



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. LUIS BERMÚDEZ ODRIOSOLA, 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 21/99 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 3 de junio de 1999, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE ESTABLECE LA RELACIÓN DE LOS OPERADORES QUE, A LOS EFECTOS DE LO PREVISTO EN LA LEY GENERAL DE TELECOMUNICACIONES, TIENEN LA CONSIDERACIÓN DE DOMINANTES EN LOS MERCADOS DE SERVICIOS DE TELEFONÍA FIJA, SERVICIOS DE ALQUILER DE CIRCUITOS Y SERVICIOS DE TELEFONÍA MÓVIL.

El objeto de la presente resolución es proceder a establecer la relación de operadores que, a los efectos de lo previsto en la Ley General de Telecomunicaciones, tienen la consideración de dominantes en los mercados de servicios de telefonía fija, de servicios de alquiler de circuitos y de servicios de telefonía móvil de conformidad con lo previsto en el artículo 23.2 de dicha ley.

Es esta la primera resolución en el expediente abierto para proceder a la determinación de los operadores dominantes en los cuatro mercados definidos en la normativa vigente. A la vista de las alegaciones presentadas en relación con la determinación en el mercado nacional de interconexión, que exigen un estudio más detallado, y teniendo en cuenta el interés demostrada por los Servicios de la Comisión Europea en que se proceda a la determinación en los otros mercados, se establece mediante esta Resolución dicha relación



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

respecto de los tres mercados antes referidos y se deja a una resolución posterior, dentro del mismo procedimiento, la referente al mercado nacional de interconexión.

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Durante el pasado mes de enero de 1.999 se enviaron requerimientos de información a los diversos operadores de servicios y titulares de redes públicas de telecomunicación para, entre otras cosas, recoger los datos necesarios para proceder a la determinación anual que, según el citado artículo 23.2 de la Ley General de Telecomunicaciones, tiene que llevar a cabo la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

La información solicitada debía aportar directamente el conocimiento suficiente sobre la actividad de los operadores durante el año 1998 en lo que se refiere a los tres mercados: telefonía fija, alquiler de circuitos y telefonía móvil. Todo esto tanto en términos de valor del mercado (cifra de negocios o ingresos brutos) como en términos de volumen (número de abonados, número de minutos conmutados) y con la excepción del mercado de alquiler de circuitos para el que la medida en términos de ingresos debería ser suficiente para poder apreciar la posición o el poder del operador en dicho mercado.

El proceso de recogida de la información se ha alargado más de lo inicialmente previsto, probablemente por la novedad que ha significado para los operadores la aportación de los datos requeridos, de suerte que no se ha visto completado hasta finales del mes de abril.

Para el mercado de los servicios de telefonía fija los parámetros retenidos fueron: número de abonados, número de llamadas telefónicas originadas, número de minutos originados, número de líneas telefónicas fijas (todos estos parámetros tendrán que ver con el volumen del mercado del servicio) y los ingresos brutos (que tienen que ver con el valor del mercado).

Para el mercado de los servicios de alquiler de líneas se optó por el parámetro que se considera más transparente y menos complicado de medir, el de los ingresos brutos.

Finalmente, para el mercado de los servicios de telefonía móvil, los parámetros retenidos para la determinación correspondiente al año 1998 fueron el número de abonados, el número de minutos originados en la propia red y los ingresos brutos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Segundo. Los Servicios de esta Comisión han procedido a valorar los respectivos mercados y a calcular las cuotas o porcentajes de participación de cada operador en los mismos en el año 1998. Los resultados de estos cálculos son los siguientes:

Mercado de telefonía fija.

En lo que se refiere al mercado de telefonía fija tanto la medida de las variables relacionadas con el volumen del mercado (número de abonados, número de llamadas telefónicas originadas, número de minutos originados o número de líneas telefónicas fijas) como la medida de la variable relacionada con el valor del mercado (ingresos brutos) permiten constatar que Telefónica Sociedad Operadora de Servicios de Telecomunicaciones en España, S.A.U. (en adelante TSOSTESA) dispone en cualquier caso de una cuota de mercado superior al 95 %.

Mercado de alquiler de circuitos.

De manera análoga, de acuerdo con los datos declarados respecto del año 98, se constata que TSOSTESA dispone de una cuota superior al 98 % en el mercado de alquiler de circuitos, medido éste en términos de ingresos brutos

Mercado de telefonía móvil.

En el año 98 sólo había dos operadores prestando servicio en este mercado: Telefónica Servicios Móviles, en adelante, TSM, y Airtel.

De la información recogida se desprende que, tanto en términos de número de abonados como en términos de número de minutos originados en la propia red como - en particular - en lo referido a ingresos brutos que cada operador ha obtenido a lo largo del año 98 se constata que Airtel dispone de una cuota superior al 25 % y TSM dispone de una cuota superior al 65%.

