



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

JAIME ALMENAR BELENGUER, 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 el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que en la Sesión nº 40/06 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 23 de noviembre de 2006, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE ACCESO PRESENTADO POR OPERADORA DE TELECOMUNICACIONES, S.L. FRENTE A TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U., RELATIVO A LA NEGATIVA DE ACCESO A LOS ELEMENTOS NECESARIOS PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE ACCESO Y ORIGINACIÓN MÓVIL MINORISTA DENUNCIADA POR EL PRIMER OPERADOR

Expediente MTZ 2006/900

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- RESOLUCIÓN POR LA QUE SE APRUEBA LA DEFINICIÓN Y ANÁLISIS DEL MERCADO 15 DE LA RECOMENDACIÓN DE LA CE

Con fecha 2 de febrero de 2006, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó resolución por la que se aprobaba la definición y análisis del mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil, la designación de los operadores con poder significativo en el mercado (en adelante, PSM) y la imposición de obligaciones específicas, y se acordaba su notificación a la Comisión Europea.

La citada Resolución fue publicada en el BOE número 35 de 10 de febrero de 2006.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEGUNDO.- Escrito presentado por OPERADORA DE TELECOMUNICACIONES, S.L.

En fecha 23 de junio de 2006, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de OPERADORA DE TELECOMUNICACIONES, S.L. (en adelante, Opera), en virtud del cual se plantea conflicto frente a las entidades TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TME), VODAFONE ESPAÑA, S.A. (en adelante, Vodafone) y RETEVISIÓN MÓVIL, S.A.¹ (en adelante, Orange), en relación con la imposibilidad de alcanzar un acuerdo de acceso a las redes de las tres operadoras móviles, en el marco del mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil, de acuerdo con las obligaciones definidas por la Resolución dictada por esta Comisión el día 2 de febrero de 2006.

En particular, Opera realiza las siguientes alegaciones:

-Que el día 2 de febrero de 2006 Opera remitió por burofax a las tres operadoras móviles con red (en adelante, OMRs) solicitud de acceso y originación móvil *“la cual presentaba una viabilidad técnica y económica de utilizar o instalar los recursos concretos solicitados y la capacidad disponible de la red”*.

-Que con posterioridad a la solicitud inicial, Opera transmitió a estos mismos operadores *“una solicitud de detalle en la que describía diversos aspectos relacionados con su solicitud para facilitar la evaluación de la misma por parte de las operadoras móviles con PSM de forma que la oferta que realizaran se ajustara a las necesidades planteadas por Opera”*

-Que Opera *“ha formulado una solicitud de acceso a cada uno de los tres operadores móviles con PSM y ninguno de ellos ha cumplido en el plazo de cuatro meses desde que Opera realizó esta solicitud, con las obligaciones establecidas en el anexo A de la resolución del expediente AEM 20005/933 por el Consejo de la CMT el día 2 de febrero de 2006:*

- *Atender a las solicitudes razonables de acceso a recursos específicos de sus redes y a su utilización.*

¹ Retevisión Móvil, S.A., ha sido absorbida por France Telecom España, S.A. (fusión por absorción, como consta en la escritura pública inscrita por el Ilustre Notario de Madrid D. José Antonio Bernal González, bajo el número 2035 de su protocolo, en fecha 31 de julio de 2006). Dicha fusión fue inscrita en el Registro de Operadores de Redes y Servicios de Comunicaciones electrónicas por Resolución del Secretario del Consejo de la CMT de 30 de octubre de 2006.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *Ofrecer precios razonables por la prestación de los servicios de acceso.*

En cuanto a este último aspecto, Opera añade que ninguna de las OMRs ha hecho una oferta del precio, *“simplemente no han ofrecido precios por la prestación de los servicios de acceso, ni razonables ni no razonables”*. Y por tanto, no es preciso *“realizar un juicio cualitativo por parte de la CMT respecto de la razonabilidad de una oferta de precio en la medida en la que esta oferta de precio no se ha llegado a producir por parte de los operadores móviles con PSM”*.

-Que las tres OMRs están incurriendo en tácticas dilatorias, entre las que cita, *“anulaciones de reuniones, contestaciones tardías, requerimiento de información ya aportada por Opera, falta de concreción en respuestas y ofertas de precios”*.

-Que Opera ha realizado negociaciones correspondientes a un proceso análogo de interconexión con dos operadores fijos (Jazztel y Colt) que ha requerido la negociación de un AGI, acuerdo de especificaciones técnicas y económicas para la interconexión, dimensionamiento de circuitos, instalación y provisión de los mismos, las cuales se han resuelto satisfactoriamente en el plazo de dos meses y sin necesidad de solicitar información adicional.

