



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. JOSÉ GIMÉNEZ CERVANTES, 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 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 9 de marzo de 2.000, se ha adoptado en relación con el expediente 2.000/2118 el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE DECLARA DOMINANTE EN EL MERCADO NACIONAL DE INTERCONEXIÓN A TELEFÓNICA SERVICIOS MÓVILES, S.A. DE ACUERDO CON LOS DATOS DEL MERCADO DE 1.998.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Resolución de 3 de junio de 1999.

El 3 de junio de 1999, el Consejo de la C.M.T. adoptó una Resolución en el expediente 1999/698 por la que se establece la relación de los operadores que, a los efectos previstos en la Ley General de Telecomunicaciones, tienen la consideración de dominantes en los mercados de servicios de telefonía fija disponible al público, de telefonía móvil disponible al público y de líneas susceptibles de arrendamiento.

En el preámbulo de la citada Resolución se acordó que de los cuatro mercados de referencia contemplados en el Reglamento relativo a la interconexión, la declaración de dominancia en el mercado nacional de interconexión de acuerdo con el artículo 10, se dejaba para “más adelante por cuanto exigía un estudio más detallado”.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Segundo: Trámite de audiencia en el procedimiento relativo a la nueva resolución de declaración.

El 30 de diciembre de 1999 se traslada a los interesados informe de 22 de diciembre de la Dirección de Mercados en el que se presentan los resultados del estudio llevado a cabo sobre el poder de mercado de los operadores en el mercado nacional de interconexión y se incluye una propuesta de declaración de dominancia a favor de Telefónica Servicios Móviles. Dicho informe constituye en si el estudio más detallado al que se refiere la Resolución de 3 de Junio.

El envío de este informe se lleva a cabo a los efectos del artículo 84 de la Ley de Régimen Jurídico y de Procedimiento Administrativo Común, relativo al trámite de audiencia.

Los interesados a los que se da trámite de Audiencia son.

Airtel Móvil, S.A.
Retevisión Móvil, S.A.
Telefónica Servicios Móviles, S.A.
Telefónica, S.A.

Tercero: Alegaciones presentadas.

El 19 de enero de 2000, Retevisión Móvil, S.A. y Telefónica Servicios Móviles, S.A. presentan alegaciones. El 24 de enero de 2000 lo hacen Airtel Móvil, S.A. y Telefónica de España, S.A.U.

A continuación se resume el contenido de las alegaciones de cada uno de los interesados, señalando que los ordinales que aquí se reflejan no coinciden con los del interesado, sino que agrupan las materias que por su naturaleza homogénea se ha considerado oportuno agrupar en una misma alegación.

RETEVISION MOVIL, S.A.:

Primera: Se reitera en las alegaciones que presentó en el expediente 1999/698 en el que la CMT dictó la Resolución de 3 de junio de 1.999 por la que se establece la relación de operadores dominantes en los mercados de servicios.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Segunda: El informe que se envía en el trámite de audiencia se refiere a un estudio más detallado cuyo contenido no se incorpora al propio informe.

Tercera: Retevisión alega que toda vez que en el presente expediente, el mercado considerado es el existente en 1.998, la declaración de dominancia se tenía que haber producido durante el año 1.999 y, habiendo transcurrido el plazo legal, la declaración no puede tener lugar en el 2.000.

Cuarta: Que el informe se circunscribe al análisis de los operadores de móviles como potenciales dominantes, olvidando considerar el operador de telefonía fija con mayor peso en el mercado como es Telefónica de España, S.A.U.

Quinta: La propuesta elude cualquier consideración sobre el mercado de alquiler de circuitos en la delimitación del mercado nacional de interconexión.

Sexta: La propuesta de declaración de dominancia no contribuye a promover ninguno de los objetivos que persigue el derecho sectorial de las telecomunicaciones, al repercutir negativamente en las inversiones comprometidas por otros operadores de móviles como consecuencia del efecto reflejo que sobre ellos tendría la medida considerada.

Séptima: Retevisión declara preferir como criterio para medir la cuota de mercado el volumen en vez del valor.

Octava: El interesado alega que no se justifica suficientemente la valoración de los tráficos internos.

Novena: Retevisión estima que la Comisión no ha valorado el posible efecto “stop and go” de la medida propuesta.

Décima: Se propone la distinción en la evaluación entre la cuota en el mercado de interconexión atribuible a la red analógica, y aquella que se refiera a la red digital.

Décimo primera: Retevisión alega no entender como el operador cuya dominancia se propone, tiene capacidad para influir en el mercado, si él mismo ha logrado superar sus previsiones más optimistas en lo que a captación de clientes y volumen de negocio se refiere.

Décimo segunda: El interesado afirma que recursos como el control de los medios de acceso o la experiencia en suministrar productos o servicios no



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

puede considerarse porque, o bien ella misma dispondrá en el futuro de esos recursos o bien, en el caso de la experiencia, esta circunstancia concurre en la mayor parte de los operadores.

TELEFONICA SERVICIOS MOVILES, S.A.:

Primera: El artículo 23 de la Ley General de Telecomunicaciones exige que las declaraciones de dominancia se realicen teniendo en cuenta los datos del año inmediatamente anterior por lo que, si se utilizan los de 1.998, la declaración no se atiene a la ley por realizarse en el 2.000, de manera que la Comisión debería basarse en los datos del mercado en el año 1.999.

Segunda: El artículo 23 de la Ley General de Telecomunicaciones dice que la cuota de mercado se calcula utilizando los ingresos brutos globales, concepto que a juicio de Telefónica Servicios Móviles no permite incluir las valoraciones procedentes del tráfico interno.

Tercera: El interesado trae a colación decisiones procedimentales y de contenido adoptadas por otras Autoridades Reguladoras.

Cuarta: Telefónica Servicios Móviles pide que se considere la Comunicación publicada por la Comisión Europea con motivo de la Revisión 99 en tanto que si nos atenemos a la evolución normativa que de ella se desprende y la evolución previsible del Mercado, no resultaría calificada como operador dominante.

Quinta: El interesado señala que en la valoración de los criterios complementarios recogidos en el párrafo segundo del art. 23 de la Ley General de Telecomunicaciones no se ha entrado a analizar el caso de Airtel Móvil S.A.

Sexta: Telefónica Servicios Móviles no considera que exista un control sobre los medios de acceso a los usuarios finales en tanto que el usuario siempre puede elegir el operador de su preferencia de entre los tres existentes con concesión administrativa.

Séptima: La declaración de dominancia impide hacer frente a las exigencias inversoras, aun más si tenemos en cuenta la necesidad de abordar cada una de las sucesivas generaciones tecnológicas. Esta preocupación de Telefónica Servicios Móviles no sólo se refiere a si misma sino al conjunto de los operadores de móviles.

Octava: El interesado afirma que el sector de las comunicaciones móviles es ya, por el propio juego de las reglas del mercado, ejemplo de competencia efectiva en el sector.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Novena: Comparar los precios de interconexión de fijo y móvil no es posible por la falta de homogeneidad de las magnitudes comparadas, la interconexión a un móvil incluye el servicio de localización y de terminación de llamada, mientras que la interconexión a fijo solo incluye esta última.

Décima: Telefónica Servicios Móviles declara inadecuado adicionar el mercado móvil y fijo a efectos de la dominancia en el mercado de interconexión.