Tercero. Con fecha 5 de mayo, la Dirección de Mercados elaboró un Informe en el que se reseñan lo anteriores antecedentes y resultados de los cálculos. También, con la misma fecha se dio trámite de audiencia a los interesados.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Cuarto. En tiempo y forma se presentaron las siguientes alegaciones:

Por parte de Retevisión Móvil, S.A., presenta tres alegaciones, dos de ellas (la 2ª y la 3ª) referidas a la determinación en el mercado nacional de interconexión y por tanto, como ya se expuso anteriormente, serán objeto de consideración en posterior resolución. La primera alegación tiene un carácter general y se refieren al Informe de la Dirección de Mercados del que, según la interesada, sorprende en particular:

- a) Que no se aporten los datos presuntamente obtenidos y tomados en consideración para alcanzar el conocimiento necesario sobre la actividad de los operadores en los distintos mercados de referencia (al menos, aquéllos que, siendo útiles a tal fin, puedan ser comunicados a los interesados sin tentar contra el secreto comercial e industrial).
- b) Que no se concreten las razones que expliquen el recurso a los criterios empleados par la delimitación de los mercados relevantes y para la medición de las cuotas que se atribuyen a los operadores en cada uno de éstos, conforme a las cuales han de ser interpretados los datos anteriores, así como tampoco la eventual exclusión de otros parámetros de valoración que podrían ser utilizados con tal propósito.
- c) Que no se precise con el detalle necesario el sentido y alcance de estos mismos criterios.
- d) Que el informe es simplista y concluyente, al apoyarse exclusivamente en un criterio presuntivo cuantitativo que rechaza expresamente el recurso a otros criterios legales cualitativos que, sin embargo, sería conveniente tomar en consideración.

Por parte de Airtel: Presenta un escrito con diez apartados de los cuales los apartados dos a ocho se refieren exclusivamente a la determinación en el mercado nacional de interconexión y por tanto serán tenidas en cuenta en la resolución posterior. Los apartados restantes –el primero y el último- contienen los siguientes comentarios:

- El apartado primero contiene una valoración general sobre el papel del regulador en un expediente como el presente, entendiendo que resulta innecesario dada la actual conformación de la situación de competencia que se ha desarrollado de manera muy adecuada gracias a mecanismos de consenso articulados por los operadores y por la creación de sistemas alternativos al de la intervención del regulador.
- En el último apartado, Airtel manifiesta que "cabe concluir que tampoco existen razones objetivas que aconsejen sentar igual declaración (se está



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

refiriendo a la de operador dominante) respecto de Airtel en lo que al mercado de referencia de telefonía móvil se refiere." Para llegar a tal conclusión, razona que "si el artículo 23 de la Ley viene a establecer una especie de medida correctora de aquellas conductas que pueden distorsionar o perturbar el desarrollo de la competencia en un determinado mercado, debe partirse del examen de la existencia de dicha distorsión y aplicar un criterio que debe ser propio del Derecho de la Competencia."

Por su parte Telefónica Servicios Móviles, S.A. recuerda a esta Comisión su obligación de proceder con rigor en el procedimiento y de motivar sus resoluciones y, tras recordar las cuatro etapas que - según lo recogido en el documento ONPCOM 99-03, en su versión de 13 de enero de 1.999 sobre "Determinación de los operadores con poder significativo en el mercado para la aplicación de las Directivas - comportarían toda determinación de OPSM, presenta 11 alegaciones de las cuales sólo dos no se refieren exclusivamente a la determinación en el mercado nacional de interconexión. Estas dos vienen a resumirse de la forma siguiente:

- Existencia de defectos de procedimiento, dado que el Ministerio de Fomento no ha procedido a concretar las áreas geográficas para la determinación del carácter dominante de los operadores y esto condiciona el resultado de los cálculos.
- Afirmación de que no hay por qué tener en consideración exclusivamente los datos porcentuales obtenidos de la información previa. Una vez obtenidos los porcentajes, "la norma no exige de la obligación de analizar si en el mercado de referencia existen particularidades que indiquen la necesidad de apartarse de la presunción "iuris tantum", en función del grado de independencia en el mercado del operador contemplado." Y ello por cuanto "la declaración de dominancia en el mercado de que se trate está directamente enfocada a prevenir que el dominante, prevaleciendo de su capacidad de adoptar comportamientos independientes de sus competidores, cree barreras en el mercado o de alguna manera cercenen el desarrollo efectivo de la competencia."

