



JORGE SÁNCHEZ VICENTE, 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 número 40/10 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 16 de diciembre de 2010, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución por la que se pone fin al conflicto de interconexión presentado por Operadora de Telecomunicaciones Opera, S.L. contra Telefónica de España, S.A.U. en materia de servicios de tránsito a operadores móviles (RO 2009/1687).

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Escrito presentado por OPERA instando el inicio del conflicto de interconexión

Con fecha 8 de octubre de 2009, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de la entidad OPERADORA DE TELECOMUNICACIONES OPERA, S.L. (en adelante, OPERA) planteando conflicto de interconexión contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TELEFÓNICA) en materia de servicios de tránsito a operadores móviles. En concreto, OPERA solicita lo siguiente:

1. Que se ordene a TELEFÓNICA aplicar a OPERA condiciones equivalentes a las aplicadas a otros operadores en materia de servicios de tránsito a operadores móviles: *“Instar a TESAU a que en el futuro adopte las medidas necesarias para cumplir con las tarifas de interconexión vigentes o aplicar condiciones equivalentes para servicios regulados equivalentes prestados a diferentes operadores. Subsidiariamente, se solicita que TESAU devuelva a OPERA los importes cobrados en exceso en comparación con las tarifas aplicadas a terceros operadores para este servicio de tránsito”*.
2. Que se sancione a TELEFÓNICA al amparo de los apartados r), s), w) y q) del artículo 53 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) por un *“incumplimiento deliberado y consciente de la obligación de aplicar tarifas equivalentes a las que presta a terceros operadores para los servicios regulados de tránsito a operadores móviles”*.



3. Que se imponga la obligación de separación funcional a TELEFÓNICA prevista en el artículo 13 bis de la Directiva 2002/19/CE (Directiva sobre acceso).

Junto al mencionado solicito, OPERA manifiesta –sin la aportación de la correspondiente justificación documental- lo siguiente:

- Que TELEFÓNICA aplica a los servicios de tránsito a operadores móviles que TELEFÓNICA presta a OPERA los precios establecidos en la Oferta de Interconexión de Referencia (OIR) de 2005, esto es: (i) 0,00468 €/minuto en horario normal, y (ii) 0,00282 €/minuto en horario reducido (más el precio de terminación fijo-móvil en el horario correspondiente)
- Que, sin embargo, TELEFÓNICA aplica a terceros operadores –a quienes OPERA no identifica en su escrito- un precio sensiblemente inferior por el mismo servicio. En concreto, 0,001 euros para todos los horarios (más el precio de terminación fijo-móvil en el horario correspondiente).
- Que lo anterior supone una infracción por TELEFÓNICA de las siguientes obligaciones: (i) no discriminación, (ii) transparencia en la prestación de los servicios de interconexión, y (iii) las derivadas de *“las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas”* - no identificadas por OPERA-.
- Que la discriminación sufrida por OPERA ha causado a ésta *“un grave perjuicio técnico y económico”*, ha sido deliberada y reiterada en el tiempo y tiene por objeto impedir una competencia efectiva en el mercado de los servicios de tránsito. OPERA califica asimismo el comportamiento de TELEFÓNICA como un abuso de posición de dominio.
- Que la discriminación se ha acompañado de un *“falseamiento de la información económica de prestación”* del servicio.

SEGUNDO.- Comunicación a los interesados del inicio del procedimiento y requerimiento de información a OPERA

Mediante sendos escritos del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 22 de octubre de 2009, se notificó tanto a OPERA como a TELEFÓNICA el inicio del correspondiente procedimiento para resolver el conflicto de interconexión planteado por la primera, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

En el escrito de inicio dirigido a OPERA, se requirió a ésta, al amparo de lo previsto en el artículo 78 LRJPAC, para que aportara en un plazo de diez días la siguiente información o documentación:

1. Identificación (denominación social) de los terceros operadores a que hace referencia en su escrito de solicitud (esto es, los operadores que, a juicio de OPERA, se hubieran beneficiado de precios inferiores a los de la OIR 2005 en relación con los servicios de tránsito a operadores móviles.
2. En su caso, si dispusiera de documentos que acrediten o sean un indicio de que determinados operadores se hubieran beneficiado de precios inferiores a los de la



OIR 2005 en relación con los servicios de tránsito a operadores móviles, aporte estos documentos o explique el origen de la información a su disposición sobre tal circunstancia.

Asimismo, en el escrito de inicio dirigido a TELEFÓNICA, se concedió a ésta un plazo de diez días para que alegara lo que tuviese por conveniente y aportara los documentos que considerara oportunos.

TERCERO.- Contestación de OPERA al requerimiento de información

Con fecha 6 de noviembre de 2009 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de OPERA por el que contestaba al requerimiento de información indicado en el Antecedente anterior.

- OPERA señala que no dispone de documentación contractual de terceros pero sugiere que se solicite a los siguientes operadores todos los contratos de tránsito a operadores móviles celebrados con TELEFÓNICA y, en particular, aquellos que tengan unas determinadas denominaciones (p. ej., “*contrato de tránsito*”): (i) LEAST COST ROUTING TELECOM, S.L. (en adelante, “*LEAST COST*”), (ii) AZULTEL ESPAÑA, S.L. (en adelante, “*AZULTEL*”), y (iii) DIALOGA SERVICIOS INTERACTIVOS, S.L. (en adelante, “*DIALOGA*”).
- En relación con el origen de la información que OPERA alegaba en su escrito de 6 de octubre de 2009, ésta señala que “*todo el sector de las telecomunicaciones españolas conoce que TESAU ofrece acuerdos ‘paralelos’ a la OIR 2005 en los que presta el mismo servicio pero con un precio mejorado sobre las condiciones establecidas en la OIR 2005 (p. ej., servicios de tránsito a móviles, servicio carrier internacional, servicio acceso comercial, etc.)*”.

CUARTO.- Escrito de alegaciones de TELEFÓNICA de 11 de noviembre de 2009

Con fecha 16 de noviembre de 2009, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TELEFÓNICA manifestando lo siguiente:

- En el escrito de OPERA se lanzan durísimas acusaciones sin aportar documento ni prueba justificativa alguna; y las acusaciones que allí se vierten son absolutamente inconsistentes.
- En relación con la eventual infracción de la obligación de no discriminación:
 - (i) TELEFÓNICA “*cumple con las tarifas de interconexión vigentes en general con todos los operadores y en particular con OPERA*” (a quien aplica los precios OIR).
 - (ii) Sin perjuicio de lo anterior, “*la propia OIR contempla la posibilidad de aplicar descuentos lo que puede redundar en una aplicación de precios diferentes para algunos de los servicios contenidos en la propia Oferta.*”

En relación con tales descuentos, señala TELEFÓNICA más adelante que se encuentra “*abierta a negociar con OPERA la aplicación de aquellos descuentos que conforme a la OIR sean de aplicación, descuentos éstos*”



que en contra de lo señalado por OPERA, se basan en criterios objetivos y de no discriminación”.

- En relación con la infracción de la obligación de transparencia que se le imputa, el carácter público de la OIR es garantía suficiente de transparencia.
- En relación con la eventual infracción de las obligaciones derivadas de las Resoluciones de esta Comisión, *“Telefónica de España cumple con la OIR en su relación con Opera”.*
- En virtud del derecho de tutela judicial efectiva y del derecho de defensa reconocidos en el artículo 24 de la Constitución y, en particular, las normas sobre prueba, corresponde al denunciante romper la presunción de inocencia con una prueba indiciaria que, en el presente caso, es inexistente, por lo que TELEFÓNICA solicita el archivo del expediente.

QUINTO.- Requerimientos de información de 26 de noviembre de 2009

Al amparo del artículo 78 de la LRJPAC y por ser necesario para la determinación y conocimiento de las circunstancias concretas del asunto en cuestión, mediante sendos escritos de esta Comisión de fecha 26 de noviembre de 2009, se requirió a TELEFÓNICA, LEAST COST, AZUTEL y DIALOGA, respectivamente, para que en un plazo de diez días remitieran a esta Comisión la siguiente información y documentación:

I. TELEFÓNICA:

“A.- AGIs y otros documentos contractuales:

1. *Confirmación de que el Acuerdo General de Interconexión (AGI) celebrado por Azutelm España, S.L. (“Azutelm”) y TESAU en fecha 10 de julio de 2007 y comunicado por ambas partes a esta Comisión mediante escrito de fecha 10 de julio de 2007, se encuentra vigente. En el caso de que el mencionado AGI hubiera sido sustituido, proporcionen el AGI vigente entre TESAU y Azutelm.*
2. *Confirmación de que el AGI celebrado por Least Cost Routing Telecom, S.L. (“Least Cost”) y TESAU en fecha 22 de enero de 2005 y comunicado por ambas partes a esta Comisión mediante escrito de fecha 22 de diciembre de 2005, se encuentra vigente. En el caso de que el mencionado AGI hubiera sido sustituido, proporcionen el AGI vigente entre TESAU y Least Cost.*
3. *Confirmación de que TESAU presta a Dialoga Servicios Interactivos, S.L. (“Dialoga”) servicios de tránsito a operadores móviles. Si fuera el caso, proporcionen el AGI que, en su caso, hayan celebrado Dialoga y TESAU en relación con los mencionados servicios de tránsito.*
4. *Cualesquiera adendas, enmiendas u otros documentos de carácter contractual que tengan por objeto (único o en parte) los servicios de tránsito a operadores móviles que TESAU presta a Azutelm, Least Cost y Dialoga y sus precios; en particular, cualesquiera documentos que tengan la siguiente denominación o denominaciones similares y Azutelm, Least Cost o Dialoga hayan suscrito con TESAU: “addendum al*



AGI para el servicio de tránsito a móviles” o “contrato de tránsito a operadores móviles”.

B.- Descuentos:

- 1. TESAU indica en su escrito a esta Comisión de 11 de noviembre de 2009 que: “... como la CMT conoce, la propia OIR contempla la posibilidad de aplicar descuentos lo que puede redundar en una aplicación de precios diferentes para algunos de los servicios contenidos en la propia Oferta”. Clarifiquen si TESAU aplica algún tipo de descuento a los servicios de tránsito a operadores móviles que TESAU presta a cualquier operador (y, en particular, a Azultel, Least Cost o Dialoga), o vincula algún descuento a este tipo de servicios u otros servicios de tránsito.*
- 2. En caso de respuesta afirmativa a la pregunta anterior, indiquen la fórmula para calcular los descuentos en cuestión, las condiciones para su aplicación y los acuerdos o contratos que regulan tales descuentos.*
- 3. Proporcionen los acuerdos o contratos que sirvan de base a tales descuentos (en el caso de Azultel, Least Cost o Dialoga, si fueran distintos de los que acuerdos o contratos que remitan en respuesta a las preguntas 1 a 4)”.*

C.- APCs e importes:

- 1. Las Agrupaciones para Consolidar (“APC”) que TESAU haya acordado con Azultel, Least Cost y Dialoga para los servicios de tránsito a operadores móviles correspondientes a los meses de julio, agosto y septiembre de 2009.*
- 2. El importe consolidado del tráfico de tránsito a operadores móviles objeto de los servicios de tránsito que TESAU haya prestado a Azultel, Least Cost y Dialoga durante los meses de julio, agosto y septiembre de 2009, con indicación de su importe, duración y número de llamadas consolidados, desglosado por mes, APC y operador al que TESAU presta los servicios de tránsito (Azultel, Least Cost y Dialoga).*

En el supuesto de que los importes que proporcionen en respuesta a los números 8 y 9 incluyan los precios de terminación, distingan la parte del precio correspondiente a los servicios de tránsito de la correspondiente a los precios de terminación.”

II. LEAST COST:

- 1. “Confirmación de que el Acuerdo General de Interconexión (AGI) celebrado por Least Cost Routing Telecom, S.L. (“Least Cost”) y TESAU en fecha 22 de enero de 2005 y comunicado por ambas partes a esta Comisión mediante escrito de fecha 22 de diciembre de 2005, se encuentra vigente. En el caso de que el mencionado AGI hubiera sido sustituido, proporcionen el AGI vigente entre TESAU y Least Cost.*
- 2. Cualesquiera adendas, enmiendas u otros documentos de carácter contractual que tengan por objeto (único o en parte) los servicios de tránsito a operadores móviles que TESAU presta a Least Cost y sus precios; en particular, cualesquiera documentos que tengan la siguiente denominación o denominaciones similares y*



Least Cost haya suscrito con TESAU: “adendum al AGI para el servicio de tránsito a móviles” o “contrato de tránsito a operadores móviles”.

