

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE DECLARA CONCLUSO EL PROCEDIMIENTO SOBRE LA ADECUACIÓN A LA REGULACIÓN DE LA MODIFICACIÓN POR TELEFÓNICA, ORANGE Y TELECOM DE LOS PRECIOS DE TERMINACIÓN DE LLAMADAS EN REDES MÓVILES PARA DETERMINADOS ORÍGENES INTERNACIONALES, POR DESAPARICIÓN SOBREVENIDA DEL OBJETO

IRM/DTSA/012/16/TERMINACIÓN INTERNACIONAL

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta de la Sala:

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros:

D. Benigno Valdés Díaz
D. Mariano Bacigalupo Saggese
D. Bernardo Lorenzo Almendros
D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 25 de enero de 2018

Vistas las actuaciones practicadas en el expediente con nº IRM/DTSA/012/16, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** adopta resolución basada en los siguientes:

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Puesta de manifiesto de determinados hechos

A raíz de la aparición de una serie de noticias en diversos foros de Internet¹ en diciembre de 2016, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) tuvo conocimiento de un cambio en la política tarifaria de los operadores Orange Espagne, S.A.U. (Orange) y Telefónica Móviles España, S.A.U. (Telefónica) en lo que se refería a la prestación del servicio de terminación de llamadas en redes móviles para determinados orígenes internacionales.

En particular, según se desprendía de la citada información públicamente disponible, Orange y Telefónica habrían comenzado a aplicar un recargo de

¹ https://www.telefácil.com/wiki/index.php/Sobrecoste_Orange
<http://www.economiza.com/2016/12/11/las-operadoras-atacaran-el-sector-de-la-voz-ip-en-traffic-internacional/>

0,0500€/min por la prestación de servicios de terminación en su red móvil en los siguientes supuestos:

1. Llamadas recibidas de un número A con un código de país no incluido en un listado predefinido de países².
2. Llamadas recibidas sin identificación del número A.
3. Llamadas recibidas con un formato de número A incorrecto, en forma o contenido, que impida identificar con claridad el origen de la llamada; llamadas con número A inválido, modificado o manipulado.

SEGUNDO.- Inicio del procedimiento

Mediante escritos de 22 de diciembre de 2016, se comunicó a Telefónica y Orange el inicio de oficio del presente procedimiento, requiriéndose asimismo de ambos operadores que aportaran determinada información adicional, necesaria para la resolución del mismo.

TERCERO.- Alegaciones y contestación al requerimiento de información por parte de Orange y Telefónica

Mediante escrito de 16 de enero de 2017, Orange formuló sus observaciones en relación con el procedimiento de referencia, aportando asimismo la documentación solicitada por la CNMC en el acto de inicio del mismo.

Mediante escrito de 19 de enero de 2017, Telefónica dio contestación al requerimiento de información de la CNMC.

CUARTO.- Declaración de confidencialidad

Mediante escritos de fecha 24 de enero de 2017, se procedieron a declarar confidenciales determinados elementos contenidos en los escritos de Orange y Telefónica, por contener información que podría afectar al secreto comercial e industrial de estos operadores.

QUINTO.- Condición de interesado de Telecable

Mediante escrito de 24 de enero de 2017, se comunicó a Telecable de Asturias, S.A.U.³ (Telecable) su consideración como interesado en el procedimiento de referencia, de conformidad con lo previsto en los artículos 4.1.b) y 8 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

² Países pertenecientes al Espacio Económico Europeo, así como Gibraltar, Reunión/Mayotte, Guadalupe, Guayana Francesa, Martinica, Estados Unidos y Canadá.

³ Mediante Resolución de 29 de junio de 2017, la CNMC autorizó la adquisición de Telecable por Euskaltel, S.A., de manera que Telecable ha pasado a formar parte de su grupo empresarial, ver asunto C/0859/17 *Euskaltel / Telecable de Asturias*.

Este acto de instrucción se adoptó debido a que, al igual que en el caso de Telefónica y Orange, esta Comisión tuvo conocimiento de que Telecable podría haber llevado a cabo un cambio en su política tarifaria similar al descrito en el antecedente de hecho primero en lo que se refiere al incremento de precios para el servicio de terminación de llamadas en redes móviles para determinados orígenes internacionales.