-Que las operadoras móviles con PSM están realizando prácticas discriminatorias, ya que están estableciendo unos prejuicios a la hora de seleccionar los potenciales candidatos a OMV y ello *“constituye una discriminación flagrante para aquellas operadoras que no cuenten con una fortaleza de sus actuales capacidades”*.

A este respecto, Opera añade que si los OMRs aplicasen este criterio *“nunca facilitarán el acceso a empresas como Trident Telecom Ventures Limited y Japan Communications Incorporated, que han creado nuevos servicios móviles y aplicaciones basadas en el SIM y prestado servicios de valor añadido orientados a datos diferenciados principalmente en ámbitos de protección de datos, seguridad y facilidad de uso”*. Por tanto, *“en aras de posibilitar la aparición de este tipo de servicios avanzados y de innovaciones en el sector de las telecomunicaciones, la CMT debe velar porque no existan discriminaciones por parte de operadores móviles con PSM”*, ya que la *“aplicación estricta de estos criterios llevarían a alcanzar acuerdos exclusivamente con dos o tres grandes superficies”*.

-Finalmente, Opera sostiene que el incumplimiento por parte de las OMRs de las obligaciones impuestas por esta Comisión en la Resolución de 2 de febrero



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de 2006, constituye una sanción administrativa calificada como muy grave en el artículo 53 de la LGTel.

Formuladas estas alegaciones, Opera solicita a esta Comisión:

-Que se dicten las condiciones por las que se garantice la adecuación del acceso y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en lo sucesivo, LGTel).

-Que se adopten las medidas por las que pueda garantizarse que no se producen discriminaciones en la aplicación de las condiciones dictadas en el anterior apartado.

-Que se impongan a las operadoras móviles con PSM las sanciones que corresponda por haber incurrido en infracciones muy graves.

TERCERO.- Comunicación a los interesados del inicio de procedimiento y del requerimiento de información a Opera

Por medio de escrito de fecha 5 de julio de 2006, se notificó a TME el inicio del presente procedimiento, dándole traslado del escrito presentado por Opera y confiriéndosele un plazo de diez días para que formulara las alegaciones y presentara los documentos que tuviera por conveniente.

Del mismo modo, mediante escrito de fecha 13 de julio de 2006, se notificó a Opera el inicio del procedimiento indicado y en ese mismo acto se le requirió para que, en el plazo de 10 días, aportase la siguiente información:

- Plan de negocio presentado por el solicitante en las negociaciones iniciadas con TME (incluyendo entre otros aspectos, plan de inversiones y estrategia comercial así como la descripción de las características técnicas de los servicios mayoristas solicitados).
- Contenido, o en su caso, actas de las reuniones mantenidas con la entidad TME (orden del día, calendario de actuaciones previstas, condiciones técnicas y económicas negociadas, condiciones técnicas y económicas impuestas, en su caso, por TME).
- Documentación aportada, en su caso, por TME durante el periodo de negociación.
- Cualquier otra documentación adicional que considere relevante para la resolución del presente expediente.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

CUARTO.- Solicitud de ampliación de plazo

Mediante documento de fecha 20 de julio de 2006, el representante legal de TME solicitó la ampliación del plazo de alegaciones inicialmente concedido de conformidad con lo establecido en el artículo 49 de la LRJPAC, la cual fue concedida por escrito del Secretario en fecha 21 de julio de 2006.

QUINTO.- Escrito de alegaciones de TME

Con fecha 2 de agosto del año en curso, TME presentó escrito de alegaciones en el que afirmaba, esencialmente, lo siguiente:

-Que Opera se dirigió a TME con fecha 2 de febrero de 2006, mediante carta remitida por burofax. En dicha carta, *“Opera realiza una petición genérica de acceso a recursos específicos de la red de TME, con una copia cuasi-literal de las obligaciones establecidas en el artículo 10 del Reglamento de Mercados”*.

-Mediante carta de 14 de febrero de 2006, remitida a Ópera por correo certificado con acuse de recibo, TME propone mantener una reunión con objeto de poder acordar el inicio de las negociaciones.

-Una vez recibida la respuesta pertinente por parte de Opera, se convoca una primera reunión con fecha 2 de marzo de 2006. En esta primera reunión TME comunica a Opera la necesidad de conocer el modelo de agente bajo el que quiere operar en este nuevo mercado y al mismo tiempo, con el fin de clarificar su posicionamiento y poder avanzar en la negociación, se le solicita la elaboración de un documento por escrito que permita a TME identificar de forma más clara y concreta, la solicitud inicial y de carácter genérico que Opera había formulado mediante carta de 2 de febrero de 2006.