Décimo segunda: Los ingresos procedentes de la interconexión de líneas alquiladas, si bien se mencionan en el informe de la Comisión, no aparecen incluidos en la valoración de la cuota de mercado.

Décimo tercera: Como quiera que Telefónica Servicios Móviles dispone de la red analógica y GSM para prestar sus servicios, esta circunstancia debe considerarse a los efectos de separar los ingresos de interconexión procedentes de cada una de ellas.

AIRTEL MOVIL,S.A.:

Primera: Airtel señala que para la declaración de dominancia en el 2.000 no deben utilizarse los datos de 1.998, de acuerdo con lo establecido en el art. 23 de la Ley General de Telecomunicaciones.

Segunda: Esta sociedad manifiesta su acuerdo con la inclusión de la interconexión de los circuitos alquilados a la hora de determinar el mercado. No obstante no queda clara la forma como se introduce esta variable. Por otro lado Airtel echa en falta los ingresos procedentes de la interconexión de acceso en la definición del mercado considerado.

Tercera: El interesado afirma que la declaración de dominancia propuesta obligaría a los demás operadores de móviles a disminuir sus precios de interconexión, viendo mermado el retorno de sus inversiones y desincentivando las futuras.

Cuarta: Airtel considera conveniente que para la declaración de dominancia se especifique si los efectos de la misma recaen sobre la red analógica o digital.

Quinta: El operador sostiene que la declaración de dominancia del artículo 23 propone frente al criterio de los ingresos, otros aspectos que la Comisión podría tener en cuenta para determinar o no la posición relevante del



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

operador considerado fuera de la regla general del 25% de cuota en el mercado.

Por esta razón, Airtel propone a la Comisión que haga uso de esta flexibilidad de criterio, para evitar la declaración de dominio teniendo en cuenta que en el mercado de la telefonía móvil existe una competencia efectiva: “No parece razonable la necesidad de regular un mercado que ha dado, y sigue dando, claras muestras de estar en competencia”.

Sexta: Airtel prefiere, que para calcular la cuota del 25% del mercado se utilicen como criterio los minutos en vez de los ingresos, por ser esta última una medida no homogénea, “algo que precisamente cambia permanentemente de valor”. Por otra parte se teme el llamado efecto diente de sierra o “stop and go”, que el uso de los ingresos como medida puede producir en las sucesivas declaraciones de dominancia.

Séptima: El interesado no coincide con la Comisión en la forma de calcular los ingresos de interconexión generados por el tráfico interno que, por otra parte, no son por su naturaleza verdaderos ingresos.

Octava: Airtel señala que la declaración basada en datos de 1.999 exige que estos sean fidedignos y no meras conjeturas o previsiones sin fundamento suficiente.

Novena: El operador interesado considera un obstáculo a la declaración el hecho de que una de las consecuencias de la misma sea la obligación de orientación a costes de los precios de interconexión, conforme a un sistema de contabilidad que aun no ha quedado establecido.

Décima: Se presentan como alegaciones en contra las actuaciones que, en este asunto, han desarrollado las autoridades reguladoras de otros países comunitarios.

Décimo primera: Por último, Airtel no coincide con las valoraciones hechas por la Comisión a la hora de contrastar el resultado obtenido al calcular la cuota a través de los ingresos, con las conclusiones a las que se llega utilizando otros criterios o parámetros.

TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U.:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Primera: Que la declaración de dominancia de cualquier operador móvil no debe llevarse a cabo antes de que termine el proceso de reequilibrio tarifario que en particular afecta a Telefónica de España.

Segunda: Telefónica considera que la presente declaración se produce fuera de plazo.

Tercera: El interesado manifiesta que la declaración de dominancia debiera producirse teniendo en cuenta los datos de 1.999.

Cuarto: **Modificación del número de referencia.**

El 24 de febrero de 2.000 se comunica a los interesados que el número del expediente relativo al procedimiento sobre la declaración de dominancia en el Mercado nacional de interconexión es el 2.000/2118.

Quinto: **Datos del mercado en 1.998.**

En el informe de la Dirección de Mercados que se traslada a los interesados en el trámite de audiencia, se comunican los siguientes extremos:

El mes de enero de 1.999 se cursaron requerimientos de información a los diversos operadores de redes y servicios de telecomunicación para, entre otros aspectos recoger los datos que fueran necesarios para proceder a la determinación anual de los operadores dominantes en cada uno de los cuatro mercados de referencia, entre ellos el nacional de interconexión.

Entre otros aspectos, se requería a cada operador información sobre el número de minutos correspondientes a las llamadas telefónicas terminadas en su red (cualquiera que fuera el origen de la llamada, la propia red o una red distinta, fija o móvil, nacional o establecida en otro país) y sobre el ingreso total habido a lo largo del año 98 por el concepto de interconexión procedente de otros operadores.

De los datos proporcionados por los propios operadores se calculó el tamaño del mercado nacional de interconexión y la correspondiente distribución de cuota de cada operador.

Pues bien, tomando como magnitud o variable de referencia el volumen, es decir, el número de minutos terminados en la propia red, cualquiera que sea la red de origen (la propia u otra), el reparto del mercado nacional de interconexión en el año 98 resultó ser el siguiente, :



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Telefónica de España, S.A.U. (terminación en red fija) cuota superior al 90%
- Telefónica Servicios Móviles (terminación en su red móvil) cuota inferior al 10%
- Airtel S.A., (terminación en su red móvil) cuota inferior al 10%
- Resto de operadores cuota insignificante.

A continuación se procedió a calcular el tamaño del mismo mercado y su distribución tomando como magnitud de referencia el valor (en términos de valor del servicio de terminación de llamadas en la propia red) y, para ello, adoptando dos criterios de evaluación de lo que podríamos calificar como “consumo interno” de cada operador, fijo o móvil, en el mercado nacional de interconexión:

- el tráfico de terminación interna de un operador fijo (Telefónica), esto es, el tráfico terminado en dicha red y, a su vez, originado también en la misma red sin que medie intervención alguna de otro operador: se valora al precio de terminación de la llamada metropolitana (piénsese que en el año 98 se aplicaban los precios establecidos en la OM de 3 de marzo de 1.997).
- el tráfico de terminación interna de un operador de telefonía móvil se valora utilizando el mismo precio que se aplicaban entre si los operadores móviles (esto es, el precio que TSM le aplicaba a Airtel, y viceversa).

Así, teniendo en cuenta estos dos criterios de valoración y los datos aportados sobre ingresos por terminación de llamadas en cada una de las redes, la distribución de cuotas del mercado nacional de interconexión de acuerdo con los datos del año 98, según el valor, fue la siguiente:

- Telefónica de España, S.A.U. (terminación en red fija) cuota superior al 45%
- Telefónica Servicios Móviles, S.A. (terminación en red móvil) cuota superior al 40%
- Airtel, S.A. (terminación en red móvil) cuota inferior al 15%
- Resto de operadores cuota insignificante.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Sobre la normativa comunitaria aplicable.

1. La Directiva 97/33/CE

Las Directivas 92/44/CE, sobre líneas arrendadas, 98/10/CE relativa a telefonía vocal y la Directiva 97/33/CE relativa a la interconexión de las telecomunicaciones, contienen obligaciones para los Estados miembros de identificar los organismos que tienen peso significativo en el mercado a los efectos de cada una de ellas y de notificar esa información a la Comisión Europea.

