGTel, de conformidad con lo establecido en los artículos 11.4 y 14 de la LGTel.

El presente procedimiento tiene por objeto determinar si las condiciones solicitadas por Opera para contratar los servicios de acceso y originación de llamadas en redes móviles de TME son razonables de conformidad con la normativa sectorial de telecomunicaciones y, en particular, de la Resolución del Mercado 15. Esta Comisión resulta competente para conocer del presente conflicto.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### SEGUNDO.- Sobre la razonabilidad de la solicitud de acceso de Opera.

#### II.1. Sobre la Resolución del Mercado 15.

La Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 2 de febrero de 2006 aprobó la definición y análisis del mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil, la designación de los operadores con poder significativo de mercado (en adelante, "PSM") y la imposición de obligaciones específicas.

Dicha Resolución define al mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de comunicaciones móviles en España como *"aquél en el que cualquier ORM [operador con red móvil], con licencia para operar en el territorio español, facilita a otro operador el acceso y la originación de llamadas de voz y datos en la red de dicho ORM"*.

Este único mercado engloba a todos los operadores con red móvil, *"incluyéndose todas las posibles modalidades de servicios de acceso y originación de llamadas y, por tanto, también la autoprestación"*.

Asimismo se consideran incluidos en el mercado mayorista objeto de análisis los siguientes servicios de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de comunicaciones móviles, ordenados todos ellos a permitir que operadores que no disponen de derechos de uso del espectro puedan suministrar a sus clientes los servicios minoristas descendentes:

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

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

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



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

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

Asimismo, mediante dicha Resolución, se impuso a los operadores con PSM - TME, Vodafone y FTES- la obligación de poner a disposición de terceros todos los elementos necesarios para la prestación de los servicios de acceso y originación móvil minorista. Esta obligación afecta a todos aquellos servicios mayoristas que ofrecen acceso y capacidad a un operador autorizado, con el fin de que este operador pueda prestar servicios de telefonía móvil a sus clientes finales.

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

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

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

- a. Dar acceso a terceros a elementos y recursos específicos de su red.*
- b. Negociar de buena fe con los solicitantes de acceso autorizados.*
- c. Prestar servicios específicos en régimen de venta al por mayor para su reventa a terceros.*
- d. Conceder libre acceso a interfaces técnicas u otras tecnologías indispensables para la interoperabilidad de los servicios o de servicios de redes virtuales.*
- e. Facilitar modalidades de compartición de instalaciones.*
- f. Prestar los servicios necesarios para garantizar la interoperabilidad de los servicios de extremo a extremo ofrecidos a los usuarios.*
- g. Dar acceso a terceros a los sistemas de apoyo operativos o a sistemas informáticos con funciones similares.*
- h. Interconexión de redes o recursos.*



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- b) Ofrecer precios razonables por la prestación de los servicios de acceso (arts. 13.1 e) de la LGTel y 11 del Reglamento de Acceso; art. 13 de la Directiva de Acceso)

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

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

Como se señaló con anterioridad, la Resolución del Mercado 15 estableció que en el caso de que los operadores no lleguen a acuerdos voluntarios de acceso la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones resolverá sobre la razonabilidad de la solicitud de acceso formulada y, en caso necesario, dictará las condiciones del acuerdo para garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 de la LGTel, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.4 y 14 de la LGTel.

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



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### II.2. Sobre los principios establecidos en la regulación actual aplicables al acceso.

El acceso y la interconexión son aspectos clave del régimen jurídico de las comunicaciones electrónicas. Su adecuada regulación incide directamente en la prestación de servicios, en la competencia, el desarrollo de las infraestructuras y en la satisfacción de las necesidades de los usuarios.

La normativa europea que integra el paquete Telecom establece ciertos principios armonizados relativos al régimen del acceso a las redes de comunicaciones electrónicas –y recursos asociados- y la interconexión (artículo 1.1 de la Directiva Acceso), con el objetivo de establecer un “*marco regulador para las relaciones entre los suministradores de redes y servicios que sea compatible con los principios del mercado interior, haga posible el mantenimiento de una competencia sostenible, garantice la interoperabilidad de los servicios de comunicaciones electrónicas y redunde en beneficio de los consumidores*”.