-Posteriormente, TME recibe mediante correo electrónico de fecha 14 de marzo de 2006, un documento en el cual Opera afirma recoger los aspectos concretos de su solicitud.

-Una vez recibido el citado documento, se convoca una nueva reunión para el día 4 de abril de 2006, en la cual TME, como respuesta a la documentación remitida por dicho operador por correo electrónico, hace entrega a Opera de un documento que contiene el modelo de conectividad entre las redes de TME y Opera y la estructura de la oferta de precios de TME para el servicio de acceso. TME a resultas de la entrega del citado documento, solicita a Opera que lo revise y que le remita los posibles comentarios, con objeto de poder marcar la siguiente reunión para seguir avanzando en el proceso de negociación.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

-A partir de esta reunión, Opera no vuelve a mantener contacto alguno con TME con el objeto de hacer posible la continuidad de las negociaciones iniciadas.

-Que tras la entrada en vigor de las obligaciones en el mercado de acceso y originación de llamadas desde redes móviles y ante la expectativa de la existencia de un elevado número de procesos de negociación concurrentes, TME tuvo que proceder a la creación de una operativa y un equipo de trabajo específico para atender a los procesos de negociación.

-Que TME ha mantenido en el proceso de las negociaciones un número elevadísimo de contactos y más de 100 reuniones presenciales desde el 2 de marzo de 2006 (fecha de la primera reunión con el primer solicitante, Opera), con más de una treintena de solicitantes.

-Que tras la entrega a Opera del modelo de conectividad y de estructura tarifaria por parte de TME en la reunión de 4 de abril, Opera no volvió a contactar con TME. *"Esta actitud de Opera contrasta con la de otros operadores que se han dirigido a TME para iniciar conversaciones y con los que se ha reunido para concretar las condiciones de acceso a la red de TME en más de 10 ocasiones con alguno de ellos, muestra inequívoca tanto de la complejidad del proceso, como de una auténtica voluntad con concluir satisfactoriamente un acuerdo".*

-Que TME en ningún caso, ha solicitado información sobre el Plan de Negocio, ni sobre la estrategia de marketing a desarrollar, ni el porfolio de servicios a poner en el mercado, mas allá del conocimiento mínimo de la demanda de los servicios de acceso, el número de plataformas sobre las que se va a apoyar o la necesidad de realizar desarrollos específicos para cumplir con las solicitudes razonables de acceso planteadas por el solicitante.

-A la vista de la relación de los hechos descrita con anterioridad, se pone de manifiesto que esta parte no ha utilizado táctica dilatoria alguna, tal y como Opera señala en su escrito, que pretenda o tenga por objeto evitar llegar a un acuerdo concreto con Opera.

- Por otro lado, TME afirma que *"Opera equipara los servicios de acceso e interconexión para trasladar de forma automática y- a juicio de esta compañía-, indebida, tanto la regulación aplicable a la interconexión, como la experiencia adquirida por los diferentes agentes, a la negociación de los acuerdos para el acceso a las redes de los operadores móviles".* TME afirma que *"los acuerdos de acceso a la red de los operadores móviles tienen una complejidad muy superior, derivados tanto del elevado número de servicios y plataformas involucrados, la ausencia de soluciones normalizadas y la ausencia de*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

experiencia". Por tanto, a juicio de TME, "para alcanzar los primeros acuerdos de acceso tendrá una tendencia decreciente con el tiempo a medida que los operadores de redes móviles vayan adquiriendo la experiencia necesaria".

TME añade que "muestra de la diferencia existente entre el acceso y la interconexión puede encontrarse en la propia regulación. Así, la Ley General de Telecomunicaciones únicamente contempla un plazo máximo de 4 meses para la firma de los acuerdos de interconexión y no recoge ninguna previsión para los acuerdos de acceso. Adicionalmente, cabe mencionar que la propia Comisión en la declaración de operadores con poder significativo en el mercado de acceso y originación de llamadas desde redes móviles no incluye ninguna vinculación entre los plazos para la consecución de los acuerdos de interconexión y los de acceso."

Expuestas estas alegaciones, TME solicita a esta Comisión que *"desestime la pretensión formulada por Opera."*

SEXTO.- Contestación al requerimiento de información efectuado por Opera.

Con fecha 8 de agosto de 2006, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de Opera en virtud del cual procede a dar contestación al requerimiento de información formulado a la entidad el día 13 de julio de 2006.

SEPTIMO.- Acceso al expediente

En fecha 24 de agosto de 2006, Don Jorge Santiago Fernández Murillo, en nombre y representación de Opera, tomó vista del presente expediente y obtuvo copias de la documentación interesada obrante en el mismo.