En concreto, y por lo que se refiere a la Directiva 97/33/CE, se establece éste como mecanismo esencial para la consecución de su objetivo primordial, esto es, el establecimiento de unas condiciones de interconexión equitativas, proporcionadas y no discriminatorias como factor clave para el desarrollo de unos mercados abiertos y competitivos.

El considerando sexto de la norma comunitaria, base de la regulación nacional, señala que el peso significativo de mercado de un operador depende de varios factores: su cuota en el mercado de producto o servicio en el mercado geográfico que se trate, su volumen de negocios con relación a las dimensiones del mercado, su capacidad para influir en la situación del mercado, su control de los medios de acceso a los usuarios finales, sus vínculos internacionales, su acceso a los recursos financieros y su experiencia en el suministro de productos y servicios en el mercado, correspondiendo a las Autoridades Nacionales de Reglamentación la, determinación de qué organismos disfrutan de tal posición. En consecuencia con ello, el apartado 3 del artículo 4 establece que “se considerará que un organismo tiene peso significativo de mercado, cuando posea una cuota superior al 25% de un determinado mercado de telecomunicaciones en la zona geográfica de un estado miembro en el cual esté autorizado a operar”.

Establece con ello la Directiva, una presunción tajante de peso significativo de mercado para aquellas empresas cuya cuota de mercado sea superior al 25%. Ahora bien, el mismo texto admite prueba en contrario para tal presunción basada en los demás factores que enumera y que reproduce los recogidos en el Considerando 6º transcrito. Igualmente de ese conjunto de factores puede resultar la existencia de peso significativo de mercado para organismos que no



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

alcancen la cuota fijada para que opere la presunción establecida, correspondiendo siempre la decisión (dentro de estos límites) a las Autoridades Nacionales de Reglamentación.

A ellas se refiere el artículo 18 de la misma disposición comunitaria, estableciendo que: “2. *Las Autoridades Nacionales de Reglamentación notificarán a la Comunidad Europea, a más tardar el 31 de enero de 1997, y con posterioridad inmediatamente después de que se produzca cualquier modificación, los nombres de los organismos que:*

.....

- *Estén sometidos a las disposiciones de la Directiva relativas a los organismos que tienen peso significativo de mercado.*

.....

3. *La Comisión Europea publicará en el DOCE los nombres a los que se refiere el apartado 2.”*

Impone por tanto la Directiva la obligación de las Autoridades Nacionales de Reglamentación de efectuar la identificación inicial de aquellos organismos con peso significativo de mercado, notificándola a la Comisión Europea a más tardar el 31 de enero de 1997, obligación de notificación que, a partir de ese momento, la Directiva limita al caso y momento en que se produzca cualquier modificación en la relación inicialmente notificada. Por su parte, la Comisión publica la relación de estos organismos según las notificaciones de los Estados miembros.

Y esto resulta de especial relevancia a la hora de examinar el modo en que la legislación española ha recogido la competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para efectuar la declaración inicial de los operadores con posición de dominio (equivalente al peso significativo de mercado de las normas comunitarias) y sus revisiones posteriores, y que es objeto de alegaciones específicas de todos los interesados en el presente procedimiento.

2. **Las Directrices de la Comisión Europea para la identificación de los operadores con peso significativo de mercado.**



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La Comisión Europea adoptó el 1 de marzo de 1.999 un documento que lleva por título “Determinación de los organismos con poder significativo de mercado para la aplicación de las directivas ONP” y cuyo objetivo es establecer criterios de orientación a las ANRs en su obligación de determinar en cada país a los operadores que tengan tal carácter, categoría o consideración.

Dicho documento señala que el procedimiento de determinación de los operadores con poder significativo de mercado tiene cuatro etapas:

- Primera: identificación del **mercado relevante** para una directiva específica, en términos de mercado geográfico y de mercado de servicios.
- Segunda: decidir que **parámetros** se van a utilizar para medir el tamaño del mercado y la cuota de mercado de cada uno de los operadores.
- Tercera: recogida de los **datos** sobre la actividad económica de los operadores que actúan en el mercado para calcular el tamaño total del mismo y sus cuotas respectivas.
- Cuarta: **en caso de desvío** de la regla de presunción (se presume que un operador con más del 25% del mercado tiene poder significativo de mercado) **su justificación** basada en los referidos criterios o condiciones.

Además se recuerda en el documento algo que la propia Comisión se preocupó en destacar en la Comunicación sobre “aplicación de las reglas de competencia a los acuerdos de acceso e interconexión” (DOCE, C 265, 22.8.1998) y es que el concepto de “peso significativo de mercado” es distinto del concepto de “posición de dominio” que se usa en derecho de la competencia. El primero es un concepto propio de la reglamentación sectorial de telecomunicaciones comunitaria (las directivas de Oferta de red abierta, ONP) y se utiliza para imponer “ciertas” obligaciones a “determinados” operadores; es decir, a los operadores que adquieren tal categoría se les imponen, ex -ante, determinadas obligaciones, lo que proporciona seguridad jurídica a los operadores (tanto a los que sean declarados con poder significativo de mercado, porque saben de antemano cuales son las obligaciones que tienen que cumplir, como a los nuevos operadores por cuanto saben a quien pueden exigir ciertas obligaciones).

El mismo documento, en su apartado 2.2, señala que las mayores diferencias entre ambos conceptos se refieren a la forma en que se definen los mercados relevantes y al alcance o grado con que un operador puede influir en el mercado (para que se le pueda declarar bien con posición de dominio bien con poder significativo de mercado). Un mismo operador podría ser



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

determinado simultáneamente en las dos categorías (con poder de dominio y con peso significativo en el mercado) pero sería a efectos distintos.

El documento mantiene (apartado 2.3) que así como la definición del mercado de referencia es distinta en un caso (ONP, son las propias Directivas las que definen esos mercados) y otro (reglas de competencia, se definen caso por caso), el método para medir el tamaño del mercado y de las cuotas de los operadores podría ser el mismo y, a estos efectos, se remite a su Comunicación “sobre la definición del mercado de referencia en relación con el derecho de la competencia” (DOCE, C 372, 9.12.97).

Pues bien, como criterios generales, la CE indica que tanto el volumen de ventas como el valor de las mismas proporcionan información útil para medir el mercado, si bien para productos indiferenciados, se da preferencia al volumen mientras que en caso de productos diferenciados el valor de las ventas y la cuota de mercado asociada se considera que refleja mejor la posición relativa y la fuerza de cada operador.

Señala además la Comisión, que en los casos de mercados recientemente liberalizados, cualquiera que sean los parámetros de medida, el resultado será el mismo: ningún nuevo entrante se acercará al 25%, mientras que el operador tradicional estará bien por encima de ese nivel. Sin embargo, a medida que las cuotas de mercado se aproximan al 25%, los parámetros cobran mayor importancia, lo cual resulta especialmente cierto en el sector de móviles.

El capítulo 5 de dicho documento (que lleva por título, “La Directiva de Interconexión”) propone los parámetros más adecuados para la determinación de la cuotas en los referidos mercados. En concreto, el apartado 5.5 se dedica en exclusiva al mercado nacional de interconexión y sugiere que dicho mercado incluiría “todas las llamadas que terminan en las redes del territorio de un Estado Miembro” que hayan tenido origen en una red diferente, lo que incluiría las llamadas internacionales, e independientemente de si las redes origen o destino son fijas o móviles. Además, para asegurar que la metodología de cálculo de PSM no se verá afectada por posibles cambios futuros en las estructuras del mercado (por ejemplo, integración fijo/móvil, división de los antiguos monopolios en negocios de larga distancia y corta distancia..) será necesario incluir el negocio de “interconexión interna” de dichas redes”.

