



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 nº 11/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 27 de marzo de 2008, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que, en el marco de la tramitación del presente procedimiento (expediente de referencia RO 2006/1597), se aprueba la

RESOLUCIÓN RELATIVA AL CONFLICTO DE INTERCONEXIÓN PRESENTADO POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. CONTRA CABLEUROP, S.A.U. Y TENARIA, S.A., EN RELACIÓN CON LA PRESTACIÓN DE SUS SERVICIOS DE INTERCONEXIÓN DENTRO DEL MODELO POR CAPACIDAD.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Escrito de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A., planteando conflicto de interconexión contra ONO.

Con fecha 12 de diciembre de 2006, tiene entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de Dña. María del Carmen Sánchez Marín, en nombre y representación de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TESAU) por el que interpone un conflicto de interconexión contra CABLEUROP, S.A.U., ESTO ES ONO, S.A.U., y TENARIA, S.A. (en lo sucesivo, ONO)¹, en relación con la prestación de sus servicios de interconexión, dentro del modelo por capacidad.

¹ La entidad conocida como ONO está compuesta por CABLEUROP, S.A.U. (CABLEUROP) y TENARIA S.A. (TENARIA) en la que CABLEUROP tiene una participación mayoritaria.

A los meros efectos aclaratorios, resulta conveniente poner de manifiesto que CABLEUROP procede de las siguientes operaciones mercantiles:

- En noviembre de 2005, el Grupo Corporativo ONO, a través de su filial, CABLEUROP, adquirió el 100% de las acciones de AUNA TELECOMUNICACIONES, S.A. (AUNA) y parte de las acciones de TENARIA. Tras la compraventa, con fecha 21 de julio de 2006, se cambió la denominación social de AUNA por ESTO ES ONO, S.A.U. (ESTO ES ONO).
- Posteriormente, con fecha 29 de junio de 2006, CABLEUROP fue absorbida por ESTO ES ONO. Se trata de una fusión inversa en la que ESTO ES ONO absorbe a su propia matriz. El resultado de la fusión de



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el mencionado escrito, TESAU alega, principalmente, lo siguiente:

- Que mediante carta de fecha 12 de abril de 2006, TESAU solicitó a ONO la prestación de servicios de interconexión dentro del modelo por capacidad, solicitud que fue rechazada por esta última operadora mediante escrito de fecha 4 de agosto de 2006. Posteriormente TESAU reiteró la solicitud el 11 de agosto y 7 de septiembre de 2006, sin que fuese remitida, por parte de ONO, una nueva respuesta al respecto.
- Que, de acuerdo con el nuevo marco regulatorio, la negativa de ONO supone un incumplimiento de sus obligaciones como operador con poder significativo de mercado (en adelante, PSM). Se señala, en este sentido, que la solicitud presentada por TESAU resulta totalmente razonable, de conformidad con la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 2 de marzo de 2006, por la que se aprueba la definición de los mercados de terminación de llamadas en las redes públicas individuales de cada operador de telefonía fija, el análisis de los mismos, la designación de operadores con PSM y la imposición de obligaciones específicas (en lo sucesivo, Resolución del Mercado 9). Se alega, en este sentido, que al haber sido considerado ONO como operador con PSM, se encuentra sujeto a una serie de obligaciones, entre las que cabría destacar, en el caso que nos ocupa, las siguientes:
 - o Atender a las solicitudes razonables de acceso a recursos específicos de sus redes y a su utilización.
 - o Ofrecer precios razonables por la prestación de los servicios de terminación.
- Se señala, asimismo, que en la mencionada Resolución no existe una referencia explícita a la existencia de obligaciones específicas sobre la oferta de interconexión por capacidad que se apliquen de forma diferente a TESAU y al resto de los operadores.
- Que la única diferencia entre la prestación de los servicios de interconexión por tiempo y los de interconexión por capacidad es la forma de facturar su prestación, tal y como se indica expresamente en la Resolución sobre el mercado de originación de llamadas en la red telefónica pública facilitada desde una ubicación fija (Mercado 8), cuando se señala que *“los servicios de originación por tiempo y los servicios de originación por capacidad deben considerarse como parte de un mismo mercado de referencia. Desde el punto de vista de la*

ambas empresas fue ESTO ES ONO, desapareciendo, por tanto, CABLEUROP A del tráfico jurídico y subrogándose la primera en todos sus derechos y obligaciones.

- Finalmente, con fecha 3 de octubre de 2006, mediante Junta extraordinaria y universal, ESTO ES ONO cambió de nuevo su denominación social a CABLEUROP A.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

demanda, cualquiera de las dos modalidades son técnica y funcionalmente factibles para proveer los servicios telefónicos minoristas. La única diferencia es la forma de facturación.”

- La interesada también alega la similitud de las razones invocadas por esta Comisión para establecer en la Oferta de Interconexión de Referencia de TESAU (en adelante, OIR) la obligación de ofrecer el modelo de interconexión por capacidad, con la situación actual en que se encuentra ONO, operadora que ostenta el control de una extensa red alternativa de acceso en el ámbito geográfico en el que opera.
- Considera, por otro lado, que el precio razonable para los servicios que le ofrezca ONO, dentro de la modalidad por capacidad, si la Comisión estimara su pretensión principal, debe ser idéntico al precio nominal de interconexión por capacidad a nivel local establecido en la OIR vigente de TESAU, argumentándose, a tal efecto, lo siguiente:
 - Desarrollo de la competencia en el ámbito territorial en que opera ONO. Considera preciso llamar la atención sobre la situación competitiva del mercado de las telecomunicaciones en el ámbito territorial en el que opera ONO y en particular sobre su tamaño relativo, o intensidad de actuación en el mismo, en donde, de no adoptarse las oportunas medidas, estaría en situación de ejercer un fuerte poder de compensación.
 - Discriminación de los clientes de TESAU frente a los de ONO. Se señala que, de imponerse un precio superior al simétrico, sus clientes podrían estar subvencionando de manera injustificada la red de ONO, con los consiguientes efectos negativos que ello tendría sobre la competencia. También las tarifas de usuario final y los planes de negocio de TESAU al lanzar productos al mercado final podrían verse afectados, ya que las tarifas a cliente final pueden perder su transparencia si TESAU se viese obligada a poner precios distintos en función de los destinos. Por otra parte, productos tales como la tarifa plana pueden verse afectados en su rentabilidad.
 - La eficiencia de la red desplegada por ONO es igual o superior que la de TESAU, y, al ser más nueva, está sujeta a unos costes de operación y mantenimiento inferiores. Como consecuencia de ello, no se justifica el pago de un precio superior por sus servicios de red al que correspondería por el uso de la red de TESAU.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Unos precios asimétricos supondrían una discriminación injustificada de las inversiones en red de TESAU frente a las de ONO.

Formuladas estas alegaciones, TESAU solicita a esta Comisión que proceda a declarar la obligación de ONO de ofrecerle los servicios de interconexión por capacidad en los mismos términos en los que ella los ofrece a ONO.

SEGUNDO.- Comunicación a los interesados del inicio del procedimiento.

Con fecha 10 de enero de 2007 se comunica a ONO y TESAU que el anterior escrito ha quedado enmarcado en el ámbito del conflicto de interconexión ya existente entre ambas entidades, relativo a la prestación de los servicios de terminación, registrado en esta Comisión con el número de referencia RO 2006/1118, dada la identidad sustancial e íntima conexión entre ambos conflictos. Se acuerda, en consecuencia, su tramitación conjunta en el marco del procedimiento administrativo ya existente, según establece el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), dándose a ONO traslado del citado escrito y otorgándole un plazo de 10 días para realizar alegaciones y aportar la documentación que estimase pertinente, de conformidad con el artículo 79 de la LRJPAC.

TERCERO.- Solicitud de ONO de ampliación del plazo para formular alegaciones.

Con fecha 22 de enero de 2007 tiene entrada en el Registro de esta Comisión escrito de la representación legal de ONO solicitando la ampliación del plazo inicialmente concedido para formular alegaciones. Con fecha 25 de enero de 2007 se otorga la ampliación solicitada, de conformidad con lo establecido en el artículo 49.1 de la LRJPAC.