3. *Indicación de si TESAU aplica algún tipo de descuento a los servicios de tránsito a operadores móviles que presta a Least Cost, o vincula algún descuento a este tipo de servicios u otros servicios de tránsito. En su caso, indiquen la fórmula para calcular los descuentos en cuestión, las condiciones para su aplicación y los acuerdos o contratos que regulen tales descuentos. Proporcionen estos acuerdos o contratos si fueran distintos de los que remitan en respuesta a las preguntas 1 y 2.*
4. *Las Agrupaciones para Consolidar (“APC”) que Least Cost haya acordado con TESAU para los servicios de tránsito a operadores móviles correspondientes a los meses de julio, agosto y septiembre de 2009.*
5. *El importe consolidado del tráfico de tránsito a operadores móviles objeto de los servicios de tránsito de TESAU para los meses de julio, agosto y septiembre de 2009, con indicación de su importe, duración y número de llamadas consolidados, desglosado por mes y APC.*
6. *En el supuesto de que los importes que proporcionen en respuesta a los números 4 y 5 incluyan los precios de terminación, distingan la parte del precio correspondiente a los servicios de tránsito de la correspondiente a los precios de terminación.”*

III. AZULTEL:

Se realizó a Azultel idéntico requerimiento de información que el realizado a Least Cost, respecto a su relación contractual con TELEFÓNICA para la prestación del servicio de tránsito a operadores móviles.

IV. DIALOGA:

Las mismas cuestiones formuladas a Azultel y a Least Cost, fueron realizadas a Dialoga, añadiendo las dos siguientes:

1. *“Confirmación de que TESAU presta a Dialoga Servicios Interactivos, S.L. (“Dialoga”) servicios de tránsito a operadores móviles.*
2. *Acuerdo General de Interconexión (AGI) que, en su caso, hayan celebrado Dialoga y TESAU en relación con los mencionados servicios de tránsito.*

SEXTO.- Contestación de LEAST COST al requerimiento de información

Con fecha 14 de diciembre de 2009, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de contestación de LEAST COST al requerimiento de información indicado, manifestando lo siguiente:

- Que el AGI entre LEAST COST y TELEFÓNICA celebrado el 22 de enero de 2005 se encuentra vigente y no tiene adendas referidas en todo o en parte a los servicios de tránsito a operadores móviles.
- Que TELEFÓNICA no aplica descuentos a los servicios de tránsito a operadores móviles que presta a LEAST COST.



- Que, tal y como se le ha solicitado, adjunta copias de las Agrupaciones para Consolidar (APC) aplicables a los meses de julio, agosto y septiembre de 2009.

Analizados los importes indicados en los mencionados APC en relación con el tránsito a Orange Móvil, Telefónica Móviles, Vodafone y Xfera (esto es, la diferencia entre los precios de interconexión indicados en los APC y los precios de terminación aplicables), se deduce que los precios aplicados a los servicios de tránsito a operadores móviles indicadas en las APC se corresponden con los precios OIR.

- Que, asimismo, LEAST COST aporta una tabla en la que indica los precios consolidados que le ha facturado TELEFÓNICA en relación con sus servicios de tránsito a operadores móviles.

A este respecto, cabe señalar que no se han podido extraer conclusiones de estos importes aportados por LEAST COST, en relación con la comprobación de los precios de los servicios de tránsito: (i) al no estar desglosados por APC, y (ii) tratarse de un volumen de servicios extremadamente bajo (21, 1 y 2 minutos para julio, agosto y septiembre, respectivamente).

SÉPTIMO.-Contestación de DIALOGA al requerimiento de información

Con fecha 16 de diciembre de 2009, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de DIALOGA de contestación al requerimiento de información, manifestando lo siguiente:

- Que TELEFÓNICA presta a DIALOGA servicios de tránsito a operadores móviles, de acuerdo con un AGI correspondiente a la OIR 2005. Sin embargo, DIALOGA no aporta tal AGI (que, por otro lado, no ha sido notificado a esta Comisión).
- Que DIALOGA adjunta copia de un "*Contrato de tránsito a operadores móviles entre Telefónica de España, S.A.U. y Dialoga Servicios Interactivos, S.L.*" de fecha 9 de junio de 2009 (en adelante, el Contrato Dialoga). En este Contrato, que aparece con el sello de TELEFÓNICA y la firma de D. J.M.G.R por cuenta de TELEFÓNICA, se establece:

(i) el sistema de facturación y el precio de los servicios de tránsito que TELEFÓNICA preste a DIALOGA, se fija en: 0,001€/minuto.

(ii) un descuento por volumen, de acuerdo con el cual si se alcanzara un tráfico de 60 millones de minutos en los servicios de tránsito a móviles que TELEFÓNICA preste a DIALOGA, se reducirá el precio indicado en 0,0005€/minuto ("*se reducirán todos los precios reflejados en el punto 2 en la cuantía de 0,05 céntimos de Euro/minuto*").

(iii) la duración del contrato (un período inicial de un año que se prorrogará por períodos sucesivos de un año salvo preaviso).

- Que, en relación con las APCs solicitadas, DIALOGA no ha alcanzado acuerdos para la consolidación respecto de los períodos indicados en el requerimiento de información porque TELEFÓNICA "*está incumpliendo los procedimientos de consolidación establecidos*"



en la OIR” y se negaría a aceptar los principios en la materia establecidos por la OIR. El importe acumulado pendiente de consolidar que TELEFÓNICA adeudaría a DIALOGA asciende según ésta a “varios millones de euros”.

El mencionado escrito de DIALOGA de 9 de diciembre de 2009 aparece firmado por J.S.F.M., que a su vez se corresponde con el firmante de los escritos de OPERA indicados en los Antecedentes Primero y Tercero.

OCTAVO.- Falta de notificación a AZULTEL del requerimiento de información

El requerimiento de información indicado en el apartado III del Antecedente Quinto realizado a AZULTEL no ha podido ser notificado a dicha entidad por correo administrativo, a la dirección de esta sociedad que figura a efectos de notificaciones en el Registro de Operadores de esta Comisión (C/ Peña Gorbea 27, Bajo Locutorio, 28053 Madrid) por haberse ausentado de ésta, ni a la dirección que en relación con esta sociedad figura en el Registro Mercantil (C/ Doctor Esquerdo 33, 1ª Dcha, 28028 Madrid), por resultar esta sociedad desconocida en esta dirección.

NOVENO.- Contestación de TELEFÓNICA al requerimiento de información

Con fecha 21 de diciembre de 2009, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TELEFÓNICA de contestación al requerimiento de información, manifestando lo siguiente:

A) En relación con los AGI y otros documentos contractuales, celebrados por TELEFÓNICA con AZULTEL, LEAST COST y DIALOGA, que regulan los servicios de tránsito a operadores móviles que presta aquélla a éstas:

- El AGI que AZULTEL y TELEFÓNICA suscribieron el 10 de julio de 2007 y comunicaron en la misma fecha a la CMT fue terminado el 12 de agosto de 2009, de conformidad con la Resolución de esta Comisión de 11 de junio de 2009 en el expediente RO 2008/880.
- El AGI que LEAST COST y TELEFÓNICA comunicaron a la CMT el 22 de diciembre de 2005 sigue vigente.
- TELEFÓNICA presta a DIALOGA servicios de tránsito a operadores móviles desde el 21 de mayo de 2009 (fecha de apertura de la interconexión con el operador) “según los precios fijados en la vigente OIR”. Sin embargo, TELEFÓNICA indica que no ha sido posible formalizar un AGI con DIALOGA, remitiéndose a este respecto a un escrito a esta Comisión el 21 de septiembre de 2009.

El escrito al que hace referencia TELEFÓNICA, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión con fecha 25 de septiembre de 2009 en relación con el expediente DT 2009/1405, en el que se señalaba literalmente que:

“... mi representada debe manifestar ante la CMT las dificultades con las que se ha encontrado a la hora de formalizar el Acuerdo General de Interconexión (AGI) con Dialoga. Tras la solicitud de interconexión por parte de Dialoga, mi representada realizó la gestión de toda la documentación asociada a la interconexión, redactando el



correspondiente AGI con fecha del acuerdo de 9 de junio de 2009. El primer envío de documentación se realizó al operador el 26 de junio. Al recibir el AGI, Dialoga firma y sella todo el documento con fecha 21 de mayo, por lo que mi representada rechaza la versión remitida por el operador, ante la diversidad de fechas del acuerdo. Posteriormente, se volvió a editar la documentación con la fecha del 21 de mayo y se envía a la firma del operador el 28 de julio de 2009, sin que a fecha de hoy y a pesar de haber sido reiterada la petición mediante correo electrónico de 28 de agosto, mi representada haya recibido la documentación requerida ni respuesta de Dialoga.”

- TELEFÓNICA afirma que no existen otros documentos contractuales (distintos de los AGIs) con AZULTEL, DIALOGA y LEAST COST en relación con los servicios de tránsito a operadores móviles.

B) Descuentos

- En relación con operadores terceros (distintos de AZULTEL, DIALOGA y LEAST COST), TELEFÓNICA señala que sí existen acuerdos que establecen descuentos para los servicios de tránsito a operadores móviles, *“pero no un modelo unificado de descuentos aplicables de modo generalizado, sino que se puede llegar a acuerdos puntuales caso por caso según las circunstancias de los operadores, siempre con respeto, en el marco de la libertad de negociación de las partes, del principio de no discriminación ante circunstancias idénticas”*. El descuento es *“el resultado de una negociación entre las partes al amparo de la regulación vigente”*.
- TELEFÓNICA no aporta los acuerdos cuya existencia reconoce, a pesar de haber sido expresamente requerida para ello el 26 de noviembre de 2009.

C) APCs e importes

- TELEFÓNICA aporta (i) los APCs correspondientes al período requerido relativos a los operadores AZULTEL, DIALOGA y LEAST COST y un resumen de los mismos en una tabla Excel y (ii) una tabla en relación con los importes consolidados facturados, salvo en relación con DIALOGA que, según alega TELEFÓNICA, no le ha entregado llamadas en tránsito a móviles.

DÉCIMO.- Traslado de alegaciones y documentación y requerimiento de información a OPERA

Mediante escrito de esta Comisión de 11 de enero de 2010, se procedió a dar traslado a OPERA de las alegaciones y documentación aportadas por LEAST COST, DIALOGA y TELEFÓNICA, mencionadas en los Antecedentes Cuarto, Sexto, Séptimo y Noveno, para que en el plazo de diez días pudiera aducir las alegaciones y aportar los documentos u otros elementos de juicio que estimara pertinentes.

Por otro lado, se requirió a OPERA en el escrito citado para que remitiera a esta Comisión la siguiente información: A la vista de que los escritos aportados a este expediente por DIALOGA y OPERA aparecen firmados por el mismo representante, descripción de las relaciones entre ambas sociedades y, en particular, indicación de si ambas sociedades



comparten los mismos socios o administradores, o están controladas por una/s misma/s entidad/es o persona/s.

UNDÉCIMO.- Traslado de alegaciones y documentación, reiteración de requerimiento y requerimiento adicional a TELEFÓNICA

Mediante escrito de esta Comisión de 11 de enero de 2010, se procedió a dar traslado a TELEFÓNICA de las alegaciones y documentación aportadas por OPERA, LEAST COST y DIALOGA -mencionadas en los Antecedentes Tercero, Sexto y Séptimo- para que en el plazo de diez días pudiera aducir las alegaciones y aportar los documentos u otros elementos de juicio que estimara pertinentes.

Por otro lado, por ser necesario para la determinación y conocimiento de las circunstancias concretas del asunto en cuestión y a la vista del contrato aportado por DIALOGA que se ha indicado en el Antecedente Séptimo, se requirió en el citado escrito a TELEFÓNICA para que en el plazo de diez días remitiera a esta Comisión la siguiente información y documentación, al amparo del artículo 78 de la LRJPAC:

A.- Reiteración del requerimiento de información de 26 de noviembre de 2009 en relación con sus preguntas 4 y 7

1. “4) Cualesquiera adendas, enmiendas u otros documentos de carácter contractual que tengan por objeto (único o en parte) los servicios de tránsito a operadores móviles que TESAU presta a Azultel, Least Cost y Dialoga y sus precios; en particular, cualesquiera documentos que tengan la siguiente denominación o denominaciones similares y Azultel, Least Cost o Dialoga hayan suscrito con TESAU: “adendum al AGI para el servicio de tránsito a móviles” o “contrato de tránsito a operadores móviles”. ”¹

2. “7) Proporcionen los acuerdos o contratos que sirvan de base a tales descuentos (en el caso de Azultel, Least Cost o Dialoga, si fueran distintos de los acuerdos o contratos que remitan en respuesta a las preguntas 1 a 4). ”²

B.- Información adicional

3. Confirmación de que el “Contrato de tránsito a operadores móviles entre Telefónica de España, S.A.U. y Dialoga Servicios Interactivos, S.L.” de fecha 9 de junio de 2009 se encuentra vigente. Si no fuera el caso, indicación de los motivos por los que no estaría vigente.