Basándose en dicha definición del mercado nacional de interconexión, el documento de la Comisión Europea propone como “parámetro más adecuado” para la medida de las cuotas correspondientes a cada operador los ingresos de interconexión por terminación de llamadas, y así el mercado nacional de interconexión sería el sumatorio de las siguientes partidas:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Ingresos totales de interconexión de todos los operadores de redes fijas por llamadas terminadas en sus usuarios finales. Se incluiría su propio tráfico interno (el documento propone para su evaluación que se multiplique el número de minutos por la “cuota de interconexión relevante para terminación de llamada”) y el tráfico recibido desde cualquier otra red, fija o móvil, nacional o internacional.
- Ingresos totales de interconexión percibidos por los operadores de redes fijas en concepto de interconexión de líneas alquiladas, sean estas nacionales o internacionales.
- Ingresos totales de interconexión de todos los operadores de telefonía móvil por llamadas terminadas en sus usuarios finales. Se incluiría su propio tráfico interno y el tráfico de interconexión recibido de otras redes públicas fijas o móviles, nacionales o internacionales (en caso de ausencia de ingresos efectivos, el documento propone que para el cálculo del valor del tráfico afectado se utilice una cuota de terminación de llamada típica).

II

Sobre la legislación española aplicable.

El artículo 23 de la vigente Ley General de Telecomunicaciones dice así:

“Artículo 23. Operador dominante.

1. 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% 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 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



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

aunque participe en él en una cuota superior al 25 %, en el ámbito territorial de referencia. Del mismo modo y con arreglo a las mismas condiciones, podrá establecer que sí tiene esa posición de dominante el prestador de los servicios o el titular de red con una cuota de mercado inferior al 25%, en el ámbito territorial de referencia.”

Con ello, la Ley española no hace sino recoger la presunción establecida en la Directiva 97/33/CE admitiendo la prueba en contrario en los mismos términos allí recogidos, lo que únicamente podrá hacer **“con carácter individualizado y mediante resolución motivada”** lo que refuerza aún más la eficacia inmediata de la presunción que establece.

Además en su apartado 2, el art. 23 dispone:

*“La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones **establecerá y hará pública, anualmente, la relación de los operadores que se consideran dominantes en el mercado**”.*

De esta manera, la Ley General de Telecomunicaciones hace suyo en el ámbito nacional un régimen similar al que la Directiva prevé en el ámbito comunitario para dar publicidad de los operadores que ostentan peso significativo de mercado en los diferentes Estados Miembros. Recordemos que según se ha visto anteriormente, las autoridades nacionales de reglamentación deben notificar a la Comisión Europea la declaración inicialmente y las modificaciones posteriores de operadores con peso significativo de mercado y ésta las publicará en el DOCE.

Así pues, el término “operador dominante” que se utiliza en la LGTel es idéntico al término “organismo con peso o poder significativo en el mercado” que se recoge en la Directiva IX citada en el fundamento anterior.

Por su parte el Reglamento de interconexión(en adelante RI) establecen su art.10 que:

“Los operadores de redes públicas telefónicas móviles y de servicios de telefonía móvil automática y de comunicaciones móviles personales que tengan la consideración dominantes en el mercado nacional de interconexión, deberán cumplir lo dispuesto en los apartados 1, 6 y 7 del referido artículo” (se alude al artículo 9 del RI).

Para completar la perspectiva es conveniente recoger lo dispuesto en el artículo 3º (“operadores dominantes y mercados de referencia”) del RI:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“1. Se considerará dominante aquel que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley General de Telecomunicaciones, haya sido calificado como tal por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.” Además añade que (E)sta hará pública anualmente una relación de los operadores que tengan la condición de dominante.

2. La determinación de dominante de los operadores se establecerá para los mercados de referencia de los siguientes servicios:

- 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 comunicaciones móviles personales disponibles al público.

El Ministerio de Fomento....

Asimismo, para la aplicación de lo previsto en el artículo 10 de este Reglamento, se considera un único mercado de referencia nacional para el servicio de interconexión.”

Así, el RI desarrolla el art. 23 de la Ley General de Telecomunicaciones en el sentido previsto por la normativa comunitaria atribuyendo a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la competencia para calificar a un operador como dominante inicialmente y asegurando la publicidad anual de tales calificaciones.

Pero además el RI, en línea con lo establecido en la Directiva 97/33/CE da un tratamiento distinto a los operadores de redes y servicios fijos y de líneas alquiladas por un lado, y a los operadores de redes públicas telefónicas móviles y de servicios de telefonía móvil automática y de comunicaciones móviles personales disponibles al público, por otro. Tal diferencia de tratamiento consiste en que para las dos primeras categorías, la declaración de dominio en los mercados de redes o servicios respectivos supone per se, la exigibilidad de todas y cada una de las obligaciones establecidas en materia de interconexión para los operadores dominantes, (art. 9 del RI), mientras que la calificación como dominantes de los operadores de redes y servicios móviles no implica para ellos en principio, más que las obligaciones establecidas en el apdo. 1 del art. 9 del RI ex art. 10.1 del RI. Para que puedan imponérseles las obligaciones recogidas en los apdo. 6 (orientación a costes de sus precios del interconexión) y 7 (separación contable) es preciso que no sólo sean



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

dominantes en redes o servicios móviles, sino que lo sean específicamente en el mercado de la interconexión.

De esta manera, lo que el legislador comunitario primero y el español después hacen no es sino aplicar un régimen de obligaciones, por menos exigente más privilegiado, a los operadores de redes y servicios móviles, no bastando su poder en sus mercados de servicios respectivos para desencadenar ciertas obligaciones en materia de interconexión que en cambio sí se imponen de inmediato a quienes lo ostentan en los otros dos mercados de referencia.

Carecen por tanto de todo sustento las alegaciones de algún interesado que considera que hubiera sido necesario declarar al operador dominante en el mercado de redes y servicios fijos, dominante también en este mercado nacional de interconexión, porque para este operador (a diferencia de los operadores dominantes en los servicios y redes móviles) las obligaciones en materia de interconexión no están supeditadas a la condición suplementaria de que, además, sea también dominante en el mercado nacional de interconexión; por tanto, su eventual declaración de dominio en este mercado nacional de interconexión carecería de toda eficacia práctica, pues todos los efectos derivados de una tal declaración se han producido ya para él desde el momento en que fue declarado dominante en sus mercados de redes o servicios.

III

Sobre la aplicación en el tiempo de la declaración de dominancia.

Todos los operadores personados en el procedimiento alegan la presunta existencia de un vicio esencial del procedimiento el cual sería que la declaración de dominancia se haría en el año 2000 sobre la base de datos correspondientes a 1998, conculcando con ello directamente lo establecido en el artículo 23 de la Ley General de Telecomunicaciones conforme al cual *“(A) los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de operador dominante.... 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%...” añadiendo en su Apdo. 2 que “La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones establecerá y hará pública, anualmente, la relación de operadores que se consideren dominantes en el mercado”.*

De ello deducen los operadores interesados una presunta preclusión de plazos que alguno llega a calificar como de caducidad. Pareciera con ello que la declaración de dominio estuviera sujeta a un plazo de tiempo coincidente con



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

el año natural y tuviera una eficacia constitutiva de una situación, la de dominio en el mercado, que sin ella no nacería, situación además reabierta año a año.

