



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 VODAFONE ESPAÑA, S.A., 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 2006/901

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución por la que se aprueba la definición y análisis del Mercado 15 de la Recomendación de la Comisión Europea.

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.

Con 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 planteó 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 los operadores 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:*

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

- *Atender a las solicitudes razonables de acceso a recursos específicos de sus redes y a su utilización.*
- *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) en el que ha requerido la negociación de un Acuerdo General de Interconexión, un 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. Esta práctica *“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”*.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

-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 de 2006, constituye una sanción administrativa calificada como muy grave en el artículo 53 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en lo sucesivo, LGTel).

Formuladas estas alegaciones, Opera solicita a esta Comisión:

-Que se dicten las condiciones por las que 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 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.

Mediante escrito de fecha 5 de julio de 2006, se notificó a Vodafone el inicio del presente procedimiento, dándole traslado del escrito presentado por Opera y confiriéndole 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 Vodafone (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 Vodafone (orden del día, calendario de actuaciones previstas, condiciones técnicas y económicas negociadas, condiciones técnicas y económicas impuestas, en su caso, por Vodafone).
- Documentación aportada, en su caso, por Vodafone durante el periodo de negociación.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Cualquier otra documentación adicional que considere relevante para la resolución del presente expediente.

CUARTO.- Solicitud de ampliación de plazo.

Mediante documento de fecha 19 de julio de 2006, el representante legal de Vodafone 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 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 21 de julio de 2006.

QUINTO.- Escrito de alegaciones de Vodafone.

El 2 de agosto de 2006, se recibió en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de Vodafone, en el que exponía básicamente que:

- Que *“Vodafone no ha rechazado ninguna información aportada por las empresas solicitantes de acceso a su red, ni a Opera, ni a ninguna otra, como así puede ser corroborado por todas aquellas empresas que han aportado motu propio información adicional no demanda por mi representada”*
- Que *“Opera no ha facilitado documentación adicional a Vodafone, siendo falso que tal entrega haya sido rechazada por Vodafone y Opera no ha respondido a la solicitud de información adicional formulada por Vodafone, como reconoce Opera en su escrito, en la reunión mantenida entre ambas partes con fecha 31 de marzo de 2006”*.
- Que *“la falta de consecuente contacto por Opera ha sido interpretada por mi representada como una pérdida de interés por parte de Opera en abrir una negociación”*.
- Que *“Vodafone considera del todo injustificado, improcedente y contraproducente, cualquier posible equiparación entre los acuerdos de acceso a las redes móviles con los acuerdos de interconexión”*.

Destaca las dificultades asociadas a la consecución de un primer acuerdo y la necesidad de un aprendizaje inicial de manera que es probable que el tiempo que se necesite para el establecimiento de los primeros acuerdos supere a los futuros. Señala que *“si Opera quisiera realizar comparaciones realmente equivalentes, debería comparar el tiempo que un operador móvil tarda en*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

celebrar un acuerdo general de interconexión, y se daría cuenta de que (...) no es en general superior al de los operadores fijos”.

- Que “Opera no sólo ignora la no aplicación del principio de no discriminación a los operadores móviles según la Resolución de 2 de febrero de 2006, sino que, además, confunde y tergiversa la interpretación que de tal principio ha venido haciendo históricamente la Comisión, que no es otra que la aplicación de condiciones idénticas a operadores semejantes en circunstancias equivalentes, algo que en caso de aplicación de tal principio ni mucho menos equivaldría a la aplicación de condiciones idénticas para todos los solicitantes”.

- Que “considera necesario que la Comisión adopte (...) una doctrina clara sobre el carácter excepcional de la intervención de la Comisión, de los requisitos que exigirá con carácter previo a su intervención y sobre las reglas que regirán tal intervención”.

Expuestas estas alegaciones, Vodafone solicita a la CMT “dicte a la mayor brevedad posible Resolución, desestimando íntegramente la solicitud de Opera”.

SEXTO.- Respuesta de Opera al requerimiento de información de la Comisión del mercado de las Telecomunicaciones.

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 de fecha 13 de julio de 2006.

SÉPTIMO.- Acceso al expediente.