OCTAVO.- Escrito de alegaciones de Opera

El 14 de septiembre de 2006, se ha recibido en el Registro de la CMT escrito de alegaciones de Opera, en virtud del cual formula alegaciones complementarias a las ya realizadas en sus escritos anteriores. Opera afirma esencialmente, lo siguiente:

-Opera considera relevante para la resolución del presente expediente indicar que los acuerdos OMV alcanzados hasta la fecha no introducen ningún elemento de competencia real en el mercado ni introducen ninguna mejora en el desarrollo futuro del mercado y servicios sino que se trata de convertir a las grandes cadenas de distribución que comercializaban los producto de estas



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

operadoras en agentes exclusivos con condiciones especiales de comercialización.

-Que determinadas cuestiones comerciales, previsiones de venta, mercado objetivo así como otras cuestiones del Plan de Negocio contienen información de especial carácter estratégico de forma que el posible beneficio que aporta es mínimo en relación con los presuntos perjuicios que, sobre la estrategia comercial, se podrían producir.

-Que para Opera resulta de suma importancia que uno de los resultados de este conflicto sea que TME suministre a Opera en un plazo finito de tiempo una lista concreta de los datos que precisa TME para concretar un acuerdo de acceso en los términos solicitados por Opera, un calendario con plazos definidos para establecer el acceso, así como una descripción de los procedimientos organizativos de los diferentes procesos de gestión y administración. Además de esta relación de datos y parámetros a aportar por parte de Opera, TME debería facilitar una relación concreta de precios de los servicios solicitados.

- Por último, se indica, que *“la relación de dudas respecto de la solicitud de Opera que TME plantea en su escrito de alegaciones constituye claramente una prueba de tácticas dilatorias empleadas por parte de TME, así como la falta de buena fe en la negociación por parte de TME por cuanto no las planteó a Opera en ningún momento de negociación pese al ofrecimiento expreso por escrito de Opera”*.

NOVENO.- Comunicación de ampliación de plazo

Por escritos de fecha 17 de octubre de 2006 se ha comunicado a Opera y a TME la ampliación del plazo máximo de resolución y la notificación del presente expediente en dos meses adicionales.

A los anteriores antecedentes de hecho les son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- HABILITACIÓN COMPETENCIAL

El artículo 48.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, determina cuál es el objeto de que tiene la CMT, que,



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

entre otros aspectos, alcanza a la resolución de los conflictos que se produzcan entre los operadores:

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

En relación con este objeto, y en lo que afecta a los mercados de telecomunicaciones, el artículo 48.3 d) de la Ley General de Telecomunicaciones atribuye a la CMT la siguiente función:

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

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

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



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Reitera el artículo 14 de la Ley General de Telecomunicaciones la competencia que corresponde a la CMT para resolver este tipo de conflictos, concretando, además, ciertos aspectos del procedimiento a seguir por la CMT a este objeto:

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

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

Además, el artículo 3 de la citada Ley 32/2003 recoge los objetivos cuya consecución, debe garantizar esta Comisión, siendo el primero de ellos *“fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y, en particular, en la explotación de las redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y en el suministro de los recursos asociados a ellos. Todo ello promoviendo una inversión eficiente en materia de infraestructuras”*.

En relación con esto, el artículo 48.3 de la LGTel establece que, en las materias de telecomunicaciones reguladas en esta Ley, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ejercerá, entre otras, la siguiente función:

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

En uso de la habilitación competencial citada, mediante Resolución de esta Comisión de 2 de febrero de 2006, (publicada en el B.O.E. de 10 de febrero de 2006) se aprobó la definición y análisis de de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil, la designación de los operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En dicha Resolución, tras definir y analizar el mercado citado, se concluye que no es realmente competitivo y se identificó a TME, Vodafone y Orange como operadores con poder significativo en el mismo, imponiéndose las correspondientes obligaciones.

En conclusión, esta Comisión resulta competente para conocer del presente conflicto (instado por Opera), en la medida en que el mismo se refiere a las condiciones del acceso por este operador a los servicios de acceso y originación de llamadas en redes móviles y que TME, Vodafone y Orange han sido designados operadores con PSM en este mercado de referencia.

SEGUNDO.- SOBRE LA DENEGACIÓN DE UNA SOLICITUD DE ACCESO

Opera denuncia que TME le ha denegado la solicitud de acceso a los elementos necesarios para la prestación de los servicios de acceso y originación móvil minorista a través del empleo de tácticas dilatorias de la negociación, entre las que destaca la exigencia de un Plan de Negocios innecesario, a juicio de Opera, para llegar a un acuerdo. Se procede a continuación a examinar las alegaciones de Opera con el objeto de determinar si la actitud de TME constituye una auténtica denegación del acceso solicitado.