CUARTO.- Escrito de ONO presentando alegaciones.

Con fecha 12 de febrero de 2007, D. Miguel Langle Barrasa, en nombre y representación de ONO, presenta escrito de alegaciones en el que afirma, esencialmente, lo siguiente:

- Que, de conformidad con la Resolución del Mercado 9, ONO no está obligado a ofrecer sus servicios de interconexión de terminación bajo un modelo de capacidad. Las obligaciones establecidas por la Resolución suponen satisfacer las solicitudes razonables de acceso, considerando la Comisión que, en el caso de operadores como ONO, dicha obligación se materializa en ofrecer servicios de terminación a un precio razonable,



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

precio que ha sido definido por tiempo (30% adicional al precio por tiempo de la OIR), obligación que ONO ya cumple actualmente.

- Que dicha obligación no debería ser impuesta a ONO por las siguientes razones:
 - o Dada la situación de TESAU y el poder de mercado que ostenta, las eficiencias y beneficios económicos que produce la imposición del modelo de interconexión por capacidad a la misma sobre el mercado en su conjunto son mucho mayores que los que se obtienen en sentido inverso. Ello debe unirse a que tampoco ha sido impuesto (dicho modelo) a ningún operador alternativo en Europa, lo que hace que su imposición no esté justificada en relación con los objetivos establecidos en el artículo 8 de la Directiva 2002/21/CE, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco común de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas (en adelante, Directiva Marco).
 - o La imposición del modelo de interconexión por capacidad a ONO tendría un impacto contrario a los objetivos del marco vigente (fomentar la inversión en redes alternativas) y dejaría sin efecto la medida de precios razonables (30% adicional al precio de la OIR por tiempo) adoptada por la Comisión.
 - o Se señalan, asimismo, los costes operativos y de recursos que supondría para ONO la adopción de dicho modelo.
 - o Según ONO, la imposición de esta obligación produciría la siguiente reducción en los ingresos por interconexión percibidos por ONO **[CONFIDENCIAL]**:

Ingresos terminación de ONO (OIR 05) por tiempo	€/mes
Ingresos de ONO con tarifas OIR 05 + 30% por tiempo	€/mes
Diferencia a favor de ONO	€/mes

Si se impone a ONO ofrecer interconexión por capacidad la situación sería la siguiente:

Ingresos de ONO con tarifas OIR 05 + 30% por capacidad	€/mes
Pérdida de ingresos de ONO al cambiar de tiempo + 30 % a capacidad + 30%	€/mes



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

FIN CONFIDENCIAL]

En definitiva, si la Comisión decidiese imponer a ONO el modelo de interconexión por capacidad, aún reconociendo una asimetría del 30% sobre los precios de capacidad fijados para TESAU, ONO ingresaría [CONFIDENCIAL: euros] menos al año de lo que ingresa conforme al modelo de interconexión por tiempo sin asimetría, y [CONFIDENCIAL: euros] menos de los que ingresaría conforme al modelo de asimetría por tiempo.

Dicha reducción de ingresos supone dejar sin efecto la medida adoptada por la Comisión de reconocer a ONO un precio de terminación superior (precio OIR por tiempo + 30%), ya que el resultado para ONO sería un precio de terminación por minuto más de un [CONFIDENCIAL: %] inferior al precio de terminación por tiempo de la OIR vigente.

- En el caso de que se imponga el modelo de interconexión por capacidad con carácter general, esta medida sólo afectaría a los operadores que han sido declarados con PSM en el mercado de terminación, es decir, aquellos operadores que, disponiendo de red propia, ofrecen estos servicios de terminación. Por lo tanto, la penalización que conlleva la imposición de este modelo estaría afectando exclusivamente a aquellos operadores que invierten en red y que son aquellos que precisamente el marco regulatorio pretende favorecer. Sin embargo, para los operadores de acceso indirecto, que son los que además hacen un uso más extensivo del modelo de interconexión por capacidad ofrecido por TESAU y los que obtienen por ello un mayor beneficio, la imposición del modelo de interconexión por capacidad no tendría ningún efecto negativo ya que, al no ofrecer servicios de terminación, no se verían afectados por dicha medida.
- Se señalan, asimismo, las dificultades que existen para regular un modelo de capacidad para operadores alternativos y unos precios que continúen respetando los objetivos que han sido definidos en el análisis del Mercado 9 (dadas las distorsiones que la coexistencia de dos modelos provoca).
- Que esta obligación no se encuentra contemplada en la Resolución del Mercado 9, y exigiría, por tanto, el cumplimiento, en todo caso, del procedimiento establecido en el artículo 7 de la Directiva Marco.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

QUINTO.- Apertura del expediente RO 2006/1597.

A la vista de los escritos y alegaciones presentados en el marco del expediente administrativo con referencia RO 2006/1118, con fecha 19 de febrero de 2007 esta Comisión acordó que el mismo quedase circunscrito a la resolución del conflicto de acceso e interconexión relativo a la prestación de servicios de acceso y terminación de interconexión. En consecuencia, se procedió a la apertura de un nuevo expediente, registrado con el número de referencia RO 2006/1597, con el fin de analizar la solicitud formulada por TESAU, mediante escrito con fecha de entrada en el Registro de esta Comisión de 12 de diciembre de 2006, referida en el Antecedente Primero, en relación con el establecimiento de la obligación, para ONO, de ofrecerle interconexión por capacidad en términos de reciprocidad.

SEXTO.- Solicitud de reconocimiento de la condición de interesado efectuada por COLT TELECOM ESPAÑA, S.A.

Con fecha 15 de mayo de 2007, D. Antonio García Martínez, en nombre y representación de COLT TELECOM ESPAÑA, S.A. solicita su reconocimiento como persona interesada en el presente procedimiento, solicitud que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 31.1 c) de la LRJPAC, es denegada mediante escrito de fecha 26 de junio de 2007.

SÉPTIMO.- Declaración de confidencialidad de 7 de noviembre de 2007.

Con fecha 7 de noviembre de 2007 se dictó, por el Secretario de esta Comisión, declaración de confidencialidad de los datos presentados por ONO en relación con los costes económicos que la implantación del modelo de interconexión por capacidad le supondría, citados en el Antecedente cuarto del presente escrito.

OCTAVO.- Informe de audiencia.

Mediante sendos escritos de fecha 4 de febrero de 2008, con salida de esta Comisión el día 8 del mismo mes, una vez finalizada la instrucción del procedimiento y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 de la LRJPAC, se procedió a comunicar a los interesados, TESAU y ONO, la apertura del trámite de audiencia previo a la resolución definitiva del expediente así como el Informe elaborado por los Servicios de esta Comisión en fecha 21 de enero de 2008.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

NOVENO.- Declaración de confidencialidad de 6 de febrero de 2008.

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión, de fecha 6 de febrero de 2008, se declaró la confidencialidad de determinados datos mencionados en el informe de audiencia, en concreto aquéllos relativos a los minutos minoristas y de terminación de TESAU en otros operadores, así como los costes que, para la referida operadora, supone la terminación de sus llamadas geográficas en otros operadores.

DÉCIMO.- Escrito de alegaciones de ONO al informe de audiencia.

Con fecha 26 de febrero de 2008 tuvo entrada, en el Registro de esta Comisión, escrito de ONO manifestando su conformidad con la totalidad de las conclusiones alcanzadas en el Informe elaborado por los Servicios de esta Comisión, solicitando que se dicte la Resolución definitiva siguiendo el criterio establecido en el citado Informe.

UNDÉCIMO.- Escrito de alegaciones de TESAU al informe de audiencia.