Finalmente, ISOSTESA presenta sus alegaciones en tres apartados:

- Consideraciones Generales: viene a señalar que es necesaria la implantación de una metodología que conjugara los criterios comunitarios y la realidad de los mercados respecto de los siguientes elementos: definición de los mercados relevantes (geográfico y de servicios); parámetros de medida del mercado; recogida de datos y análisis y valoración de los distintos factores con incidencia en la determinación del peso significativo en el mercado. Todo ello para concluir que no está de acuerdo en considerar que el servicio telefónico fijo sea un único mercado y tampoco lo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

está con que no se proceda a una determinación en ámbitos territoriales inferiores al nacional ya que todo ello lleva a impedir a TSOSTESA "escapar de la condición de operador dominante".

- Consideraciones económicas: (se ciñen a la determinación en el mercado nacional de interconexión y no se refieren, por tanto al objeto de esta resolución).
- Consideraciones legales: En relación con la referencia que se hace en el Informe de la Dirección de Mercados razonando que "es lógico que para esa primera determinación nos remitamos únicamente al ámbito estatal" TSOSTESA estima: 1º Falta de competencia de la CMT para concretar las áreas geográficas para proceder a la determinación de OPSM. 2º Disconformidad legal del ámbito geográfico elegido: manifiestamente en algún ámbito como el vasco y por falta de motivación. Y, 3º la necesidad de proceder a una determinación en un ámbito inferior al nacional en el caso del País vasco.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Marco jurídico

La Directiva 97/51/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997 por la que se modifican las Directivas 90/387/CEE y 92/44/CEE del Consejo a efectos de su adaptación a un entorno competitivo en el sector de las telecomunicaciones, indica en su considerando (11) que "a fin de garantizar el suministro de líneas arrendadas en toda la Comunidad, los Estados miembros deben velar por que, en cualquier lugar de su territorio, al menos un organismo ofrezca a los usuarios el acceso a un conjunto mínimo de líneas arrendadas; que los organismos a los que se imponga la obligación de suministrar líneas arrendadas deben ser designados por los Estados miembros; que los Estados miembros deben notificar a la Comisión los nombres de los organismos a los que se aplica la Directiva".

En consonancia con ello, la Directiva da nueva redacción al art. 1 de la Directiva 92/44/CE, que modifica, disponiendo que "los Estados miembros velarán por que en cualquier lugar de su territorio al menos un organismo esté sometido a lo dispuesto en la presente Directiva.

Los Estados miembros velarán por que las obligaciones resultantes de la presente Directiva no se impongan a organismos que no tengan un peso significativo en el correspondiente mercado de líneas arrendadas, a menos que en el Estado miembro de que se trate no hubiera organismos con un peso



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

significativo en dicho mercado", y al art. 2, conforme al cual "a efectos de la presente Directiva, se considerará que un organismo tiene un peso significativo en el mercado cuando disponga de una cuota de mercado igual o superior al 25% del correspondiente mercado de líneas arrendadas en un Estado miembro. El correspondiente mercado de líneas arrendadas se determinará en función del tipo o tipos de líneas arrendadas ofrecidas en una zona geográfica determinada. La zona geográfica podrá abarcar la totalidad o una parte del territorio de un Estado miembro.

Las autoridades nacionales de reglamentación podrán decidir que un organismo con una cuota de mercado inferior al 25% del correspondiente mercado de líneas arrendadas tiene un peso significativo en el mercado. También podrán decidir que un organismo con una cuota de mercado igual o superior al 25% del correspondiente mercado de líneas arrendadas no tiene un peso significativo en el mercado.

En ambos casos, esta decisión tendrá en cuenta la capacidad de dicho organismo para influir en las condiciones del mercado de líneas arrendadas, su volumen de negocios en relación con las dimensiones del mercado, su acceso a recursos financieros y su experiencia en el suministro de productos y servicios en el mercado.

Por su parte la Directiva 98/10/CE, de 26 de febrero de 1998, relativa a la aplicación de la oferta de red abierta (ONP) a la telefonía vocal y sobre el servicio universal de telecomunicaciones en un entorno competitivo, señalaba que "al avanzar hacia un mercado competitivo, existen obligaciones que conviene aplicar a todos los organismos que ofrezcan servicios telefónicos a través de redes fijas y otras que sólo deben aplicarse a organismos que disfruten de un peso significativo en el mercado o que hayan sido designados como operador de servicio universal, definiendo como operador con peso significativo en el mercado en su art. 2.2 i) "un organismo autorizado para suministrar redes públicas de telefonía fija y/o servicios de telefonía vocal en un Estado miembro que, a efectos de la presente Directiva, haya sido designado como tal por la autoridad nacional de reglamentación de dicho Estado miembro, y esta decisión haya sido notificada a la Comisión.

Se presumirá que un organismo tiene un peso significativo en el mercado cuando posea una cuota superior al 25% del mercado pertinente en la zona geográfica de un Estado miembro en la que esté autorizado para operar.

