



IGNACIO REDONDO ANDREU, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA

Que en la Sesión número 03/10 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 4 de febrero de 2010, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto por ASTEL contra la Resolución de 1 de octubre de 2009 que aprobó la revisión del mercado de los servicios de tránsito en la red pública de telefonía fija (AJ 2009/1837).

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Resolución de 1 de octubre de 2009.

Con fecha 1 de octubre de 2009 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó una Resolución, en el expediente número MTZ 2009/184, mediante la cual se aprobó la revisión del mercado de los servicios de tránsito en la red pública de telefonía fija, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea.

La citada Resolución acordaba en su RESUELVE lo siguiente:

<< PRIMERO.- Aprobar la definición y análisis del mercado de los servicios de tránsito en la red pública de telefonía fija, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, tal y como recoge el Fundamento de Derecho Tercero de la presente Resolución.

SEGUNDO.- Considerar que el mercado de los servicios de tránsito en la red pública de telefonía fija no constituye un mercado cuyas características justifiquen la imposición de obligaciones específicas y no es, por tanto, susceptible de regulación ex ante, de conformidad con lo dispuesto en la Directiva Marco y en el artículo 10 de la Ley General de Telecomunicaciones.

TERCERO.- Suprimir las obligaciones actualmente aplicables a Telefónica de España, S.A.U. en virtud de la Resolución de esta Comisión, de 29 de junio de 2006, por la que



se aprueba la definición del mercado de los servicios de tránsito en la red pública de telefonía fija, el análisis del mismo, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, una vez transcurrido un plazo de 6 meses a partir de la publicación de la Resolución en el Boletín Oficial del Estado.

CUARTO.- Comunicar a la Comisión Europea la definición y análisis del mercado de los servicios de tránsito en la red pública de telefonía fija, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas.

QUINTO.- Acordar la publicación del presente acto en el Boletín Oficial del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

SEXTO.- La presente Resolución entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. >>

La parte dispositiva y el pie de recurso de la Resolución de 1 de octubre de 2009 fue publicada en el Boletín Oficial del Estado del día 15 de octubre de 2009, concretamente en su Sección III "Otras disposiciones", páginas 87.321 y 87.322.

La Comisión Europea, en su escrito de 17 de septiembre de 2009, no ha realizado ninguna alegación al proyecto de medida y manifestó su conformidad con la misma, y posteriormente a su aprobación definitiva no ha comunicado ninguna observación ni se ha opuesto a la misma.

SEGUNDO.- Recurso de reposición de ASTEL.

Con fecha 9 de noviembre de 2009 tuvo entrada en el Registro General de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito de la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS OPERADORAS Y DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES (en adelante, ASTEL), presentado por correo administrativo el día 4 de noviembre de 2009, en virtud del cual interpone un recurso potestativo de reposición contra la mencionada Resolución de 1 de octubre de 2009 a la que se refiere el antecedente de hecho anterior.

La entidad recurrente muestra su disconformidad con la citada Resolución por considerarla no ajustada a Derecho, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 62.1, letras a) y f), de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) invoca su nulidad de pleno derecho por falta de motivación suficiente y por infracción del ordenamiento jurídico al conculcarse el principio de fomento de la competencia efectiva en el mercado sectorial, sobre la base de, fundamentalmente, las siguientes alegaciones:

2.1.- Sobre la falta de motivación de la Resolución recurrida respecto a la definición del mercado relevante de los servicios de tránsito.

ASTEL discrepa de la definición del mercado relevante efectuada por esta Comisión en la Resolución recurrida, ya que opina que hay servicios equiparados en la definición de mercado realizada que, a juicio de la recurrente, no son equiparables ni sustituibles entre sí, en especial entre, por una parte, los servicios de tránsito con origen y destino en redes diferentes de las de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU), que



ASTEL dice que es un servicio que debería seguir regulado porque la oferta de otros operadores no sería suficientemente competitiva tanto por capilaridad como para garantizar la interoperabilidad; y por otra parte, los servicios de tránsito en los que el operador de origen o el de destino es TESAU y en el que la recurrente estima que sí hay una oferta competitiva de otros operadores.

2.2.- Sobre la falta de motivación respecto a la valoración de la presencia de barreras de entrada no transitorias de acceso en el mercado de los servicios de tránsito.