Con fecha 3 de marzo de 2008 tuvo entrada, en el Registro de esta Comisión, escrito de TESAU en el que se muestra disconforme con la propuesta realizada en base a las siguientes alegaciones:

- Falta de coherencia con el informe propuesta emitido por los Servicios de esta Comisión en el expediente DT 2005/1490, en el que, ante un conflicto similar, se llega a conclusiones radicalmente opuestas.
- Inexistencia en la normativa comunitaria de distintos grados o niveles de PSM. Se señala que la imposición de las obligaciones debe ser efectuada en función del principio de proporcionalidad, considerándose que las obligaciones establecidas en el Mercado 9 deberían ser simétricas y proporcionales para todos los operadores, ya que las cuotas de mercado de los operadores alternativos a TESAU son significativas, por lo que TESAU no estaría en condiciones de aumentar los precios en un porcentaje pequeño pero significativo y no transitorio sin que se viera afectada su cuenta de resultados.
- Que el análisis de las cuotas de mercado de TESAU y ONO que se lleva a cabo en el informe de audiencia se ha hecho a nivel nacional, cuando, en opinión de TESAU, debería haberse realizado en un ámbito territorial más reducido, donde la situación relacionada de ambos operadores sería bien diferente.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que esta Comisión ha fundamentado el establecimiento de obligaciones asimétricas en el hecho de que, en ausencia de regulación, los operadores alternativos no podrían prescindir en ningún caso de los servicios de terminación de la red de TESAU, mientras que TESAU sí podría prescindir de los prestados por los alternativos. Esta argumentación, en opinión de TESAU, no resulta aplicable en el caso que nos ocupa, puesto que el artículo 11.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en lo sucesivo, LGTel), garantiza el principio de interoperabilidad, de manera que TESAU no tiene capacidad para negarse a prestar el servicio de terminación de llamadas a terceros y está obligada a comprar los servicios de terminación que éstos ofrecen.
- Que la regulación que ha sido realizada en el Mercado 9 ya ha recogido una fuerte asimetría en cuanto a las obligaciones que se aplican a TESAU frente a las impuestas a otros operadores, en particular al imponer el mark up del 30%. Si a esto se añade una diferencia con respecto al modelo de facturación, dicha brecha sería aún muy superior y contraria a las tendencias que se identifican en nuestro entorno a este respecto, dando lugar a una “hiperasimetría”.
- Que según el análisis realizado por esta Comisión, los precios de los operadores diferentes a TESAU deber ser razonables, y esto implica que sólo pueden ser superiores en un 30% a los de TESAU. Que la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha afirmado en el marco del Mercado 8 que el modelo de interconexión por capacidad es sólo una forma de facturar diferente, por lo que el criterio para resolver este expediente no tendría que ser diferente al utilizado en la interconexión por tiempo.
- Se alega, asimismo, que en el procedimiento que se ha seguido para determinar la razonabilidad de la propuesta de TESAU, esta Comisión no ha seguido los principios de recuperación de costes que recoge en su escrito de alegaciones.
- Que la adopción de un modelo de capacidad por parte de ONO tendría, entre otras, las ventajas de optimizar tanto los servicios ofrecidos a los usuarios finales, como un incentivo a la mejor gestión de la capacidad de la red, ya sea de la red perteneciente a ONO o de la red de TESAU, que eventualmente se trasladarían a los usuarios finales y a la competencia en condiciones similares entre los operadores fijos con red.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Se hace alusión, asimismo, a que desde el Grupo de entidades reguladoras de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas (ERG) se está cuestionando actualmente el tema de las economías de escala como factor determinante para seguir manteniendo medidas asimétricas, señalándose que el índice de asimetría que se aplica a TESAU es del 163%, el más alto de toda la Unión Europea.
- Que el hecho de que ONO no ofrezca el modelo de interconexión por capacidad a TESAU supone una “hiperasimetría” para esta última operadora, que en modo alguno puede considerarse como la aplicación de unas condiciones de terminación razonables.
- Que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no debería resolver este conflicto con el objeto de no perjudicar la cuenta de resultados de ONO. Según TESAU resulta insostenible autorizar márgenes por encima del 30% (definidos como razonables) en los servicios mayoristas, para conseguir rentas adicionales o extraordinarias con las que poder lanzar ofertas más agresivas en aquellas partes del territorio donde o bien tienen una posición clara de dominio o bien aún no teniéndola pueden mejorarla.

A los anteriores Antecedentes de hecho son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial.

El artículo 48.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, determina cuál es el objeto que tiene este organismo público que, entre otros aspectos, alcanza a la resolución de los conflictos que se produzcan entre los operadores:

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

En relación con este objeto, y en lo que afecta a las materias de telecomunicaciones reguladas en la LGTel, el artículo 48.3.d) de la misma atribuye a esta Comisión la siguiente función:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“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. (...)”

El Título II de la LGTel viene rubricado con el título *“Explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de libre competencia”*. A su vez, el capítulo III de dicho Título se refiere al *“Acceso a las redes y recursos asociados e interconexión”*. Interesa recordar el ámbito de aplicación de este capítulo. Así, el artículo 11.1 de la LGTel señala:

“Este capítulo y su desarrollo reglamentario serán aplicables a la interconexión y a los accesos a redes públicas de comunicaciones electrónicas y a sus recursos asociados, salvo que el beneficiario del acceso sea un usuario final.”

Más aún, en relación con los conflictos que se puedan producir en las relaciones entre operadores, el artículo 11.4 de la LGTel dispone 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 el objeto de fomentar, y en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperatividad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 del mismo texto legal. A tales efectos, el artículo 14 de la LGTel señala que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones conocerá de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de esta ley y de sus normas de desarrollo.

SEGUNDO.- Objeto del presente procedimiento.

TESAU ha formulado conflicto de interconexión frente a ONO con fundamento en la negativa, por parte de este último operador, de prestarle servicios de interconexión dentro del modelo por capacidad, en los mismos términos en los que TESAU los ofrece a ONO.

Constituye por tanto el objeto del presente conflicto determinar si, de conformidad con el marco normativo aplicable a ONO, esta operadora tiene la obligación legal de ofrecer interconexión por capacidad en términos de reciprocidad a TESAU y analizar la razonabilidad de la petición de TESAU, así como las implicaciones que la imposición de esta obligación a ONO supondrían para el sector de las telecomunicaciones.

La solicitud de TESAU se refiere a los servicios de terminación prestados por ONO en el marco del mercado de terminación de llamadas en su red fija (Mercado 9), en el que ONO tiene la consideración de operador con PSM.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TERCERO.- Análisis de la obligación de los operadores de ofrecer interconexión por capacidad según la Resolución del Mercado 9.

La Resolución de 2 de marzo de 2006, mediante la que se aprueba la definición y análisis del mercado de terminación de llamadas en las redes públicas individuales de cada operador de telefonía fija (Resolución del Mercado 9), define tantos mercados relevantes como operadores con ingresos por terminación fija existen. En consecuencia, la referida resolución establece que cada uno de los operadores que ofrecen servicios mayoristas de terminación en su red tiene poder significativo individual en el respectivo mercado 9, en el que es monopolista.

No obstante, y en contra de lo manifestado por TESAU en su escrito de alegaciones de fecha 3 de marzo de 2008, en el que afirma que en la normativa comunitaria no existen distintos niveles o grados de PSM, debe tenerse en cuenta que a la hora de decidir las obligaciones que han de imponerse a los operadores con PSM en un determinado mercado, el artículo 8 de la Directiva 2002/19/CE, de 7 de marzo, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (en lo sucesivo, Directiva de Acceso), establece expresamente que las obligaciones han de basarse en la índole del problema detectado, guardar proporción con éste y justificarse a la luz de los objetivos enumerados en el artículo 8 de la Directiva Marco.

Así pues, las obligaciones seleccionadas deben ser proporcionales al problema concreto que sea detectado, pudiendo ser distintas, por lo tanto, para los diferentes operadores con PSM. Como consecuencia de lo expuesto, esta Comisión impuso en el Mercado 9 obligaciones diferentes a TESAU que al resto de los operadores con PSM.

En efecto, tras analizar el Mercado 9, esta Comisión constató que la terminación en la red fija en España se produce mayoritariamente en la red de TESAU (situación que no se ha visto alterada sustancialmente hasta el momento, tal y como se señalará más adelante). En estas circunstancias, TESAU puede tener fuertes incentivos a cerrar los mercados minoristas conexos mediante la negación de suministro de servicios de terminación, que resultan vitales para los demás operadores.