Las autoridades nacionales de reglamentación podrán decidir que un organismo que dispone de una cuota de mercado inferior al 25% en el mercado pertinente tiene un peso significativo en el mercado. Asimismo, podrán decidir que un organismo que dispone de una cuota de mercado superior al 25% en el mercado pertinente no tiene un peso significativo en el mercado. En ambos



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

casos, dicha decisión tendrá en cuenta la capacidad del organismo para influir en las condiciones del mercado, su volumen de negocios en relación con las dimensiones del mercado, su control de los medios de acceso a los usuarios finales, su acceso a los recursos financieros y su experiencia en la comercialización de productos y servicios en el mercado, indicando en el apartado 3 del mismo art. 2 que "a efectos de la presente Directiva:

- a) los términos "red pública de telefonía fija" y "red pública de telefonía móvil" se entenderán según la descripción de los mismos que figura en el anexo I de la Directiva 97/33/CEE sobre interconexión;
- b) el término "servicios telefónicos accesibles al público" incluirá tanto a los servicios públicos de telefonía fija como a los servicios públicos de telefonía móvil".

Es así que la definición de la categoría "organismo (operador) con peso significativo en el mercado" se establece por el legislador comunitario con un carácter finalista, esto es, a los efectos de la modulación, ex ante, de las obligaciones que el marco jurídico comunitario impone en cada uno de los ámbitos que regula.

Aparece, por tanto, como una categoría propia de la legislación sectorial de telecomunicaciones, de contenido y finalidad distintas de la categoría de operador dominante en un mercado, propia del Derecho de la competencia aunque una y otra puedan ser predicables de un mismo operador y desencadenar por tanto las consecuencias que uno y otro ámbito de regulación han previsto.

El legislador español por su parte incorporó estas previsiones comunitarias en la Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones de 24 de abril de 1998 y en sus normas de desarrollo, si bien que asimilando terminológicamente en un concepto único de "operador dominante" las dos categorías diferenciadas a que hace referencia el Derecho comunitario.

Sin embargo, también en el ordenamiento español tanto los parámetros de valoración de una tal posición de los operadores en el mercado, como las consecuencias derivadas de ella en la legislación sectorial, permiten distinguir claramente las consecuencias derivadas de ésta, de las que pudieran resultar de la aplicación ex post del Derecho general de la competencia y de la categoría de operador con posición de dominio en el mercado en él definida con perfiles bien caracterizados.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El art. 23.1 de la LGTel, en efecto, viene así a definir a los que denomina "operadores dominantes" del modo siguiente: "a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de operador dominante, en el ámbito municipal, autonómico, estatal o en otro ámbito territorial determinado, el operador u operadores de redes o servicios que hayan obtenido en dicho ámbito y en el año inmediatamente anterior, una cuota de mercado superior al 25 por 100 de los ingresos brutos globales generados por la utilización de las redes o por la prestación de los servicios.

No obstante lo anterior y en atención a la capacidad de las redes de un mismo titular, o a la del servicio que éste preste, para influir en las condiciones del mercado, su volumen de negocios, su control sobre los medios de acceso a los usuarios finales, su acceso a los recursos financieros, su experiencia en suministrar productos y servicios o cualquier otra circunstancia que pueda afectar a las condiciones de la competencia, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con carácter individualizado y mediante resolución motivada, podrá establecer que no tiene posición dominante en el mercado aunque participe en él en una cuota superior al 25 por 100, en el ámbito territorial de referencia. Del mismo modo y con arreglo a las mismas condiciones, podrá establecer que sí tiene esa posición dominante el prestador de los servicios o el titular de red con una cuota de mercado inferior al 25 por 100% en el ámbito territorial de referencia".

El apartado 2 del mismo art. señala que "la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones establecerá y hará pública, anualmente, la relación de los operadores que se consideran dominantes en el mercado".

Se trata de una definición y de unas competencias de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que no son sino incorporación estricta del régimen contenido en las Directivas respecto del operador con peso significativo en el mercado, y cuyo régimen jurídico responde en nuestra Ley General a los objetivos establecidos por las Directivas incorporadas.

Es a estos operadores a los que la Ley impone obligaciones específicas, de distinta naturaleza e intensidad según el ámbito concreto al que la Ley se refiere: obligaciones de servicio público, separación contable ó interconexión en línea con lo establecido en las Directivas que incorpora.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2. El mercado relevante

2.a Ámbito geográfico:

De acuerdo con lo establecido en la Ley General, la calificación de dominante tomará como mercados geográficos relevantes, por expreso mandato legal, "el ámbito municipal, autonómico, estatal", abriendo la Ley la posibilidad, sin embargo, de determinación de ámbitos territoriales distintos en su caso, lo que de acuerdo con lo establecido en el art. 3 del Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el Título II de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, en lo relativo a la interconexión y al acceso a las redes públicas y a la numeración, corresponderá al Ministerio de Fomento previo informe de la CMT.