ASTEL opina que no se ha motivado suficientemente la ausencia actual de barreras de entrada al mercado de servicios de tránsito, puesto que: 1º) Las barreras de acceso al mercado siguen existiendo y son estructurales por la capilaridad de la red de TESAU, por su posición central en las conexiones con el resto de operadores y por la escasa utilización de la interconexión directa entre la mayoría de los operadores; 2º) Entre los operadores alternativos que ofrecen el servicio de tránsito la estrategia predominante es la de reducir el número de Puntos de Interconexión directa, por lo que en la práctica no ofrecen un servicio de tránsito con una capilaridad suficiente para competir en condiciones mínimamente equiparables con el servicio de TESAU; y 3º) Los servicios de tránsito que se ofrecen a los prestadores de servicios de tarificación adicional “son distintos y no sustituibles con los de TESAU”.

2.3.- Sobre la falta de motivación e incongruencia al evaluar los datos indicativos de la existencia o no de competencia efectiva en el mercado.

ASTEL afirma que, partiendo de datos objetivos “peores” que los del análisis de mercados de 2006, que evidenciarían el mantenimiento de los fallos estructurales del mercado de servicios de tránsito y el fortalecimiento de la posición dominante de TESAU, se llega sin embargo a una conclusión muy diferente, lo que evidencia la errónea motivación de la Resolución recurrida. Concretamente alega que desde el anterior análisis del mercado realizado en 2006 la cuota de mercado de TESAU se ha incrementado en más de 10 puntos, lo que evidenciaría que mantiene su posición de dominio en el mercado y su posición de ventaja competitiva estructural (por las razones ya citadas de la capilaridad de su red, por su posición central en las conexiones con el resto de operadores y por la escasa utilización de la interconexión directa por los operadores alternativos), por lo que en la práctica casi todo el tráfico de terminación (más del 95%) tiene como destino la red de TESAU.

2.4.- Sobre los riesgos derivados de la retirada de obligaciones regulatorias a TESAU en el mercado de los servicios de tránsito en relación al tráfico dirigido a los servicios de tarificación adicional.

ASTEL considera que la retirada de obligaciones regulatorias a TESAU en este mercado derivará en un fortalecimiento de su posición en el mercado de los servicios de tránsito a los prestadores de servicios de tarificación adicional ya que, por una parte, podrá subir los precios del servicio de tránsito a los operadores alternativos, y paralelamente podrá ofrecer descuentos en sus propios servicios de tránsito ofrecidos a los citados prestadores de servicios de tarificación adicional.



2.5.- Sobre la necesidad de una ampliación de los plazos de permanencia de la vigencia de las obligaciones regulatorias de TESAU en el mercado de los servicios de tránsito.

La recurrente solicita que, subsidiariamente a su solicitud principal de mantenimiento de las obligaciones regulatorias a TESAU, se amplíe el plazo en el que permanezcan vigentes de manera transitoria, para que los operadores puedan negociar soluciones alternativas y migrar en su caso a un nuevo operador de tránsito, así como para poder redireccionar el tráfico hacia sus nuevos Puntos de Interconexión.

Por todo lo expuesto anteriormente, ASTEL finaliza su escrito de interposición del recurso de reposición solicitando que se estime el mismo y, en consecuencia que se modifique la Resolución de 1 de octubre de 2009 en el sentido expuesto en sus alegaciones y se mantengan vigentes las obligaciones regulatorias a TESAU en el mercado de servicios de tránsito en los términos establecidos previamente a su aprobación; y subsidiariamente, que se amplíe el plazo en el que permanezcan vigentes de manera transitoria, para que los operadores puedan migrar en su caso a un nuevo operador de tránsito.

TERCERO.- Notificación del inicio de la tramitación del recurso al interesado.

Mediante el correspondiente escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, fechado el día 20 de noviembre de 2009, se informó a la recurrente y a los demás interesados del inicio del correspondiente procedimiento de tramitación de su recurso de reposición, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la LRJPAC.

CUARTO.- Alegaciones de TESAU.

TESAU efectuó alegaciones mediante un escrito fechado el día 11 de diciembre de 2009 y cuya entrada en esta Comisión fue registrada el mismo día, en el cual expone su conformidad con lo dispuesto en la Resolución del Consejo de esta Comisión de 1 de octubre de 2009 por estimarla ajustada a Derecho y por no existir razones para mantener obligaciones regulatorias, ya que, a su juicio, existe competencia efectiva en el mercado de servicios de tránsito.

TESAU se opone al recurso de reposición interpuesto por ASTEL negando cada uno de los motivos de impugnación alegados por ASTEL y afirmando la existencia de competencia efectiva en el mercado de servicios de tránsito, y asimismo solicita que se reduzca el plazo transitorio de mantenimiento de las obligaciones regulatorias a 3 meses, de acuerdo con el principio de intervención mínima y porque las condiciones competitivas del mercado de referencia no requieren un plazo transitorio tan largo y se están frenando innecesariamente sus capacidades comerciales en dicho mercado.