4. Acuerdos o contratos que haya celebrado Telefónica de España, S.A.U. con cualquier otro operador y que (tal y como hace la cláusula 2 del “Contrato de tránsito a operadores móviles entre Telefónica de España, S.A.U. y Dialoga Servicios

¹ Esta pregunta se refiere a documentos contractuales distintos de los AGIS -objeto de las preguntas 1 a 3 del requerimiento de 26 de noviembre de 2009- entre TESAU (Telefónica de España, S.A.U.), Azultel (Azultel España, S.L.), Least Cost (Least Cost Routing Telecom, S.L.) y Dialoga (Dialoga Servicios Interactivos, S.L.).

² “Tales descuentos” se refiere, de conformidad con las preguntas 5 y 6 del requerimiento de 26 de noviembre de 2009, a cualquier descuento aplicado o vinculado por Telefónica de España, S.A.U. a los servicios de tránsito a operadores móviles que preste a cualquier operador (Azultel España, S.L., Least Cost Routing Telecom, S.L., Dialoga Servicios Interactivos, S.L. o cualesquiera otros operadores). Estos descuentos se mencionan en los escritos de Telefónica de España, S.A.U. a esta Comisión de 11 de noviembre de 2009 (apartado i de la Alegación Primera) y 21 de diciembre de 2009 (Apartado Segundo).



Interactivos, S.L.” de fecha 9 de junio de 2009) prevean, para los servicios de tránsito a operadores móviles, precios inferiores a 0,004680 €/min para horario normal y 0,002820 €/min. para horario reducido, más el precio de la terminación fijo-móvil en el horario correspondiente (esto es, precios para servicios de tránsito a operadores móviles inferiores a los establecidos en la Oferta de Interconexión de Referencia).

5. *Circunstancias objetivas que expliquen que, en su caso, el precio y descuento ofrecidos en el “Contrato de tránsito a operadores móviles entre Telefónica de España, S.A.U. y Dialoga Servicios Interactivos, S.L.” de fecha 9 de junio de 2009 o los precios y descuentos indicados en los contratos que, en su caso, aporten en respuesta a las preguntas 1, 2 y 4 no resulten trasladables a Operadora de Telecomunicaciones Opera, S.L. o un operador de sus características.”*

DUODÉCIMO.- Contestación de TELEFÓNICA al requerimiento de información y solicitud de confidencialidad

Con fecha 3 de febrero de 2010, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TELEFÓNICA, de la misma fecha, por el que viene a dar respuesta al requerimiento de información indicado en el Antecedente Quinto, en la forma siguiente:

A) En relación con la reiteración de las preguntas 4 y 7 del requerimiento de información de 26 de noviembre de 2009:

- TELEFÓNICA confirma la información que indicó en su escrito de 21 de diciembre en relación con AZULTEL, así como la indicada por LEAST COST en el escrito de ésta de 9 de diciembre (sin perjuicio de lo que se indica a continuación en relación con LEAST COST).
- En relación con DIALOGA, TELEFÓNICA califica el acuerdo aportado por aquella como *“presunto acuerdo”*, pues no lo considera vigente ni ha sido aplicado en ningún momento; tampoco ha sido instada su aplicación por parte de DIALOGA, ya que nunca fue remitido de vuelta a TELEFÓNICA.
- Señala que *“Telefónica de España y al igual que en el caso de LCR, en la contestación al requerimiento de información del pasado mes de diciembre no remitió dicho documento ya que por las razones que se indicarán más adelante entiende que dicho documento no se encuentra vigente ni es aplicable”*.

No queda del todo claro a qué se refiere TELEFÓNICA con *“al igual que en el caso de LCR”*, pues con anterioridad había alegado que *“TESAU no aplica descuentos a los servicios de tránsito a operadores móviles que presta a LCR, estando vigente entre las partes... el AGI suscrito entre ambas partes con fecha de 22 de enero de 2005”*.

La existencia de un acuerdo con LEAST COST parece deducirse también del siguiente párrafo del escrito de TELEFÓNICA en el que ésta indica que *“ninguno de los acuerdos mencionados se están aplicando”* (por tanto, no sólo hace referencia al Contrato Dialoga sino también a un contrato con LEAST COST).

De lo anterior parece desprenderse que TELEFÓNICA también firmó con LEAST COST un contrato para servicios de tránsito a operadores móviles con precios



inferiores a los establecidos en la OIR, que no remitió a esta Comisión por no considerarlo vigente. No obstante, este contrato no fue mencionado por LEAST COST en su escrito de 9 de diciembre de 2009.

- La falta de aplicación del Contrato Dialoga y, por lo tanto, también del contrato con LCR, se deduciría, según alega TELEFÓNICA, de las APCs remitidas por ella en contestación al requerimiento de 26 de noviembre de 2009. Sin embargo, las APCs remitidas no están firmadas y en ellas no aparece tráfico cursado.

Dialoga ha manifestado en su escrito de 16 de diciembre de 2009 que no ha llegado a un acuerdo con Telefónica para consolidar.

- En relación con los contratos con cualesquiera operadores que prevean descuentos aplicados o vinculados por TELEFÓNICA a los servicios de tránsito a operadores móviles, ésta se remite a sus respuestas en relación con AZULTEL, DIALOGA y LEAST COST, sin aportar documento alguno relativo a otros operadores.

No obstante y tal y como se verá en el apartado B siguiente, TELEFÓNICA aporta, junto a su escrito de alegaciones de 3 de febrero, en respuesta al requerimiento de información adicional, unos contratos con terceros que prevén descuentos para los servicios de tránsito a operadores móviles. Estos contratos estaban claramente cubiertos por el requerimiento de información de 26 de noviembre de 2009, reiterado el 11 de enero de 2010.

B) Información adicional

- A la pregunta de si el Contrato Dialoga se encuentra vigente y, en el caso de que no lo estuviera, los motivos correspondientes, TELEFÓNICA responde que el Contrato *“fue remitido a Dialoga, por error, junto con la totalidad de la documentación relativa al Acuerdo General de Interconexión”*. TELEFÓNICA no aporta explicaciones más detalladas en relación con el supuesto error. Por otro lado, TELEFÓNICA indica que el Contrato Dialoga no ha sido firmado y devuelto por DIALOGA, ni ha sido aplicado en ningún momento.
- En contestación al requerimiento para aportar los contratos con cualesquiera operadores que prevean precios para los servicios de tránsito a móviles inferiores a los establecidos en la OIR, TELEFÓNICA adjunta contratos con diez operadores cuyas características principales se resumen en los Fundamentos de Derecho de la presente Resolución.
- En relación con las circunstancias objetivas que justifican que los precios previstos en los contratos aportados por TELEFÓNICA no sean aplicables a OPERA, TELEFÓNICA indica que: (i) los operadores del mismo tamaño que OPERA tienen las mismas condiciones, siendo éstas las recogidas en la OIR, (ii) los descuentos sobre el precio OIR acordados con otros operadores *“han estado supeditados al cumplimiento de unos criterios objetivos y no discriminatorios”* y *“en este sentido, cualquier negociación comercial exige que previamente el operador acredite, en el último año, un volumen de al menos 4,5 millones de*



minutos en el servicio de tránsito y manifieste su voluntad de negociar condiciones distintas a las de la OIR”.

- De acuerdo con TELEFÓNICA, los descuentos pactados *“atienden a las eficiencias que estas situaciones particulares le generan a TELEFÓNICA y que traslada bajo la forma de descuento”*. Sin embargo, TELEFÓNICA no explica ni cuantifica estas eficiencias en su escrito.

C) Consideraciones sobre el mercado de los servicios de tránsito

TELEFÓNICA califica el mercado de los servicios de tránsito de *“muy competitivo”* por una serie de motivos que describe, recordando, asimismo, que la Resolución de revisión del antiguo mercado 10³ acordó levantar las obligaciones impuestas a TELEFÓNICA en el mismo.

D) Declaración de confidencialidad

En su escrito de fecha 3 de febrero de 2010, TELEFÓNICA solicita mediante otrosí la declaración de confidencialidad de los siguientes datos y documentos, por afectar al secreto comercial e industrial:

- La identidad (denominación) de los operadores que han suscrito con Telefónica los diez contratos que ésta adjunta como Documento 1 a su escrito de 3 de febrero de 2010 (página 4 de tal escrito);
- El volumen mínimo de tráfico exigido por Telefónica para iniciar una *“negociación comercial”* en materia de servicios de tránsito a operadores móviles (página 4 del escrito de 3 de febrero de 2010);
- La proporción que el coste del tránsito por la red de Telefónica supone respecto del coste global del servicio de tránsito a móvil, incluida la terminación fijo móvil (página 5 del escrito de 3 de febrero de 2010); y
- Los documentos de carácter contractual adjuntos al escrito de 3 de febrero de 2010 (otrosí, página 6 del escrito de 3 de febrero de 2010).

DECIMOTERCERO.- Ampliación del plazo para resolver

Mediante escrito de esta Comisión de 8 de febrero de 2010 se acordó, conforme a lo previsto en el artículo 42.6 de la LRJPAC y debido a la complejidad del procedimiento (y, en particular, la necesidad de obtener la información precisa para la determinación y conocimiento de las circunstancias concretas del asunto en cuestión, que ha exigido varios

³ Resolución de 1 de octubre de 2009 por la que se aprueba la revisión del mercado de los servicios de tránsito en la red pública de telefonía fija, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea. En la misma, el Consejo de esta Comisión acordó *“[S]uprimir las obligaciones actualmente aplicables a Telefónica de España, S.A.U. en virtud de la Resolución de esta Comisión, de 29 de junio de 2006, por la que se aprueba la definición del mercado de los servicios de tránsito en la red pública de telefonía fija, el análisis del mismo, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, una vez transcurrido un plazo de 6 meses a partir de la publicación de la Resolución en el Boletín Oficial del Estado”*.



requerimientos a las partes del conflicto y terceros operadores), la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación del presente conflicto en cuatro meses (que se computarán a partir de la fecha en que habría de concluir el plazo ordinario, esto es, a partir del día 8 de febrero de 2010).

DECIMOCUARTO.- Contestación de OPERA al requerimiento de información

Mediante escrito de fecha 23 de febrero de 2010, OPERA contesta al requerimiento de información de esta Comisión de 11 de enero de 2010 (relativo a la relación societaria entre DIALOGA y OPERA –véase Antecedente Décimo-) indicando que DIALOGA y OPERA no comparten los mismos socios ni están controladas por una/s misma/s entidad/es o persona/s y que el ordenamiento “*establece claramente la personalidad jurídica de las empresas como ente independiente de los socios*”.

De esta manera, OPERA no explica las circunstancias que motivan que los escritos de OPERA y DIALOGA aportados a este expediente figuren firmados por la misma persona. Tampoco identifica socios o administradores comunes a ambas empresas, únicamente, parece afirmar que los socios de ambas empresas no son enteramente coincidentes.

Consultada la página web del Registro Mercantil Central en fecha 16 de marzo de 2010, se ha constatado que tanto OPERA como DIALOGA tienen a D. Jorge Santiago Fernández Murillo como administrador único.

DECIMOQUINTO.- Declaración de confidencialidad

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de 25 de febrero de 2010 se acordó, previa solicitud de TELEFÓNICA de 3 de febrero de 2010, declarar el carácter confidencial de los siguientes datos:

La proporción que el coste del tránsito por la red de TELÉFONICA supone respecto del coste global del servicio de tránsito a móvil, incluida la terminación fijo móvil (página 5 del escrito de 3 de febrero de 2010),

El acuerdo comercial de 1 de agosto de 2009 entre Cableuropa, S.A.U. y TELEFÓNICA, en su integridad,

Las cláusulas 1 y 2, y anexos 1 y 2, del acuerdo entre Uni2 Telecomunicaciones, S.A. y TELEFÓNICA, y

Los apartados correspondientes a servicios de capacidad portadora y *carrier* internacional de la cláusula 2 del acuerdo entre Xtra Telecom, S.A. y TELEFÓNICA de 1 de septiembre de 2007, rechazando la solicitud de confidencialidad efectuada por TELEFÓNICA en su escrito de 3 de febrero de 2010 en todo el resto.

DECIMOSEXTO.- Traslado de alegaciones y documentación

Mediante escrito de esta Comisión de 4 de marzo de 2010, se procedió a dar traslado a OPERA de las alegaciones y documentación aportadas por TELEFÓNICA, mencionadas en el Antecedente Duodécimo, para que en el plazo de diez días pudiera aducir las alegaciones y aportar los documentos u otros elementos de juicio que estimara pertinentes, sin que Opera realizara más alegaciones en la tramitación de este procedimiento.