Sin embargo, no es ésta, a la luz de las disposiciones de la Ley, y de las Directivas cuya incorporación efectúa, una interpretación correcta.

Nada dicen las Directivas respecto del lapso de tiempo a que deben referirse los datos utilizados por las Autoridades Nacionales de Reglamentación para evaluar la cuota de mercado de los operadores. La Ley acota ese lapso de tiempo en “el año inmediatamente anterior”.

Son, por tanto, dos los mandatos que contiene el artículo 23: el primero, el de efectuar la declaración de dominancia en el momento en que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones disponga por primera vez de los datos, correspondientes al año inmediatamente anterior, que reflejen una cuota de mercado superior al 25%. El segundo, publicar anualmente la relación de operadores que se encuentran en tal situación.

No cabe combinar uno y otro de esos mandatos, pues supone atribuir, como hacen los interesados, una vigencia temporal vinculada al año a la obligación que se impone a la Comisión de declarar la posición de dominio de los operadores que alcancen la cuota fijada por la Ley. Antes bien, la declaración inicial procederá desde el momento en que a la Comisión le conste por el análisis de los datos del último ejercicio anterior, la cuota que corresponda al operador de cuya declaración se trate y ésta mantendrá su vigencia hasta tanto se proceda a la determinación con los datos correspondientes al ejercicio siguiente.

Otra cosa es la relación anual que debe publicar la Comisión. Es así que las declaraciones de dominio que vayan produciéndose, o la revisión de las ya efectuadas, darán lugar a modificaciones en la relación publicada anualmente.

Ello supone que, constatado con los datos del año 1998 la cuota de TSM en el mercado nacional de interconexión, la Comisión está obligada, a partir de 1999 a efectuar la declaración formal de tal situación de acuerdo con el artículo 23 de constante referencia y esta declaración surte efectos sin limitación temporal hasta tanto no procediera su revisión a la luz de los datos en alguno de los años sucesivos.

Es esta, además la única interpretación del mandato del legislador que permite la interpretación lógica de la norma teniendo en cuenta que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene conocimiento de los datos de un año completo determinado a lo largo del primer semestre del año siguiente, de manera que los periodos de vigencia de la declaración de ningún modo pueden



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

vincularse al año natural inmediatamente siguiente a los datos del año considerado.

Durante la tramitación del presente expediente, todavía no se han obtenido los datos fehacientes relativos a los diferentes mercados de referencia durante 1.999. La declaración de dominancia se basa en los datos de 1.998, suficientes ya para constatar la cuota de mercado determinante de una posición de dominio de TSM, la cual surtirá efectos en tanto del análisis de los datos años sucesivos no resulte necesaria su revisión.

En estas circunstancias la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones puede y debe llevar a cabo la declaración de dominancia de acuerdo con los datos obtenidos de 1.998, en tanto no se produzca la revisión conforme a los datos obtenidos de 1.999.

IV

Sobre la definición del mercado relevante.

Tal y como ha quedado señalado en los Fundamentos I y II anteriores, el mercado relevante, tanto desde el punto de vista del servicio como del geográfico, queda plenamente definido en las Directivas comunitarias respectivas y en la legislación española.

De ahí que el mercado sea el de la interconexión de redes, lo que, de acuerdo con las directrices comunitarias citadas corresponde todas las llamadas terminadas en las redes del territorio de un estado miembro, originadas en otra red distinta, cualquiera que esta sea, fija o móvil, e incluyendo las llamadas internacionales, siendo ésta la definición acogida en la Ley española al determinar que los ingresos brutos globales se refieran a la “utilización de las redes”, y la utilizada por todos los estados miembros que han efectuado la declaración de dominancia en este mercado.

Y no puede ser de otra manera cuando lo que se trata de medir es el peso en el mercado de los operadores de red a efectos de lo establecido en la Directiva 97/33/CE y en los artículos 9 y 10 del RI.

Es preciso recordar de nuevo aquí, pues las alegaciones de los operadores inciden en ello de una manera importante, que ésta definición del mercado y la determinación del peso de un operador en él no se hacen a efectos de la aplicación de las consecuencias que una posición de dominio tiene en el Derecho de la Competencia, sino a efectos de la fijación de las



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

obligaciones que les correspondan, en este caso, en materia de interconexión. De ahí que no se trate, como señalan en sus escritos, de determinar el control de mercado y sus efectos anticompetitivos, sino de establecer cuándo la cuota de mercado de que disfrutan debe desencadenar para ellos las obligaciones determinadas en los apdos. 6 y 7 del artículo 9 del RI.

Por lo que se refiere a su vez, al ámbito geográfico, tanto las normas comunitarias como la Ley General de Telecomunicaciones y el RI definen éste como “un único mercado nacional”.

V

Sobre los parámetros de valoración de las cuotas de mercado.

1. Determinación legal de los criterios de valoración.

De acuerdo con el artículo 23 de la Ley General de Telecomunicaciones, el parámetro de cálculo de la cuota de mercado de cada operador es el de “los ingresos brutos globales” generados por la utilización de las redes.

Ni la Ley ni el RI detallan en mayor medida el conjunto de conceptos que, atendiendo a la materia que genera esos ingresos, (el tráfico por las redes) arrojarán como resultado el volumen total de ingresos definitorios de la cuota de mercado correspondiente.

Todos los interesados en el procedimiento efectúan alegaciones propugnando la utilización de un parámetro de valoración diferente, cual es, el del volumen de minutos cursados entendiendo que solamente este parámetro puede arrojar una imagen fiel del mercado de interconexión.

Olvidan con ello que el parámetro en cuestión ha sido predeterminado nítidamente por el legislador español, como acabamos de señalar.

Pero es que además, la CE en sus Directrices de 1 de marzo de 1999, descritas en un Fundamento anterior, desarrolla para las Autoridades Nacionales de Reglamentación los parámetros de cálculo de las cuotas de mercado a efectos de la definición de un peso significativo de mercado, teniendo siempre en cuenta que la definición de mercado relevante incluye la totalidad de ingresos generados por la utilización de las redes y considerando un único mercado nacional. Así lo han hecho igualmente el resto de las



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Autoridades Nacionales de Reglamentación a cuyas decisiones se refieren reiteradamente todos los interesados.

Ello incorpora:

- 1.- Todos los ingresos por terminación de los operadores de redes fijas, incluido su tráfico interno. Debe tenerse en cuenta que la Directiva 97/33/CE en su artículo 8.2 segundo pfo. señala, el establecer la obligación de separación contable, que en las actividades relacionadas con la interconexión deberán incluirse “tanto los servicios prestados internamente como los servicios prestados a otros”, lo que se reproduce en nuestro RI (artículo 9.7), como medio de garantizar la transparencia de las transferencias internas.

De acuerdo con las Directrices de la CE, como el resto de Autoridades Nacionales de Reglamentación, el montante de los ingresos correspondientes a este tráfico se calcula aplicando la tarifa de interconexión de terminación correspondiente.

- 2.- Total de ingresos de todos los operadores de redes fijas por interconexión de líneas alquiladas.
- 3.- Total de ingresos de interconexión de todos los operadores de redes móviles por terminación de llamadas en sus abonados, incluyendo igualmente el tráfico interno.