II FUNDAMENTOS JURÍDICO PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación del escrito.

El artículo 107.1 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones (entre otros actos) podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición,



que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley, y cumpliendo las formalidades establecidas en el artículo 110.1 de la misma LRJPAC.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y en el artículo 117 se especifica que el plazo para interponer el recurso de reposición será de un mes desde la notificación de la resolución recurrida.

La entidad recurrente califica su escrito como recurso, y ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117.1 de la misma Ley; por tanto, y teniendo en cuenta que las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa (artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones; en adelante, LGTel), procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, calificar el escrito de ASTEL presentado el día 4 de noviembre de 2009 y recibido en esta Comisión el día 11 de noviembre de 2009, como recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 1 de octubre de 2009 por la que se aprobó la revisión del mercado de los servicios de tránsito en la red pública de telefonía fija, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea (MTZ 2009/184).

SEGUNDO.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. La entidad recurrente ostenta la condición de interesado por cuanto que ya lo era en el procedimiento MTZ 2009/184 en el que se dictó la Resolución objeto de impugnación. En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a ASTEL para la interposición del recurso potestativo de reposición objeto de la presente Resolución.

TERCERO.- Admisión a trámite.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJPAC los recursos administrativos que interpongan los interesados han de estar fundamentados en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 o 63 de la misma Ley.

Habida cuenta de que el recurso de reposición interpuesto por la entidad ASTEL cumple con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC, que se ha presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, y viene fundamentado en los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de la misma Ley (concretamente se invoca la falta de motivación suficiente y la infracción del ordenamiento jurídico en materia de fomento de la competencia en el mercado sectorial de telecomunicaciones, y solicita que se modifique el sentido de la Resolución impugnada para mantener las obligaciones regulatorias de TESAU en el mercado de servicios de tránsito y, subsidiariamente que se aumente el plazo transitorio previo a la eliminación de dichas obligaciones), procede su admisión a trámite.



CUARTO.- Competencia y plazo para resolver.

De conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, la competencia para resolver el recurso de reposición de ASTEL objeto de la presente Resolución corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

El citado recurso deberá ser resuelto, y su Resolución notificada, en el plazo máximo de un mes contado desde el día siguiente a la interposición del mismo, según lo establecido en el artículo 117.2 de la misma Ley, y siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo.

III FUNDAMENTOS JURÍDICO-MATERIALES

PRIMERO.- Sobre la motivación de la Resolución recurrida respecto a la definición del mercado relevante.

ASTEL, al igual que ya planteaba en su escrito de alegaciones al proyecto de medida, señala que en la definición del mercado relevante había una incorrecta conceptualización por parte de esta Comisión de los servicios de tránsito, al considerar equiparables y sustituibles servicios que, en su opinión, no lo son por constituir segmentos de mercado diferentes. Según la recurrente:

- Por una parte estarían los servicios de tránsito con origen y destino en redes diferentes de las de TESAU, que ASTEL estima que es un servicio que debería seguir regulado porque la oferta de otros operadores no sería suficientemente competitiva con el servicio regulado de tránsito.
- Y por otra parte estarían los servicios de tránsito en los que el operador de origen o el de destino es la propia TESAU y en el que la recurrente estima que sí hay una oferta competitiva de otros operadores al poder concentrar los tráficos desde o hacia la red de TESAU.

ASTEL considera que ambos servicios constituyen segmentos de mercado que no son sustituibles entre sí, por las siguientes razones:

- Los servicios de tránsito que comercializan los operadores alternativos se basan en la interconexión por capacidad con la red de TESAU, que les posibilita recoger todo el tráfico desde la red de TESAU y concentrarlo en un único punto de entrega para el demandante del servicio.
- Por el contrario, los servicios de tránsito prestados por TESAU producen externalidades de red sobre las cuales esta Comisión no se ha pronunciado, y además la obligación de interoperabilidad impuesta a todos los operadores sólo puede cumplirse de manera efectiva con servicios de tránsito que permitan el transporte de cualquier tipo y volumen de numeración desde y hacia cualquier operador, especialmente en aquellos casos en los que el tráfico de que se trate sea marginal, lo cual según ASTEL sólo podría garantizarse mediante la regulación del servicio de tránsito prestado por TESAU.



Según ASTEL, las dos circunstancias anteriores determinan que ambos servicios de tránsito no sean propiamente sustituibles entre sí, por lo que esas diferencias deberían tomarse en cuenta al definir correctamente el mercado relevante, analizar las cuotas de mercado y otros criterios para determinar la existencia de competencia efectiva y, en su caso, la imposición de obligaciones proporcionales a los fallos detectados.