En el citado acto, se requirió asimismo de Telecable la aportación de determinada información, necesaria para la resolución del procedimiento.

SEXTO.- Alegaciones de Telecable

Mediante escrito de 1 de febrero de 2017, Telecable formuló sus observaciones en relación con el procedimiento de referencia, aportando asimismo la documentación requerida por la CNMC en fecha 24 de enero de 2017.

En fecha 3 de febrero de 2017, Telecable remitió un segundo escrito, por el que comunicaba a la CNMC que había decidido proceder a la anulación de la medida adoptada y objeto del presente expediente, con efectos a partir del 1 de febrero de 2017, y que por tanto no introduciría por el momento diferenciación alguna en los precios de terminación de llamadas en función de su origen.

SÉPTIMO.- Declaración de confidencialidad

Mediante escrito de fecha 3 de febrero de 2017, se procedieron a declarar confidenciales determinados elementos contenidos en el escrito de Telecable, por contener información que podría afectar al secreto comercial e industrial de este operador.

OCTAVO.- Alegaciones adicionales de Orange

Mediante escrito de 16 de febrero de 2017, Orange formuló una serie de alegaciones adicionales en relación con el procedimiento de referencia.

Mediante escrito de fecha 20 de febrero de 2017, se procedieron a declarar confidenciales determinados elementos contenidos en el escrito de alegaciones adicionales de Orange.

NOVENO.- Trámite de audiencia

El 17 de febrero de 2017, y de conformidad con lo estipulado en el artículo 82 de la LPAC, se notificó a Orange, Telefónica y Telecable el informe de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, emitido en el trámite de audiencia, otorgándoles el debido plazo para que efectuaran sus alegaciones y aportaran los documentos que estimaran pertinentes.

DÉCIMO.- Alegaciones de los interesados

Orange y Telefónica presentaron sus alegaciones al informe de audiencia referido en el antecedente anterior en fechas 8 y 9 de marzo de 2017, respectivamente.

Por su parte, Telecable no formuló observaciones al informe de audiencia de la DTSA.

UNDÉCIMO.- Declaración de confidencialidad

Mediante escrito de fecha 10 de marzo de 2017, se procedieron a declarar confidenciales determinados elementos contenidos en las alegaciones de Telefónica al trámite de audiencia, por contener información que podría afectar al secreto comercial e industrial de este operador.

DUODÉCIMO.- Información complementaria aportada por Orange

En fecha 22 de marzo de 2017, Orange remitió un escrito por el que aportaba información adicional relativa al impacto económico que se derivaba para este operador de los hechos puestos de manifiesto en el presente procedimiento.

DÉCIMOTERCERO.- Declaración de confidencialidad

Mediante escrito de fecha 23 de marzo de 2017, se procedieron a declarar confidenciales determinados elementos contenidos en el escrito de Orange por el que aportaba información complementaria, por contener información que podría afectar al secreto comercial e industrial de este operador.

A los anteriores Antecedentes de hecho les son de aplicación los siguientes,

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Objeto del procedimiento

El objeto del presente expediente es analizar el cambio efectuado a finales del año 2016 - principios del año 2017 en la política tarifaria de Orange, Telefónica y, en un principio, Telecable, en lo que se refiere al cobro de precios mayoristas por la prestación del servicio de terminación de llamadas en redes móviles para determinados orígenes internacionales y su conformidad con el marco regulatorio aplicable a los mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales.

SEGUNDO.- Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

Las competencias de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial.

La CNMC debe, de conformidad con el artículo 1.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC), *“garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios”*.

En concreto, en lo referente al sector de las comunicaciones electrónicas, el artículo 6 de la LCNMC dispone que la CNMC *“supervisará y controlará el correcto funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas”*, correspondiéndole a estos efectos *“realizar las funciones atribuidas por la [Ley General de Telecomunicaciones], y su normativa de desarrollo”*.

Para realizar las citadas labores de supervisión y control, los artículos 6 de la LCNMC y 70.2 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), otorgan a esta Comisión, entre otras, las funciones de definir y analizar los mercados de referencia relativos a redes y servicios de comunicaciones electrónicas, identificar al operador u operadores que poseen un poder significativo de mercado, así como, en su caso, imponer obligaciones regulatorias a los mismos.

A estos efectos, en la fecha en que tuvo lugar la subida tarifaria objeto del presente procedimiento, se encontraba en vigor la Resolución de 10 de mayo de 2012, relativa a la definición y el análisis de los mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales, en virtud de la cual determinados operadores móviles (entre los que se incluyen Orange, Telefónica y Telecable) debían garantizar la prestación del servicio de terminación en sus redes móviles a precios regulados.

En fecha 18 de enero de 2018, la CNMC ha aprobado una revisión de dicho mercado mediante la Resolución relativa a la definición y análisis de los mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales (mercado 2/2014), la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas⁴. La citada Resolución configura las nuevas medidas regulatorias que resultarán de aplicación a los operadores declarados con poder significativo en el mercado de referencia (entre los que se incluyen los operadores precitados), a partir del momento en que la Resolución despliega sus efectos (esto es, a partir del día siguiente a su publicación en el BOE).

⁴ Expediente ANME/DTSA/002/17/M2-2014 TERMINACIÓN MÓVIL.

La CNMC resulta por consiguiente competente para pronunciarse sobre las cuestiones objeto del presente expediente.

Por otra parte, atendiendo a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la LCNMC y el artículo 14.1.b) del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, el órgano decisorio competente para la resolución del presente procedimiento es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Problemática existente en relación con la terminación de llamadas originadas fuera del Espacio Económico Europeo (EEE)

Como se ha señalado, en fecha 10 de mayo de 2012, se aprobó la Resolución relativa a la definición y el análisis de los mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales, en virtud de la cual los operadores deben garantizar la prestación del servicio de terminación de llamadas en sus redes móviles a precios regulados.

De conformidad con esta Resolución, Telefónica, Orange y Telecable (entre otros) tenían la obligación de ofrecer los servicios de terminación a precios orientados en función de los costes de producción, a los niveles recogidos en el Anexo 2 de la Resolución (para Telecable, de conformidad con el Anexo 4).

El principio de orientación a los costes de producción sigue resultando de aplicación en la fijación de los precios de terminación móvil por parte de estos agentes, en virtud de la Resolución de 18 de enero de 2018 relativa a la definición y análisis de los mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales (mercado 2/2014), la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas.

En lo que se refiere a la aplicación de los precios de terminación regulados, en los últimos años ha ido ganando prominencia el debate acerca de la posible diferenciación de precios en función de si las llamadas tienen su origen en países del Espacio Económico Europeo (EEE) o en terceros países.

En particular, los operadores que prestan servicios de terminación en el EEE han venido haciendo hincapié en el significativo diferencial que puede existir entre los precios de terminación regulados a nivel comunitario (conforme a un criterio de estricta orientación a costes) y los precios de terminación aplicados en terceros países, lo que podría dar lugar a una transferencia de rentas hacia dichos terceros países.

Como consecuencia de esta situación de hecho, a medida que las Autoridades Nacionales de Reglamentación (ANR) han ido efectuando sus nuevas rondas

de revisión de los mercados de terminación fijo y móvil, de manera mayoritaria han excluido el tráfico originado fuera del EEE del ámbito de aplicación de las medidas regulatorias impuestas (y en particular, de la regulación de precios)⁵. En algunos casos, el criterio de orientación a costes de los precios de terminación ha sido sustituido, para llamadas originadas fuera del EEE, por un criterio de reciprocidad o negociación bilateral entre operadores, en un entorno no regulado. En determinados casos, se ha llegado incluso a excluir de la propia definición del mercado el tráfico originado fuera del EEE, lo que resulta *de facto* en la no imposición de obligaciones regulatorias sobre la terminación para dicho tráfico.

SEGUNDO.- Descripción de las medidas adoptadas por Orange, Telefónica y Telecable

Como consta en los antecedentes, esta Comisión tuvo conocimiento de un cambio en la política tarifaria de los operadores Orange y Telefónica, en virtud del cual dichos agentes comenzaron a aplicar un recargo de 0,0500€/min por la prestación de servicios de terminación en su red móvil en determinados supuestos. En el caso de Orange, dicha modificación tarifaria se produjo con efectos a partir del 1 de septiembre de 2016, mientras que en el caso de Telefónica los nuevos precios resultaron de aplicación desde el 1 de enero de 2017.