Es por tanto el parámetro valor (ingresos) y no el parámetro volumen (minutos cursados) el impuesto por el legislador nacional y comunitario como tal utilizado por todas las Autoridades Nacionales de Reglamentación que con anterioridad han efectuado declaraciones de dominancia en este mercado.

No es, por otra parte, un parámetro ayuno de fundamento práctico. En efecto, tal y como señala la CE en sus Directrices, resulta el más adecuado teniendo en cuenta que el uso del criterio de volumen desconoce que los minutos pueden tener diferente valor (como efectivamente ocurre aquí) mientras que el criterio del valor/ingresos, proporciona una medida homogénea del mercado que además engloba tanto el número de clientes como la cobertura de las redes.

Este parámetro, se entiende, se adapta mejor además a las variadas estructuras del mercado de móviles en todo el ámbito de la UE.

No hay por tanto, como alega TSM contradicción alguna, con las normas aplicables antes bien todo lo contrario, observancia escrupulosa tanto del



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

criterio impuesto por el legislador español como de los elementos de orientación proporcionados por las autoridades Comunitarias y seguidos por las Autoridades Nacionales de Reglamentación de otros Estados miembros.

Adicionalmente a la exigencia normativa, existen otras razones y circunstancias que justifican, en la actualidad, la consideración de los ingresos brutos anuales como unidad de medición para la determinación de la cuota de mercado.

En principio, la cifra de ingresos resulta una unidad de medición aceptada generalmente en el ámbito económico, como representativa de la participación de un agente en el mercado de referencia a analizar, ya que se tienen en cuenta las unidades físicas vendidas (productos o servicios) y el/los precio/s de los mismos. Estos dos elementos son los que determinan, a través de su diversa conjugación, la parte de mercado conseguida en un período de tiempo específico.

En una situación de equilibrio de precios entre los agentes participantes en el mercado la elección de la unidad de medición entre el volumen de unidades físicas vendidas y los ingresos obtenidos puede llegar probablemente a resultados similares o indiferentes. Sin embargo, en un entorno de mercado en el que los precios suponen un elemento clave para “ponderar” o producir un efecto “multiplicador” y distorsionador de las unidades físicas vendidas, ya no resulta indiferente la elección entre el volumen de productos o servicios vendidos y los ingresos obtenidos. En este caso, parece más razonable acudir a una unidad que contemple ambos parámetros para “medir”, en cierta manera y a priori, el mercado.

Pues bien, el mercado nacional de interconexión, para el ejercicio contemplado, es un claro ejemplo de dicha situación, existiendo un diferencial de precios de interconexión entre los agentes económicos con tecnología móvil y los agentes con tecnología fija muy amplio, lo que produce un efecto distorsionador la hora de “acotar” o medir el mercado. Por lo tanto se estima que la unidad de medición de los ingresos brutos exigida por la LGT es adecuada a las condiciones de mercado existentes en el ejercicio 1998.

Conviene de nuevo traer aquí para concluir, el juego de criterios que la Ley General de Telecomunicaciones establece en consonancia con lo previsto por la Directiva 97/33/CE y que los operadores interesados distorsionan en sus alegaciones. El artículo 23 de la Ley General de Telecomunicaciones no establece un conjunto de criterios cumulativos a examinar por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para declarar la posición de dominio, a su elección, sino que establece una presunción que opera automáticamente una vez que la cuota del mercado calculada supera el 25% y un conjunto de



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

criterios que permitirán desmontar tal presunción “individualizadamente y mediante resolución motivada”.

Pero sólo en situaciones específicas y sin que ello suponga que sólo cuando a la presunción derivada de la cuota de mercado se le añadan todas las demás condiciones recogidas en los restantes criterios, podrá hacerse la declaración de dominancia.

2. Proceso seguido por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para el cálculo de las cuotas de mercado.

De acuerdo con las previsiones de la Ley General de Telecomunicaciones, y teniendo en cuenta las Directrices de la CE a estos efectos, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones procedió a la evaluación de la cuota que disputaban cada uno de los operadores móviles en el mercado nacional de interconexión (los fijos, como se ha indicado ya, están sujetos, por el hecho de ser dominantes en el mercado de redes fijas y servicios fijos a todas las obligaciones en materia de interconexión).

El proceso y los resultados derivados del mismo se describen en el Fundamento de Hecho Quinto de la presente resolución que debe darse por reproducido aquí, incluyendo además la valoración de ingresos por interconexión de líneas alquiladas como vamos a ver.

Con los datos aportados por los propios operadores la distribución de cuotas en el mercado nacional de interconexión durante 1.998 refleja que dos operadores rebasan con creces el límite del 25%: Telefónica de España y Telefónica Servicios Móviles. Estas conclusiones son las que aparecen reflejadas en el informe que se trasladó en la audiencia a los interesados y que se recoge en el antecedente de hecho quinto de la presente Resolución. Los resultados se confirman incluso introduciendo en el cálculo los ingresos procedentes de la interconexión de los circuitos alquilados.

En estas circunstancias, la posible disminución del valor total de los ingresos percibidos en el mercado de interconexión como resultado de la orientación a costes que impone la declaración de dominancia, es decir el efecto discontinuo en el reparto de cuotas o “stop and go” queda descartado si tenemos en cuenta las perspectivas de evolución de los mercados durante 1.999 y , en particular, el mayor número de abonados de las redes de móviles.¹

¹ En orden a comprobar una posible pérdida de peso relativo de la interconexión ofrecida por los operadores fijos y en particular Telefónica es necesario recordar que el precio medio de la terminación en las redes fijas ha bajado sustancialmente (por efecto de acomodación progresiva a los precios máximos establecidos en la OIR de Telefónica y a la tarificación por segundos y no por minuto o fracción) en tanto



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Quiere esto decir que el tan temido efecto de “stop and go” (o de diente de sierra) no se daría, a menos que las reducciones en los precios de interconexión de los operadores móviles fueran abruptas y de montante relativo fuerte.

A la hora de integrar los ingresos de la interconexión de los circuitos alquilados en la valoración global del mercado de referencia y repercutirlo en las cuotas de los respectivos operadores, hay que tener en cuenta que con los datos proporcionados por los propios operadores para el año 1.998, estos ingresos proceden únicamente de Telefónica de España S:A:U:, dado que ni Airtel ni Telefónica Servicios Móviles prestaban ese servicio en el año considerado.

que, durante el año 99, el precio medio y modo de tarificación de la terminación en las redes móviles ha sido prácticamente el mismo que en el año 98. Por otra parte y si bien no se han recibido todavía los datos oficiales relativos a 1.999, las previsiones de los servicios de esta Comisión para ese año en cuanto al número de abonados es el siguiente:

- Telefónica Servicios Móviles en torno a 9 millones
- Airtel alrededor de los 4,5 millones.
- Conjunto de operadores de telefonía fija 19 millones (líneas activadas)

En su conjunto se estima un aumento de ingresos del 75% para el mercado de telefonía móvil. En cuanto al mercado de telefonía fija ha tenido un crecimiento moderado. Inferior en todo caso al 10%, tanto en términos de volumen (minutos o número de llamadas cursadas) como de valor (ingresos de los operadores fijos). No supone ningún riesgo el asumir como hecho el estimar que la cuota de participación de los operadores móviles en el mercado nacional de interconexión (tanto en volumen: minutos, pero sobre todo en valor: ingresos) ha experimentado una fuerte subida con respecto a la cuota medida correspondiente al año 98. Y esto tanto en términos de volumen (el nº de minutos de llamadas terminadas en las redes móviles, incluidas las internas) como, sobre todo, de valor (ingresos por interconexión y estimando el equivalente a los tráficos que no den lugar a ingresos efectivos). Piénsese que el precio medio de la terminación en las redes fijas ha bajado y que el precio medio de terminación en las redes móviles se ha mantenido. Las previsiones para este año van en el mismo sentido: se prevé que se mantendrá el crecimiento

fuerte en móviles (con alguna desaceleración respecto del año 99: al final del año 2.000 habrá en España entre 21 y 22 millones de abonados móviles) y un ligero crecimiento en número de abonados fijos (en torno al 5%) que puede ser mayor en lo relativo al consumo medio por línea (algo superior a un 15% de aumento).