En un régimen de libre mercado, lo deseable es que el acceso y la interconexión se produzcan por el acuerdo de las partes, con la necesaria protección de la normativa sectorial de comunicaciones electrónicas y bajo la cobertura última del Derecho de la competencia, lo cual deriva en que la actuación de los poderes públicos debe respetar el principio de libertad de negociación y basarse en el principio de intervención mínima del regulador del sector.

A este respecto, la LGTel se basa en el principio de autonomía de la voluntad de las empresas, prohibiendo las restricciones que impidan que los operadores negocien acuerdos de acceso entre sí. Así, la regulación actual del sector se caracteriza por una mayor flexibilidad y un menor intervencionismo en las relaciones entre los operadores.

Tanto el marco regulador comunitario como la normativa sectorial nacional establecen como principio que los operadores con PSM en un mercado mayorista son los sujetos pasivos de las obligaciones de acceso. Los operadores que reciban solicitudes de acceso o de interconexión deben negociar de buena fe y concluir dichos acuerdos sobre una base comercial. Así se señala en particular en el Anexo de la Resolución del Mercado 15.

Sin embargo, si bien en términos generales existe una obligación de facilitar el acceso a la red o recursos asociados, tal obligación no es incondicional y podrá denegarse si la petición resulta injustificada. Para considerar justificada la denegación de acceso o irrazonable la solicitud de acceso, debe fundamentarse en criterios objetivos, como lo son los precios y las condiciones de acceso.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otro lado, el grado de intervención administrativa variará en función de la situación del mercado y de otros objetivos de interés general. El artículo 20 de la Directiva 2002/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (en adelante, “Directiva Marco”), dispone que *“al resolver un litigio, la autoridad nacional de reglamentación perseguirá la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 8”*.

Entre tales objetivos, las ANRs deben fomentar la competencia en el suministro de redes de comunicaciones electrónicas, servicios de comunicaciones electrónicas y recursos y servicios asociados, entre otras cosas *“velando por que no exista falseamiento ni restricción de la competencia en el sector de las comunicaciones electrónicas”* (artículo 8.2, apartado b). Asimismo, según el artículo 8.3 de la Directiva Marco, las ANRs deben contribuir al desarrollo del mercado interior *“suprimiendo los obstáculos que aún se opongan al suministro de redes de comunicaciones electrónicas, recursos y servicios asociados y servicios de comunicaciones electrónicas”* (apartado a), o *“garantizando que, en circunstancias similares, no se dispense un trato discriminatorio a las empresas suministradoras de redes y servicios de comunicaciones electrónicas”* (apartado c).

El artículo 11.4 de la LGTel, asimismo, se remite, para la resolución de litigios entre operadores, a los objetivos establecidos en el artículo 3 de la Ley, entre los que se encuentra el de *“promover el desarrollo del sector de las telecomunicaciones, así como la utilización de los nuevos servicios y el despliegue de las redes, y el acceso a éstos, en condiciones de igualdad”*.

Además, la Comisión puede intervenir en todo caso cuando haya de garantizarse la adecuación del acceso, la interconexión o la interoperabilidad de los servicios (artículo 11.4 de la LGTel), cuando haya de garantizarse el funcionamiento normal de la red o haya que garantizar la posibilidad de conexión de extremo a extremo (artículo 12 de la LGTel) y en otros supuestos establecidos en la normativa sectorial.

En consecuencia, la intervención pública en las relaciones de los operadores queda circunscrita a aquellos supuestos en los que se hayan impuesto obligaciones *ex ante* por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones o lo demande la salvaguarda de ciertos objetivos de interés general anteriormente mencionados que vienen establecidos en la normativa sectorial de las comunicaciones electrónicas.

### II.3. Razonabilidad de la solicitud formulada por Opera.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En los acuerdos de acceso e interconexión las condiciones económicas resultan ser uno de los aspectos más controvertidos entre los operadores. La Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones, de 22 de agosto de 1998 (DOCE nº C 265/2), establece ciertos principios para analizar las denegaciones de acceso a instalaciones esenciales, citándose la importancia que tienen el factor temporal, la configuración técnica y el precio como elementos muy importantes que pueden ser manipulados para denegar el acceso.

En ese sentido, en el marco de la negociación entre TME y Opera para determinar las condiciones del acuerdo de acceso, la estructura tarifaria constituye el punto central de discrepancia entre ambos operadores, razón por la cual la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones debe adoptar una decisión al respecto dado que las posiciones de una y otra parte resultan difícilmente compatibles.