DECIMOSÉPTIMO.- Informe de Audiencia de los Servicios de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

Con fecha 14 de abril de 2010, los Servicios de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones emitieron Informe de audiencia en el presente procedimiento, siéndole el mismo notificado a las partes los días 25 y 26 de abril de 2010, respectivamente, procediéndose a darles trámite de audiencia y en el que se proponía lo siguiente:

***“Primero.-** Declarar que, en el conflicto de interconexión planteado entre OPERADORA DE TELECOMUNICACIONES OPERA, S.L. y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. ha quedado acreditado que TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. ha estado aplicando a OPERADORA DE TELECOMUNICACIONES OPERA, S.L. precios superiores a los aplicados a operadores terceros, en materia de servicios de tránsito a operadores móviles, sin que TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. haya justificado satisfactoriamente la mencionada diferenciación.*

***Segundo.-** Ordenar a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. que devuelva a OPERADORA DE TELECOMUNICACIONES OPERA, S.L. la diferencia entre los importes que haya recibido de ésta por los servicios de tránsito a operadores móviles que le preste hasta el 15 de abril de 2010 y los importes que hubieran resultado de la aplicación de las condiciones económicas más beneficiosas que, para tales servicios, se indican en el apartado 1 del Fundamento de Derecho Décimo.*

***Tercero.-** Iniciar un procedimiento sancionador en relación con el eventual incumplimiento por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. de sus obligaciones de no discriminación y transparencia en el mercado de los servicios de tránsito (antiguo mercado 10), que podrían tipificarse como infracción muy grave de conformidad con el apartado (r) del artículo 53 de la LGTel”.*

DECIMOCTAVO.- Con fecha 13 de mayo de 2010, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de TELEFÓNICA al mencionado Informe de Audiencia. Las mismas son tratadas en el cuerpo de la presente Resolución.

DECIMONOVENO.- Segunda declaración de confidencialidad

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 3 de junio de 2010 se acordó, por las razones expuestas en tal escrito y en respuesta a la solicitud de confidencialidad de TELEFÓNICA efectuada en su escrito de 13 de mayo de 2010 –escrito de alegaciones al Informe de Audiencia de los Servicios-, declarar el carácter confidencial de la información identificada como tal por dicha entidad al tratarse de información relativa al volumen de tráfico cursado por varios operadores durante el año 2009 y sobre el precio medio/ minuto que TELEFÓNICA les aplica por la prestación de servicios de tránsito a operadores móviles.

VIGÉSIMO.- Requerimiento de información a varios operadores

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 78 de la LRJPAC, por ser necesario para la determinación y conocimiento de las circunstancias concretas del asunto en cuestión, mediante sendos escritos de esta Comisión de fecha 3 de junio de 2010, se requiere a los



siguientes operadores XTRA TELECOM, S.A., ORANGE CATALUNYA XARXA DE TELECOMUNICACIONES, S.A., EUSKALTEL, S.A., GRUPALIA INTERNET, S.A., MCI WORLDCOM, S.A., CABLEEUROPA, S.A., PROCONO, S.A., R CABLE, SYSTEM WORLD COMMUNICATION IBERIA, S.A., FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A., de forma individual, la siguiente información:

- 1) Confirmación de si TESAU, en virtud del Acuerdo General de Interconexión (AGI) suscrito entre las partes o de cualquier adenda o enmienda vigente, le aplica el precio señalado⁴ euros/minuto a los servicios de tránsito prestados.
- 2) Confirmación de si el volumen de tráfico cursado durante el año 2009 ha sido el indicado en el requerimiento en minutos/anuales.
- 3) *“En el caso de que las respuestas a las cuestiones anteriores fueran negativas, indique el precio/minuto que TESAU le aplica por la prestación del servicio de tránsito a operadores móviles y el volumen de tráfico cursado durante el año 2009, con aportación de copia de las Actas de Consolidación acordadas con TESAU. En su caso, proporcione el acuerdo o contrato que regule dichas cuestiones”.*

Dicho requerimiento de información ha sido contestado por GRUPALIA INTERNET, S.A. -en fecha 17 de junio de 2010-, FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. -en fecha 24 de junio de 2010-, CABLEEUROPA, S.A. -en fecha 25 de junio de 2010-, EUSKALTEL, S.A. -en fecha 29 de junio de 2010-, ORANGE CATALUNYA XARXA DE TELECOMUNICACIONES, S.A. -en fecha 30 de junio de 2010-, R CABLE DE TELCOMUNICACIONES DE GALICIA, S.A. -en sendas fechas 1 y 15 de julio de 2010-, XTRA TELECOM, S.L. -en fecha 12 de julio de 2010-, y MCI WORLDCOM, S.A. (VERIZON SPAIN, S.L.)-en fecha 13 de julio de 2010-.

Cada operador -de forma individual- ha confirmado los datos aportados por TELEFÓNICA en su escrito de alegaciones al Informe de Audiencia de los Servicios de esta Comisión, sobre el volumen de tráfico cursado durante el año 2009 y el precio medio/minuto que dicho operador les aplica por la prestación de servicios de tránsito a operadores móviles, a excepción de System World Communication Iberia y Procono que no han contestado al requerimiento. Únicamente especificar que Grupalia, Orange Catalunya y R Cable señalan minutos de tráfico que varían ligeramente respecto a los señalados por Telefónica: los dos primeros, en una cantidad superior y el último, en cantidad inferior.

A los anteriores antecedentes de hecho resultan de aplicación los siguientes

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

⁴ Precio señalado en sendos requerimientos y que coinciden con los señalados por TELEFÓNICA en su escrito de 13 de mayo de 2010.



PRIMERO.- OBJETO DEL PROCEDIMIENTO

El objeto del procedimiento es la resolución del conflicto de interconexión planteado por OPERA contra TELEFÓNICA por el supuesto incumplimiento por parte de esta última de sus obligaciones de no discriminación y de transparencia, así como de las Resoluciones de esta Comisión relativas a la OIR, en relación con los servicios de tránsito a operadores móviles que TELEFÓNICA presta a OPERA.

En este sentido, la presente Resolución se pronunciará sobre la existencia y naturaleza del incumplimiento de TELEFÓNICA y, en su caso, sobre las pretensiones de OPERA en relación con este eventual incumplimiento, incluida la posible devolución por TELEFÓNICA a OPERA de determinadas cantidades y la iniciación de un procedimiento sancionador.

SEGUNDO.- COMPETENCIA DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El artículo 48.2 de la LGTel determina cuál es el objeto que tiene este organismo público 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.” (subrayado añadido)

En relación con este objeto, y en lo que afecta a las materias de telecomunicaciones reguladas en la LGTel, el artículo 48.3.d) de la misma atribuye a la CMT 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. (...)” (subrayado añadido)

Asimismo, el Capítulo III del Título II de la LGTel regula el *Acceso a las redes y recursos asociados e interconexión*, señalando el artículo 11.4 que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las relaciones entre operadores *“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”*.

A tal efecto, el artículo 14 de la LGT señala que *“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.”

En el mismo sentido, el artículo 23 (*competencias en materia de acceso e interconexión y condiciones aplicables*) del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre (en adelante, Reglamento de Mercados), dispone, en la letra a) de su apartado 3, que *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá atribuidas las competencias siguientes: Podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado”*.

En conclusión, esta Comisión resulta competente para conocer del presente conflicto instado por OPERA, en la medida en que el mismo se refiere a incidencias surgidas en materia de interconexión, en concreto en relación con los servicios de tránsito a operadores móviles ofrecidos por TELEFÓNICA a OPERA. Determinada la competencia de esta Comisión para intervenir en el conflicto planteado, los Fundamentos de Derecho desarrollarán el alcance concreto de la potestad de intervención de esta Comisión en el mismo.

TERCERO.- SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ACUERDOS DE INTERCONEXIÓN Y LA INTERVENCIÓN DE ESTA COMISIÓN SOBRE ÉSTOS

Tal y como esta Comisión ha manifestado en reiteradas ocasiones el acuerdo de interconexión (como el que regula la prestación de los servicios de tránsito a operadores móviles por TELEFÓNICA a OPERA) es un contrato privado, en concreto un contrato de arrendamiento de servicios, regulado en el artículo 1544 del Código Civil. Sin embargo, la libertad contractual que rige en las relaciones entre los operadores que formalizan este tipo de contratos tiene como límite la potestad de esta Comisión de intervenir administrativamente en dicha relación contractual.

Esta habilitación competencial se justifica en la necesaria protección de determinados intereses públicos (por ejemplo, el fomento de la competencia) y, en particular, permite a esta Comisión intervenir en todos aquellos aspectos necesarios para garantizar el eficaz cumplimiento de los acuerdos de interconexión con el objeto de preservar las condiciones competitivas en los diferentes mercados.

Así lo ha reconocido la Audiencia Nacional entre otras, en su sentencia de 19 de mayo de 2005⁵, al hacer referencia a los acuerdos de interconexión, señalando lo siguiente:

“Precisamente es la intervención administrativa en sus diversas formas la que dificulta la calificación jurídica del denominado en la Ley acuerdo de interconexión, acuerdo del que puede afirmarse que tiene una indudable naturaleza contractual, aunque sometido a unos importantes poderes de intervención por parte de la Administración, de los que es titular en nuestro Ordenamiento Jurídico la CMT. Puede incluso afirmarse que las

⁵ Recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de esta Comisión de 27 de junio de 2002, por la que se resuelve el recurso potestativo de reposición interpuesto por BT IGNITE ESPAÑA, S.A.U. contra la resolución de esta Comisión de 13 de septiembre de 2001, sobre la solicitud de intervención de BT TELECOMUNICACIONES, S.A., con relación al conflicto suscitado en la negociación de la interconexión de su red con la red de TELEFÓNICA (expediente AJ 2001/5526).



prerrogativas de la Administración en relación con estos contratos, en principio de naturaleza privada, son superiores a las que ostenta en los contratos administrativos”.

Consecuencia de ello es lo estipulado en el propio contrato tipo anexo a la OIR, en el que, al determinar los criterios de resolución de conflictos entre las partes del acuerdo, se establece en la cláusula tipo 9.6 que *“En todo caso, las partes podrán acudir directamente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para la resolución de la controversia, sin necesidad de someterse al procedimiento previsto en esta Cláusula”*. Esta previsión aparece recogida en estos mismos términos en el acuerdo de interconexión firmado entre TELEFÓNICA y OPERA el 7 de octubre de 2004.

No obstante, esta Comisión es consciente de que existen determinados límites a la intervención administrativa en las relaciones jurídicas entre los operadores basadas en los principios de autonomía de la voluntad y de mínima intervención, entre otros. Así, la potestad de control que ostenta la Comisión se circunscribe a todos aquellos supuestos en los que concurran intereses públicos que deban ser tutelados por ésta.

En este sentido, la Audiencia Nacional en su Sentencia de 27 de diciembre de 2005⁶ afirma respecto de los acuerdos de interconexión que *“es adecuado puntualizar que sólo en aquellos aspectos de dichos acuerdos que afecten a principios de trascendencia jurídica pública puede intervenir el Organismo regulador, quedando fuera de su ámbito las cuestiones jurídico privadas que sean ajenas a tales principios”*.

En este contexto, cabe señalar que el fomento de la competencia y la salvaguardia del principio de transparencia o del principio de no discriminación entre operadores son intereses que poseen un indudable carácter público. Por tanto, la defensa de estos intereses legitima plenamente la intervención de esta Comisión en el caso presente.

CUARTO.- LA OBLIGACIÓN DE NO DISCRIMINACIÓN

La obligación de no discriminación es, en el marco comunitario y nacional, una herramienta clave para la garantía de una competencia efectiva. De forma que dicha obligación informa todo el conjunto de obligaciones que las ANR pueden imponer a los operadores con peso significativo de mercado y que, de algún modo, constituyen una herramienta de aseguramiento de la no discriminación.

1.- Derecho comunitario

En este sentido, 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, la “Directiva de Acceso”) establece en su Considerando (17) que *“[e]l principio de no discriminación garantiza que las empresas con un peso significativo en el mercado no falseen la competencia, en particular, cuando se trata de empresas integradas verticalmente que prestan servicios a empresas con las que compiten en mercados descendentes”*.

⁶ Recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de esta Comisión de 23 de Octubre de 2003, que resuelve el conflicto planteado por la entidad INTERMAIL TELEMATIC SERVICES, S.L. contra TELEFÓNICA por presuntas prácticas discriminatorias en materia de precios aplicados al servicio de terminación de tráfico de voz internacional (expediente RO 2003/844).



Por su parte, los Considerandos (16) y (18) de la Directiva de Acceso introducen otras obligaciones, como la transparencia y la separación de cuentas, poniéndolas al servicio de la efectividad de la obligación de no discriminación. Así, y en cuanto a la primera, reza el Considerando citado que la misma permite *“generar confianza en los agentes del mercado en cuanto a la prestación no discriminatoria de los servicios”* y, por su parte, el Considerando (18) al establecer la necesidad de prever obligaciones de separación de cuentas, de nuevo lo justifica en el control de la no discriminación, al indicar que la misma *“habilita a las autoridades nacionales de reglamentación a comprobar, cuando proceda, el cumplimiento de las obligaciones de no discriminación”*.

Los Considerandos citados se han traducido en sus respectivos artículos en la Directiva Acceso. Así, mientras el artículo 10.2 señala que *“[L]as obligaciones de no discriminación garantizarán, en particular, que el operador aplique condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a otras empresas que presten servicios equivalentes y proporcione a terceros servicios e información de la misma calidad que los que proporcione para sus propios servicios o los de sus filiales o asociados y en las mismas condiciones”*, los artículos 9 y 11 prevén las obligaciones de transparencia y separación contable al servicio, entre otras, de la garantía de no discriminación.

En este sentido, la Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones (98/C 265/02) señala que *“el prestador de acceso dominante no podrá discriminar entre las partes participantes en los distintos acuerdos de acceso, cuando tal discriminación restrinja la competencia [...] Esta discriminación podría concretarse en la imposición de condiciones diferentes, incluida la aplicación de tarifas diferentes, o cualquier otra diferenciación entre acuerdos de acceso, salvo en el caso de que tal discriminación esté justificada objetivamente, como por ejemplo, cuando se base en consideraciones de costes o de carácter técnico o en el hecho de que los usuarios operen a niveles diferentes”*.

De ello se desprende que la obligación de no discriminación afecta a las condiciones económicas y técnicas bajo las que se presta el servicio. Dentro de las primeras, el precio aplicado a los diferentes demandantes constituye la variable a tomar en consideración en el presente conflicto.

2.- Normativa nacional

Las disposiciones de la Directiva de Acceso citadas han sido incorporadas en los mismos términos por la normativa nacional. El principio de no discriminación es esencial en el marco regulador de las telecomunicaciones establecido por la LGTel y en su normativa de desarrollo (Reglamento de Mercados).

En este sentido, tal como dispone el artículo 13.1.b) de la LGTel, la obligación de no discriminación garantiza que *“el operador aplique condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a otras empresas que presten servicios equivalentes y proporcione a terceros, servicios e información de la misma calidad que los que proporcione para sus propios servicios o los de sus filiales o asociados y en las mismas condiciones”*. Dicho precepto, en sus apartados a) y c), recoge las obligaciones de transparencia y separación de cuentas, al igual que en los textos comunitarios, como obligaciones al servicio de la obligación de no discriminación.



Asimismo, el artículo 8 del Reglamento de Mercados establece lo siguiente:

“Los operadores que hayan sido declarados con poder significativo en un mercado al por mayor, en particular, podrán estar sujetos a la obligación de que apliquen condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a los operadores que presten servicios equivalentes, y proporcionen a terceros servicios e información de la misma calidad que los que proporcionen para sus propios servicios o los de sus filiales o asociados y en las mismas condiciones, en particular, las relativas a:

- a) *La calidad de los servicios.*
- b) *Los plazos de entrega.*
- c) *Las condiciones de suministro.”*

3.- Las Resoluciones sobre el Antiguo Mercado 10

En este contexto, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones impuso a TESAU, como operador con poder significativo de mercado en el antiguo Mercado 10, entre otras, la obligación de no discriminación. En este sentido, el Anexo 1 de la Resolución de esta Comisión de 29 de junio de 2006, por la que se aprobó la definición del mercado de los servicios de tránsito en la red pública de telefonía fija, el análisis del mismo, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la propuesta de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea (en adelante, la “*Resolución del Antiguo Mercado 10*”) impuso a TELEFÓNICA la siguiente obligación:

“d) Obligación de no discriminación en las condiciones de acceso (arts. 13.1 b) de la LGTel y 8 del Reglamento de Mercados; art. 10 de la Directiva de Acceso)”

Pieza fundamental para el aseguramiento de la efectividad de esta obligación es el deber impuesto a TESAU de publicar una oferta de interconexión de referencia (OIR), la cual se configura como instrumento básico para el ejercicio por los terceros de su derecho de interconexión no discriminatorio a los recursos de TESAU, de conformidad con los plazos y condiciones establecidos en dicha oferta.

En este sentido, la Resolución del Antiguo Mercado 10 indica que la obligación de no discriminación se concreta “*en la aplicación de todas las previsiones contenidas en la actual oferta mayorista de tránsito recogida en la Oferta de Interconexión de Referencia aprobada mediante Resolución de la CMT de 23 de noviembre de 2005.*”

Y añade que TELEFÓNICA habrá de comunicar a esta Comisión los acuerdos de interconexión que suscriba con cualquier operador:

“Por otra parte, y a los efectos de controlar el cumplimiento de esta obligación, los acuerdos de interconexión que suscriba TESAU con el resto de operadores, con sus filiales y con otras empresas del grupo de TESAU, deberán ser remitidos a la CMT en el plazo de 10 días desde su formalización.”

Por otro lado, la Resolución del Antiguo Mercado 10 imponía asimismo a TELEFÓNICA obligaciones de transparencia con el contenido siguiente:



“TESAU está obligada a la publicación de una Oferta de Referencia para la prestación de los servicios de tránsito suficientemente desglosada para garantizar que no se exija pagar por recursos que no sean necesarios para el servicio requerido (arts. 13.1 a) de la LGTel y 7 del Reglamento de Mercados; art. 9 de la Directiva de Acceso).

Esta oferta de referencia deberá incluir, como mínimo, los siguientes elementos tal y como se encuentran definidos actualmente: (...)

- Las condiciones económicas, incluyendo los precios aplicables a cada una de las componentes de la oferta. (...)

En todo caso, TESAU deberá mantener actualizada la oferta de referencia al menos con una periodicidad mínima anual, y en el caso de proceder a su modificación, el plazo a partir del cual esta modificación se considerará efectiva será el de cuatro meses desde su publicación, salvo que se señale un plazo diferente por esta Comisión...”

En definitiva, las obligaciones en materia de no discriminación y transparencia se configuraron como medidas necesarias para el adecuado desarrollo del mercado de los servicios de tránsito.

Con fecha 1 de octubre de 2009, el Consejo de esta Comisión aprobó la Resolución por la que se aprueba la revisión del mercado de los servicios de tránsito en la red pública de telefonía fija, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea (en adelante, la “Resolución de Revisión del Antiguo Mercado 10”).

La citada Resolución considera que el mercado de los servicios de tránsito en la red pública de telefonía fija no constituye en la actualidad un mercado cuyas características justifiquen la imposición de obligaciones específicas y no es, por tanto, susceptible de regulación *ex ante*, de conformidad con lo dispuesto en la Directiva Marco y en el artículo 10 de la Ley General de Telecomunicaciones.

En virtud de lo anterior, la Resolución de Revisión del Antiguo Mercado 10 resuelve suprimir las obligaciones aplicables a TELEFÓNICA en tal mercado, una vez transcurrido un plazo de 6 meses a partir de la publicación de dicha Resolución en el Boletín Oficial del Estado (que tuvo lugar el 15 de octubre de 2009). Por ello, las obligaciones de no discriminación y transparencia que se han descrito han permanecido en vigor hasta el 15 de abril de 2010.

4.- La práctica decisoria de esta Comisión en la materia

No es la primera vez que esta Comisión se pronuncia sobre la obligación de no discriminación e incluso sanciona a TELEFÓNICA o a empresas de su grupo por su incumplimiento. En este sentido, la Resolución de esta Comisión de 19 de septiembre de 2002⁷ destacaba los potenciales efectos anticompetitivos de la discriminación:

⁷ Resolución con respecto a las circunstancias en que se ha desarrollado la “Oferta de servicios de telecomunicaciones públicas para locutorios” de TELEFÓNICA TELECOMUNICACIONES PÚBLICAS (expediente OM 2002/6634).



“TESAU viene ofreciendo distintas condiciones a sus revendedores autorizados, entre los que se incluye su filial TTP, y el resto de revendedores de servicios de telefonía y locutorios.

La diferencia de trato (...) se extiende a las condiciones mismas en que el acceso es prestado (...) en la medida en que las tarifas aplicadas son distintas (...)

La discriminación sin justificación objetiva debe ser igualmente rechazada por contraria a los principios más elementales de la libre competencia. A ello se suma el que la discriminación a favor de los revendedores autorizados realizada a través de las negativas de líneas u otros servicios de tramitación y las suspensiones o interrupciones del servicio, podría suponer un incumplimiento de la normativa sectorial de telecomunicaciones aplicable en materia de accesos, tal y como se analiza en el apartado III.2 de estos Fundamentos de Derecho.

Del mismo modo, y si bien el precio discriminatorio establecido por TESAU tiene unos efectos anticompetitivos claros y constituiría un abuso de su posición de dominio, tal y como señala la doctrina del TJCE y reiteran, con respecto a la actuación de empresas con posición de dominio en mercados de telecomunicaciones, por ejemplo, las Directrices para la aplicación de las normas comunitarias sobre competencia en el sector de las telecomunicaciones (91/C 233/02) de la Comisión (en lo sucesivo, las Directrices sobre competencia) así como la ya citada Comunicación de acuerdos de acceso, la mencionada discriminación en precios podría suponer, además, un incumplimiento por TESAU del régimen de regulación de precios vigente para su servicio telefónico fijo disponible al público al que debe ponerse fin de inmediato mediante la Resolución definitiva de este procedimiento, motivo éste por el que se trata en el apartado III.2 de estos Fundamentos de Derecho.” [Fundamento III.1.Tercero, C)]

Del mismo modo, la Resolución de esta Comisión de 5 de octubre de 2006⁸ señalaba que *“la prestación de dicho servicio (servicio de interconexión de acceso) en condiciones diferentes impone una desventaja competitiva a Comunitel frente a Telefónica. Únicamente esta discriminación estaría justificada, si tal y como señala la Comunicación de Acceso, estuviera basada en causas objetivas, como pueden ser diferencias en costes y/o en aspectos técnicos”*. Y continúa la Resolución: *“acreditado un trato desigual ante circunstancias análogas —cobro transitorio de un precio de acceso distinto por el mismo servicio de acceso— compete al operador respecto del que se reprocha la discriminación, la prueba definitiva”*.

En relación con los hechos objeto de este expediente, debe destacarse lo siguiente sobre el contenido de la obligación de no discriminación:

(i) Esta obligación tiene un contenido concreto, que no se agota en el cumplimiento de las ofertas de referencia como la OIR, tal y como ha señalado esta Comisión en múltiples ocasiones. En este sentido, la Resolución de 6 de noviembre de 2008 indica que:

“... el cumplimiento de la obligación de no discriminación en modo alguno puede entenderse condicionado, y mucho menos limitado, por las herramientas concebidas,

⁸ RO 2004/1278, Resolución del conflicto de interconexión entre Retevisión Móvil, S.A. y Comunitel Global, S.A. sobre los precios de interconexión de acceso a los servicios 900.



precisamente, para servir su efectividad, como es el caso de la OBA. La OBA no puede constituirse en un límite a la obligación incondicionada de no discriminación.”⁹

(ii) La obligación de no discriminación no impide a TELEFÓNICA fijar precios inferiores a los indicados en la OIR para los servicios de tránsito, pero sí hacerlo en condiciones discriminatorias.

En este sentido, la Resolución de 30 de octubre de 2002¹⁰ afirmaba que *“las partes que celebran un Acuerdo de Interconexión pueden libremente pactar condiciones diferentes a las establecidas en la OIR, siempre y cuando su contenido no ampare prácticas anticompetitivas (bien por sus efectos frente a terceros, bien por ser abusivas o discriminatorias)”*.

Es más, en diversas Resoluciones esta Comisión ha señalado¹¹ que restringir la facultad de las partes de negociar precios y condiciones distintas con otros operadores, limita el rango de opciones estratégicas de una empresa y provoca que las empresas tengan respuestas menos agresivas ante cambios en el mercado; los operadores perderían su incentivo a ofrecer condiciones de interconexión más competitivas a terceros si, como consecuencia de ello, se vieran obligados a revisar los AGIs firmados con otros operadores. Restricciones que podrían vulnerar las reglas de la competencia.

Según ha manifestado esta Comisión¹², *“el hecho de cobrar precios distintos a operadores distintos no supone necesariamente conculcar el principio de no discriminación”*. Es más, *“la garantía del principio de no discriminación no justifica que se entre en un compromiso contractual de ligar la revisión automática de un contrato a los compromisos suscritos con terceros en contratos que deberían ser independientes los unos de los otros”*. *“[E]l respeto del principio de no discriminación implica así consecuencias distintas dependiendo de la situación en el mercado del operador que debe respetarlo y, viceversa, de la situación de los operadores respecto de los que se debe garantizar”*.

En efecto, aunque los precios indicados en la OIR para los servicios de tránsito están orientados en función de los costes de producción (de conformidad con la Resolución del Antiguo Mercado 10) y, por tanto, TELEFÓNICA no dispone en la práctica de un gran margen para ofrecer precios distintos, tales precios OIR tienen carácter de máximos. Se permite, en consecuencia, que TELEFÓNICA acuerde precios más bajos (véase el Fundamento de Derecho Tercero en relación con el papel de la autonomía de la voluntad en los acuerdos de interconexión).

Sin perjuicio de lo anterior, los precios que, en su caso se acuerden por las partes habrán de respetar el principio de no discriminación, tal y como recordaba la mencionada Resolución de esta Comisión de 19 de septiembre de 2002:

⁹ Resolución del procedimiento sancionador RO 2007/17 incoado contra TELEFÓNICA por el presunto incumplimiento de sus obligaciones de no discriminación en los plazos de provisión de prolongación del par.

¹⁰ Resolución relativa al conflicto de interconexión entre Comunitel Global, S.A. y Telefónica de España, S.A.U. respecto al esquema de interconexión para servicios de red inteligente (RO 2002/7283).

¹¹ Resolución de 19 de julio de 2001 por la que se insta a la modificación de los AGIs suscritos entre Lince Telecomunicaciones y Telefónica Móviles de España y Resolución de 14 de febrero de 2002 por la que se insta a Lince Telecomunicaciones y Airtel Móvil a la modificación del AGI suscrito por ambas así como del *Addendum*.

¹² Resolución de 19 de julio de 2001 mencionada.



“Debe señalarse que no se trata de impedir que TESAU adapte sus distintas ofertas a las distintas características de sus usuarios, lo cual incluso ha de estimularse en la medida de lo posible por sus potenciales efectos beneficiosos para los mismos. Pero, precisamente, para que puedan disfrutar los usuarios finales, es necesario que se cumpla con el régimen de regulación de precios y los principios de publicidad, transparencia y no discriminación que el mismo recoge y erige como garantía para los propios usuarios finales –pues se evita que TESAU pueda condicionar su aplicación a la exclusividad en el tráfico, por ejemplo-, y que se materializan a través del cumplimiento de los apartados 3, 4 y 5 de la Orden de 10 de mayo de 2001, tantas veces citados, entre otros...”

QUINTO.- LA DIFERENCIACIÓN DE PRECIOS EFECTUADA POR TELEFÓNICA EN RELACIÓN CON SUS SERVICIOS DE TRÁNSITO CON DESTINO A OPERADORES MÓVILES

A continuación se analiza, teniendo en cuenta los documentos que obran en el presente conflicto y las propias manifestaciones de TELEFÓNICA, si ésta ha estado aplicando precios diferenciados respecto de sus servicios de tránsito a operadores móviles.

1.- El Contrato Dialoga

El Contrato Dialoga establece precios para los servicios de tránsito a móviles significativamente menores a los precios que para tales servicios establece la OIR. En concreto, el Contrato Dialoga prevé un precio para los servicios de tránsito a móviles de 0,001€/minuto, más un descuento de 0,0005€/minuto en el supuesto de que se alcance un tráfico de 60 millones de minutos (véase el Antecedente Séptimo). Los precios que establece la OIR para estos servicios son: 0,00468€/min. en horario normal y 0,00282€/min. en horario reducido.

El Contrato Dialoga, aportado por ésta, viene firmado (por D. J.M.G.R.) y sellado en nombre de TELEFÓNICA en todas sus páginas y también por DIALOGA. Por su apariencia de validez, este contrato ha de reputarse, en principio, válido a efectos del presente procedimiento.

El Contrato Dialoga tiene el mismo formato y redacción que los Contratos con GRUPALIA y EUSKALTEL aportados por TELEFÓNICA como Documento 1 a su escrito de 3 de febrero de 2010. Es más, la propia TELEFÓNICA reconoce en ese mismo escrito que el Contrato Dialoga tiene su origen en TELEFÓNICA (al haber sido remitido a DIALOGA “*por error*” junto con la documentación relativa al AGI correspondiente).

Las alegaciones de TELEFÓNICA para explicar los motivos por los que el Contrato Dialoga no fue remitido a esta Comisión y los motivos por los que, en su opinión, no ha de tomarse en cuenta el mismo a efectos de la resolución de este conflicto, son los siguientes:

(a) Mediante requerimiento de 26 de noviembre de 2009, esta Comisión solicitó a TELEFÓNICA: *“Cualesquiera adendas, enmiendas u otros documentos de carácter contractual que tengan por objeto (único o en parte) los servicios de tránsito a operadores móviles que TESAU presta a Azutelm, Least Cost y Dialoga y sus precios; en particular, cualesquiera documentos que tengan la siguiente denominación o denominaciones similares y Azutelm, Least Cost o Dialoga hayan suscrito con TESAU: “adendum al AGI para el servicio*



de tránsito a móviles” o “contrato de tránsito a operadores móviles”. En su contestación de fecha 21 de diciembre de 2009, TELEFÓNICA no menciona el Contrato Dialoga, a pesar de estar claramente cubierto por el requerimiento mencionado. Al contrario, TELEFÓNICA afirma en dicho escrito que *“No existen otros documentos de carácter contractual aparte de los ya citados AGIs o lo establecido en la OIR vigente para el caso de los tres operadores requeridos”.*

(b) En su escrito de 3 de febrero de 2010, TELEFÓNICA califica el Contrato Dialoga de *“presunto acuerdo”* y explica que no lo remitió a esta Comisión porque *“dicho documento no se encuentra vigente ni es aplicable”.* Según explica TELEFÓNICA, ésta envió el Contrato Dialoga a DIALOGA *“por error”*, y éste no fue remitido de vuelta por DIALOGA a TELEFÓNICA, por lo que los precios indicados en el Contrato Dialoga no se aplicaron nunca, tal y como se desprende de los APC correspondientes.

En línea con la falta de aplicación del Contrato Dialoga, TELEFÓNICA señalaba en su escrito de 21 de diciembre de 2009 que Dialoga no entregó a TELEFÓNICA llamadas en tránsito a móviles. Por su parte, DIALOGA no indica en su escrito de 9 de diciembre de 2009 el volumen del tráfico de tránsito a móviles con TELEFÓNICA (señalando únicamente, en relación con tal extremo, la falta de acuerdo con TELEFÓNICA para la consolidación), por lo que es posible que, tal y como indica TELEFÓNICA, el Contrato Dialoga no llegara a aplicarse. Esa falta de aplicación podría provenir tanto de la falta de validez del Contrato Dialoga (en el sentido que alega TELEFÓNICA) como del contexto de conflicto entre TELEFÓNICA, OPERA y DIALOGA, que motivó que no llegara a aplicarse el mismo.

c) En las alegaciones formuladas por TELEFÓNICA al Informe de los Servicios se reiteran las manifestaciones realizadas hasta este momento sobre el Contrato Dialoga, a las que añade que *“no tenía voluntad de contratar”.*

Esta manifestación de TELEFÓNICA se contradice con lo señalado en su escrito de alegaciones de 21 de diciembre de 2009, cuando, en relación con el expediente DT 2009/1405, afirmaba que envió a DIALOGA dos veces (el 26 de junio y el 28 de julio de 2009) la documentación necesaria para formalizar el Acuerdo de interconexión; es más, denunciaba *“las dificultades con las que se ha encontrado a la hora de formalizar el Acuerdo General de Interconexión (AGI) con Dialoga”.*

En cualquier caso, TELEFÓNICA reconoce que remitió el Contrato Dialoga a DIALOGA y no aporta a este expediente ninguna prueba en relación con el *“error”* que alega haber cometido con su envío, como, por ejemplo, correspondencia con DIALOGA en la que explique o haga referencia a tal error (en efecto, es lógico esperar que, si el Contrato Dialoga hubiera sido remitido por error, TELEFÓNICA reclamara éste a DIALOGA o explicara a ésta tal circunstancia por escrito).

Sin perjuicio de lo anterior, no queremos dejar de apuntar que son aconsejables ciertas cautelas en relación con la valoración como prueba del Contrato Dialoga, debido a las relaciones societarias que parecen existir entre OPERA y DIALOGA. En efecto, OPERA y DIALOGA comparten el mismo administrador único; por otro lado, OPERA no ha colaborado con esta Comisión en el esclarecimiento de las relaciones societarias que le unen a DIALOGA (el escrito de OPERA en respuesta al requerimiento de 11 de enero de 2010 únicamente señala que, en nuestro ordenamiento, las sociedades tienen personalidad



jurídica diferenciada de la de sus socios, lo cual es obvio y resulta irrelevante en relación con lo que se preguntaba).

Puesto que no se ha podido aclarar la validez del Contrato Dialoga, ni ha quedado acreditado que Dialoga entregara a Telefónica tráfico en este servicio, ni tampoco se ha acreditado la existencia de Actas para consolidar tráfico en el mismo, a efectos de prueba en este conflicto no se considerará que este contrato está siendo aplicado entre ambos operadores.

No obstante, el Contrato Dialoga no es la única prueba que obra en este expediente sobre la diferenciación en precios aplicada por TELEFÓNICA a sus servicios de tránsito a móviles.

2.- La existencia de un posible contrato con LEAST COST

Tal y como se ha explicado en el apartado A del Antecedente Duodécimo, de las manifestaciones de TELEFÓNICA (*“al igual que en el caso de LCR”* y *“ninguno de los acuerdos mencionados se están aplicando”*) parece deducirse que ésta también envió a LEAST COST un contrato para servicios de tránsito a operadores móviles que preveía precios inferiores a los establecidos en la OIR y que TELEFÓNICA no remitió a esta Comisión por no considerarlo vigente (tampoco este contrato fue remitido ni mencionado por LEAST COST en su contestación al requerimiento de información de esta Comisión de 26 de noviembre de 2009).

Manifiesta TELEFÓNICA en sus alegaciones al Informe de Audiencia que si hizo mención a dicho contrato se debió *“a algún cambio en la redacción del escrito”*, explicación nada satisfactoria para aclarar la existencia del presunto contrato con LEAST COST sobre la prestación del servicio de tránsito a móviles.

Aunque con ciertas cautelas se podría considerar la existencia de este contrato, el mismo no será tenido en cuenta como medio de prueba, habida cuenta de que el contenido del mismo no ha sido aportado al presente conflicto, ni LCR ha hecho mención alguna al mismo.

3.- Alegaciones de TELEFÓNICA y contratos aportados por ésta

La propia TELEFÓNICA ha reconocido que viene aplicando descuentos en relación con la prestación de los servicios de tránsito a móviles. En efecto, si bien TELEFÓNICA parecía hacer referencia en su escrito de 11 de noviembre de 2009, únicamente a los descuentos previstos en la OIR, en sus escritos posteriores sí ha declarado aplicar descuentos no contemplados en la OIR a los servicios de tránsito a móviles.

En cualquier caso, tras la reiteración del requerimiento de información de 26 de noviembre de 2009 mediante escrito de esta Comisión de 11 de enero de 2010, TELEFÓNICA ha aportado a este expediente diez contratos conforme a los cuales reconoce estar aplicando precios inferiores respecto a los precios OIR y descuentos para los servicios de tránsito a operadores móviles. Estos contratos se adjuntaron como documento 1 al escrito de 3 de febrero de 2010 y se describen a continuación (en adelante, los “Contratos”).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

	Denominación contrato	Fecha	Partes (TELEFÓNICA y)	Precio (€/minuto) OIR: 0,00468 (N) y 0,00282 (R)	Condiciones para precio (p. ej. volumen)	Descuentos y condiciones para descuento (p. ej. volumen)	Otros / Comentarios
1	Acuerdo comercial	[CONFIDENCIAL]	Cableuropa (ONO)	[CONFIDENCIAL]	-	-	[CONFIDENCIAL]
2	Acuerdo	27/12/04	Uni2	0,001	Entrega de 320 millones de minutos con destino a la red de TME	-	- Penalizaciones en caso de no alcanzar el tráfico indicado (se trata de cantidades fijas y no de la aplicación de los precios OIR; el precio sigue siendo muy inferior a OIR a pesar de la penalización). - El acuerdo no regula únicamente servicios de tránsito a móviles.
3	Addendum al AGI	13/06/03	SOWCI	0,0042 (aprox.) o 0,0023 según horario	-	-	-
4	Acuerdo de servicios de tráfico	06/06/07	R Cable	0,0007	El contrato se remite al anexo en relación con compromisos de volumen pero éste no establece nada. Se prevé en el cuerpo del contrato una obligación de entrega de 28 millones de minutos Obligación de transitar todo el tráfico a través de TESAU (sin perjuicio de interconexión directa)	-	- Precios aplicables a partir de 1 de junio de 2007.
5	Acuerdo de servicios de tráfico	20/02/05	MCI Worldcom Spain	0,0009 ¹³	El contrato se remite al anexo en relación con compromisos de volumen pero éste no establece nada. Sin perjuicio de lo anterior, el cuerpo del contrato prevé un compromiso de 40 millones de minutos, y la obligación de aplicar los precios OIR si no se alcanza a ese volumen.	-	- Precios aplicables a partir de 1 de enero de 2005. - El acuerdo no regula únicamente servicios de tránsito a móviles.

