INFORME DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA SOBRE LA PROPUESTA DE LA CMT DE 31 DE JULIO DE 2008, RELATIVA A "LA DEFINICIÓN Y ANÁLISIS DEL MERCADO DE TERMINACIÓN DE LLAMADAS VOCALES EN REDES MÓVILES INDIVIDUALES, LA DESIGNACIÓN DE OPERADORES CON PODER SIGNIFICATIVO DE MERCADO Y LA IMPOSICIÓN A LOS OPERADORES DE OBLIGACIONES ESPECÍFICAS"

I. ANTECEDENTES

Con fecha 8 de agosto de 2008 tuvo entrada en la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) un escrito de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), en el que se recoge un informe de la CMT sobre la "definición y análisis del mercado de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición a los operadores de obligaciones específicas", y mediante el que se solicita a la CNC que emita el preceptivo informe, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 82 y 83 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, y del artículo 3.1 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre (Reglamento de Mercados).

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

El proceso de análisis de los mercados relevantes se inscribe en el contexto más amplio de la reforma del marco reglamentario europeo aplicable a las comunicaciones electrónicas cuyos principios fueron fijados en la directiva 2002/21/CE, de 7 de marzo de 2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva Marco).

La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, incorpora al ordenamiento jurídico español las directivas que constituyen el nuevo marco normativo en materia de comunicaciones electrónicas.

El Reglamento de Mercados desarrolla en sus artículos 2 a 5 el procedimiento a seguir por la CMT para la identificación y análisis de los mercados de referencia en la explotación de redes y en el suministro de servicios de comunicaciones electrónicas, y su facultad para imponer obligaciones específicas apropiadas a los operadores que posean un poder significativo en cada mercado considerado.

El artículo 10.2 de la Ley 32/2003 y el artículo 3.1 del Reglamento de Mercados establecen que el análisis de los mercados habrá de realizarse previo informe del Servicio de Defensa de la Competencia.

Por su parte, el apartado segundo de la disposición adicional quinta de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, establece que las referencias de la normativa vigente al Servicio de Defensa de la Competencia se entenderán hechas a la CNC.

Por otra parte, los artículos 25.e) y 34.1.a) de la Ley 15/2007 establecen que el Consejo de la CNC, a propuesta de la Dirección de Investigación, dictaminará sobre las cuestiones en las que la CNC deberá informar de acuerdo con lo previsto en la legislación vigente.

El mercado objeto de análisis fue identificado por la Comisión Europea en su recomendación de 17 de diciembre de 2007 como el mercado número 7.

III. PROPUESTA DE LA CMT

En relación con la propuesta de análisis de mercado aprobada por el Consejo de la CMT con fecha 31 de julio de 2008, procede en el presente informe analizar de manera resumida su alcance, prestando especial atención a las diferencias o modificaciones en relación con el análisis del mercado previo equivalente (antiguo mercado 16) aprobado por la CMT con fecha 28 de septiembre de 2006 (Telefónica, Vodafone y Orange), 4 de octubre de 2007 (Xfera) y 7 de febrero de 2008 (Operadores Móviles Virtuales Completos).

En relación con la definición de los mercados de referencia, se mantiene la definición básica del mercado de terminación de llamadas móviles, definiéndolo como “Los servicios mediante los que cada operador finaliza en su red móvil una llamada de voz originada en la red de otro operador”, considerando que la red de cada operador conforma un mercado relevante diferenciado.

En cuanto a la propuesta de obligaciones a imponer, se mantiene la definición como operadores con poder significativo de mercado (PSM) a todos los operadores móviles de red (Telefónica, Vodafone, Orange y Xfera) y a todos los operadores móviles virtuales completos (Euskaltel, ONO, R Cable, E-Plus, Telecable, BT, Jazztel, Fonyou y Best Telecom).

IV. OBSERVACIONES

Con arreglo al marco regulador de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la definición de los mercados y la evaluación del PSM se llevarán a cabo utilizando las mismas metodologías que con arreglo a la normativa sobre competencia. El uso de las mismas metodologías garantiza que el mercado pertinente o de referencia definido a efectos de la regulación sectorial

corresponderá en la mayor parte de los casos con las definiciones del mercado que serían de aplicación con arreglo a la legislación sobre competencia.

Sin embargo, en algunos casos, los mercados definidos por la Comisión y las autoridades de competencia en casos relacionados con la competencia pueden diferir de los definidos en la Recomendación de la Comisión Europea y/o de los mercados definidos por la CMT con arreglo al apartado 3 del artículo 15 de la Directiva marco. El apartado 1 del artículo 15 de la Directiva marco deja claro que las Autoridades Nacionales de Regulación (ANR) definirán los mercados a efectos de la regulación ex ante sin perjuicio de los definidos por las Autoridades Nacionales de Competencia (ANC) y por la Comisión Europea en ejercicio de sus competencias respectivas al amparo de la legislación sobre competencia en casos concretos.