Responde así la Ley a la lógica propia del marco jurídico español que reconoce la existencia de títulos habilitantes de ámbito geográfico más restringido que el estatal y al mandato comunitario con arreglo al cual la calificación como operador con peso significativo en el mercado se remite a "la zona geográfica de un Estado miembro en la que esté autorizado a operar".

Por tanto, en los ámbitos municipal, autonómico y estatal, la determinación del mercado geográfico relevante ha sido realizada ex lege sin que pueda entenderse modificada tal determinación por vía reglamentaria y ello sin perjuicio de la posibilidad de determinación de otros mercados geográficos que, para supuestos concretos, puedan resultar relevantes y en el bien entendido de que es éste un concepto estrictamente vinculado a la legislación sectorial y por tanto distinto del concepto de "mercado geográfico relevante" acuñado en los procedimientos propios del Derecho de la competencia, y que atiende fundamentalmente a las condiciones de la oferta y la demanda.

2.b. Los mercados de productos

La Directiva 98/10/CE identifica como tales los "mercados de redes públicas telefónicas fijas y/o servicios de telefonía vocal", y la Directiva 97/51/CE el de "líneas arrendadas" definidos los primeros en el Anexo I de la Directiva 97/33/CE, relativa a la interconexión.

Por su parte, el legislador español, concreta lo previsto en el art. 23 de la LGTel, en el art. 3.2 del Reglamento de Interconexión distinguiendo por el momento los mercados de referencia de los siguientes servicios:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- a) "Redes públicas telefónicas fijas y servicios telefónicos fijos disponibles al público.
- b) Líneas susceptibles de arrendamiento.
- c) Redes públicas telefónicas móviles y servicios de telefonía móvil automática y de comunicación móviles personales disponibles al público".

2c. Los factores determinantes del poder de mercado

El ordenamiento español establece, para la determinación de la condición de operador con peso significativo (dominante, en la LGTel), una regla general: el disfrute de una cuota del mercado correspondiente igual o superior al 25 por 100, cuota que el legislador además mide en "ingresos brutos globales generados por la utilización de las redes o por la prestación de los servicios" (art. 23); ahora bien, el mismo precepto atribuye a la CMT la competencia para declarar a un operador con posición dominante aun cuando no alcance la cuota de mercado fijada con carácter general, o excluir de tal declaración a un operador aun cuando supere la indicada cuota, lo que solamente podrá hacer "con carácter individualizado y mediante resolución motivada" cuando así lo exija la apreciación que la propia Comisión haga de las circunstancias que puedan afectar a las condiciones de competencia.

III.- CONTESTACION A LAS ALEGACIONES DE LOS INTERESADOS.

Sin perjuicio de que las alegaciones formuladas, respecto de los tres mercados que son objeto de atención en la presente resolución, han sido objeto de atención genérica en las líneas que anteceden, se procede a continuación a su contestación de una manera más pormenorizada.

Así, en relación a las alegaciones de AIRTEL, cabe manifestar:

- Que la innecesaria intervención del regulador, defendida por la operadora, contradice no sólo lo dispuesto en la Ley General de Telecomunicaciones – cuyo artículo 23.2 impone a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la obligación de establecer y hacer pública, **anualmente**, la relación de los operadores que se consideran dominantes en el mercado-, sino que puede dar lugar al incumplimiento por el Estado español de las previsiones contenidas en el artículo 18.2 de la Directiva 97/33/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, que obliga a las autoridades nacionales de regulación a comunicar a la Comisión Europea el nombre de los organismos que están sometidos a las disposiciones de la propia Directiva sobre organismos con peso significativo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

en el mercado. Esta declaración no tiene ninguna relación directa con el hecho de que existan o no distorsiones de la situación de competencia en los mercados en los que se declara la dominancia, que es cuestión distinta, como se ha indicado en los fundamentos jurídicos de esta resolución.

- Que la supuesta inexistencia de razones objetivas que aconsejen declarar a AIRTEL como operador dominante, entendiendo que se trata de una especie de medida correctora de conductas que pueden distorsionar el desarrollo de la competencia, no parece una razón esgrimible, en la medida que asocia la declaración de dominancia con una supuesta actividad contraria al desarrollo de la competencia, lo cual, como ya se ha explicado reiteradamente, constituye un error conceptual por cuanto de la declaración de dominancia no se desprende ningún prejuicio real o potencial sobre el comportamiento en el mercado del operador afectado, sino tan sólo una realidad fáctica: la posición relativa de ese operador en el mercado respecto de sus competidores, con las consecuencias que de esta declaración específica resultan según la normativa sectorial aplicable, y sin extensión al concepto de operador dominante en el mercado propio del Derecho comunitario de la competencia.