En su contestación al requerimiento de información de la CNMC, Orange y Telefónica señalaban que el recargo de 0,0500€/min resultaba de aplicación a las llamadas originadas en países que no forman parte del Espacio Económico Europeo, así como Gibraltar, Reunión/Mayotte, Guadalupe, Guayana Francesa, Martinica, Estados Unidos y Canadá.

El recargo practicado por Orange y Telefónica también se aplicaba en aquellas instancias en que el número llamante (número A) no aparecía identificado, así como en aquellos casos en que el número A era incorrecto, inválido o había sido modificado, incluyendo por ejemplo casos en que:

- (i) el número llamante aparece como un número del Plan de numeración nacional español (sin que sin embargo el número sea concordante con los números habilitados a nivel nacional para emitir llamadas); o

⁵ Ver por ejemplo para terminación móvil las notificaciones efectuadas conforme a los artículos 7-7 *bis* de la Directiva 2002/21/CE de 7 de marzo de 2002 relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco) por países como Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Italia, Lituania, Luxemburgo, Noruega, Portugal o República Checa. A este respecto, la Recomendación de la Comisión Europea de 9 de octubre de 2014 relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación *ex ante*, lista como mercado 2 la “*terminación de llamadas vocales al por mayor en redes móviles individuales*”.

- (ii) el número llamante aparece como un número perteneciente a alguno de los países a los que no se aplica en principio el recargo (pero su formato no es conforme a unos parámetros previamente especificados por Orange o Telefónica, lo que supondría que el origen de dicho número es irregular).

Orange y Telefónica indicaban por último que habían optado por la imposición de un recargo único (fijado en 0,0500€/min) en aras de una mayor simplicidad y para facilitar su gestión. El citado recargo fue a estos efectos comunicado a los principales operadores presentes en España, así como a los *carriers* internacionales con los que estos agentes mantienen una relación de interconexión directa.

En lo que se refiere a Telecable, este operador señalaba en un primer momento que había decidido replicar el esquema seguido por Orange y Telefónica, aplicando por consiguiente el recargo a los supuestos que habían sido identificados por estos operadores. La medida planteada por Telecable tenía sin embargo un carácter recíproco, por lo que no se extendía a todo tipo de llamadas, sino exclusivamente al tráfico internacional cursado a través de las redes de Orange y Telefónica.

Como se ha señalado en los antecedentes de hecho, con fecha 3 de febrero de 2017, Telecable comunicó a la CNMC su decisión – con efectos inmediatos – de no proceder a la aplicación del recargo, habiendo informado de la anulación de la medida a aquellos operadores a quienes en un primer momento se les había notificado el incremento de precios.

TERCERO.- Valoración

Como se ha indicado, la más reciente revisión de los mercados de terminación móvil en España se ha llevado a cabo por Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de fecha 18 de enero de 2018. Fruto de dicho análisis, en la actualidad los operadores sometidos a regulación *ex ante* (incluyendo Orange, Telefónica y Telecable) no pueden en principio cobrar un precio por la prestación del servicio de terminación de llamadas superior a 0,0070 €/min (con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva regulación de los mercados de terminación móvil, el precio objetivo estaba fijado en 0,0109 €/min).

En la sección relativa a la identificación de los problemas de competencia en los mercados de referencia y relacionados, la Resolución de 18 de enero de 2018 señala lo siguiente respecto a la terminación del tráfico originado fuera del Espacio Económico Europeo:

“La provisión del servicio de terminación en el caso de los tráficos originados en países no pertenecientes al EEE se ve sometida a presiones competitivas de una naturaleza diferente al caso de los tráficos originados en España o en un país del EEE.”

Como se ha explicado, la Recomendación de los precios de terminación postula la fijación de dichos precios conforme al coste BU-LRIC puro. La adopción de este enfoque ha dado lugar a una progresiva reducción de los precios de terminación y ha permitido una creciente simetría tanto a nivel nacional como dentro del EEE en los precios de terminación aplicados por los operadores activos en dicho ámbito. Sin embargo, esta tendencia no se verifica necesariamente en los países terceros, donde dependiendo de cada país el servicio de terminación puede no estar sometido a ningún tipo de regulación ex ante, o donde el precio mayorista regulado puede haber sido fijado conforme a estándares menos estrictos que el coste BU-LRIC puro.