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

OCTAVO.- Escrito de alegaciones de Opera.

Con fecha 14 de septiembre de 2006, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de Opera, en el que expone básicamente:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- 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”*.
- Que determinadas cuestiones comerciales, previsiones de venta, mercado objetivo así como otras cuestiones de plan de negocio contienen información de especial carácter estratégico de forma que el posible beneficio que podría aportar al resto de interesados conocer tal información, es de entidad mínima en relación con los presuntos perjuicios que, sobre la estrategia comercial, se podrían producir.
- Que *“resulta de suma importancia que uno de los resultados de este conflicto sea que Vodafone suministre a Opera en un plazo finito de tiempo una lista concreta de los datos que precisa Opera 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”*. En concreto que *“Vodafone debe facilitar una relación concreta de precios de los servicios solicitados”*.

NOVENO.- Comunicación de ampliación de plazo.

Por sendos escritos, de fecha 17 de octubre de 2006, se comunicó a Opera y Vodafone 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 LGTel determina cuál es el objeto de que tiene la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que, entre otros aspectos, alcanza a la resolución de los conflictos que se produzcan entre los operadores, así:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

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

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



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“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 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre (en adelante, Reglamento de Mercados) dispone, en la letra a) de su apartado 3, que *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá atribuidas las competencias siguientes: [...] 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 LGTel 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.

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, entre las que se encuentra la obligación de atender las solicitudes razonables de acceso a sus redes.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

II.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 Vodafone, la Comisión constata los siguientes hechos relevantes:

- Con fecha 2 de febrero de 2006, Opera envió a Vodafone 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 6 de marzo de 2006, Vodafone solicitó a Opera, mediante carta postal, que se pusiera en contacto con ella para concretar la fecha y agenda de la reunión. Con fecha 8 de marzo de 2006, Opera respondió, por correo electrónico, que quedaba a la espera de la indicación de disponibilidad de fechas de Vodafone.
- Con fecha 16 de marzo de 2006, Opera presentó una relación de los principales aspectos considerados necesarios para la formalización del acuerdo, al igual que había hecho con TME y Orange. Vodafone le comunicó que deseaba disponer de información adicional acerca de la compañía, estrategia comercial, datos económicos y financieros. Por último, Vodafone solicitó, asimismo, la firma de un acuerdo de confidencialidad.
- Con fecha 31 de marzo de 2006, Vodafone solicitó a Opera, mediante la entrega de un documento redactado en inglés, la información considerada necesaria, estructurando la misma en cuatro apartados: *“1. Company background and description of business, 2. Vision on positioning as MVNO, 3. MVNO’s high level Business Case y 4. Explanation of win-win Business Case for Vodafone”*.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Con fecha 23 de junio de 2006, Opera interpuso conflicto de acceso contra TME, Vodafone y Orange por los siguientes motivos:
 - Su reiterada utilización de tácticas dilatorias para no cumplir con la obligación de 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 Vodafone, siempre y cuando se considerara que esta solicitud resultaba proporcionada a los servicios objeto del acuerdo.

Opera consideraba que la información económica y financiera solicitada por Vodafone excedía de lo necesario para alcanzar un acuerdo de acceso. En su respuesta al requerimiento de información, Opera sostiene que *“este requerimiento de información excede del ámbito del acuerdo de acceso y se trata de una maniobra adicional de Vodafone con el objeto de obstaculizar un posible acuerdo o disponer de una excusa que permita alegar que Opera no ha contestado a Vodafone una información determinada, cuando esta información no es imprescindible para poder alcanzar un acuerdo de acceso que es en última instancia el objeto de la negociación”*².

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no acepta este argumento por las siguientes razones:

Opera se contradice con lo manifestado en el escrito de denuncia. Así, en dicho escrito, Opera explica que Vodafone le entrega *“un escrito con una serie de preguntas, la mayoría de la cuales se podía responder en base a la información entregada por escrito por Opera a Vodafone en la reunión anterior”*³.

² Subrayado propio.