Esta práctica no puede ser realizada con la misma efectividad por otros operadores con PSM en el Mercado 9, a pesar de lo manifestado por TESAU en su escrito de alegaciones, y ello debido al bajo número relativo de clientes de acceso que tienen. En su caso, la negativa de suministro a terceros apenas



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

tendría efectos sobre la posibilidad de competir de aquéllos; es más, denegar el acceso a TESAU se volvería en su contra, puesto que sus clientes no podrían recibir llamadas del principal operador de telefonía fija, por lo que su oferta comercial resultaría poco competitiva.

Si bien es cierto que, tal y como afirma TESAU en su escrito de alegaciones, el principio de interoperabilidad se encuentra ya garantizado en el artículo 11.2 de la LGTel y que TESAU debe garantizar dicha interoperabilidad, también es cierto que, tal y como esta Comisión ya puso de manifiesto en la Resolución del Mercado 9, esta es una obligación genérica. En este sentido, un operador a pesar de ofrecer interoperabilidad, y por tanto no estar negando el suministro, lo puede estar ofreciendo en unas condiciones no razonables, lo que podría resultar en un efecto análogo a la denegación de acceso. Resulta necesario, por tanto, establecer obligaciones más específicas que la genérica de interoperabilidad. Así, las obligaciones relativas al acceso a recursos específicos de redes y a su utilización pueden resolver problemas de denegación de acceso (o condiciones no razonables de efectos análogos a la denegación de acceso) lo que permite el desarrollo de un mercado competitivo sostenible.

Como consecuencia de lo expuesto, esta Comisión ha impuesto a TESAU obligaciones diferentes del resto de los operadores con PSM, entre otras, la de proporcionar servicios de terminación a todos los operadores a precios regulados, obligación cuya efectividad se concreta en el cumplimiento de las siguientes:

“a) Atender a las solicitudes razonables de acceso a recursos específicos de sus redes y a su utilización. (...)

Esta obligación implica, entre otros aspectos, que TESAU está obligado a:

a. Permitir la interconexión de redes o recursos en los siguientes servicios:

- terminación geográfica,*
- terminación en red inteligente y,*
- terminación en los servicios de numeración corta.*

En sus distintos niveles:

- terminación local*
- terminación metropolitana,*
- terminación en tránsito simple y,*
- terminación en tránsito doble.*

b. Prestar los servicios necesarios para garantizar la interoperabilidad de los servicios de extremo a extremo ofrecidos a los usuarios.

c. Negociar de buena fe con los solicitantes de acceso autorizados.

d. Conceder libre acceso a interfaces técnicas u otras tecnologías indispensables para la interoperabilidad de los servicios o de



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

servicios de redes virtuales.

- e. *Dar acceso a terceros a los sistemas de apoyo operativos o a sistemas informáticos con funciones similares.*

El mantenimiento de esta obligación se concreta en la aplicación de todas las previsiones contenidas en la actual oferta mayorista de terminación recogida en la Oferta de Interconexión de Referencia aprobada mediante Resolución de la CMT de 23 de noviembre de 2005.

Ello, sin perjuicio de la competencia de la CMT para introducir cambios en la oferta de referencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 9.2 de la Directiva de Acceso y en el artículo 7.3 del Reglamento de Mercados.

- b) *Ofrecer los servicios de terminación a precios orientados en función de los costes de producción (...)*
- c) *Separar sus cuentas en relación con las actividades de acceso e interconexión (...)*

TESAU se encuentra sujeto, asimismo, a la obligación de transparencia en la prestación de los servicios de interconexión, así como a la obligación de no discriminación en las condiciones de acceso o interconexión, obligaciones que también se concretan en el mantenimiento de la OIR de 23 de noviembre de 2005.

La OIR mantiene el modelo de interconexión basado en la capacidad de interconexión contratada con independencia del tráfico efectivamente cursado, modelo introducido por primera vez en el año 2001², que se define como la puesta a disposición de los operadores interconectados de una capacidad de servicios de interconexión, esto es, una puesta a disposición de recursos de red destinados a satisfacer la demanda de interconexión del operador que contrata dicha capacidad conforme a unos objetivos de disponibilidad y calidad predeterminados, todo ello de forma independiente al tráfico de interconexión efectivamente cursado. El modelo de interconexión por capacidad se oferta como un modelo complementario al modelo temporal.

Debe partirse de la importancia que tuvo y tiene la interconexión en la liberalización del sector de las telecomunicaciones. El modelo de interconexión por tiempo, el único en vigor en España hasta la Resolución de 9 de agosto de 2001, suponía una ventaja competitiva para el operador dominante, respecto del operador entrante, puesto que cuanto mayor sea el número de unidades que se producen (minutos de tráfico), menor cabe esperar que sea el coste

² Mediante Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 9 de agosto de 2001, sobre la modificación de la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica de España, S.A.U.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

medio, mientras que para el operador entrante la reducción de costes es mucho menos pronunciada, incluso se llega a incrementar como consecuencia de las llamadas “*deseconomías de escala*”.

Esta circunstancia introducía una distorsión de las condiciones en que se desarrollaba la competencia, al existir un doble modelo de utilización de la red del operador dominante. El operador dominante operaba en su red bajo el modelo de capacidad, mientras que el resto de operadores utilizaban la misma red bajo un modelo de interconexión por tiempo. Precisamente para permitir a los operadores competir en condiciones más equilibradas con el operador dominante se introdujo la posibilidad de que los operadores adoptasen un modelo de interconexión por capacidad que permitiese unificar la red propia con la red ajena.

Este modelo permite desarrollar políticas de fomento de la demanda sobre una capacidad determinada de red (propia y contratada), que reduce el coste medio del servicio y fomenta un uso más intensivo de la red, con lo que de ello se deriva una mejora de la eficiencia, que minimiza, en la medida de lo posible, la existencia de recursos de red ociosos. Constituye el esquema más racional para la prestación de servicios finales bajo la modalidad de tarifa plana, permitiendo a operadores alternativos emular los servicios finales de tarifa plana comercializados por el operador dominante.

Así pues, la finalidad de la introducción de este tipo de interconexión es tratar de colocar a todos los operadores en una situación de igualdad de oportunidades para poder competir en el mercado.

En el apartado 9.2 de la vigente OIR de TESAU se regula la interconexión por capacidad. Allí se señala que TESAU es el único operador que está obligado a ofrecer de forma regulada el modelo de interconexión por capacidad al resto de los operadores, mientras que, en el caso inverso, es decir, en aquellos supuestos en los que TESAU desee contratar estos servicios del resto de los operadores, deberá hacerlo por la vía de la negociación entre las partes.

El referido apartado 9.2 señala en términos literales lo siguiente:

“El modelo de interconexión por capacidad se estructura en una oferta de servicios de interconexión por capacidad a la que pueden acogerse todos aquellos operadores que así lo deseen, no exigiéndose como requisito general previo, reciprocidad en el esquema de interconexión.”



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El ofrecimiento recíproco de este modelo de interconexión debe quedar dentro del ámbito del acuerdo entre las partes. [subrayado añadido].

En efecto, la OIR es una oferta de TESAU a cualquier operador prestador del servicio telefónico disponible al público o explotador de una red pública de comunicaciones electrónicas interesado en interconectar su red con la de TESAU.

Por lo tanto, la parte legitimada para solicitar la aplicación de la oferta ha de ser el receptor de la misma y, en ningún caso, TESAU, que es la parte que en puridad la realiza.

Así, es importante recordar que la OIR disciplina las relaciones entre TESAU y el resto de los operadores cuando TESAU es la prestadora de los servicios de interconexión, sin embargo dicha oferta no se aplica directamente de forma recíproca (en aquellos supuestos en los que TESAU es la receptora de dichos servicios).

De conformidad con lo expuesto, ONO no tiene la obligación de prestar servicios de interconexión por capacidad, en la medida en que la OIR sólo obliga a TESAU, no estableciéndose tampoco en la Resolución del Mercado 9 dicha obligación para ONO ni para el resto de los operadores con PSM (a excepción de TESAU), por lo que si TESAU desea contratar estos servicios con ONO, debe hacerlo por la vía del acuerdo voluntario entre ambas partes.