Por otra parte y frente a las alegaciones de los operadores de móviles que critican la falta de datos fehacientes por parte de la Comisión a la hora de sentar la evolución del mercado durante los años 1.999 y 2.000, si bien es cierto que las estimaciones, como tales, no se basan en los datos proporcionados por los propios operadores, también hay que señalar que estos mismos operadores manifiestan en los apartados de otras alegaciones que el mercado en su conjunto crece de forma sorprendente para todos.

Baste como ejemplo declaraciones como las de T.S.M. “.. El índice de penetración de la telefonía móvil en general alcanzó el 18% a finales de 1.998, superando en 1.999 el 37%...” “..el 80% de los nuevos clientes que se incorpora a la telefonía móvil en España durante 1.999 son clientes de tarjeta prepagada. El perfil de este tipo de nuevo cliente (que está posibilitando la extensión de la telefonía móvil a todas las capas socio-demográficas españolas) es muy característico: sus minutos entrantes son 65% superiores a los minutos de salida”. En relación con esta última afirmación, tan solo destacar que el tráfico de terminación es el que se contabiliza a los efectos del mercado de interconexión.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Para evitar posibles polémicas en la valoración del servicio, se ha optado por hacer los cálculos de acuerdo con la solución “más beneficiosa para Telefónica Servicios Móviles”, es decir aquella que más cambia los resultados a los que se refiere el antecedente de hecho quinto de esta Resolución. Esta opción no implica la aceptación por la Comisión del criterio pero, si los resultados confirman los del antecedente citado, constituye un argumento irrefutable a la hora de confirmar la propuesta de la presente Resolución.

Se ha optado, de acuerdo con lo anterior, por incluir el importe íntegro de los pagos por “el servicio de alquiler de circuitos” durante 1.998.²

En estas condiciones, la cuota de mercado de Telefónica Servicios Móviles supera el 30%, porcentaje que se encuentra sensiblemente por encima del 25% recogido en el artículo 23 de la L.G.T.

La cuota de Telefónica de España, cuya declaración no es objeto de este expediente, se ve incrementada y la de Airtel, que no percibe ingresos por este concepto, disminuye por debajo del 15% recogido en el antecedente de hecho quinto.

En el informe que se trasladó en la audiencia a los interesados, la Comisión analizó estas circunstancias y ninguna de ellas rompía la presunción sino al contrario, confirmaban el peso significativo de T.S.M.

En las alegaciones recibidas, los operadores han afirmado que a la luz de alguna de estas circunstancias no se puede deducir que T.S.M. tenga peso significativo, pero tampoco demuestra lo contrario, actuación esta necesaria para aplicar la excepción a la regla.

Por otra parte, ninguna de las alegaciones efectuadas por los operadores discurre hacia la aportación de datos alguno que permita modificar los porcentajes de participación de cada operador en el mercado.

Tampoco se aporta evidencia, siquiera indicios, de que la consideración del resto de criterios que pudieran desmontar la prueba que constituye la cuota de mercado, conduzcan a un resultado diferente.

² Parece oportuno señalar que por lo tanto se computa el valor íntegro que se percibe por el alquiler de circuitos a valor de mercado – no orientado a costes – y no solo los ingresos procedentes de la terminación en interconexión mediante circuitos alquilados u otros conceptos más restrictivos por referirse exclusivamente a la interconexión.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

VI

Sobre el resto de alegaciones formuladas por los interesados.

1. Segregación en función del tipo de interconexión.

La declaración de dominancia a la que se refiere tanto el artículo 23 de la Ley General de Telecomunicaciones, como los artículos 3, 9 y 10 del R.I. contemplan al operador como sujeto de la misma, lo cual es lógico si tenemos en cuenta que los actores en el juego de la economía de mercado son las personas físicas o jurídicas que en ella actúan. En el mercado de referencia de que se trata, el peso del operador se valora atendiendo a la interconexión sea cual sea. Por lo tanto resulta irrelevante el hecho de que esta interconexión proporcione la conexión física y funcional con una red móvil analógica o G.S.M. o de cualquier otra naturaleza (fija o móvil).

En este sentido, no es posible que la declaración de dominancia se refiera exclusivamente a la interconexión de un tipo de red pública móvil ni es relevante conocer el peso exacto de la interconexión de redes diferentes si ambos pertenecen al mismo operador.

2. Determinaciones llevadas a cabo en otros Estados Miembros de la Unión Europea sobre los operadores móviles con poder de mercado significativo en el mercado nacional de interconexión.

Hasta el pasado verano solo 3 Estados Miembros habían llevado a cabo la determinación formal de los operadores móviles considerados con poder de mercado significativo en dicho mercado: Austria, Finlandia y Suecia.

Los criterios utilizados por estos países coinciden con los de la presente Resolución y con los que recomienda la Comisión Europea en su Documento sobre “Determinación de los organismos con Poder Significativo de Mercado”.

Desde este verano y hasta la fecha se han producido acontecimientos en otros tres países:

En Italia, la Autorità per la Garanzia nelle Comunicazione (la autoridad nacional de reglamentación a estos efectos) determinó el 7 de septiembre de 1.999 (Decisión 197/99) cuáles eran los operadores presentes con poder significativo (notevole forza di mercato) en el mercado italiano de interconexión.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En concreto, determinó que tanto Telecom Italia Mobile (TIM) como Omnitel, dos de los operadores móviles, de acuerdo con los datos aportados para el año 98, tienen dicha consideración. Cabe reseñar que tal determinación se basa en cálculos propios llevados a cabo, con los criterios de valoración establecidos por la propia autoridad para el caso de inexistencia de precio efectivo, sobre el valor del mercado. Cálculos que dieron como resultado las siguientes referencias sobre las respectivas cuotas: TIM, más del 25%, y Omnitel, 18%. Naturalmente, la Autorità motivó debidamente esta última determinación que se aparta de la regla de presunción.

En Francia, l'Autorité de régulation des télécommunications (ART) adoptó el 30 de septiembre de este año una decisión (la nº 99-823 que completaba la nº 99-767 del 15 de septiembre, por la que se establece la lista para el 2.000 de los operadores "que ejercen una influencia significativa en un mercado de telecomunicaciones) estableciendo que tanto France Télécom Mobiles como SFR (dos de los operadores móviles en Francia) deberán orientar, para el año 2.000, sus precios de interconexión hacia los costes, de conformidad con lo previsto en el artículo 7.2 de la directiva IX.

La Autoridad francesa estima que "la orientación hacia los costes deberá hacerse progresivamente a partir del 2.000" y que, desde que se dictó la decisión, hasta el 31 de marzo del 2.000 se procederá a :

- una apreciación más profunda de los elementos de desequilibrio en relación con las cuentas de los operadores (no solo de los dos designados) y de la situación observada en los países de referencia (Alemania, Italia, Reino Unido);
- una definición de las modalidades para tener en cuenta y reabsorber los desequilibrios.