¹³ En relación con Amena (Orange), los precios de terminación que se han utilizado por estos Servicios para los cálculos han sido los vigentes a 1 de enero de 2005 (fecha de entrada en vigor del contrato), esto es, los establecidos en la Resolución de esta Comisión de 7 de octubre de 2004, y no los aplicables en la fecha de firma del contrato (20 de febrero de 2005), esto es, los establecidos en la Resolución de esta Comisión de 4 de enero de 2005.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

	Denominación contrato	Fecha	Partes (TELEFÓNICA y)	Precio (€/minuto) OIR: 0,00468 (N) y 0,00282 (R)	Condiciones para precio (p. ej. volumen)	Descuentos y condiciones para descuento (p. ej. volumen)	Otros / Comentarios
6	Acuerdo de servicios de tráfico	01/06/07	Catalana de Telecomunicaciones	0,0009	Precio aplicable a partir de 1 millón de minutos mensuales.	-	-Precios aplicables a partir del 8 de mayo de 2007.
7	Acuerdo	01/09/07	Xtra Telecom	A partir de 2 millones de minutos mensuales: 0,009 A partir de 3 millones de minutos mensuales: 0,0075	Mínimo de 25 millones de minutos anuales (si no se alcanza se aplican los precios OIR)	-	- El acuerdo no regula únicamente servicios de tránsito a móviles.
8	Contrato para la prestación del servicio de consulta de móvil y transporte	05/09/07	Procono	Precios OIR ¹⁴	-	-	-
9	Contrato de tránsito	18/05/09	Grupalia	0,0009	Mínimo de 150.000 minutos mensuales y mínimo del 80% del tráfico de destino a cada operador. Si no se cumple mínimo 0,004122	-	- Vigente desde enero de 2009
10	Contrato de tránsito	11/12/08	Euskaltel	0,001	-	Si al cabo de un año más de 60 millones de minutos, los precios se reducen 0,05cent€/min (devolución)	-

¹⁴ Análisis de los precios con destino a TME, Vodafone, Orange y Yoigo. En relación con Yoigo, los precios de terminación que se han utilizado por estos Servicios para los cálculos (que han llevado a la constatación de la aplicación del precio OIR) son los establecidos en la Resolución de esta Comisión de 7 de junio de 2007, sin perjuicio de la modificación de éstos por la Resolución de 27 de septiembre de 2007, como resultado de un recurso de reposición planteado contra aquella Resolución.



Es de destacar que los precios que aparecen en muchos de los contratos para los servicios de tránsito a móviles no son ligeramente inferiores a los precios establecidos en la OIR, sino significativamente inferiores a éstos. En efecto, la mayoría de los Contratos tienen precios en torno a 0,001€/min., varias veces inferiores a los precios OIR (0,00468€/min. en horario normal y 0,00282€/min. en horario reducido).

4.- Conclusión

Se ha acreditado en este expediente que TELEFÓNICA ha venido aplicando a los servicios de tránsito a móviles que presta a determinados operadores, precios significativamente inferiores a los indicados en la OIR, mientras aplica los precios OIR a OPERA. Acreditado lo anterior, se examina a continuación si esta diferenciación está debidamente justificada sobre la base de circunstancias objetivas.

SEXTO.- CIRCUNSTANCIAS OBJETIVAS QUE AMPAREN LA APLICACIÓN DE CONDICIONES ECONÓMICAS DIFERENCIADAS

En sus sucesivos escritos, TELEFÓNICA ha explicado los precios significativamente más bajos que aplica a determinados operadores de la siguiente forma:

1.- Según el escrito de TELEFÓNICA de 11 de noviembre de 2009, los descuentos provendrían de la OIR

En su escrito de 11 de noviembre de 2009, TELEFÓNICA parece indicar que es la propia OIR la que le permite aplicar descuentos (*“la propia OIR contempla la posibilidad de aplicar descuentos lo que puede redundar en una aplicación de precios diferentes para algunos de los servicios contenidos en la propia Oferta”*).

La OIR 2005 únicamente prevé expresamente como descuento en el servicio de tránsito a móviles el aplicado sobre el tráfico cursado en horario reducido.,

No obstante, como se ha señalado, los precios establecidos en la Oferta de Referencia tienen el carácter de precios máximos, ya que están calculados bajo un esquema de orientación a costes. Por ello, la OIR no impide que, bajo un presupuesto de no discriminación, el operador incumbente negocie precios inferiores con el resto de operadores.

De hecho, como veremos, en posteriores escritos Telefónica analiza los descuentos distintos al previsto en la OIR que aplica a los operadores.

2.- Según el escrito de TELEFÓNICA de 21 de diciembre de 2009, no existe una fórmula para calcular los descuentos, sino que son el resultado de negociaciones

De acuerdo con el escrito de 21 de diciembre de 2009 de TELEFÓNICA, ésta aplica descuentos que no responden a *“una fórmula que calcule automáticamente los descuentos y que sea aplicable en todos los casos”*, pero respetan *“en el marco de la negociación de las partes, el principio de no discriminación ante circunstancias idénticas”*.

En el esquema de TELEFÓNICA, se adoptarían *“acuerdos puntuales caso por caso según las circunstancias de los operadores”*, en función de las negociaciones con éstos.



- 3.- Según el escrito de TELEFÓNICA de 3 de febrero de 2010, los descuentos están relacionados con el volumen de los servicios prestados y las eficiencias correspondientes

En su escrito de 3 de febrero de 2010, TELEFÓNICA concreta los “*criterios objetivos y no discriminatorios*” que justificarían un trato diferenciado en materia de precios de servicios de tránsito a móviles, en el siguiente sentido:

(a) Las condiciones económicas vendrían determinadas por el tamaño del operador: “... *en todo lo relativo a los servicios de tránsito, tanto Opera S.L. como Dialoga, así como todos los operadores de su mismo tamaño, tienen y han tenido las mismas condiciones, siendo éstas las que se recogen en la OIR 2005*”.

(b) El volumen de los servicios de tránsito determina que TELEFÓNICA negocie o no descuentos con un operador: “*En lo relativo a los descuentos en los servicios de tránsito que, sobre el precio fijado en la OIR, se han acordado con otros operadores, éstos han estado supeditados al cumplimiento de unos criterios objetivos y no discriminatorios. En este sentido cualquier negociación comercial exige que previamente el operador acredite, en el último año, un volumen de al menos de 4,5 millones de minutos en el servicio de tránsito y manifieste su voluntad de negociar condiciones distintas a las de la OIR*”.

TELEFÓNICA parece supeditar el comienzo de las “*negociaciones comerciales*” a que el operador en cuestión alcance un cierto volumen en servicios de tránsito y le comunique su voluntad de negociar. Las condiciones a aplicar serían el resultado de tales negociaciones.

(c) Los precios más bajos se justificarán por las eficiencias creadas por los altos volúmenes, que se trasladarían a los clientes bajo la forma de descuentos (“*Los descuentos atienden a las eficiencias que estas situaciones particulares le generan a Telefónica y que traslada bajo la forma de descuento*”). En este sentido, parece referirse a la eficiencia que supone la reducción del coste unitario de mantenimiento de la red al transitar un mayor número de minutos.

- 4.- Según su escrito de alegaciones al Informe de Audiencia (de 13 de mayo de 2010), el resultado de las negociaciones varía de uno a otro, pues se parte de situaciones distintas.

Por un lado, manifiesta TELEFÓNICA que “*el hecho de que haya un volumen mínimo de minutos para empezar a negociar no se ve contradicho por el hecho de que algunos contratos no lo exijan*”. Pues, la operadora “*conoce el volumen de minutos cursados por cada operador... y su capacidad para alcanzar los umbrales, por lo tanto no se considera que sea un requisito necesario plasmar en el contrato el consumo mínimo exigible puesto que éste ya ha sido acreditado frente a Telefónica de España*”.

Por otro lado, además de las eficiencias que le pueda generar cada operador en función de su volumen de tráfico, tal como afirma TESAU, hay que “*atender a la realidad del mercado respecto del momento concreto en que los contratos fueron firmados, así como al perfil y al interés del operador*”. Por lo que habría que comparar, en todo caso, momentos competitivos, fechas y operadores asimilables, pues “*no todos los operadores tienen el mismo interés en posicionarse en este mercado*”.



SÉPTIMO.- LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA JUSTIFICACIÓN DEL TRATO DIFERENCIADO

En su escrito de 11 de noviembre de 2009, TELEFÓNICA alega la falta de cualquier soporte documental de OPERA a su denuncia y se ampara en la presunción de inocencia para no justificar ni explicar sus actuaciones en el ámbito de la interconexión. No obstante, se ha acreditado desde entonces, mediante la correspondiente prueba documental, que TELEFÓNICA ha venido aplicando a los servicios de tránsito a móviles que presta a determinados operadores, precios significativamente inferiores a los indicados en la OIR, mientras aplica los precios OIR a OPERA.

La prueba de las razones objetivas que, en su caso, puedan justificar el trato diferenciado corresponde a la empresa que pretenda ampararse en éstas. Así lo ha proclamado la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3) de 10 de julio de 2008¹⁵:

“[TELEFÓNICA] afirma que la tesis propugnada en la sentencia equivale tanto como a invertir la carga de la prueba. Pero ello no es así: partiendo de la ilegalidad de principio del comportamiento imputado [discriminación], en cuanto suponía un trato desigual que el operador dominante daba a empresas iguales, correspondía a la recurrente demostrar que existían razones objetivas justificadoras de la denegación de acceso. No es que con ello se le exija demostrar su inocencia a partir de la presunción de culpabilidad: por el contrario, sobre la base de un comportamiento en principio discriminatorio (favorecedor de su filial y perjudicial para otras empresas) se le permite dar explicaciones de su comportamiento y exponer sus posibles causas de justificación, lo que no llega a hacer en modo mínimamente satisfactorio.”

Esta distribución de la carga de la prueba también se ha proclamado a nivel comunitario en relación con las infracciones de la obligación de no discriminación que el Derecho de la competencia comunitario impone a los operadores con posición de dominio. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Quinta) de 9 de septiembre de 2009¹⁶ señala en un caso de discriminación en precios que:

“185. Procede señalar a este respecto que, aunque la carga de la prueba relativa a la existencia de las circunstancias constitutivas de una infracción del artículo 82 CE incumbe a la Comisión, corresponde, sin embargo, a la empresa en posición dominante, y no a la Comisión, en su caso, y antes de la conclusión del procedimiento administrativo, aducir una posible justificación objetiva y presentar, a este respecto, alegaciones y pruebas. A continuación, incumbe a la Comisión, si pretende declarar la existencia de un abuso de posición dominante, demostrar que las alegaciones y las pruebas invocadas por dicha empresa no pueden prevalecer y, en consecuencia, que no cabe acoger la justificación presentada (sentencia Microsoft/Comisión, citada en el apartado 47 supra, apartado 688).”

¹⁵ Sentencia dictada por la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el Recurso de Casación núm. 7144/2005 que se interpone contra la Sentencia dictada el 14-09-2005 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava, de la Audiencia Nacional (RJ 2008/4566).

¹⁶ Caso T 301-04 Clearstream Banking AG contra la Comisión de las Comunidades Europeas que tiene por objeto un recurso de anulación de la Decisión C (2004) 1958 final de la Comisión, de 2 de junio de 2004, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 82 [CE] [asunto COMP/38.096 – Clearstream (compensación y liquidación) (TJCE 2009/255)].



Por tanto, una vez probado el trato diferenciado, la carga de la prueba de su justificación objetiva corresponde a TELEFÓNICA.

En su escrito de alegaciones al Informe de Audiencia, TELEFÓNICA aporta los datos del tráfico cursado, así como el precio aplicado en el año 2009, a los operadores respecto de los cuales había aportado el acuerdo para la prestación del servicio de tránsito a operadores móviles (mencionados en el Antecedente de Hecho Duodécimo) y que pasaremos a analizar a continuación.

[CONFIDENCIAL

FIN CONFIDENCIAL]

Como puede comprobarse, efectivamente, a estos diez operadores se les ha aplicado precios inferiores a los establecidos en la OIR para este servicio: **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**.