Respecto de las observaciones de AMENA, se manifiesta lo que sigue:

- Que los datos “presuntamente obtenidos y tomados en consideración para alcanzar el conocimiento necesario sobre la actividad de los operadores en los distintos mercados de referencia”, están contenidos en el expediente que da origen a la presente resolución, y cuyo contenido no ha sido divulgado con carácter general a los operadores por su carácter confidencial.
- Que la falta de concreción de las razones que justifiquen los criterios empleados para la delimitación de los mercados relevantes y para la medición de las cuotas que se atribuyen a los operadores, en la presente resolución están suficientemente justificadas, en las previsiones de la propia LGTel.
- Finalmente, la afirmación de que la declaración de dominancia es simplista por que se apoya exclusivamente en un criterio presuntivo cuantitativo que rechaza expresamente el recurso a otros criterios legales cualitativos, ha sido contestada con anterioridad: el artículo 23 de la Ley General de Telecomunicaciones no contiene una presunción, como parece entender AMENA sino una disposición imperativa, que prevé la calificación como dominante con apoyo en un criterio objetivo, que, no obstante y como excepción, permite su modulación individualizada con base en otros criterios, siempre que el regulador lo justifique de manera motivada. De no



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

hacerlo así, la norma imperativa se impone como regla general aplicable a los operadores.

En lo que hace a Telefónica Servicios Móviles, cabe significar lo que sigue:

- En relación a la alegación de que esta Comisión ha pasado con ligereza por cada una de las fases identificadas por el Comité ONP como necesarias para la determinación del poder significativo en el mercado de una operadora, se recuerda que en el presente caso se han seguido escrupulosamente las referidas fases, como se razona a continuación.

Como bien conoce la alegante, las etapas que el documento del Comité ONP referenciado sugiere son las siguientes:

- Identificación del mercado relevante, en términos de mercado geográfico y mercado de servicios.
- Selección de los parámetros a utilizar para medir el tamaño del mercado y la cuota de mercado de los operadores.
- Recogida de los datos de la actividad económica de los operadores a fin de calcular el tamaño del mercado y las cuotas, y
- En caso de desviación de la presunción de que las organizaciones con una cuota superior al 25% del mercado sean calificados OPSM, justificar tal desviación con arreglo a los criterios recogidos en la definición de OPSM a tales efectos.

Parte de estas etapas ya han sido avanzadas en la propia normativa española. Así por ejemplo respecto de la **PRIMERA ETAPA** (definición o identificación del mercado de referencia) el artículo 3.2 del Reglamento de Interconexión ya ha determinado los mercados de servicios (los cuatro ya reseñados en varias ocasiones) y la propia Ley General de Telecomunicaciones, en su artículo 23 lleva a cabo una primera definición de los mercados geográficos: ..."(A) los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de operador dominante, en el ámbito municipal, autonómico, estatal o en otro ámbito territorial determinado,...."

Como se señalaba en el Informe de la Dirección de Mercados, se está procediendo a una primera determinación de la dominancia en el mercado de las telecomunicaciones, para la que, dado que en el año 98 la competencia aún era incipiente, se ha escogido únicamente el ámbito territorial estatal, el cual no requiere de una mayor concreción previa por parte del Ministerio de Fomento puesto que se conocen bien los límites del territorio nacional español. Esto no impide que se pueda proceder a posteriores determinaciones, sobre mercados



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

geográficos o ámbitos territoriales distintos, que podrán ser los concretados en la Ley o los que pueda acotar el Ministerio de Fomento.

Respecto de la **SEGUNDA ETAPA** (identificación de los parámetros de medida tanto para el tamaño del mercado como para el cálculo de la cuota de cada operador) baste decir que como se ha señalado en los fundamentos de Derecho la LGTel concreta el parámetro para la determinación de la condición de operador dominante: “los ingresos brutos globales generados por la utilización de las redes o por la prestación de los servicios”.

No obstante ello, en nuestro caso, se ha optado por no cerrar las posibilidades y proceder a las medidas de tamaño y cuotas con arreglo a diversos parámetros posibles en los tres mercados señalados, tal y como se señala en el apartado de antecedentes:

Se procedió a iniciar en el mes de enero del presente año la **TERCERA ETAPA**, consistente en la recogida de la información para calcular el tamaño y las cuotas, mediante el envío de los correspondientes requerimientos de información a todos los operadores presentes en los mercados de servicios determinados y adjuntándoles una lista de datos correspondientes al año 1998 que debían aportar a esta Comisión.