Por su parte TESAU se muestra de acuerdo con la definición del mercado relevante acordado en la Resolución de 1 de octubre de 2009.

Frente a estas alegaciones de la recurrente hay que responder negando esa supuesta falta de motivación y reiterando los fundamentos de la Resolución de 1 de octubre de 2009, que básicamente afirman lo siguiente:

- Que los servicios de tránsito que proveen tanto TESAU como los operadores alternativos que tienen un despliegue de red propia de cable o de bucle local desagregado son perfectamente sustitutivos entre sí, independientemente de si los tráficos tienen como origen o destino la red de TESAU o la red de un tercer operador. A esta conclusión se ha llegado tras analizar el mercado y realizar el test del monopolista hipotético entre ambos servicios, con el resultado de que, ante un incremento reducido pero significativo y no transitorio del precio de los servicios de tránsito prestados por TESAU, los operadores que demandan estos servicios podrían acudir a los servicios de tránsito prestados por otros operadores que tienen infraestructura propia. Además, y como se ha demostrado en la Resolución recurrida, concretamente en su Fundamento de Derecho Tercero, Apartado III, Punto III.2 (páginas 16 a 21), existe un número suficiente de operadores con red propia desplegada que están o estarían en disposición de prestar este servicio ante un incremento reducido pero significativo y no transitorio del precio del mismo.
- Que si bien es cierto que la oferta de servicios de tránsito con origen o destino la red de TESAU es mayor que la que tiene como destino la red de terceros operadores, dado el despliegue de red de los principales operadores alternativos no existen impedimentos para que éstos puedan prestar el servicio de referencia en las mismas condiciones que TESAU, y a pesar de la mayor capilaridad de la red del operador histórico, el servicio de tránsito se considera replicable por los citados operadores alternativos con despliegue de red propia. De hecho existen alternativas suficientes en el mercado para garantizar a los operadores con poco despliegue de red y poco volumen de tráfico cumplir con sus obligaciones de interoperabilidad y poder cursar tráficos de escaso volumen, por lo que no está justificada la definición de un mercado separado para los servicios de tránsito.

En conclusión, el mercado de servicios de tránsito nacional de llamadas en la red pública de telefonía fija definido en el Fundamento de Derecho Tercero, Apartado II, Punto II.3.3 de la Resolución recurrida (página 11) se encuentra correctamente identificado y definido, como así también lo ha manifestado la Comisión Europea en su carta de comentarios recibida el 17 de septiembre de 2009.



SEGUNDO.- Sobre la motivación en relación con la valoración de la presencia de barreras de entrada no transitorias de acceso en este mercado.

ASTEL alega que en la Resolución impugnada no se ha motivado suficientemente la ausencia actual de barreras de entrada al mercado de servicios de tránsito, por las siguientes razones:

- Los datos indicativos de las condiciones de mercado no habrían variado sustancialmente respecto del anterior análisis del mercado relevante en 2006, y de hecho la cuota de mercado de TESAU se ha incrementado, lo que sería indicativo de que las barreras de acceso seguirían existiendo y serían de naturaleza estructural por la capilaridad de la red de TESAU no replicable totalmente por ningún otro operador. Según la recurrente, esto se debe a la posición central del operador histórico en las conexiones con el resto de operadores y por la escasa utilización de la interconexión directa entre la mayoría de los operadores, especialmente para los operadores con poco despliegue de red y con volúmenes pequeños de tráfico que estén interconectados exclusivamente con TESAU o con muy pocos operadores.
- La estrategia de los operadores alternativos con red propia desplegada que ofrecen el servicio de tránsito sería la de reducir el número de Puntos de Interconexión directa debido a una política de eficiencia y de simplificación en la gestión de las redes, lo que ha posibilitado el incremento de cuota de mercado de TESAU y el reforzamiento de su posición de dominio. Por otra parte, el aumento global de Puntos de Interconexión de algunos operadores buscaría completar su despliegue para llegar a las Centrales OBA, por lo que en la práctica no ofrecen un servicio de tránsito con una capilaridad suficiente para poder garantizar las obligaciones de interoperabilidad de los operadores ni, en consecuencia, para poder competir en condiciones equiparables con el servicio de TESAU.
- Los servicios de tránsito que se ofrecen a los operadores prestadores de servicios de tarificación adicional “son distintos y no sustituibles con los de TESAU”.