No se ha podido contrastar el dato aportado por TELEFÓNICA correspondiente a SOWCI, ya que esta última no contestó al requerimiento de información en el que se le solicitaba confirmación de los datos de tráfico y tarificación aportados por la primera.

En consecuencia, ante la disparidad de cifras respecto al precio efectivamente aplicado a SOWCI, resulta imposible concluir cuál es el dato real o el motivo por el que Telefónica ha aportado datos distintos a los que figuran en el contrato. Ante la falta de aclaración por ambos operadores, no ha podido comprobarse si se trata de un error, o de alguna otra eficiencia no manifestada por TELEFÓNICA en sus escritos (por ejemplo, por tratarse de tráfico unicentral, como se señala en el contrato, o si se debe a otro motivo, como que corresponda a tráfico cursado durante tan solo una parte de ese año 2009). Por lo que no será tenido en cuenta como dato diferente de lo señalado por TELEFÓNICA.

Respecto al volumen mínimo (4,5 millones de minutos) indicado por TELEFÓNICA como requisito a partir del cual obtiene eficiencias en la prestación del servicio de tránsito a móviles, trasladables a los operadores en forma de descuentos sobre los precios OIR, **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**.

Estos datos, confirmados por ambas partes (con las excepciones ya indicadas), corresponden a algunos de los operadores que generan mayores tráficos en redes fijas. Por lo que la diferenciación de precios OIR y precios con descuento sobre éstos, realizada por TELEFÓNICA, obedece a una causa objetiva, como es la diferencia en costes, tal como exige la Comunicación de Acceso mencionada. Por esa razón, se considera que no ha habido una vulneración de la obligación de no discriminación impuesta hasta el 15 de abril de 2010 a TELEFÓNICA.

En consecuencia, ha resultado probado que, aún cuando TELEFÓNICA aplica precios inferiores a los establecidos en la OIR, lo hace en condiciones equivalentes ya que a todos los operadores les ofrece, con pequeñas variaciones, el mismo precio ante circunstancias semejantes (producirle eficiencias en la prestación del servicio al superar un volumen mínimo y manifestar su voluntad de negociar precios inferiores a la OIR).

En base a todo ello, se alcanzan respecto a Ópera las siguientes conclusiones:



(a) TELEFÓNICA continuaba aplicando a OPERA los precios establecidos en la OIR para este servicio, en primer lugar, porque, tal como señala TELEFÓNICA, OPERA *“nunca solicitó una negociación de su tránsito a móviles”*, a precios inferiores a OIR. OPERA no ha acreditado durante la instrucción de este conflicto que haya intentado negociar con TELEFÓNICA precios inferiores a los que tiene recogidos en su AGI (es decir, precios OIR); ni tan siquiera lo ha manifestado. Por lo que OPERA ha interpuesto este conflicto sin que existiera, por parte de TELEFÓNICA, una negativa a negociar.

Es más, ya en el primer escrito presentado por TELEFÓNICA en este conflicto, ésta manifestó su disposición a negociar con Ópera señalando que: *“se encuentra abierta a negociar con Ópera la aplicación de aquellos descuentos que conforme a la OIR sean de aplicación”*.

(b) OPERA no alcanzaba el volumen mínimo a partir del cual a TELEFÓNICA se le producirían en este servicio las eficiencias trasladables al operador en forma de descuentos. Tal como ha manifestado ésta en su escrito de alegaciones al Informe de Audiencia, el tráfico cursado a OPERA en el 2009 fue tan solo de **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**, tráfico muy incipiente respecto a los volúmenes de **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]** y a quienes TELEFÓNICA presta este servicio.

(c) Tampoco ha existido discriminación entre los operadores que han superado el volumen mínimo, ya que, TELEFÓNICA ha negociado con todos ellos unas condiciones similares, esto es, un precio inferior a OIR de alrededor de 0,001€/min.

6.- Conclusión

Las explicaciones de TELEFÓNICA se encuentran respaldadas por las pruebas obrantes en este expediente en relación con la justificación del trato diferenciado. La justificación demuestra que el trato diferenciado obedece a causas objetivas. Por lo que se considera que no ha existido discriminación de Ópera respecto a otros operadores a los que TELEFÓNICA presta el servicio de tránsito a móviles.

OCTAVO.- COMUNICACIÓN A ESTA COMISIÓN DE LOS CONTRATOS RELATIVOS A LOS SERVICIOS DE TRÁNSITO

Tal y como se ha señalado en el Fundamento de Derecho Cuarto, la Resolución del Antiguo Mercado 10 impone, en relación con la obligación de no discriminación, que *“a los efectos de controlar el cumplimiento de esta obligación [de no discriminación], los acuerdos de interconexión que suscriba TESAU con el resto de operadores, con sus filiales y con otras empresas del grupo de TESAU, deberán ser remitidos a la CMT en el plazo de 10 días desde su formalización.”*

En la totalidad de los supuestos analizados comparativamente en la presente Resolución, los acuerdos generales de interconexión firmados por cada uno de los diez operadores con TELEFÓNICA, habían sido remitidos por ésta en cumplimiento de dicha obligación.

Cuestión distinta es que, posteriormente, para el concreto servicio de tránsito a móviles, los operadores que alcanzaran el volumen mínimo negociaran con TELEFÓNICA precios inferiores a OIR, y ésta no remitiera esos acuerdos a esta Comisión en cumplimiento de la obligación establecida en relación con la obligación de no discriminación.



Sin embargo, respecto a los diez contratos analizados en esta Resolución, ha de tenerse en cuenta que los mismos han sido aportados por TELEFÓNICA a lo largo de la tramitación del presente conflicto, tal como ha quedado acreditado.

En consecuencia, TELEFÓNICA ha aportado los acuerdos de interconexión dando debido cumplimiento a esta obligación impuesta en el antiguo Mercado 10.

NOVENO.- SOBRE LAS ALEGACIONES DE TELEFÓNICA RELATIVAS A LA DESREGULACIÓN DEL ANTIGUO MERCADO 10

TELEFÓNICA alega en su escrito de 3 de febrero de 2010 que el mercado de los servicios de tránsito es un *“mercado muy competitivo, donde TELEFÓNICA no goza de ninguna independencia respecto de la demanda”*, debido a una serie de características que enumera y que, por otro lado, el carácter competitivo de tal mercado ha sido proclamado por esta Comisión en su Resolución de Revisión del Antiguo Mercado 10 (de fecha 1 de octubre de 2009).

Sin embargo, las obligaciones establecidas en la Resolución de definición del Mercado 10 han estado vigentes hasta el 15 de abril de 2010 (en virtud de la Resolución de Revisión del ese Mercado).

TELEFÓNICA debía cumplir con las obligaciones impuestas en la Resolución del Antiguo Mercado 10 (y, en particular, con la obligación de no discriminación) en tanto estas obligaciones se encontraban vigentes: es decir, hasta el 15 de abril de 2010.

En consecuencia, al ser denunciados en el presente conflicto hechos producidos antes de esa fecha, las mismas resultan exigibles respecto a los mismos.

DÉCIMO.- SOBRE LAS PRETENSIONES DE OPERA INCLUIDAS EN SU SUPPLICO

En su escrito de 6 de octubre de 2009, OPERA reclamaba a esta Comisión las siguientes medidas, cuya improcedencia se examina a continuación:

1) La aplicación por TELEFÓNICA a OPERA de condiciones equivalentes a las aplicadas a otros operadores en materia de servicios de tránsito a operadores móviles

OPERA solicitaba a esta Comisión que instara a TELEFÓNICA *“a que en el futuro adopte las medidas necesarias para cumplir con las tarifas de interconexión vigentes o aplicar condiciones equivalentes para servicios regulados equivalentes prestados a diferentes operadores. Subsidiariamente, se solicita que TESAU devuelva a OPERA los importes cobrados en exceso en comparación con las tarifas aplicadas a terceros operadores para este servicio de tránsito”*.

Frente a esta alegación debe señalarse que, Opera debió comunicar a Telefónica su voluntad de negociar nuevos precios para el servicio de tránsito a móviles. Sin embargo, tal como se ha señalado, no lo hizo.

A fecha de la presente Resolución, las obligaciones impuestas en la Resolución del Antiguo Mercado 10 no están vigentes; por lo que, de ningún modo procedería dictar la orden solicitada por OPERA en cuanto a las medidas para el cumplimiento futuro de las tarifas de



interconexión; tampoco TELEFÓNICA es ya operador con PSM respecto al servicio concernido¹⁷.

Por todo ello, y por no haber existido discriminación de Ópera respecto a otros operadores a los que TELEFÓNICA presta el servicio de tránsito a móviles, no procede ordenar a TELEFÓNICA la devolución de cantidad alguna a Ópera.

2) Pretensiones sancionadoras

OPERA solicita que esta Comisión adopte *“las medidas sancionadoras a TESAU por las infracciones muy graves cometidas por TESAU en el incumplimiento deliberado y consciente de la obligación de aplicar tarifas equivalentes a las que presta a terceros operadores para los servicios regulados de tránsito a operadores móviles. Ha quedado constatado mediante la documentación aportada que estas infracciones muy graves son tipificadas en los apartados r), s), w) y q) del artículo 53 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones”*.

Como ya se ha analizado, no ha quedado acreditado que TELEFÓNICA haya incumplido su obligación de no discriminación impuesta en la Resolución del Antiguo Mercado 10 ni, la obligación de remitir los acuerdos de interconexión a esta Comisión, impuesta en relación con la primera.

La actuación de TELEFÓNICA no supone el incumplimiento de la Resolución por la que se reguló el Mercado 10. En consecuencia, no puede tipificarse como infracción muy grave de conformidad con el apartado (r) del artículo 53 de la LGTel: *“Se consideran como infracciones muy graves: (...) r) El incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas...”*.

Tampoco Ópera ha acreditado el incumplimiento por parte de TELEFÓNICA de instrucciones dictadas por la Comisión, ni de las condiciones para realizar actividades de comunicaciones electrónicas, ni de las condiciones determinantes para la adjudicación y asignación de los recursos de numeración. Por lo tanto, no ha quedado constatado que se produjeran las infracciones muy graves tipificadas en los apartados s), w) y q) del artículo 53 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, como alega Ópera.

En consecuencia, no procede abrir procedimiento sancionador alguno.

3) Pretensiones relativas a la imposición a TELEFÓNICA de la separación funcional

OPERA pide en su suplico que esta Comisión solicite *“a la Comisión Europea la imposición a TESAU de la Separación Funcional prevista en el Artículo 13 bis de la Directiva 2002/19/CE (Directiva sobre acceso), contenido en la Posición Común (CE) nº 15/2009 imponiendo a TESAU (empresa integrada verticalmente) la obligación de traspasar las actividades relacionadas con el suministro al por mayor de esos productos de acceso y tránsito a una unidad empresarial que actúe independientemente”*.

¹⁷ Ver apartado 1 del Anexo 2 de la Resolución por la que se aprueba la modificación de la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica de España, S.A.U. (MTZ 2008-210), de fecha 18 de noviembre de 2010.



Aún cuando la Directiva 140/2009/CE de 25 de noviembre de 2009 haya añadido un artículo 13 *bis* a la Directiva de Acceso en materia de separación funcional, este conflicto no es el marco adecuado para imponer tal medida que, por otro lado, se configura con carácter excepcional y, en ningún caso, puede imponerse en mercados en competencia, como es el mercado de los servicios de tránsito tras la Resolución de Revisión del Antiguo Mercado 10. Por todo ello, la mencionada pretensión de OPERA es del todo improcedente.

En virtud de los Antecedentes de hecho y de los Fundamentos de Derecho expuestos, el Consejo de esta Comisión

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar que, en el conflicto de interconexión planteado entre OPERADORA DE TELECOMUNICACIONES OPERA, S.L. y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. ha quedado acreditado que TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. ha estado aplicando a OPERADORA DE TELECOMUNICACIONES OPERA, S.L. precios superiores a los aplicados a operadores terceros, en materia de servicios de tránsito a operadores móviles hasta el 15 de abril de 2010, habiendo justificado TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. satisfactoriamente la mencionada diferenciación.

SEGUNDO.- No procede instar a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. a que en el futuro aplique precios regulados ni a que aplique condiciones equivalentes a las que ofrece a otros operadores en el servicio de tránsito a móviles, en base al Mercado 10, ya que el mismo ha sido desregulado.

TERCERO.- No procede instar a Telefónica a la devolución a OPERA de los importes cobrados en exceso en comparación con las tarifas aplicadas a terceros operadores para este servicio de tránsito.

CUARTO.- No procede la apertura de un procedimiento sancionador.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 23.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado por la Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007 (B.O.E. de 31 de enero de 2008), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, por quienes puedan acreditar su condición de interesados, 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 los artículos 107 y 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 48 de la misma Ley.



El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.