Los operadores con PSM, distintos de TESAU, están sujetos al cumplimiento de, entre otras, la obligación de proporcionar servicios de terminación a todos los operadores a precios razonables, pero dicha obligación, a diferencia de la impuesta a TESAU, se concreta en:

"a) Atender a las solicitudes razonables de acceso a recursos específicos de sus redes y a su utilización (...).

Esta obligación implica, entre otros aspectos, el que cada operador designado con PSM tenga que,

- a. Interconectar sus redes o recursos.*
- b. Prestar los servicios necesarios para garantizar la interoperatividad de los servicios de extremo a extremo ofrecidos a los usuarios.*
- c. Prestar los servicios de terminación en niveles de calidad que permitan la prestación de los servicios telefónicos públicos.*
- d. Negociar de buena fe con los solicitantes de acceso autorizados.*
- e. Conceder libre acceso a interfaces técnicas u otras tecnologías indispensables para la interoperabilidad de los servicios o de servicios de redes virtuales.*
- f. Dar acceso a terceros a los sistemas de apoyo operativos o a sistemas informáticos con funciones similares.*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

b) Ofrecer precios razonables por la prestación de los servicios de terminación.”

En conclusión, TESAU es el único operador obligado a ofrecer servicios de interconexión por capacidad al resto de operadores, de conformidad con la Resolución del Mercado 9.

CUARTO.- Sobre la razonabilidad de la solicitud de TESAU.

Como punto de partida, debe tenerse en cuenta que esta Comisión ya valoró la posibilidad de obligar a todos los operadores a ofrecer los servicios de interconexión por capacidad, en el marco del análisis del Mercado 9, habiéndose estimado oportuno imponer esta obligación únicamente a TESAU.

Por tanto, las alegaciones efectuadas por TESAU sobre la existencia de una hiperasimetría en cuanto a las obligaciones impuestas a esta operadora, así como las ventajas que supondría el establecimiento de la obligación de imponer la interconexión por capacidad a todos los operadores con PSM han sido ya analizadas y valoradas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el procedimiento de análisis y definición del Mercado 9.

En efecto, si esta Comisión hubiese querido imponer la obligación de interconexión por capacidad a todos los operadores con poder significativo en el referido mercado, lo habría hecho explícitamente en la mencionada Resolución, por lo que la ausencia de la imposición o establecimiento de esta obligación para los operadores con PSM distintos de TESAU es una medida expresamente adoptada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Subsidiariamente, procede analizar si la solicitud de TESAU resulta razonable, en la medida en que ONO es operador con PSM en el Mercado 9 y como tal está sujeto a la obligación de ofrecer precios razonables por la prestación de los servicios de terminación en su red.

A tal efecto, resulta conveniente recordar el principal motivo que llevó a esta Comisión a introducir el modelo de interconexión por capacidad en la Resolución de 9 de agosto de 2001, por la que se modificó la OIR de TESAU (OIR 2001):

“(...) La elevada dependencia de los operadores entrantes de la interconexión con la red del operador dominante determina que los costes medios de los operadores entrantes, si bien son decrecientes, lo son de forma mucho menos



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

acusada que para el operador dominante y el incentivo de los operadores al incremento del tráfico es mucho menor.

En la gráfica se muestra la estructura de costes tanto del operador dominante como del entrante, apreciándose una ventaja competitiva para el operador dominante, respecto del entrante, puesto que cuanto mayor sea el número de unidades que se producen (minutos de tráfico), menor cabe esperar sea el coste medio.

La reducción en costes es más acusada para el operador dominante que para el entrante, cuya reducción en los costes es mucho menos pronunciada, e incluso se llega a incrementar como consecuencia de las llamadas deseconomías de escala.

Esta circunstancia introduce una distorsión en las condiciones en las que se desarrolla la competencia, al existir un doble modelo de utilización de la red del operador dominante.

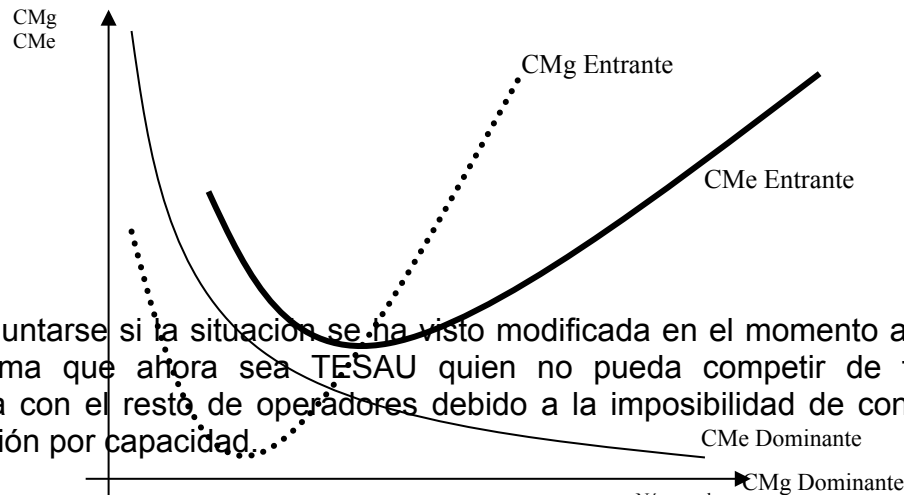
El operador dominante opera la red bajo un modelo de capacidad mientras que el resto de operadores utiliza la misma red bajo un modelo de interconexión por tiempo.

Esta dualidad ha determinado que determinadas políticas de fomento del uso de red por parte del operador dominante, a través de planes de descuento o tarifas planas para el acceso a Internet sean difícilmente emulables por el resto de competidores, pudiendo aparecer fenómenos de pinzamiento de márgenes consecuencia directa de la diferencia en los modelos de interconexión adoptados por el dominante y por el resto de operadores para el uso de la red.

Consecuentemente, en aras de eliminar la distorsión que introduce el modelo de interconexión por tiempo en la prestación de servicios de telecomunicaciones en competencia, se propone introducir la posibilidad de que los operadores adopten un modelo de interconexión por capacidad que, de alguna manera, permita a los operadores competir en condiciones más equilibradas con el operador dominante. El modelo de interconexión por capacidad permite unificar la gestión de la red propia y la red ajena (red del operador dominante puesta a disposición de los operadores) integrando virtualmente la red del operador dominante como una extensión de la red propia. De alguna manera se produce una segmentación en la prestación de los servicios por parte de los operadores: i) servicios de red soporte y ii) prestación de servicios finales (...).”



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES



Cabe preguntarse si la situación se ha visto modificada en el momento actual, de tal forma que ahora sea TESAU quien no pueda competir de forma equilibrada con el resto de operadores debido a la imposibilidad de contratar interconexión por capacidad.

Para ello, procede analizar los datos de tráfico minorista de TESAU a números geográficos (ya que, por el momento, los servicios de interconexión por capacidad sólo se prestan para estos números), así como el volumen de servicios de terminación contratado por TESAU al resto de operadores. De esta manera se obtiene la proporción de tráfico terminado en otros operadores (tráfico *off net*). Esta ratio indica la dependencia de los servicios de terminación de otros operadores.

Tabla 1. Minutos minoristas y terminados en otros, de TESAU, 2006.
[CONFIDENCIAL:]

Concepto	Millones de minutos
Llamadas metropolitanas voz	
Llamadas provinciales	
Llamadas interprovinciales	
Total llamadas a numeración geográfica	
Minutos terminación geográfica de TESAU en otros	
% minutos que terminan en alternativos	%

FIN CONFIDENCIAL] Fuente: Elaboración Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

El tráfico terminado en otras redes fijas representa para TESAU un porcentaje inferior al **[CONFIDENCIAL: %]**. Además, es necesario tener en cuenta que una llamada consta de una originación y una terminación. En una llamada *off net* TESAU cursa en su red la originación de la llamada y contrata la terminación (el tramo final) a otro operador. Así pues, para TESAU los servicios de terminación en otros operadores alternativos representan menos del



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

[CONFIDENCIAL: %] del volumen de los recursos de red necesarios, puesto que el otro [CONFIDENCIAL: %] es gestionado en la propia red de TESAU.