En síntesis, ASTEL considera que no se ha motivado suficientemente las razones por la que esta Comisión ha llegado a la conclusión de que ya no existen determinadas barreras de entrada en el mercado de referencia, ya que los datos indicarían que no existen ofertas alternativas equiparables y no se ha incrementado el nivel de competencia efectiva, por lo que no pueden considerarse reducidas o eliminadas dichas barreras.

Por el contrario, a juicio de TESAU no existirían las barreras de entrada al mercado de los servicios de tránsito, ya que:

- La infraestructura requerida para su prestación sería replicable, y la prueba de ello es que existen varias alternativas de suministro en el mercado, operadores verticalmente integrados que han desplegado su red propia de cable o de bucle local desagregado en las zonas de gran potencial de negocio, con cuotas de mercado minorista significativas y ofreciendo servicios mayoristas de tránsito con una capilaridad importante, que garantizan la interoperabilidad del servicio y suponen una alternativa competitiva real a sus servicios de tránsito.
- Todo ello habría creado un elevado nivel competitivo en el mercado nacional de servicios de tránsito con una importante presión de los precios a la baja, y se habría incrementado



el número de operadores interconectados en tránsito sólo con operadores alternativos (el 59%), mientras que sólo el 17% de los operadores está interconectado únicamente con TESAU. Es decir, que el servicio mayorista de tránsito del operador histórico ya no es un activo esencial para los operadores con poco despliegue de red, y además todos los operadores con red propia desplegada están interconectados con TESAU y pueden realizar todos los tránsitos posibles, garantizando la interoperabilidad.

- En cuanto a la reducción global del número de Puntos de Interconexión para tránsito, según TESAU se debe a que los operadores con grandes volúmenes de tráfico tienden a la interconexión directa y a la prestación del servicio empaquetado con servicios de terminación o en otras modalidades, por lo que el servicio de tránsito se tiende a prestar a operadores de limitada envergadura y con poco volumen de tráfico.
- Por último, TESAU manifiesta que el incremento de su cuota de mercado en servicios de tránsito no se debe a que ostente una posición dominante sino al incremento general de tráfico derivado del crecimiento del mercado minorista en el segmento de los servicios de red inteligente, especialmente en los de tarificación adicional y especial.

Frente a las alegaciones de ASTEL hay que responder negando nuevamente esa supuesta falta de motivación alegada por la recurrente, y reiterar los fundamentos de la Resolución de 1 de octubre de 2009 sobre esta materia, concretamente el Fundamento de Derecho Tercero, Apartado III, Puntos III.1.1.2 y III.1.1.3 (páginas 13 a 15); y el Anexo 2, Punto II.1.3.2 (páginas 33 y 34) y Punto III.2.3.2 (páginas 37 y 38), por las siguientes razones:

- En relación con la evolución de la interconexión directa, si bien es cierto que durante los últimos años los operadores han realizado un uso más eficiente de los Puntos de Interconexión que tenían con otros operadores, este proceso de optimización ha afectado principalmente a los que tenían establecidos los operadores alternativos con los operadores que adquirieron y que integraron en sus Grupos empresariales, en especial, entre los operadores integrados en el Grupo Vodafone y en el Grupo France Telecom España. Estos procesos de adquisición y concentración de empresas del sector han favorecido una mayor optimización de los Puntos de Interconexión que tenían desplegados y que ya no necesitan para cursar su tráfico interno, pero eso no ha significado una reducción en la oferta de servicios de tránsito en el mercado para otros operadores. En cualquier caso, no es objeto de esta Comisión el análisis de la gestión de red de cada operador, que debe responder a sus propios intereses comerciales y de costes, sino la evolución del mercado de servicios de tránsito, y en este sentido el dato relevante es que los operadores alternativos no encuentran dificultades para establecer las infraestructuras necesarias de interconexión ni para elegir entre varios proveedores, ya que existen en el mercado ofertas alternativas a la de TESAU en condiciones competitivas.
- En relación con la prestación de servicios de tránsito a los prestadores de servicios de tarificación adicional, esta Comisión discrepa de las alegaciones de ASTEL cuando asegura que no existe sustituibilidad entre los servicios prestados por TESAU y los operadores alternativos, pues de acuerdo con los datos obrantes en esta Comisión y recogidos en la Resolución de 1 de octubre de 2009 (concretamente en el Anexo 2, Punto III.3.2, páginas 39 y 40), aproximadamente el 50% de los minutos de servicios de tarificación adicional son cursados a través de operadores alternativos a TESAU, lo que demuestra que no existen barreras significativas para que los operadores demandantes



de este servicio seleccionaran uno u otro proveedor de servicios de tránsito para los servicios de tarificación adicional.