De igual forma la designación de una empresa como poseedora de PSM en uno de los mercados delimitados a efectos de la regulación ex ante no implica automáticamente que dicha empresa sea también dominante a efectos del artículo 82 del Tratado CE o del artículo 2 de la Ley 15/2007. Así se reconoce de manera expresa en las Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (2002/C 165/03).

En la práctica, no puede excluirse que surjan procedimientos paralelos con arreglo a la regulación ex ante y a la legislación sobre competencia con respecto a distintos tipos de problemas en los mercados pertinentes. Por consiguiente, la CNC y otras autoridades de competencia podrán efectuar sus propios análisis del mercado e imponer las soluciones adecuadas con arreglo a la legislación sobre competencia en paralelo con las medidas sectoriales que pueda aplicar la CMT.

Las observaciones recogidas en el presente informe se refieren exclusivamente al análisis de mercados que tiene por objeto la posible imposición de obligaciones ex ante a los operadores con PSM, y no prejuzga en consecuencia la actuación de la CNC en la aplicación de la legislación sobre competencia en estos mercados.

A) En relación con la definición de mercado de producto relevante:

1. Operadores Móviles de Red (OMR) y Operadores Móviles Virtuales (OMV)

Esta CNC está de acuerdo en el análisis realizado por la CMT de cara a considerar que las redes de Xfera y los OMV también conforman mercados diferenciados de terminación de llamadas vocales en red móvil, en la medida en que estos operadores son los responsables de ofrecer y fijar el precio del servicio mayorista de terminación de llamadas vocales a sus abonados.

2. Diferenciación de un mercado de terminación para cada red móvil

Esta CNC está de acuerdo con la CMT en diferenciar un mercado de producto de terminación para cada red móvil, en la medida que no existe suficiente sustituibilidad de estos servicios, ni desde el lado de la demanda ni del de la oferta, independientemente de que se considere desde el nivel minorista o mayorista.

3. No diferenciación por tecnología de red o de interconexión

La CNC coincide con la CMT en mantener el principio de neutralidad tecnológica y no diferenciar los mercados de terminación según la tecnología utilizada por la red móvil (GSM o UMTS) o el sistema de interconexión entre las distintas redes (conmutado o IP).

4. Terminación de llamadas vocales y de mensajes cortos de texto (SMS)

La CMT considera que la terminación de llamadas vocales en una red móvil forma parte de un mercado diferenciado de la terminación de SMS en dicha red móvil, basando esta diferenciación en que ambas actividades están sometidas a condiciones de competencia significativamente distintas.

Esta CNC considera, en línea con lo señalado por la Comisión Europea en la Nota Explicativa que acompaña a su recomendación de 17 de diciembre de 2007 (página 41), que esta distinción entre mercados ha de derivarse, en su caso, de que las características por el lado de la demanda y de la oferta de los SMS son diferentes a las de las llamadas vocales.

De igual modo, en línea con lo señalado en la Nota Explicativa, esta CNC estima que los potenciales fallos de mercado derivados del poder de mercado de cada red móvil son similares para ambos tipos de servicios de terminación.

En lo que respecta a los argumentos que la CMT plantea para justificar que las condiciones de competencia son distintas en ambos mercados, esta CNC entiende que cabe realizar algunas consideraciones.

En primer lugar, en un hipotético entorno de ausencia de regulación, el poder de negociación que en teoría dispone Telefónica respecto al resto de operadores móviles es el mismo, tanto para llamadas vocales como para SMS, por lo que el análisis que la CMT hace en el apartado II.3.2.1 del poder de negociación de Telefónica frente al resto de operadores móviles en los servicios de terminación de llamadas vocales es en principio aplicable también para los servicios de terminación de SMS.

Por lo que se refiere al argumento de que los tráficos de SMS entre operadores móviles están más equilibrados que los de llamadas vocales, a la luz de los datos que se recogen en las tablas II.3 (tráfico neto SMS) y II.7 (tráfico neto llamadas vocales), se observan en cualquier caso desequilibrios en ambos mercados, que si bien son menores en la mayor parte de la serie para el tráfico SMS, en 2007 pasan a ser bastante similares para ambos tráficos.

En cualquier caso, es necesario destacar que el hecho de que exista un entorno de tráficos equilibrados de llamadas vocales o SMS entre operadores,

no implica necesariamente que en los mercados de terminación exista una estructura que tienda a la competencia efectiva. Asimismo, tampoco se puede inferir que en un entorno de tráficos equilibrados los precios de terminación sean indiferentes para la competencia, pues una subida de los mismos perjudicaría a los consumidores.