La importancia en cuanto a importes es aún menor: los costes de terminación geográfica en otros operadores representaron en 2006 para TESAU alrededor de un importe [CONFIDENCIAL: inferior al %] de los ingresos minoristas por tráfico telefónico en llamadas geográficas.

En conclusión, la competitividad de TESAU no se ve afectada por la imposibilidad de contratar servicios de interconexión por capacidad a otros operadores, dada su escasa dependencia de los servicios de terminación de otros operadores.

Uno de los modos de estimar el poder de negociación de los distintos operadores es a través del número de clientes conectados a la red del operador que ofrece la terminación, es decir, se acude al porcentaje de clientes de acceso directo en el mercado minorista (Mercados 1 y 2) para cada uno de los operadores con PSM en el Mercado 9, porque ello representa el tanto por ciento aproximado de llamadas que el operador no puede terminar en su propia red.

Los datos correspondientes al año 2006 son los siguientes:

CLIENTES DE ACCESO DIRECTO Y CUOTAS DE MERCADO

	Clientes de acceso directo	% / Total
TESAU	11.711.989	81,8
ONO	1.718.763	12
RESTO DE OPERADORES	895.296	6,2
TOTAL	14.326.048	100

LÍNEAS EN SERVICIO Y CUOTAS DE MERCADO POR SEGMENTO

	Residencial	% Residencial	Negocios	% Negocios	Total	%Total
TESAU	10.311.760	80,9	4.910.658	87,0	15.222.418	82,8
		%		%		



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

	Residencial	Residencial	Negocios	Negocios	Total	%Total
ONO	1.640.183	12,9	257.113	4,6	1.897.296	10,3
RESTO DE OPERADORES	791.027	6,2	473.940	8,4	1.264.967	6,9
TOTAL	12.742.970	100	5.641.711	100	18.384.681	100

[FUENTE: Informe anual 2006. Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones]

TESAU cuenta con más del 80% de los clientes de acceso de telefonía fija, mientras que la cuota de ONO se sitúa en torno al 11%, cuotas no demasiado lejanas a las tenidas en cuenta en la Resolución del Mercado 9³.

A la vista de lo expuesto, se puede afirmar que TESAU continúa manteniendo una posición privilegiada, no encontrándose afectado su nivel de competitividad como consecuencia de la inexistencia de la obligación, por parte de ONO, de ofrecerle servicios de interconexión basados en el modelo de capacidad.

En contra de lo expuesto, TESAU alega, en su escrito de 25 de febrero de 2008, que el análisis de las cuotas de mercado de TESAU y ONO que debería llevarse a cabo en el presente conflicto tendría que haberse realizado en ámbitos territoriales más reducidos, donde la situación relacionada de ambos operadores sería bastante diferente.

En relación con esta cuestión, esta Comisión considera oportuno poner de manifiesto que el presente conflicto se enmarca en la aplicación de las condiciones definidas en el Mercado 9, en el que se ha establecido como mercado geográfico el nacional, al no haberse detectado ámbitos inferiores en los que las condiciones de competencia sean suficientemente distintas respecto al resto del territorio nacional.

En efecto, en la Resolución del Mercado 9 se concluyó que las condiciones de competencia son homogéneas en todo el territorio nacional y, por tanto, ésta es la dimensión geográfica del mercado relevante.

Debe tenerse en cuenta que la presente resolución pone fin a un conflicto de interconexión por la aplicación de las condiciones en el citado Mercado 9, por lo que no es el marco adecuado para proceder a su modificación no pudiéndose en consecuencia considerar mercados inferiores al nacional.

³ De conformidad con los datos tenidos en cuenta en la Resolución del Mercado 9, correspondientes al Informe Anual de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 2004, TESAU contaba en aquel momento con el 86,5% de los clientes de acceso directo de telefonía fija, frente al 9,7% de ONO, de los cuales correspondía, el 5,2%, al Grupo Auna Fijo, y el 4,5%, al Grupo ONO (ver la primera nota al pie de página de la presente Resolución).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otro lado, es importante resaltar que, en la determinación de las obligaciones a que se encuentran sujetos los operadores con PSM en el Mercado 9, esta Comisión realizó una ponderación de intereses, y decidió que primara el estímulo de la eficiencia económica del operador entrante que tiene que competir con TESAU (admitiendo para ello la modalidad de interconexión por capacidad) sobre el estímulo de la mayor eficiencia técnica y económica de la red de TESAU.

Así, cabría resaltar que, si bien, tal y como afirma TESAU, la interconexión por capacidad puede calificarse como una modalidad de facturación, no debe olvidarse que su aplicación conlleva otra serie de importantes consecuencias prácticas en el mercado, entre otras, las relativas a los costes operativos y de gestión que supondría su implementación para ONO. TESAU incide en varias ocasiones, en su escrito de alegaciones presentado el pasado 3 de marzo, en que la interconexión por capacidad es únicamente un sistema o forma de facturación distinto y ello no es así, sino que conlleva otra serie de implicaciones, que se señalan en la presente resolución. Si es únicamente una forma de facturación, debería obligarse asimismo a ofrecer interconexión por capacidad a los operadores de red móvil, declarados con PSM en el mercado de terminación móvil.

Más aún, la imposición de la obligación de prestar los servicios de interconexión por capacidad podría desvirtuar o eliminar, asimismo, los efectos de la asimetría establecida en la Resolución del Mercado 9 en relación con los precios de los servicios de terminación, asimetría que se ha basado en orientar los precios de TESAU a costes y establecer, sin embargo, precios razonables para el resto de los operadores con PSM en el referido mercado y en no imponer el modelo de la interconexión por capacidad a operadores distintos de TESAU.

Así, el *mark-up* del 30% regulado en la Resolución del Mercado 9⁴ y ratificado en la Resolución de esta Comisión, de 4 de diciembre de 2007⁵, se ha establecido para corregir el diferencial de precios que pagan los operadores alternativos debido a la arquitectura de red de TESAU y a ciertos costes adicionales que afrontan los operadores alternativos por el hecho de establecerse la interconexión en puntos distintos al local, como hace siempre TESAU, no habiendo cambiado de forma determinante las condiciones de mercado desde el 2 de marzo de 2006, fecha en la que se aprobó la referida

⁴ Concretamente, en el Anexo 2 de la referida Resolución, relativo a las obligaciones aplicables a todos los operadores del Anexo 1, con la excepción de TESAU.

⁵ Expediente RO 2006/1118, relativo al conflicto de interconexión entre determinados operadores de cable –RCABLE TELECOMUNICACIONES GALICIA, S.A., CABLEEUROPA S.A.U., TENARIA S.A. Y TELECABLE DE ASTURIAS, S.A.U. – y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. respecto a los precios de interconexión por los servicios de terminación y acceso ofrecidos por dichos operadores de cable.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Resolución, como para alterar para un solo operador dicho establecimiento de precios diferenciados.

No debe olvidarse, por otro lado, que el modelo de interconexión por capacidad permite desarrollar políticas de fomento de la demanda sobre una capacidad determinada de red (propia y contratada), que reduce el coste medio del servicio, por lo que la imposición de esta obligación para ONO podría suponer alterar el equilibrio en precios establecido en la Resolución del Mercado 9 o eliminar los efectos de la eficiencia de la capacidad para los operadores alternativos y otorgar una ventaja competitiva muy importante a TESAU, que de todas formas opera su red, donde origina y termina la gran mayoría de las llamadas, bajo un modelo de capacidad, obteniendo por tanto las eficiencias de ello.

En consecuencia, el establecimiento de esta obligación para ONO debería realizarse teniendo en cuenta las consecuencias de su implantación en relación con las condiciones asimétricas establecidas por esta Comisión a los operadores con PSM en el Mercado 9, valorando, asimismo, la situación de todos y cada uno de estos operadores en el referido mercado y las posibles repercusiones que podría ocasionar la imposición, a todos los operadores, del modelo de interconexión por capacidad en los servicios minoristas ofrecidos.