- En cuanto a la afirmación realizada por ASTEL de que TESAU es el único operador en condiciones de prestar un servicio que permita al operador cumplir con sus obligaciones de interoperabilidad, esta Comisión tiene que poner de manifiesto que tal afirmación no es correcta, ya que de acuerdo con lo establecido en el artículo 22.2 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, la obligación de garantizar la prestación de los servicios y la interoperabilidad de los mismos recae en todos los operadores sin excepción, por lo que no es objeto del análisis del mercado de tránsito ni de las obligaciones impuestas en este marco asegurar el cumplimiento general de esta obligación, sino detectar si existen fallos de mercado o potenciales prácticas anticompetitivas en el mercado analizado que TESAU podría desarrollar dada su posición en el mercado de referencia.
- No obstante, el análisis de mercado realizado por esta Comisión muestra que existen muchos operadores alternativos que, a pesar de tener un despliegue de red propia limitado y pocos Puntos de Interconexión directa, son capaces de cursar el mismo tipo de llamadas que TESAU sin tener que consumir sus servicios de tránsito regulados, puesto que, por un lado, tienen infraestructura propia o interconexión directa con otros operadores y, por otro lado, demandan servicios de tránsito a los operadores alternativos con red propia desplegada y con un número de Puntos de Interconexión suficientes para ofrecer servicios de tránsito alternativos equiparables a los ofrecidos por TESAU. Por otra parte, los operadores que actualmente no disponen de Punto de Interconexión con otros operadores tienen incentivos a establecer uno a medida que aumente el tráfico intercambiado con éstos.

En conclusión, en el análisis del mercado de servicios de tránsito ha quedado demostrado que no existen barreras de entrada al mercado de servicios de tránsito, y que existe en el mercado una oferta alternativa de otros operadores alternativos en condiciones competitivas y de calidad similares a los que ofrece TESAU, sin que la recurrente haya acreditado lo contrario.

TERCERO.- Sobre la motivación y congruencia de la Resolución recurrida al evaluar los datos indicativos de la competencia efectiva en el mercado.

ASTEL afirma que en la Resolución recurrida se ha minusvalorado la cuota de mercado de TESAU sin haber justificado suficientemente las razones para ello, ya que según los datos aportados en el procedimiento tramitado la cuota de mercado de TESAU se habría incrementado en más de 10 puntos respecto a los datos utilizados la Resolución de 2006 para el anterior análisis del mercado, pero la recurrente entiende que no es consecuencia del incremento de la competencia efectiva en ese mercado como afirma esta Comisión, sino que evidenciaría que TESAU mantiene e incrementa su posición de dominio en el mercado.

Asimismo la recurrente reitera la existencia de una posición de ventaja competitiva estructural de TESAU por la capilaridad de su red, por su posición central en las conexiones con el resto de operadores y por la escasa utilización de la interconexión directa entre la mayoría de los operadores alternativos, ya que al no existir en la mayoría de los casos una



demanda de tráfico suficiente para incentivar la interconexión directa entre operadores alternativos que incremente la presión competitiva a los servicios de tránsito de TESAU, en la práctica casi todo el tráfico de terminación (más del 95%) tiene como destino la red de TESAU.

En relación con la prestación de servicios de tránsito por los operadores alternativos basados en la interconexión por capacidad, ASTEL opina que este tipo de servicios se basan en que el origen o destino de los tráficos es la red de TESAU, por lo que no son homologables a los servicios de tránsito “puros o generalistas” que TESAU ofrece independientemente de cuál sea el operador de origen y de destino. En opinión de la recurrente, si se computara exclusivamente en el mercado de referencia los servicios de tránsito “puros o generalistas”, la conclusión que se obtendría es que TESAU tiene una posición dominante en este mercado, pues prácticamente lo monopolizaría.

ASTEL concluye que, partiendo de datos objetivos “peores” en materia de competencia que los del análisis de mercados efectuado en 2006, que evidenciarían el mantenimiento de los fallos estructurales del mercado de servicios de tránsito y el fortalecimiento de la posición dominante de TESAU, se llega sin embargo a una conclusión muy diferente, lo que evidencia la errónea motivación de la Resolución recurrida.