1.- Tácticas dilatorias

Para el análisis de una posible utilización de tácticas dilatorias en el proceso de negociación mediante la práctica consistente en la denegación del acceso resulta necesario detallar, de forma cronológica, alguno de los hechos acaecidos durante dicho periodo. A partir de la información aportada por Opera y TME, la CMT constata los siguientes hechos relevantes:

Con fecha 2 de febrero de 2006, Opera envió a TME un burofax, por el que solicita el acceso a recursos específicos de sus redes y a su utilización. En concreto, la solicitud comprendía todos los elementos necesarios para la prestación de los servicios minoristas de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil y la petición de una oferta de precios razonables para dicha solicitud.

Con fecha 2 de marzo de 2006, se celebró una reunión entre los dos operadores en la que TME requirió a Opera información acerca de su posicionamiento como Operador Móvil Virtual (OMV), el ámbito geográfico de su actividad, la gestión de las tarjetas SIM y la facturación. Opera describió a grandes rasgos algunas de sus características como OMV.

TME solicitó a Opera que le enviara su modelo de negocio para que posteriormente formularle una serie de preguntas a partir de dicha información



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

como paso previo a una segunda reunión en la que se abordarían los aspectos técnicos del potencial acuerdo. Por último, TME solicitó la firma de un acuerdo de confidencialidad.

Tras la remisión del acuerdo de confidencialidad solicitado por TME, Opera procedió a enviar, mediante correo electrónico, un documento con información sobre su Plan de Negocio, TME convocó a Opera a una reunión que tuvo lugar el 4 de abril de 2006.

TME presentó a Opera un modelo de conectividad (donde faltaba el servicio de roaming) y un modelo de tarifas e intentó cerrar una próxima reunión para finales de abril. Opera expresó a TME que: *“antes de avanzar en cualquier otra cuestión, TME debe concretar los importes de los conceptos facturables para conocer los importes que TME ofrece a Opera en cumplimiento de la resolución de CMT de 2 de febrero según la cuál los operadores móviles con PSM deben “Ofrecer precios razonables por la prestación de los servicios de acceso”. En la medida en la que TME ha manifestado a Opera que tiene claros cuáles son los servicios de acceso solicitados por Opera, corresponde ahora a TME ofrecer precios razonables por la prestación de los servicios de acceso”*.

Con fecha 23 de junio de 2006, Opera interpuso conflicto de acceso contra TME, Vodafone y Orange por:

- Su reiterada utilización de tácticas dilatorias para no cumplir con la obligación de no poner a disposición de Opera todos los elementos necesarios para la prestación de los servicios de acceso y originación minorista.
- Su incumplimiento de la obligación de atender solicitudes razonables de acceso así como de ofrecer precios razonables.
- Su discriminación basada en sus prejuicios con respecto de los candidatos elegibles como OMV.

A la vista de los hechos descritos, procede examinar si Opera agotó todas las posibilidades de negociación o si, por el contrario, decidió de manera unilateral cesar los contactos, no atendiendo a la solicitud de información adicional realizada por TME, que únicamente podría justificarse en base a que esta solicitud no resultara proporcionada a los servicios objeto del acuerdo.

Así, Opera, en su respuesta, de fecha 3 de agosto de 2006, al requerimiento de información solicitado por la CMT reconoce que, en la reunión mantenida el 4 de abril de 2006, TME entregó, por un lado, una doble propuesta relativa a la conectividad entre las dos redes y la estructura tarifaria para la oferta de



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

acceso y, por otro lado, comunicó a la primera que deseaba organizar una nueva reunión (“una mesa técnica”) para la última semana de abril. Ante esto, Opera no presenta contrapropuesta alguna sobre la que seguir la negociación. Por el contrario, Opera:

- Rechaza abordar la discusión sobre los aspectos técnicos más concretos de un hipotético acuerdo de acceso. En este sentido, la propuesta enviada por Opera sólo incluye una lista con los recursos solicitados por el operador OMV y otra lista con las infraestructuras e instalaciones.
- No cuestiona, ni presenta comentarios a la estructura tarifaria propuesta por TME basada en un pago fijo inicial, una cuota fija anual y el pago de una cantidad variable en función del tráfico cursado en los diferentes servicios minoristas. Sin necesidad de haber iniciado la discusión sobre la cuantías concretas de los conceptos facturables por TME, es evidente que el establecimiento de una estructura tarifaria concreta constituye en sí mismo un aspecto relevante del acuerdo y podía haber sido motivo de futuras discusiones entre las dos empresas.²

La CMT considera que, después de haber mantenido únicamente dos reuniones, Opera no puede argumentar que TME está utilizando tácticas dilatorias por no “ofrecer precios razonables por la prestación de servicios de acceso” y no haber facilitado ninguna información sobre los precios de estos servicios de acceso. Dado el contenido y el nivel de información intercambiado, parece razonable entender que todavía no se daban las condiciones óptimas para ofrecer un precio razonable.