Entre la tercera y la cuarta etapas se debe proceder internamente (en el seno de la autoridad nacional de regulación) a procesar los datos y obtener los resultados. Y eso es lo que se hizo en la CMT en los primeros días de mayo de 1999. Los resultados de estos cálculos, con el detalle mínimo suficiente para que los interesados puedan encontrar el motivo por el cual esta Comisión les declara dominantes, se encontraban también en el Informe de la Dirección de Mercados, sin perjuicio de encontrar su última razón de ser en el propio expediente en el que tales datos estaban aportado.

Finalmente, la **CUARTA ETAPA** en nuestro caso (determinación de estos tres mercados correspondientes al año 98) se puede obviar. Esta etapa correspondería a la situación en que, a la hora de proceder a la determinación de dominancia, nos desviáramos de la regla general según la cual los operadores con más del 25% del mercado pueden llegar a no ser declarados dominantes: como no es el caso en ninguno de los tres mercados, no ha lugar a utilizar esta etapa.

- Respecto de la afirmación de que existe un defecto procedimental por cuanto el Ministerio de Fomento no ha concretado las áreas geográficas para la determinación del carácter dominante de los operadores, ya se ha indicado que esta concreción sólo es necesaria para el caso de zonas geográficas distintas de las que el artículo 23.1 de la Ley ha concretado. En consecuencia, como uno de los ámbitos territoriales que este último artículo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ha reseñado es el estatal y a este ámbito se ciñe la presente declaración de dominancia, no puede entenderse que exista vulneración procedimental.

- Por último, se insiste en la necesidad de analizar otros parámetros distintos al de la regla general del artículo 23.1 de la Ley General de Telecomunicaciones. Como ya se ha puesto de manifiesto, el artículo 23.1 no contiene una presunción sino una regla general que hace inútil el acudir a otros parámetros si el regulador la considera suficiente.

Para acabar con este apartado, procede contestar las alegaciones de TSOSTESA. Una parte de ellas ya han sido analizadas en el comentario a las alegaciones del resto de operadores. Quedaría por comentar la observación formulada por esta operadora en relación al ámbito geográfico de la Comunidad Autónoma del País Vasco, respecto de la que ninguna declaración de dominancia se ha hecho, a pesar de que, según TSOSTESA, existiría en ese ámbito territorial un operador que con base en el artículo 23 de la Ley General debería ser declarado dominante (no se precisa en qué mercado).

En relación a esta alegación, debe indicarse que el hecho de que en el presente caso se haya optado por la declaración de dominancia en el ámbito geográfico estatal, para los mercados referenciados y teniendo en cuenta los datos correspondientes al año 1998, no impide que esta Comisión pueda abordar la declaración de dominancia en estos mismos mercados, pero en otros ámbitos geográficos, que estén delimitados por la Ley o por el Ministerio de Fomento. En cualquier caso, una decisión de esta naturaleza no formaría parte de este expediente que se ha limitado a la declaración de dominancia en el ámbito geográfico estatal.

IV. OBLIGACIONES DERIVADAS DE LA DECLARACION DE DOMINANCIA

Como se ha señalado anteriormente las directivas ONP han sido incorporadas al ordenamiento jurídico nacional, en lo esencial, a través de la Ley General de Telecomunicaciones y, en particular, a través de las disposiciones que la desarrollan. En especial, en cuanto se refiere a la delimitación de las obligaciones que comporta el carácter de operador dominante, las cuales vienen armonizadas en las Directivas antes reseñadas, cabe destacar lo dispuesto en la Ley General de Telecomunicaciones, en el Reglamento de Interconexión y en la Orden del Ministerio de Fomento, de 22 de septiembre de 1998, por la que se establece el régimen aplicable a las licencias individuales para servicios y redes de telecomunicaciones y las condiciones que deben cumplirse por sus titulares (en adelante, OM de Licencias).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En lo referido a la interconexión, en relación con lo previsto en la Directiva 97/33/CE, el Capítulo IV del **Reglamento de Interconexión**, que lleva por título "**Obligaciones aplicables a los operadores dominantes**" recoge, en su **artículo 9º** un lista de dichas obligaciones que resumidamente serían:

1. Facilitar la interconexión en condiciones no discriminatorias, transparentes y fundadas en criterios objetivos.
2. Disponer de una oferta de interconexión de referencia.
3. Ofrecer la interconexión en las centrales de conmutación locales y de nivel superior de conmutación.
4. Facilitar el acceso al bucle de abonado cuándo y en las condiciones que así se determinen.
5. No impedir acuerdos sobre servicios no contemplados en la Oferta de interconexión de referencia.
6. Precios transparentes y orientados a costes. Aplicación de un sistema adecuado de contabilidad de costes.
7. Presentación de cuentas separadas de los servicios de interconexión y de los otros servicios prestados por el operador.