Por su parte TESAU alega que su cuota real de mercado sería inferior al 60% señalado por ASTEL debido a varios factores: al incremento general de tráfico derivado del crecimiento del mercado minorista en el segmento de servicios de red inteligente; a la existencia del mercado de reventa por terceros operadores; a los empaquetamientos de tráfico de tránsito con tráfico de acceso o terminación; al hecho de que algunos operadores alternativos, aún disponiendo de interconexión directa entre ellos, ante la falta de acuerdo en los precios se entregan voluntariamente el tráfico en tránsito a través de la red de TESAU; y a la existencia de la interconexión por capacidad, que ha desarrollado los servicios de tránsito más acceso o terminación ofrecidos por el operador interconectado a terceros operadores para originar o terminar tráficos en la red de TESAU con menores costes que utilizando la interconexión directa por tiempo. Así, TESAU afirma que su cuota de mercado real por ingresos se reduciría al 34%, y por tráfico al 42%, y cita la evolución a la baja de los precios unitarios de los tráficos nacionales, lo que reflejaría la ausencia de posición dominante.

En respuesta a estas alegaciones esta Comisión tiene que poner de manifiesto que, al contrario de lo afirmado por la recurrente, sí existe una situación de competencia efectiva en el mercado y que la evolución de la cuota de mercado de TESAU no es consecuencia de que perdure una posición de dominio del operador histórico sino de otros factores:

- Como puede comprobarse de la simple lectura de los Antecedentes de Hecho y del Anexo 2 de la Resolución recurrida, y en especial en el Fundamento de Derecho Tercero, Apartado III, Punto III.2.1 (páginas 16 a 18), durante la instrucción del procedimiento para la definición y análisis del mercado de referencia se solicitó información a los principales operadores alternativos que demandaban servicios de tránsito nacional a TESAU para que, a su juicio, explicasen cuáles habían sido los motivos del importante crecimiento que había experimentado el volumen de tráfico cursado en tránsito a través de la red de TESAU para terminar llamadas en terceros operadores (es decir, el tráfico que ASTEL denomina servicios de tránsito “puros o generalistas”). Y los operadores respondieron que la razón de que el volumen del tráfico



en tránsito se duplicara (y en algunos casos se triplicara) entre los años 2006 y 2008 fue que muchos operadores alternativos no fueron capaces de concluir acuerdos de interconexión directa con otros operadores con los que antes sí estaban interconectados directamente, por lo que les resultaba más económico y eficiente realizar el tránsito a través de TESAU para terminar las llamadas en estos operadores.

- Y en lo referente a la incidencia de la interconexión por capacidad en la cuota de mercado de TESAU en el mercado de servicios de tránsito, esta Comisión considera que los servicios de tránsito prestados con origen o con destino en la red de TESAU y en la red del resto de operadores son perfectamente sustitutivos, tal y como ya ha explicado en apartados anteriores.

En definitiva, contrariamente a lo alegado por ASTEL, esta Comisión considera que las afirmaciones contenidas en la Resolución recurrida y relativas al incremento de la cuota de mercado de TESAU no están basadas en meras suposiciones, tal y como ha manifestado ASTEL, sino que tienen un sólido respaldo tanto de los datos objetivos del análisis del mercado relevante como de las alegaciones de los propios operadores alternativos, y de unos y de otros se deduce claramente que existe una situación de competencia efectiva en el segmento de los servicios de tránsito nacional y que TESAU no tiene una posición de cuasi-monopolio en la prestación de estos servicios, se diferencie o no entre lo que ASTEL considera servicios de tránsito “puros o generalistas”, y los servicios de tránsito prestados a través de la interconexión por capacidad contratada por algunos operadores alternativos.

CUARTO.- Sobre los efectos de la retirada de obligaciones a TESAU en el mercado de servicios de tránsito en relación al tráfico dirigido a los servicios de tarificación adicional.

ASTEL considera que la retirada de obligaciones regulatorias a TESAU en este mercado derivará en prácticas de negativa de suministro y de fortalecimiento de su posición en el mercado de los servicios de tránsito a los prestadores de servicios de tarificación adicional ya que, por una parte, podrá subir los precios del servicio de tránsito a los operadores alternativos, y paralelamente podrá ofrecer descuentos en sus propios servicios de tránsito ofrecidos a los citados prestadores de servicios de tarificación adicional para erosionar la importante posición de los operadores alternativos en este segmento del mercado de servicios de tránsito, posición que, a juicio de la recurrente, perderán a favor de TESAU una vez levantadas las obligaciones regulatorias.

Por el contrario TESAU niega que exista riesgo de negativa de suministro o de reforzamiento de la posición en el mercado por su vocación de operador de servicios mayoristas, por la existencia en el mercado de suficientes ofertas alternativas y competitivas, y por la posibilidad de los operadores de más envergadura de autoprestarse el servicio mediante la interconexión directa; y aporta el dato de que desde 2006 no ha habido ningún conflicto ni ha sido necesaria ninguna intervención regulatoria en el mercado de servicios de tránsito.