Además, tampoco es obligatorio que TME sea la responsable de realizar formalmente dicha oferta; esto dependerá del mismo desarrollo de las negociaciones, que puede diferir de un caso a otro. En este sentido, la CMT entiende que Opera realiza una interpretación muy restrictiva e incorrecta de la obligación de ofrecer precios razonables que la Resolución de esta Comisión de 2 de febrero de 2006 impuso a los operadores con PSM. En contra de lo argumentado por Opera, la obligación de ofrecer precios razonables no implica que los OMRs estén necesariamente obligados a realizar la oferta económica en el proceso de negociación sino que la oferta resultante de la negociación sea tal que los precios sean razonables, esto es, que (fruto de la libre negociación comercial) sean beneficiosos para las dos partes. Por ejemplo, sería factible que Opera realizara una primera oferta económica, TME realizara

² A título ilustrativo, conviene destacar que la determinación de la estructura tarifaria constituye un aspecto esencial en la definición de las estrategias comerciales de cualquier empresa y que la decisión final requiere un análisis de los costes y de su impacto sobre la demanda.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

una contraoferta y esta última fuera perfectamente razonable, aceptada por Opera y se cumpliera con la obligación regulatoria impuesta en materia de precios de acceso.

Corresponde ahora examinar las concretas acusaciones que formula Opera frente a TME. En relación con la afirmación de que *“TME no ha facilitado ninguna información relativa a los precios de los servicios de acceso solicitados por Opera”*, la CMT considera que ante la falta de respuesta de Opera a la solicitud de TME de información técnica y comentarios a una propuesta de estructura tarifaria del acuerdo de acceso que se estaba negociando, resulta comprensible que TME no haya aportado dicha información cuando ha sido Opera la que ha abortado esa posibilidad al no atender previamente a una petición de información razonable de TME y, en consecuencia, ha frenado la posibilidad de continuar con las negociaciones.

Opera señala que *“TME no ha requerido a Opera para que amplíe o aclare información respecto de la facilitada por Opera a TME”*. En este sentido, como reconoce la propia Opera, TME ha solicitado información técnica y comentarios a una propuesta de estructura tarifaria para las condiciones económicas del potencial acuerdo de acceso. Más aún, Opera reconoce que TME le comunicó el 14 de marzo que estaba interesada en mantener una mesa técnica.

En cuanto a la consideración de que *“TME no ha solicitado a Opera ninguna reunión para concretar cualquier aspecto de la negociación, bien sea de los “precios razonables” que en ningún momento ha ofrecido a Opera, o de cualquier otra cuestión que precise TME para poder ofrecer precios razonables por la prestación de los servicios de acceso a Opera”*, este operador reconoce que TME le comunicó el 14 de marzo que estaba interesada en mantener una mesa técnica. La discusión de los aspectos económicos quedaba supeditada a la discusión de los aspectos técnicos y a la recepción de comentarios sobre la estructura tarifaria. El hecho de que no sea un esquema de negociación del agrado de Opera no implica que estas imposiciones de TME constituyan una forma de negativa de acceso ya que son requerimientos de información que encajan perfectamente en el marco de una negociación de acceso donde el número de candidatos es amplio y existen alternativas para la prestación de los servicios mayoristas de acceso y originación en las redes móviles.

En apoyo de estos argumentos, resulta adecuado recoger las manifestaciones realizadas por Opera en su escrito de 11 de septiembre, en el que afirma que:

“Resulta sorprendente que TME concrete ahora claramente estas cuestiones a la CMT, pero en ningún momento previo haya planteado estas dudas o cuestiones a Opera, a pesar incluso del ofrecimiento y disposición que Opera



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

manifestaba en el propio escrito de solicitud del 14 de Marzo poniéndose a disposición de TME por parte de Opera.” [Subrayado nuestro]

De forma implícita, Opera reconoce que existían diversas cuestiones que todavía no habían sido resueltas, cuestiones que han quedado acreditadas a través de las dudas que plantea TME en su escrito y que sirven para mostrar algunos de los aspectos pendientes de negociar, sobre todo teniendo en cuenta que TME estaba interesada en una “mesa técnica”. Si Opera hubiera respondido a las solicitudes de información y discutido sobre ello en una nueva reunión resultarían más justificadas sus afirmaciones. En este sentido, resulta contradictorio el hecho de que Opera alegue su disponibilidad a colaborar cuando no ha respondido a las dos solicitudes de información de TME, ni ha aportado ninguna evidencia de la negativa de TME a continuar con las negociaciones.