En este sentido, la CMT no analiza uno de los posibles problemas de competencia que pueden derivar de la estructura competitiva de estos mercados mayoristas: la posibilidad de que ésta incentive la colusión, tácita o explícita, entre los distintos operadores, con efectos perjudiciales sobre la competencia en el mercado minorista de SMS.

De hecho, los mercados de terminación de SMS en redes móviles tienen unas características que pueden favorecer esta coordinación tácita o explícita. Los servicios ofrecidos son homogéneos, los operadores no tienen incentivos a reducir precios, los precios aplicados son transparentes (gracias a que todos los operadores tienen firmados acuerdos de terminación entre sí), las amenazas de represalias pueden ser creíbles (vía mayores precios de terminación aplicados al operador que rompe la coordinación) y las barreras a la entrada derivadas de las economías de red son significativas.

Por estos motivos, el hecho de que en los últimos años no haya habido conflictos entre los distintos operadores no implica que la estructura de los mercados de terminación de SMS en redes móviles sea competitiva o que tienda a la competencia efectiva. Adicionalmente, conviene tener presente que los precios de terminación de SMS en redes móviles han permanecido estables en los últimos años, en un entorno en el que los costes de terminación de llamadas vocales se han reducido significativamente, y que estos precios de terminación de SMS son bastante similares entre los distintos operadores.

A la vista de todo lo anterior, esta CNC considera que cabría verificar en mayor profundidad si se dan o no las condiciones para imponer obligaciones ex ante en los mercados de terminación de SMS en redes móviles, opción que de hecho plantea la propia Comisión Europea (página 44 de la Nota Explicativa).

Sin perjuicio de los comentarios realizados en relación con la conveniencia de realizar un análisis específico de las condiciones de competencia en los mercados de terminación de SMS en redes móviles, la CNC coincide con el análisis realizado por la CMT en cuanto a la definición de los mercados de producto relevantes.

B) En relación con la definición del mercado geográfico relevante

La CNC coincide con las conclusiones del análisis de la CMT en cuanto a la definición de los mercados geográficos relevantes.

C) En relación con el análisis de la estructura del mercado, competencia y operadores con PSM

1. En términos generales, esta CNC coincide con la CMT en el análisis de la estructura, barreras a la entrada, poder compensatorio de la demanda e identificación de operadores con PSM.

2. La CNC coincide con los problemas de competencia identificados en los mercados de referencia y relacionados. En concreto, coincide con el riesgo detectado de fijación, por parte de determinados operadores, de elevados precios de terminación de llamadas vocales en sus redes móviles, como estrategia para elevar los costes de las llamadas off-net de sus competidores y, en consecuencia, de los precios minoristas off-net de los mismos.

   Asimismo, la CNC coincide con la problemática apuntada en relación con la diferenciación de precios (minoristas) de las llamadas móviles on-net y off-net, aplicada por los dos operadores con una base de clientes significativamente superior a la de sus competidores (Telefónica y Vodafone), y sus potenciales efectos de cierre de la competencia en el mercado minorista.

   En este sentido, parece adecuado el diagnóstico de la CMT, de que con la progresiva reducción del precio de terminación y su orientación a costes, la posible diferencia entre los precios de llamadas on-net y off-net perdería relevancia.

D) En relación con las obligaciones impuestas

1. En líneas generales, esta CNC coincide con la CMT en la adecuación de las obligaciones ex ante propuestas para hacer frente a los problemas de competencia detectados.

2. En relación con la simetría de precios de terminación a aplicar a Telefónica, Vodafone y Orange, esta CNC entiende que dependerá de la respectiva estructura de costes de cada operador. En particular, tal y como de hecho plantea el borrador de recomendación de la Comisión Europea sobre el tratamiento regulatorio de los precios de terminación en la UE, cabría tener en cuenta la diferente disponibilidad de espectro radioeléctrico por cada uno de ellos y las diferencias que puede haber en el grado de amortización de los distintos elementos de la red.

   Desde esa perspectiva, si el nuevo glide-path ha de ser el mismo para TME, Vodafone y Orange (punto 1.b del Anexo del informe CMT) debería determinarse, en principio, tras un análisis específico de posibles diferencias objetivas de costes.

3. En lo que respecta al mencionado problema de competencia detectado por la CMT derivado de la asimetría entre los precios aplicados por Telefónica y Vodafone a las llamadas on-net/off-net, en el propio análisis se señala (pág. 27) que con la progresiva reducción del precio de terminación la diferencia entre los precios de llamada on-net y off-net perdería relevancia, si bien

esta afirmación no parece tener reflejo expreso en las medidas ex ante que se proponen. A este respecto, cabría valorar que entre los objetivos a conseguir con el nuevo glide-path se incluya de manera explícita el de corregir los posibles problemas de competencia detectados como consecuencia de la asimetría de precios on-net/off-net.