El regulador francés ha identificado la posible existencia de tres tipos de desequilibrios:

- Un desequilibrio de la actividad económica de alguno de los operadores móviles.
- Un desequilibrio entre el precio de las llamadas entrantes y el precio de las llamadas salientes.
- Un desequilibrio entre los mismos operadores móviles (TFM; SFR y Bouygues) que puede conducir a diferencias importantes en términos de costes, inversiones y efectos volumen (amortización de los costes fijos en particular).

En el Reino Unido, los órganos competentes determinaron a primeros del año 99 (y tras un exhaustivo análisis que duró todo el 98) y en relación con



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

los precios de terminación de la interconexión en los operadores móviles británicos Cellnet y Vodafone:

- Que, en ese momento y en las circunstancias del mercado británico, no hay suficiente presión competitiva del mercado sobre los precios de terminación en cuestión y que estiman que dicha insuficiencia durará al menos tres o cuatro años.
- Que, en principio, los precios de terminación deberían estar orientados hacia los costes. Y que, dado que la gran parte de los costes involucrados son fijos y comunes a las llamadas entrantes y salientes, era necesario atribuir adecuadamente dichos costes entre los diferentes tipos de llamadas. Asimismo se adoptó como razonable una tasa de retorno del capital del 16.5%.
- Tras adoptar diversas asunciones o supuestos, determinaron como referencia de interés público los costes incurridos eficientemente por un operador que tuviera el 25% del mercado británico y con una tasa de retorno del capital como la citada (había cuatro operadores activos, de diversa envergadura, y una previsión de no más entrantes hasta el año 2.002). Con todo ello determinaron que la referencia para el año fiscal que acaba en marzo del 2.000 era de 11.7 peniques por minuto como precio medio ponderado para la terminación de las llamadas en las redes de Cellnet y de Vodafone. Para los dos siguientes años se aplican reducciones anuales en los precios del tipo (IPC . 9%).

En suma, se introduce un límite máximo a unos precios que en los niveles anteriores tenían efectos contrarios al interés público. Se determina dicho límite en el precio de manera que sea suficiente para que los dos operadores recuperen los costes incurridos eficientemente con una tasa de retorno del capital razonable y para que financien las obligaciones que se derivan de sus respectivas licencias. Asimismo, el nivel del límite del precio es tal que no amenaza la competencia de forma contraria a los intereses de los consumidores.

A fin de cuentas, sin que formalmente se les declarara a Cellnet y Vodafone como operadores con poder significativo en el mercado británico de interconexión, el efecto de tal disposición era exactamente el mismo que si se hubiera hecho tal determinación: orientación a costes de los precios de interconexión

Más recientemente, en noviembre del presente año 1.999, se ha lanzado una consulta pública con vistas a determinar si los mismos dos operadores tienen o no “influencia en el mercado” (término de nuevo cuño introducido por el regulador británico) lo cual llevaría aparejadas las obligaciones de:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Proporcionar “mobile airtime” (minutos en la red móvil) a cualquier Proveedor de Servicio que se lo solicite.
- Establecer cuentas separadas para cada una de las varias actividades.
- No mostrar preferencias o discriminación indebida en la provisión de los diversos servicios.
- Publicar los precios, plazos y condiciones de los diversos servicios.

Lo que los operadores que han presentado alegaciones no aclaran es que, tenidos en cuenta todos estos factores, todas estas Autoridades Nacionales proceden, en todo caso, a efectuar la pertinente declaración de dominancia sobre la base de las cuotas de mercado de cada operador, y ello con independencia de la relevancia que las consideraciones descritas anteriormente hayan de tener en la fijación de costes y precios de interconexión para estos operadores.

3. Sobre los efectos de la orientación a costes de los precios de interconexión del operador declarado dominante.

Las consecuencias que se derivarían de la determinación de Telefónica Servicios Móviles como operador dominante en el mercado nacional de interconexión vienen reflejadas en el segundo párrafo del artículo 10 del R I. En particular se obliga a que aplique unos precios de interconexión que “se determinarán en función del coste real de su prestación como señala el artículo 13 del mismo R I, el cual ofrece las pautas para tal determinación de precios. En concreto, se establece que *“en todo caso, la CMT podrá instar a cualquier operador obligado a presentar contabilidad de costes a que justifique plenamente los precios de interconexión que aplica y, cuando proceda, dictar resolución motivada para su modificación.”* De acuerdo con el razonamiento de la Directiva IX, Telefónica Servicios Móviles tendría la carga de la prueba a la hora de justificar que los precios de interconexión que aplica están orientados por los costes en que incurriría un operador eficiente en su provisión; el regulador, en este caso la CMT, puede modificar los precios si considera que no siguen dicha orientación.

Es cierto que el mercado de telefonía móvil, por su juventud e inmadurez, presenta una serie de desequilibrios.

Pero estos riesgos tienen más que ver con un trabajo posterior al que ahora desarrolla la CMT: en este expediente se trata de determinar si uno o



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

unos operadores tienen poder significativo en cierto mercado. Y si se llega a esa conclusión, en otro procedimiento posterior se procederá a determinar los precios máximos para los servicios de interconexión de los operadores así determinados; y, después, si dichos precios máximos supusieran una fuerte variación (indudablemente disminución) sobre los actuales aun cabría la posibilidad de aplicar una “aproximación gradual” para evitar los efectos indeseados y evitar los riesgos, ya entonces mejor conocidos.

Igualmente se podrían establecer los medios adecuados (si se considera que la competencia no es suficientemente efectiva) para que también los consumidores, no solo operadores fijos de larga distancia, se pudieran beneficiar a través de los precios de los servicios finales fijo-móvil de esta rebaja en los correspondientes servicios de terminación en las redes móviles.

Pero nada más podemos avanzar ni concretar sobre el margen de probabilidad de los riesgos expuestos sin tener conocimiento previo de los costes en que incurre un operador móvil eficiente en el mercado de interconexión.

En razón de todas las consideraciones expuestas, esta Comisión, al amparo de la habilitación competencial contenida en los artículos 23 apartados 1 y 2 de la Ley General de Telecomunicaciones y 3 del Reglamento relativo a la interconexión y al acceso a las redes públicas y a la numeración.

RESUELVE

Primero: De conformidad con el artículo 23 de la Ley General de Telecomunicaciones y atendiendo a los datos del mercado del año 1998 se declara dominante en el mercado nacional de interconexión a Telefónica Servicios Móviles, S.A.

La presente declaración completa la relación de operadores dominantes conforme a los datos del citado año que se aprobó mediante Resolución de esta Comisión de 3 de junio de 1999.

Segundo: Telefónica Servicios Móviles estará sometida al régimen jurídico que se deriva de su condición de dominante en el sentido del resuelve anterior. En particular, deberá cumplir las obligaciones establecidas en los apartados 1,6 y 7 del artículo 9 del Reglamento de Interconexión aprobado por el Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tercero: Los apartados primero y segundo de la presente Resolución se publicarán en el Boletín Oficial del Estado.

Cuarto: La presente Resolución se comunicará a la Comisión Europea de acuerdo con lo dispuesto en las disposiciones comunitarias.

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

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 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.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

José Mª Vázquez Quintana

José Giménez Cervantes