En conclusión, la CMT no acepta manifestaciones realizadas por Opera en su respuesta al requerimiento de información como argumentos a favor de su tesis de denegación de acceso y tácticas dilatorias por parte de TME.

2.- Análisis comparativo entre servicios mayoristas

La CMT considera que un acuerdo de interconexión de Opera con Jazztel y Colt, respectivamente, no es equiparable con el acuerdo de acceso móvil que precisa Opera para convertirse en OMV puro (“full MVNO”). Por un lado, la complejidad de este último es mayor debido a lo novedoso, su impacto en la competencia, la existencia de múltiples candidatos que demandan los servicios mayoristas de acceso y originación móvil con diferentes modelos de negocio y la presencia de tres redes de acceso móvil. Por otro lado, los acuerdos de interconexión para el intercambio de tráfico fijo tienen como marco de referencia para establecer los parámetros técnicos y económicos del acuerdo las Ofertas de Interconexión de Referencia de TESAÚ³. Además, son acuerdos cuyo impacto en la competencia no es comparable, no sólo por el tamaño de las redes de los operadores implicados, sino porque no existe el riesgo de canibalización de ingresos para ninguna de las partes; de hecho, claramente favorecen a las dos por cuanto permite la terminación de las llamadas realizadas por sus usuarios a cualquier red.

Para el caso concreto de TME, la CMT ha constatado que, en los modelos de conectividad y de estructura tarifarias que TME envió a Opera, no se ha solicitado información relativa al modelo de negocio de esta última.

³ La primera Oferta de Interconexión de Referencia se aprobó en 1998.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La CMT tampoco va a establecer “*ex-ante*” qué información se requiere para definir un acuerdo de acceso, tal y como solicita Opera en su respuesta al requerimiento de información. Esta decisión es coherente con la filosofía que inspira el marco regulatorio resultante de la Resolución de 2 de febrero de 2006, por la que se aprobó la definición y análisis del mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil.

Así, en dicho análisis, la CMT concluyó que los tres OMRs tenían poder significativo en el mercado e impuso las obligaciones de atender las solicitudes razonables de acceso y ofrecer precios razonables. De esta forma, la CMT optó por un marco regulatorio que otorgara a los agentes presentes en el mercado un nivel de flexibilidad suficiente que facilitara la consecución de acuerdos voluntarios, mutuamente beneficiosos y, de esta forma, se desbloqueara una situación de negativa permanente de acceso y se solucionaran los efectos negativos que esta estructura de mercado tenía para el usuario final.

Por idéntico motivo, la CMT no va a establecer “*una lista concreta de los datos que precisa TME para concretar un acuerdo de acceso en los términos solicitados por Opera, un calendario con plazos definidos para establecer el acceso, así como una descripción de los procedimientos organizativos de los diferentes procesos de gestión y administrativos*”. En contra de lo manifestado por Opera en su escrito de 11 de septiembre de 2006, la CMT considera que, una vez demostrado que no se han agotado todas las posibilidades de negociación, esos resultados deben ser fruto de una negociación voluntaria entre las dos partes y no de un conflicto.

En definitiva, cualquier medida adicional que la CMT debiera adoptar debería estar justificada, esto es, tendría que imponerse para solucionar un problema de competencia que previamente se hubiera detectado. Dada la información aportada por Opera, éste no es el caso.

Las razones esgrimidas por Opera para explicar su actuación no evidencian, ni muestran que se haya acreditado que TME estuviera tratando de denegar el acceso a través de tácticas dilatorias, por lo que no puede entenderse vulnerada su obligación de dar acceso a Opera, consagrada por la Resolución de 2 de febrero de 2006. Asimismo, como consecuencia de la actitud de Opera contraria a continuar con las negociaciones, del número reducido de reuniones y de la información aportada, la CMT concluye que TME no ha incumplido con la obligación de ofrecer precios razonables ya que no ha habido tal posibilidad.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TERCERO.- SOBRE PRÁCTICAS DISCRIMINATORIAS BASADAS EN PREJUICIOS CON RESPECTO A LOS CANDIDATOS ELEGIBLES COMO OMV

La Resolución de la CMT de 2 de febrero de 2006, por la que se aprobaba la definición y análisis del mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil, la designación de los operadores con poder significativo en el mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acordaba su notificación a la Comisión Europea, impuso a los operadores PSM, entre otras, las siguientes obligaciones:

- Atender a las solicitudes razonables de acceso a recursos específicos de sus redes y a su utilización (arts. 13.1 d) de la LGTel y 10 del Reglamento de Acceso; art. 12 de la Directiva de Acceso).
- Ofrecer precios razonables por la prestación de los servicios de acceso (arts. 13.1 e) de la LGTel y 11 del Reglamento de Acceso; art. 13 de la Directiva de Acceso).

Del examen de la Resolución, se constata que a los operadores con PSM no se les ha impuesto la obligación de no discriminación y, por tanto, la CMT no puede admitir la solicitud de Opera según la cual debería garantizarse que no se produzcan discriminaciones en las condiciones aplicadas a los servicios mayoristas de acceso.

A mayor abundamiento, conviene destacar que la CMT tiene encomendada la tarea de analizar, como mínimo cada dos años, los mercados definidos por la Comisión Europea en su recomendación relativa a los mercados pertinentes de comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación “ex-ante”⁴. En otras palabras, la CMT será la encargada de analizar, en revisiones posteriores, si el mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil se desarrolla en un entorno de competencia efectiva.

En el marco de dicho análisis será donde la CMT valorará si la actuación de los OMRs en la prestación de los servicios mayoristas de acceso y originación móvil relevantes se corresponde con la que se daría en un entorno de competencia efectiva y, concretamente, si la entrada de nuevos competidores está garantizando la competencia efectiva en el mercado minorista y verá si es necesario imponer nuevas obligaciones, incluida la de no discriminación.

⁴ Artículo 3.1. del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración,



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Hasta la fecha, los hechos relevantes son la falta de negativa de acceso por parte de los OMRs a Opera y la consecución de acuerdos entre (i) TME y “El Corte Inglés”, (ii) Vodafone con Euskaltel y Xfera, respectivamente y (iii) Orange con “The Phone House” y Carrefour, respectivamente. En todo caso, si los OMRs impidieran la entrada de nuevos agentes capaces de aportar valor al consumidor final (en términos de nuevos servicios, mayor calidad o menores precios, que reflejen los costes de su prestación o mejoras de eficiencia en la prestación de los mismos), tal y como sugiere Opera, la CMT lo tendría en cuenta a la hora de determinar la existencia de competencia efectiva e imponer obligaciones regulatorias.

Por tanto, las consideraciones adicionales de Opera sobre el tipo de acuerdos futuros (únicamente con un número de grandes cadenas de distribución) que se van a alcanzar no son objeto de estudio en el presente expediente y sirven aún menos para argumentar prácticas discriminatorias, máxime cuando la obligación de no discriminación no ha sido impuesta a los OMRs, de acuerdo con la regulación sectorial vigente⁵.

CUARTO.- SOBRE LA SOLICITUD DE APERTURA DE UN PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

En su escrito de interposición del conflicto de acceso, Opera solicita, en tercer lugar, que *“se impongan a las operadoras móviles con PSM las sanciones que corresponda por haber incurrido en infracciones muy graves”*.

Ante la falta de constatación de posibles incumplimientos por parte de TME, tanto en relación con la denegación de la solicitud de acceso a los servicios de acceso y originación móvil minorista, como la inexistencia de una obligación de no discriminación, esta Comisión considera que no procede la apertura del procedimiento sancionador.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, la CMT

⁵ No obstante, es difícil aceptar que los acuerdos firmados hasta la fecha no vayan a tener impacto en la competencia en el mercado de comunicaciones móviles, vistos los conflictos surgidos entre Euskaltel y Orange, a raíz de la firma del primero de un acuerdo de acceso con Vodafone. Baste mencionar que Orange lanzó una oferta sobre los clientes de Euskaltel consistente en una rebaja del 50% en las llamadas y el regalo de un móvil (Ver Cinco Días: “Orange ofrece descuentos vitalicios del 50% a los clientes de Euskaltel”, Página 17). Asimismo, es más que previsible que la entrada de un nuevo competidor (Xfera) prevista para finales del año 2006, en parte gracias al acuerdo de roaming nacional suscrito con Vodafone, tenga un impacto en términos de precios, nuevos servicios y promociones agresivas para el “robo” de clientes, sobre todo, porque Xfera se ha comprometido a desplegar progresivamente su red de tercera generación (UMTS) hasta alcanzar una dimensión nacional y para ello es preciso alcanzar una masa de clientes crítica, suficientemente grande que permita rentabilizar estas inversiones.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar la solicitud de OPERADORA DE TELECOMUNICACIONES, S.L. en todos sus términos.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el Artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº. Bº.

EL PRESIDENTE,

EL SECRETARIO,

Reinaldo Rodríguez Illera

Jaime Almenar Belenguer