Estas obligaciones serían de aplicación a los operadores declarados dominantes en los mercados de telefonía fija y de alquiler de circuitos.

El artículo 10, de acuerdo con lo dispuesto en la directiva 97/33/CE para este tipo de operadores, establece en sendos párrafos las dos categorías de obligaciones que -en relación con la interconexión- tienen los operadores de telefonía móvil según que la dominancia sea establecida en su propio mercado o en el mercado nacional de interconexión.

Un operador de telefonía **móvil** que sea declarado **dominante en su propio mercado** (el de telefonía móvil) a efectos de las obligaciones de interconexión sólo debería satisfacer una condición "inherente" a su categoría: la de facilitar la interconexión en condicione no discriminatorias, transparentes y fundadas en criterios objetivos (artículo **9.1** del RI).

Además, si dicho operador de telefonía **móvil** fuera declarado **dominante en el mercado nacional de interconexión**, a efectos de las obligaciones de interconexión debería cumplir las obligaciones anteriores **1, 6 y 7**. Pero esto,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

como se ha señalado será objeto de estudio en otra resolución dentro del mismo procedimiento.

En lo referente al acceso a las redes, el artículo 24 de la Ley General dispone que “los titulares de redes públicas de telecomunicaciones que tengan la consideración de dominantes deberán facilitar el acceso a sus redes en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, a todos los usuarios y prestadores de servicios de telecomunicaciones que lo soliciten”.

En lo referido a las condiciones del propio servicio en cuyo mercado han sido declarados dominantes, en relación con lo previsto en las directivas 92/44/CE (modificada por la 97/51) sobre líneas alquiladas y 98/10/CE sobre telefonía vocal, debemos recordar lo establecido en el Anexo I de la citada Orden de **Licencias**, el cual lleva por título “Condiciones que deben cumplir los operadores **dominantes** titulares de licencias de tipo A y B que presten el **servicio telefónico fijo** disponible al público y de los tipos B y C que presten el de **líneas** susceptibles de arrendamiento.”

El **apartado I** de dicho Anexo recoge las obligaciones de los operadores **declarados dominantes en el mercado de telefonía fija**.

El **apartado II** de dicho Anexo hace lo propio para los operadores **declarados dominantes en el mercado de alquiler de circuitos**.

Por lo que respecta al servicio universal, el artículo 38.1 de la Ley General de Telecomunicaciones dispone que *“para garantizar el servicio universal de Telecomunicaciones en todo el territorio nacional, cualquier operador que tenga la consideración de dominante en una zona determinada, podrá ser designado para prestar, dentro de ella, cualesquiera de los servicios incluidos en el concepto de servicio universal”*.

Finalmente y respecto a la separación de cuentas, el artículo 34 de la Ley General de Telecomunicaciones establece que “los operadores de redes públicas de telecomunicaciones y de los servicios de telecomunicaciones disponibles al público que tengan la consideración de dominantes, tendrán la obligación de presentar anualmente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones cuentas separadas y auditadas referentes a las distintas actividades que realicen.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A la vista de los resultados obtenidos, de conformidad con las disposiciones legales y reglamentarias de aplicación, una vez analizadas las alegaciones de los interesados, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones adopta los siguientes

ACUERDOS

Primero. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 23.2 de la Ley General de Telecomunicaciones se consideran dominantes, a los efectos previstos en dicha Ley, en los diferentes mercados a los operadores siguientes:

- En el mercado de telefonía fija a TSOSTESA
- En el mercado de alquiler de circuitos a TSOSTESA
- En el mercado de la telefonía móvil a Telefónica Servicios Móviles, S.A. y a Airtel Móvil, S.A.

A dichos operadores les será de aplicación, hasta tanto se proceda a la siguiente determinación anual, las disposiciones previstas en la legislación sectorial de telecomunicaciones para los operadores que tienen el carácter de dominante y en particular:

- **TSOSTESA** deberá cumplir con las obligaciones recogidas en el Anexo I, apartados I y II, de la Orden de Licencias, con las obligaciones establecidas en el artículo 9 del Reglamento de Interconexión, y en los artículos 24, 34 y 38 de la Ley General de Telecomunicaciones.
- **Telefónica Servicios Móviles, S.A. y Airtel Móvil, S.A.** deberán cumplir las obligaciones establecidas en el apartado 1 del artículo 9º del Reglamento de Interconexión, y en los artículos 24 y 34 de la Ley General de Telecomunicaciones.

Segundo. Notificar la presente resolución a los operadores interesados y mandar su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Tercero. Notificar la presente resolución a la Comisión Europea de acuerdo con lo previsto en las disposiciones comunitarias y a los efectos oportunos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1.997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.Ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

VºBº: EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

José Mª Vázquez Quintana

Luis Bermúdez Odriozola.