En efecto, la imposición de una medida de carácter general de tal naturaleza supondría una modificación de las obligaciones impuestas en su día en la Resolución del Mercado 9, modificación que debe ser sometida a los procedimientos de consulta y de notificación previstos en los artículos 5 del Reglamento sobre Mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado mediante Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, y 6 de la Directiva Marco.

En definitiva, la modificación de las obligaciones impuestas a los operadores con PSM en el mercado 9⁶ trasciende del marco de este conflicto y, en todo caso, requerirá, conforme a la normativa comunitaria y nacional vigente, de un procedimiento específico en el cual se efectúe un previo análisis de mercado y se proceda a la determinación de nuevas obligaciones o la modificación o supresión de las definidas en la Resolución de 2 de marzo de 2006.

En relación con otras alegaciones relacionadas con los aspectos anteriores formuladas por TESAU en su escrito de alegaciones del pasado 25 de febrero, procede señalar lo siguiente.

⁶ Mercado que ha sido mantenido como Mercado 3 en la Recomendación de la Comisión, de 17 de diciembre de 2007, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En primer lugar, en la Alegación Cuarta del escrito citado, TESAU alega que, de seguirse la filosofía subyacente en una serie de principios de recuperación de costes que enuncia, esta Comisión hubiera concluido en su informe que la pretensión de TESAU era justa y razonable.

TESAU se refiere a principios de recuperación de costes utilizados por OFCOM (Autoridad Nacional de Reglamentación del Reino Unido) en la Resolución dictada en un conflicto de interconexión entre BT Telecommunications plc (en adelante, BT) y varias empresas del grupo Telewest (Telewest)⁷. Esto es, se trata de principios utilizados por el Regulador británico, y no de principios o reglas procedentes de la regulación europea o del Grupo de entidades reguladoras de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas (ERG).

En tal decisión, OFCOM estableció la necesaria reciprocidad de las tarifas de interconexión en el mercado de llamadas geográficas entre BT y Telewest. A este respecto, en primer lugar, TESAU está invocando un procedimiento que no guarda relación alguna con el presente expediente, y que se refiere a una disputa de empresas en otro país, con otras circunstancias locales a tener en cuenta. En segundo lugar, en lo que se refiere a la aplicación de los principios mencionados al presente conflicto, las conclusiones más destacables que TESAU señala son:

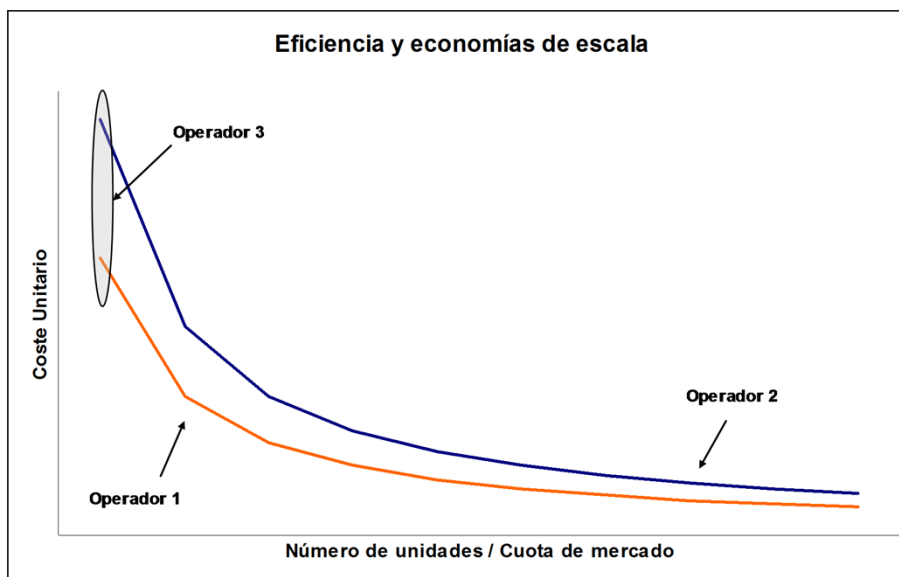
- i) Si los precios de terminación de los operadores alternativos se basan estrictamente en los costes incurridos existiría una distorsión de la competencia.
- ii) Si no se estableciera la condición de reciprocidad los operadores con mayores costes estarían imponiendo un coste adicional a los operadores más eficientes y con menores costes.

Pues bien, en relación con la eficiencia de un operador, cabe destacar que el operador con los costes más bajos no tiene porque ser el más eficiente. Esto es así debido a las economías de escala y alcance presentes en las redes de telecomunicaciones. La situación mencionada se refleja en la siguiente gráfica:

⁷ *Determination to resolve a dispute between BT and Telewest about geographic call termination reciprocity agreement*, de 16 de junio de 2006.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES



El operador 1 es más eficiente que el operador 2. No obstante, debido a que su cuota de mercado es mucho menor que la del operador 2, su coste unitario es mayor.

Por otro lado, los costes unitarios de un hipotético operador 3 con una cuota de mercado reducida pueden ser muy elevados. Si el operador, además de tener una cuota reducida, es ineficiente, la situación se agrava aún más, pero en cualquier caso sus costes unitarios se encontrarán dentro de la zona gris de la gráfica y éstos son altos. Así pues, la Comisión coincide con TESAÚ en que, en este caso, fijar los precios de terminación estrictamente ajustados a los costes podría suponer una distorsión de la competencia.

Ahora bien, ante esta circunstancia, la reciprocidad no es la única alternativa regulatoria posible, como parece concluir TESAÚ. Es asimismo razonable, como ha hecho la Comisión y muchos otros reguladores, establecer un límite máximo a los precios de terminación que deben ofrecer los operadores alternativos.

A este respecto, la reciente Posición Común adoptada por el ERG, en fecha 28 de febrero de 2008, sobre la simetría en los precios de terminación en telefonía fija y móvil⁸, establece que las Autoridades Nacionales de Reglamentación, en el análisis de la asimetría existente en los mercados de terminación, deben tener en cuenta las circunstancias locales y, entre ellas, factores tales como las cuotas de mercado en el acceso fijo y la fecha de apertura del mercado a la competencia. Cabe señalar que en el mercado fijo, comparados con el

⁸ ERG's Common Position on symmetry of fixed call termination rates and symmetry of mobile call termination rates, ERG (07) 83 final.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

incumbente, todos los alternativos son “late entrants”. Una entrada tardía en el mercado implica menos escala para el operador y, por tanto, costes superiores aunque éste sea eficiente. Por tanto, puede ser razonable establecer una asimetría, al menos en el medio plazo.

Lo anterior se sostiene en virtud de la alegación efectuada por TESAU sobre el actual replanteamiento que, desde el ERG está siendo realizado sobre las ventajas e inconvenientes de las economías de escala como factor determinante para seguir manteniendo medidas asimétricas. Pues bien, en relación con la tendencia a la simetría en tarifas de terminación en fijo, el ERG reconoce que las diferencias entre operadores con PSM y alternativos pueden justificar la adopción de medidas asimétricas durante un período de transición:

“(…) no resultaría tan razonable requerir a las Autoridades Nacionales de Reglamentación (ANRs) el cambio inmediato a unos precios de interconexión en telefonía fija simétricos, desde el momento en que es adecuado que haya un periodo de transición con el fin de permitir a los operadores alternativos que alcancen un suficiente nivel de eficiencia operacional en el menor tiempo posible.

En términos de lo que puede constituir un período razonable de tiempo, debe considerarse que con el fin de establecer un camino de convergencia hacia la simetría, las ANRs tendrán que acometer un proceso de revisión del mercado. Por lo tanto, se sugiere que las ANRs, en su próxima revisión del Mercado 9, deberían considerar la posibilidad de establecer un camino para lograr la simetría en los precios de interconexión en fijo lo más pronto posible (por ejemplo, en un período de cuatro o cinco años) teniendo en cuenta las circunstancias locales existentes, tales como: el nivel de competencia real y el prospectivo en el mercado minorista de acceso en fijo (en términos de número de operadores alternativos y sus respectivas cuotas de mercado), la fecha de la apertura del mercado, la fecha en que fue establecida por la ANR la asimetría y su impacto en el funcionamiento de los mercados de voz fijos, tecnologías y topologías de red, cobertura de la red y servicios ofrecidos.” [la traducción es nuestra]⁹.”