Frente a las alegaciones de ASTEL hay que responder que las mismas se plantean de manera contradictoria, ya que si los operadores alternativos se encuentran ya prestando los servicios de tránsito en el mercado a los prestadores de servicios de tarificación adicional y han conseguido cuotas de mercado importantes en el mismo, la hipotética negativa de



suministro no debería tener impacto alguno en su negocio dado que contarían ya con las infraestructuras necesarias para operar en dicho mercado sin depender de los servicios de red de TESAU, por lo que los operadores que demandan este servicio podrían pasar a demandarlo a los operadores alternativos que lo están prestando actualmente de manera efectiva. Además, y de acuerdo con la información contenida en la Resolución recurrida (ver el Anexo 2, Punto III.2.3.2, páginas 37 y 38), estos servicios son provistos mayoritariamente por los operadores alternativos, acaparando alrededor del 50% de los minutos transitados.

Por lo tanto hay que concluir que ese hipotético riesgo de expulsión del mercado mediante la negativa de suministro no es previsible que se dé en la práctica, dada la oferta competitiva existente en el mercado de los servicios de tránsito y la suficiencia de la propia competencia para solucionar los eventuales fallos de mercado que pudieran producirse, tal y tal y como se expone en la Resolución de 1 de octubre de 2009 (Fundamento de Derecho Tercero, Apartado III, Punto III.3, páginas 21 a 23). En consecuencia, si se diese el caso de que TESAU incrementase el precio de los servicios de tránsito tradicionales para ofrecer descuentos a los prestadores de servicios de tarificación adicional y, de este modo, perjudicase a los operadores que suministran actualmente este servicio y que cuentan con infraestructuras para ello, los operadores supuestamente perjudicados siempre podrían solicitar la intervención supervisora para que evalúe si dichas prácticas son contrarias a Derecho o no y, en su caso, intervenir ordenando su cese (por ejemplo, si TESAU decidiera ofrecer el servicio de tránsito a los prestadores de servicios de tarificación adicional por debajo de costes para expulsar a sus competidores).

QUINTO.- Sobre la idoneidad de los plazos transitorios establecidos para mantener la vigencia de las obligaciones de TESAU en este mercado.

La recurrente solicita que, subsidiariamente a su solicitud principal de mantenimiento de las obligaciones regulatorias a TESAU en el mercado de los servicios de tránsito, se amplíe el plazo transitorio de su vigencia, pues estima que el plazo de 6 meses fijado en la Resolución recurrida es insuficiente para que los operadores puedan negociar soluciones alternativas y migrar en su caso a un nuevo operador de tránsito, así como para poder redireccionar el tráfico hacia sus nuevos Puntos de Interconexión.

Por su parte TESAU se opone a prorrogar el plazo de 6 meses fijado en la Resolución de 1 de octubre de 2009 y solicita lo contrario, reducir el plazo a 3 meses por el principio de intervención mínima y porque las condiciones competitivas del mercado de referencia no requieren un plazo tan largo y estima que se están frenando innecesariamente sus capacidades comerciales en dicho mercado.

Frente a esas alegaciones hay que responder que la recurrente no justifica de ninguna manera la insuficiencia del plazo otorgado para que los operadores interconectados en tránsito con TESAU puedan renegociar sus contratos y, en su caso, migrar a un nuevo operador y redireccionar su tráfico; y TESAU tampoco justifica la necesidad e idoneidad de su solicitud de reducción del plazo transitorio a 3 meses. Por consiguiente, esta Comisión debe reiterarse en lo fundamentado en la Resolución recurrida (ver Fundamento de Derecho Tercero, Apartado V, páginas 23 a 25; y Resuelve Tercero, página 26), es decir, se considera que el plazo transitorio de 6 meses otorgado para el levantamiento de las obligaciones regulatorias a TESAU resulta razonable y suficiente para que los operadores



renegocien libremente con TESAU las condiciones comerciales en las que se seguirá prestando el servicio de tránsito, o bien se planteen soluciones alternativas con otros operadores susceptibles de prestar el mismo servicio y tengan tiempo de migrar al nuevo servicio y redireccionar su tráfico.

Por todo cuanto antecede, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar íntegramente el recurso de reposición interpuesto por la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS OPERADORAS Y DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES (ASTEL) contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 1 de octubre de 2009, dictada en el expediente número MTZ 2009/184, mediante la cual se aprobó la revisión del mercado de los servicios de tránsito en la red pública de telefonía fija, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea, por estar la misma plenamente ajustada a Derecho.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado por la Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007, 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 puede interponerse 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 presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Ignacio Redondo Andreu, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.