Tal como se desprende de la documentación acompañada por los operadores, la propuesta de TME exige, como estructura tarifaria para sus acuerdos, unos costes fijos –integrados por una cuota inicial de operación y una cuota fija anual-, y unos costes variables vinculados al tráfico.

TME, en contestación al requerimiento formulado por esta Comisión, ha aportado parte de los Anexos de los contratos firmados con CABLEEUROPA, S.A. (ONO) y TELECOR, S.A., que son los OMVs con los que había firmado un acuerdo de acceso hasta la fecha y que constituyen, respectivamente, un OMV completo y un revendedor o prestador de servicios<sup>1</sup>. Tal y como ha podido comprobar este organismo en la documentación aportada, en ambos contratos se acuerda el pago de un precio inicial, por el inicio de las operaciones, una cuota o precio fijo anual y una serie de precios variables. En consecuencia, se puede afirmar, en primer término, que dicha estructura tarifaria ha sido aceptada como razonable por los otros operadores con los que TME ha firmado hasta ahora acuerdos de acceso.

Por su parte, Opera no está de acuerdo con la anterior propuesta de estructura tarifaria y únicamente contempla la existencia de conceptos variables por las llamadas realizadas y sms enviados desde la red de TME. Dicha propuesta está recogida en un documento remitido a TME por correo electrónico en fecha 22 de enero de 2007, en el que se recoge el intercambio de información que

---

<sup>1</sup> Como es conocido, dentro de los OMV, se pueden distinguir dos tipos distintos: OMV completos (entidades que necesitan de un acuerdo de acceso con un operador móvil habilitado para el uso del dominio público radioeléctrico para ofrecer servicio y disponen de código de red propio y numeración asignada), y los OMV prestadores de servicio (PS): entidades que necesitan de un acuerdo de acceso con un operador móvil para ofrecer servicio y no disponen de numeración asignada.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

hubo entre TME y Opera en la reunión mantenida el día 21 de diciembre de 2006 (incluido en el documento 1 del expediente). En la página 7 del documento citado, Opera rechaza los conceptos fijos, señalando que únicamente contempla los “conceptos variables” para las “llamadas realizadas desde la red de TME” (precio/minuto) y los “mensajes enviados en la red de TME” (precio/SMS), realiza una primera oferta económica y solicita a TME una contraoferta de importes para estos dos conceptos.

Tanto en dicho documento como en el burofax enviado el 22 de febrero de 2007 Opera solicita que continúen las negociaciones en base a su estructura tarifaria de conceptos variables, solicitando a TME que plantee un escalado de precios en función del volumen de tráfico que se vaya a generar por Opera.

Ante la reticencia de Opera a aceptar la estructura tarifaria de TME, esta última entidad dio por finalizado el período de negociaciones.

Los precios constituyen uno de los instrumentos más importantes que una empresa posee para competir y el elemento objetivo a ser considerado por esta Comisión para la resolución del presente conflicto, dado que es el aspecto por el que la negociación ha sido interrumpida.

En términos generales, el precio de cualquier servicio, sea éste mayorista o minorista, que ofrece una empresa, viene determinado por la demanda que enfrenta y los costes que soporta.

Así, si se tienen en consideración como única referencia los costes de los operadores, la estructura tarifaria de cualquier servicio estaría condicionada por la estructura de costes asociada a la prestación de dicho servicio, esto es, por las economías de escala y más concretamente la magnitud de los costes fijos, independientes del nivel de producción de un servicio<sup>2</sup>. En tanto que existan costes fijos, la forma racional de recuperar estos costes sería por medio del establecimiento de una cuota fija, independiente del consumo.

Los operadores de red móvil (ORMs) tienen unos elevados costes fijos asociados al despliegue de la red de acceso, es decir, unos costes de gran magnitud que no dependen del volumen de tráfico, ni del número de usuarios finales del operador móvil de red. A ello se suma que los operadores móviles de redes deben desplegar una red con cobertura nacional, con independencia del tamaño de su base de clientes y el uso que hagan de los servicios prestados sobre la red móvil.

La actividad de los OMVs completos conlleva además, para los ORMs, unos costes fijos adicionales asociados a la propia operativa del negocio: creación

---

<sup>2</sup> En presencia de costes comunes en la prestación de más de un servicio, podrían existir economías de alcance.





## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de una unidad de negocio específica para la búsqueda de oportunidades de negocio, negociación de los acuerdos y tareas administrativas resultantes de los mismos, puesta en funcionamiento de la conexión entre las redes del operador móvil virtual y del operador móvil de red (establecimiento de enlaces de interconexión), mantenimiento de la red, gestión de la información relativa al tráfico, las incidencias y la facturación, utilización de recursos físicos de la red del ORM, etc., aunque muchos de los anteriores recursos se utilizan también para otros operadores móviles o para autoprestación.

Se incurre en los costes anteriores principalmente al inicio de las operaciones - como es el caso de los costes causados por la puesta en funcionamiento de un negocio o un proceso productivo determinado y que normalmente se abonan al comienzo de la relación contractual-, y/o de forma continuada en el tiempo, como consecuencia de otros costes asociados a actividades de mantenimiento y administración.

La Resolución de 2 de febrero de 2006 determina expresamente que al momento de determinar la razonabilidad de la solicitud de acceso, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones valorará, entre otros elementos objetivos, “la adecuación del precio y condiciones en que se dará el acceso, en particular que el precio aplicado permita recuperar adecuadamente las inversiones realizadas” (el subrayado es nuestro).

A juicio de esta Comisión, la estructura tarifaria exigida por TME es, como estructura de precios, coherente con la estructura de costes de un operador móvil de red. Debe tenerse en cuenta que los operadores móviles de red, como TME, tienen un interés legítimo en minimizar el riesgo de la transacción comercial que se realiza en el marco de los acuerdos de acceso con otros operadores, dado que dicho riesgo inversor, en el caso de no tener continuidad el servicio objeto de la transacción, podría ser cubierto por la cuota fija requerida durante el proceso de negociación.

Más aun, ocurre que los otros operadores con los que TME ha contratado – tanto OMVs completos como OMVs PS- han considerado razonable dicha estructura tarifaria, por lo que no parece justificado forzar a TME a modificar su estrategia comercial para un solo operador, sin una razón motivada. En sus contratos, TME ha acordado un precio inicial, por comenzar las operaciones, y un precio fijo anual, más unos precios variables que se cobran exclusivamente en función del tráfico cursado.

Por otro lado, uno de los criterios a tener en cuenta como referencia según la Resolución del Mercado 15 son *“los precios existentes en mercados competitivos comparables”*. En este sentido, la comparación con otros



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mercados de acceso y originación de llamadas en las redes de telefonía móvil de países de la Unión Europea resulta difícil, en la medida en que en la mayoría de Estados de la Unión Europea el mercado 15 se ha considerado como un mercado donde hay competencia efectiva y por tanto no se controlan las tarifas cobradas por los ORMs. Por otro lado, en algunos países (i.e. Francia y Holanda) es práctica generalizada que la estructura tarifaria de este tipo de acuerdos contenga una parte fija y otra variable. Esta Comisión entiende que estos datos no son una base suficiente de la que se pueda extraer una conclusión determinante sobre la razonabilidad o no de este tipo de estructura tarifaria en los acuerdos de acceso, debiendo analizarse más bien la cuantía de las tarifas fijas que intenten ser cobradas por los ORMs.

Opera señala en sus alegaciones que es posible definir una estructura tarifaria que no requiera la existencia de unos precios fijos, estableciendo una “*analogía con la OBA y con el Servicio de Acceso Indirecto*”. A este respecto ha de señalarse que los mercados de acceso desagregado al por mayor a los bucles y subbucles metálicos a efectos de la prestación de los servicios de banda ancha y vocales (mercado 11) y el mercado mayorista de acceso de banda ancha (mercado 12) no son “*mercados competitivos comparables*” con los cuales se pueda establecer una analogía respecto del presente conflicto. En dichos mercados hay un solo operador con PSM y con una posición en el mercado diferente y el grado de competencia con otros operadores y las barreras de entrada son completamente distintas. En tales mercados, a TESAU se le ha impuesto como obligación que ofrezca los servicios regulados a precios orientados en función de los costes de producción, precios que ya tienen en cuenta los costes soportados por el operador.

Por otra parte, en el mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil, a diferencia de los mercados de terminación de llamadas en redes fijas y móviles e incluso el mercado de originación de llamadas en redes fijas, existen otras alternativas de suministro, distintas de TME, capaces de ofrecer servicios mayoristas similares. Así, Opera siempre podrá intentar negociar con los otros ORMs declarados con PSM una estructura tarifaria que excluya el cobro de pagos fijos, lo cual comercialmente también es razonable.

Porque en todo caso lo más relevante son los importes de los precios exigidos, aspecto que habría que analizar para determinar si son adecuados. A este respecto, los precios fijos no pueden ser excesivos o desproporcionados, de forma que se conviertan en una barrera de entrada insalvable, ni pueden intentar sufragarse los mismos costes a todos los OMVs, pero sobre dicho aspecto las partes no han negociado, toda vez que Opera se ha negado a aceptar la repercusión de ningún coste fijo.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Así, más allá de determinar que la solicitud de Opera, tal y como ha sido formulada, no parece razonable a juicio de esta Comisión, este organismo no puede establecer los precios del acuerdo ni pronunciarse sobre los mismos, toda vez que ni TME ha llegado a ofrecer precios concretos ni las partes han discutido la totalidad de los precios de acceso, sino que únicamente existe una propuesta inicial de Opera de las tarifas por llamadas realizadas y sms enviados desde la red de TME, como ya se ha mencionado con anterioridad.

En definitiva, a juicio de esta Comisión la solicitud de Opera no resulta razonable, con lo que no procede que esta Comisión dicte las condiciones del acuerdo por la que se garantice la adecuación del acceso y la interoperabilidad de los servicios ni determine los precios que TME debe ofrecer a Opera, tal como solicita este último operador en su escrito inicial.

Por otro lado, ha de señalarse que el mero hecho de la no consecución de un acuerdo con TME no supone una práctica anticompetitiva basada en una negativa de acceso, y no requiere necesariamente la intervención de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

A este respecto, a tenor de los objetivos anteriormente citados de los artículos 8 de la Directiva Marco y 3 de la LGTel y de los principios establecidos por la normativa sectorial en virtud de los cuales esta Comisión debe intervenir, no parece que TME esté incurriendo en conductas que supongan un trato completamente discriminatorio del sector, toda vez que está exigiendo la misma estructura de precios a Opera que a los demás operadores –y ello a pesar de que en virtud de la Resolución del Mercado 15, no existe una obligación particular de no discriminar- o de que TME esté vulnerando los objetivos señalados en la LGTel y su normativa de desarrollo, que hagan necesaria una intervención de esta Comisión en los términos planteados por Opera.

### **TERCERO.- Sobre la solicitud de Opera de apertura de un procedimiento sancionador.**

En su escrito de interposición del presente conflicto de acceso, Opera solicita que *“se impongan a TME las sanciones que corresponda por haber incurrido en infracciones muy graves”* por haber incumplido las obligaciones impuestas en la Resolución del Mercado 15, entendiendo Opera que tal incumplimiento se encuadra en el tipo definido en el artículo 53.q) de la LGTel.

De los hechos expuestos no se desprenden indicios que motiven la incoación de un procedimiento sancionador, que en todo caso merecerían una



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

calificación distinta, por tener encaje en el tipo de infracción definido en el artículo 53.r) de la LGTel, previsto para el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, y no en el artículo 53.q) de la misma Ley.

A este respecto, Opera denuncia literalmente que TME ha omitido,

*“(...) la obligación fijada por la CMT de atender a las solicitudes razonables de acceso a recursos específicos de sus redes y a su utilización, y ofrecer precios razonables por la prestación de sus servicios de acceso. Dado que **esta omisión se ha traducido en un beneficio bruto inmediato para TME** como consecuencia del retraso en la introducción de competencia en el mercado de telefonía móvil, la multa debe ser por importe no inferior al tanto ni superior al quíntuplo de dicho beneficio bruto.”*

Sobre este particular, no se han encontrado indicios suficientes de incumplimiento de las obligaciones de la Resolución del Mercado 15 ni ha quedado acreditado que “retraso en la introducción de la competencia en el mercado de la telefonía móvil” se ha producido, debiendo recordarse, como se señalaba en el Fundamento anterior, que el mero hecho de la no consecución de un acuerdo con TME no supone una práctica anticompetitiva basada en una negativa de acceso, y que no toda denegación de acceso supone una práctica anticompetitiva<sup>3</sup>.

Vistos los citados Antecedentes y Fundamentos jurídicos, esta Comisión

### RESUELVE

**ÚNICO.-** Desestimar la solicitud de Operadora de Telecomunicaciones Opera, S.L. en todos sus términos.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril

---

<sup>3</sup> Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones, apartado 83.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

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

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Reinaldo Rodríguez Illera

Ignacio Redondo Andreu