A estos efectos, la incidencia en el mercado de las obligaciones diferenciadas establecidas en el Mercado 9 deberá ser tenida en cuenta en la próxima revisión del Mercado 9, donde se tendrán en cuenta todas las circunstancias enunciadas, debiendo considerarse en la actualidad que la imposición a

⁹ *“(…) it would not be reasonable to require NRAs to move to symmetric FTRs immediately, as a transition period is justified in order to allow OAOs to reach a sufficient level of operational efficiency in the shortest time possible. In terms of what may constitute a reasonable period of time, it must be considered that in order to set a path of convergence towards symmetry NRAs will have to undertake a market review. Therefore, it is suggested here that NRAs, in their next market 9 review, should consider setting a path to achieve symmetry in FTRs as soon as possible (e.g. over a period of four to five years³⁹) taking into account the prevailing local circumstances such as: the actual and forecasted level of competition in the fixed access retail market (in terms of actual number of OAOs and their respective market shares), the date of market opening, the date when asymmetry was established by NRA and its impact on fixed voice markets fluidity, network technologies and topologies, network coverage and offered services.”* Posición Común citada, página 41.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TESAU de obligaciones diferenciadas en el marco de dicho mercado fue efectuada mediante la Resolución de esta Comisión de 2 de marzo de 2006, por lo que es una medida reciente aun necesaria cuyos efectos deben valorarse en un cierto período de tiempo, debiendo mantenerse las obligaciones hasta la próxima revisión del mercado.

Adicionalmente, no existe una postura definida sobre hacia dónde debe producirse, en su caso, la convergencia, pues, tal y como se señala en la Posición Común del ERG, de 28 de febrero de 2008, al establecerse una posible simetría de los precios, deberían tenerse en cuenta distintos conceptos y referencias de costes, debiendo plantearse por ejemplo la cuestión de si la referencia de costes apropiada tendría que ser aquella correspondiente a la red legada del incumbente ajustada a niveles de costes actuales, o si debería emplearse como referencia de coste la tecnología más eficiente disponible actualmente (la cual sería probablemente la utilizada por un operador que entrara en el mercado).¹⁰

Por último, en relación, asimismo, con la convergencia hacia la simetría (Alegación quinta del escrito de alegaciones de TESAU), esta entidad realiza su propia estimación sobre el índice de asimetría existente en España. Para ello considera únicamente el nivel local de interconexión y asume que los operadores utilizan exclusivamente el modelo de interconexión por capacidad.

A juicio de esta Comisión, el cálculo de TESAU obvia los siguientes factores:

- Los operadores también contratan terminación a TESAU en niveles superiores al nivel local. En el caso español estos niveles son: metropolitano, tránsito simple y tránsito doble. La citada Posición Común del ERG reconoce que en el cálculo del índice de asimetría debe tenerse en cuenta esta circunstancia.
- Los operadores utilizan el modelo de interconexión por capacidad de forma combinada con el de tiempo. La decisión de escoger un modelo u otro se realiza a nivel de punto de interconexión (PDI) y, tal como se hizo en el expediente MTZ 2006/1486, debería calcularse la proporción existente entre interconexión por tiempo y por capacidad.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, el índice de asimetría real en España sin duda estará más próximo al calculado en la Posición Común del

¹⁰ *When setting "symmetric rates, the concept and cost reference to be used needs to be considered too. More precisely, the question is whether the cost reference should be the one corresponding to the incumbent's legacy networks adjusted for efficiency at current cost levels or whether the most efficient currently available technology should be used (which a competitor entering in the market today would most likely use for rolling-out an efficient network)".* Posición Común, página 10.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ERG (36%), en el que se han realizado una serie de hipótesis comunes para todos los países, que al señalado por TESAU en sus alegaciones (163%). En todo caso, dicha asimetría será analizada, utilizando los datos disponibles más recientes, en el próximo análisis del Mercado 9 (actualmente 3), en línea con lo señalado por el ERG en la citada Posición común.

En consecuencia, ha de desestimarse la pretensión de TESAU, por no ser su solicitud razonable.

QUINTO.- Sobre la supuesta falta de coherencia de la presente Resolución respecto del informe emitido en el expediente DT 2005/1490.

Tal y como se ha señalado en el Antecedente de hecho noveno, TESAU manifiesta su sorpresa ante el cambio de postura existente entre el informe emitido por los Servicios de esta Comisión en el conflicto DT 2005/1490, y el emitido en relación con el presente procedimiento, a pesar de tratarse de cuestiones, en su opinión, sustancialmente idénticas.

El informe elaborado en el seno del conflicto DT 2005/1490, entre TESAU y EUSKALTEL, S.A., acerca de la obligación de ofrecer sus servicios a TESAU mediante el modelo de interconexión por capacidad, formuló, con fecha 2 de mayo de 2006, la siguiente propuesta:

- *“Euskaltel ha de ofrecer a TESAU los servicios de interconexión dentro del modelo de interconexión por capacidad.*
- *El precio que Euskaltel cobraría por los servicios de interconexión dentro de la modalidad de interconexión por capacidad ha de ser razonable, entendiendo como tal aquél que no supere en un 30% al precio nominal de interconexión por capacidad a nivel de interconexión local establecido en la OIR de Telefónica vigente.”*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Los informes de los Servicios de esta Comisión tienen carácter técnico instrumental, con una finalidad evidentemente instructora y preparativa de las resoluciones del Consejo, que es el órgano que con carácter general tiene atribuida la competencia decisoria y ejecutiva en el ejercicio de todas las funciones encomendadas a la Comisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48.4 de la LGTel.

En efecto, los informes de los Servicios de esta Comisión carecen de efecto vinculante para el Consejo de esta Comisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83.1 de la LRJPAC, en el que expresamente se establece lo siguiente:

“Salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes.”

Omite TESAU mencionar, además, que en el marco del mismo conflicto se emitió otro informe con un sentido contrario al anterior, elaborado por la Dirección de Análisis Económicos y Mercados de esta Comisión, de fecha 24 de marzo de 2006, en el que se aconsejaba no introducir la obligación de prestar los servicios de interconexión por capacidad por Euskaltel por el previsible efecto que podría tener a corto-medio plazo sobre las ofertas comerciales y la ruptura que representaría respecto del ámbito geográfico definido en el mercado 9.

Más aún, el informe al que hace referencia TESAU en su escrito de alegaciones fue emitido en el marco de un procedimiento diferente y ni tan siquiera llegó a elevarse al Consejo, que en ningún momento se pronunció sobre el fondo de las cuestiones planteadas en el conflicto, al haberse producido expresamente el desistimiento de las partes interesadas en el mismo.

Vistos los citados Antecedentes y Fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar que, de conformidad con el marco normativo vigente, no existe obligación, por parte de CABLEEUROPA, S.A.U. y TENARIA, S.A. de ofrecer a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. los servicios de interconexión por capacidad, servicios que sólo pueden ser negociados y, en su caso, exigidos, por la vía del acuerdo voluntario entre los operadores citados.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEGUNDO.- Considerar, asimismo, que la solicitud formulada por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. no resulta razonable de conformidad con la Resolución de 2 de marzo de 2006, mediante la que se aprueba la definición y análisis del mercado de terminación de llamadas en las redes públicas individuales de cada operador de telefonía fija, el análisis de los mismos, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas (expediente AEM 2005/1199).

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 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior aprobado por Resolución del Consejo de la Comisión de fecha 20 de diciembre de 2007 (B.O.E. de 31 de enero de 2008), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que resuelve un recurso potestativo de reposición, no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma 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 SECRETARIO

Vº Bº EL PRESIDENTE

Ignacio Redondo Andreu

Reinaldo Rodríguez Illera