En este entorno de carácter asimétrico, un operador de un país tercero dispondrá de un mayor margen de actuación comercial, lo que le permitirá exigir tarifas por la prestación del servicio de terminación en redes móviles superiores a las reguladas en el seno del EEE, sin que exista diferencia objetiva alguna que lo justifique (al ser el servicio de terminación en esencia idéntico).

Las citadas diferencias en las presiones competitivas afrontadas por los operadores activos en España (y en general, en el seno del EEE) frente a los operadores activos en países terceros deberán por consiguiente ser tomadas en consideración a la hora de fijar las correspondientes obligaciones, en particular en lo que se refiere al régimen de regulación de precios que resultará de aplicación al servicio de terminación”.

Dado lo que antecede, a la hora de valorar las obligaciones que resultarán de aplicación a los operadores con poder significativo de mercado, la Resolución de referencia concluye lo siguiente:

“[...] no resulta proporcionado imponer a los operadores declarados con PSM en España la obligación recogida en la presente propuesta de ofrecer los servicios de terminación a precios orientados en función de los costes de producción. La imposición de esta obligación implicaría someter a los operadores activos en España a un régimen regulatorio más estricto que el que generalmente resultará de aplicación a los operadores presentes en países que no forman parte del EEE, y por consiguiente, al establecimiento de unos precios de terminación significativamente inferiores a los precios facturados por la terminación de llamadas en dichos países terceros.

Resulta por consiguiente más apropiado permitir que, en sus negociaciones con los operadores activos en países terceros, los operadores declarados con PSM puedan condicionar la aplicación de los precios regulados en España a la existencia de un tratamiento equivalente en materia de precios de terminación, conforme al principio de reciprocidad. En caso contrario, los operadores declarados con PSM podrán negociar precios de terminación más elevados (y por consiguiente, no orientados a costes), estableciéndose como umbral máximo el precio aplicado por el operador tercero en su país de origen.

[...]

[...], la obligación de orientación de los precios a los costes de producción tampoco resultará de aplicación en aquellos supuestos constitutivos de fraude en que no se pueda identificar con claridad el origen del tráfico, dada por ejemplo la falta de identificación del número A (número llamante); o cuando el número A sea inválido, haya sido modificado o manipulado. Esta medida accesoria resulta coherente con la necesaria implantación por parte de los operadores declarados con PSM en España de mecanismos que permitan comprobar de manera fehaciente el origen del tráfico, en aras de determinar el precio de terminación que resultará de aplicación”.

En definitiva, la Resolución de la CNMC de 18 de enero de 2018, relativa a la definición y análisis de los mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales (mercado 2/2014), la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas permite que los operadores declarados con PSM (incluyendo Telefónica, Orange y Telecable) puedan condicionar la aplicación de los precios de terminación regulados en España a la existencia de un tratamiento equivalente por parte de los operadores activos en países terceros que no formen parte del EEE, de conformidad con el principio de reciprocidad.

Cabe por consiguiente concluir que la tramitación del presente procedimiento, incoado de oficio por la CNMC, deviene sin objeto una vez que la Resolución de 18 de enero de 2018 permite que se dé un tratamiento diferenciado (en los términos allí establecidos) a las llamadas originadas fuera del EEE. Se recuerda en todo caso a los operadores interesados que tendrán que adaptar su fijación de precios para las llamadas originadas fuera del EEE a los principios establecidos en la Resolución de 18 de enero de 2018.

Según lo previsto en el artículo 21.1 de la LPAC, *“la Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación. En los casos de prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como de desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables”.*

La resolución que ponga fin al procedimiento por desaparición sobrevenida de su objeto ha de ser motivada, de conformidad con lo señalado en los artículos 35.1.g) y 84.2 de la LPAC.

Debe en consecuencia dictarse Resolución por la que se declare concluso el procedimiento por desaparición sobrevenida del objeto que motivó su inicio.

Por todo cuanto antecede, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

RESUELVE

ÚNICO.- Declarar concluso el procedimiento sobre la adecuación a la regulación de la modificación por Telefónica Móviles España, S.A.U., Orange Espagne, S.A.U. y Telecable de España, S.A.U. de los precios de terminación de llamadas en redes móviles para determinados orígenes internacionales, procediéndose al archivo del expediente, por la desaparición sobrevenida del objeto que justificó su iniciación y no existir motivos que justifiquen su continuación.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.