³ Ver Hoja 1 del escrito por medio del cual Opera interpuso el conflicto de acceso. Señalar que el subrayado es propio.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Si realmente el requerimiento de información se podía responder con la información aportada por Opera, a esta última no le debería haber supuesto una gran dificultad responder a Vodafone y continuar con las negociaciones. En principio, según estas manifestaciones, parece un problema fácilmente subsanable.

A la vista del requerimiento de información realizado por Vodafone a Opera, las preguntas formuladas por la primera no constituyen en sí mismas una carga excesiva para el solicitante de acceso. Opera debería haber agotado las posibilidades de negociación remitiendo la información complementaria que se le solicitó, lo cual permitiría a esta Comisión valorar, si fuera el caso, si verdaderamente la información exigida por Vodafone ya había sido remitida o excede del ámbito del acuerdo de acceso que se pretende alcanzar, tal y como argumenta Opera.

Visto lo anterior, las dos partes interesadas podrían haber mantenido nuevas reuniones y con los resultados de las mismas se podría valorar, si fuera el caso, si verdaderamente la información exigida por Vodafone resultaba excesiva. El hecho de que Opera haya decidido no atender esa petición de información, a pesar de poder haberlo hecho en el periodo comprendido entre el 31 de marzo y el 23 de junio, impide valorar si la petición de Vodafone supone una carga excesiva.

II.2 Análisis comparativo entre servicios mayoristas.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones 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 del servicio, 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 las Ofertas de Interconexión de Referencia de Telefónica de España, S.A.U.⁴ para establecer los parámetros técnicos y económicos del acuerdo. 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

⁴ La primera Oferta de Interconexión de Referencia se aprobó en 1998.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

por cuanto permite la terminación de las llamadas realizadas por sus usuarios a cualquier red.

Esta Comisión tampoco acepta el argumento de Opera según el cual *“informaciones relativas a segmentos de mercado, productos, estrategia de posicionamiento de marca y publicidad, oferta comercial, entre otras, no responden a la necesidad de definir un acuerdo de acceso sino que utilizan como excusa la negociación de un acuerdo de acceso para obtener de un potencial rival información comercial confidencial que Vodafone puede utilizar en beneficio propio o desarrollar estrategias que minimicen el éxito de estas estrategias antes de que Opera pueda alcanzar un acuerdo de acceso con Vodafone o con otro operador de acceso”*. Se comprueba que la denuncia de Opera no está fundamentada ya que no aporta evidencia al respecto, limitándose a interpretar de manera sesgada la petición de información. Nuevamente, dada la falta de una respuesta a la solicitud de información realizada por Vodafone, Opera se ampara en suposiciones sobre el uso que Vodafone pueda hacer de la información aportada por Opera.

Como se ha explicado más arriba, si Opera hubiera respondido al requerimiento de información de Vodafone, sobre la base de la información de que ya disponía en la reunión del 16 de marzo, incluso señalando aquellas cuestiones cuya respuesta les suponía aportar una información muy sensible desde el punto de vista comercial, esta Comisión podría valorar, si fuera el caso, si verdaderamente la información exigida por Vodafone resultaba excesiva.

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 Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones 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.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por idéntico motivo, esta Comisión no va a establecer *“una lista concreta de los datos que precisa Vodafone 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, 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 Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones 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, no nos encontramos ante este caso.

Las razones esgrimidas por Opera para explicar su actuación no evidencian que se haya acreditado que Vodafone 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 Vodafone no ha incumplido con la obligación de ofrecer precios razonables ya que no ha habido tal posibilidad.

TERCERO.- Sobre prácticas discriminatorias basadas en prejuicios con respecto a los candidatos elegibles como OMV.

De acuerdo con la Resolución 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, la CMT impuso a los operadores con 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).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- 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 admite la solicitud de Opera según la cual deba 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*”⁵. En otras palabras, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones será la encargada de analizar, en revisiones posteriores del mercado, 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 esta Comisión 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.

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 OMR 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, esta Comisión lo tendría en cuenta a la hora de determinar la existencia de competencia efectiva e imponer obligaciones regulatorias.

⁵ 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

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 vigente⁶.

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 Vodafone, 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

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.

⁶ 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

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.

EL SECRETARIO

Vº. Bº. EL PRESIDENTE

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera