

Manuel Salazar Muñoz*

Juan Carlos Pastor Humpiri**

El acceso a infraestructuras para las operadoras móviles virtuales en Italia

I. Introducción

En febrero de 2005, la Autoridad Italiana de Defensa de la Competencia y el Mercado (en adelante, AGCM¹) inició una investigación a tres de las cuatro principales operadoras de telefonía móvil por un presunto abuso de posición de dominio en el mercado italiano de infraestructura de telefonía móvil, concluyendo preliminarmente que éstas habrían negado el acceso a sus infraestructuras y servicios conexos a otras empresas que no poseían la capacidad de infraestructura instalada².

Contemporáneamente, a nivel europeo, cada Autoridad Nacional de Regulación en Telecomunicaciones (en adelante, ANR) debía analizar su mercado interno de conformidad a las Directivas del sector aprobadas por el Parlamento Europeo. De esta manera, en febrero de 2006 la Autoridad Italiana para la Garantía de las Comunicaciones (en adelante, AGCOM³) analizó su propio mercado y concluyó que el mercado italiano de acceso a las redes de infraestructuras de telefonía móvil no existía.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Magister en Derecho de la Competencia y Regulación de Servicios Públicos por la Universidad de Roma Tor Vergata.

** Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú y ex miembro de la Asociación Civil Taller de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 AGCM, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Autoridad de la Competencia y el Mercado.

2 AGCM, 2005. Caso A 357 – TELE2 Vs. TIM-VODAFONE-WIND. Disponible en: <http://agem.it/index.htm> (Última visita: 17/04/2010)

3 AGCOM, *Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*, Autoridad para la Garantía en las Comunicaciones

Es importante precisar que el tema propuesto involucra dos mercados estrechamente conexos en el sector de telefonía móvil: el mercado de infraestructuras y el mercado de usuarios finales. El primero resultaría indispensable para prestar servicios en el segundo. En este contexto, en Italia, las empresas poseedoras de la infraestructura de red instalada, denominadas operadoras con red móvil (en adelante, ORM), poseían una cuota compartida del 93% en el mercado de usuarios finales⁴ y habrían rechazado injustificadamente la solicitud de acceso a sus infraestructuras a una operadora móvil virtual, (en adelante, OMV) que pretendía ingresar al mercado de usuarios finales.

Reviste particular trascendencia que las autoridades locales de regulación y competencia, AGCOM y AGCM respectivamente, hayan analizado el mercado italiano de acceso a redes de telefonía móvil y arribado a diferentes conclusiones. Para la primera, el mencionado mercado no existiría, sin embargo para la segunda sí existe y en el mismo se habrían practicado conductas anticompetitivas.

II. Definiciones previas

Antes de iniciar con el desarrollo del tema propuesto, consideramos importante ofrecer algunas nociones sobre los términos a usar.

1. Mercados de Infraestructuras y mercados de usuarios finales en telecomunicaciones

La Comisión Europea ha desarrollado una descripción general de los mercados de telecomunicaciones, el que puede ser dividido de la siguiente manera:⁵

- Mercado de Infraestructuras: Típicamente consiste en la provisión de (1) acceso a las redes o elementos de redes y (2) servicios de redes a las operadoras de redes y servicios; y.

- Mercado de usuarios finales: Consiste en la provisión de servicios de comunicaciones a usuarios finales.

2. Las empresas operadoras de telefonía móvil

Para operar en el mercado de usuarios finales de telefonía móvil, las empresas operadoras deben necesariamente usar el espectro electromagnético. Aquellos que no poseen la respectiva concesión de uso, contratan con quienes sí poseen servicios de uso de espectro y otros relacionados. En ese sentido, de acuerdo a sus niveles de capacidad de red, las operadoras de telefonía móvil pueden clasificarse de la siguiente manera⁶:

- A. *Operadora de Red Móvil (ORM)*: Es una empresa que tiene la autorización estatal para operar en exclusiva una frecuencia de espectro electromagnético para el servicio de telefonía móvil. Generalmente, las ORM desarrollan una infraestructura de red para la utilización del espectro y de esa manera ofrecer servicios de telefonía móvil a los usuarios finales. Se trata de empresas que operan verticalmente en los mercados de infraestructura y de usuarios finales.

Si nos focalizamos en el mercado de infraestructuras, las ORM tendrían la capacidad de proporcionar servicios de red o el acceso a elementos de red a otras operadoras para que estas últimas puedan utilizar una combinación de servicio de uso de espectro, infraestructura y servicios conexos que finalmente les permita también llegar al mercado de usuarios finales.

- B. *Proveedores de servicios alternativos*: La característica principal de los proveedores alternativos y de las OMV es que no tienen la autorización estatal para operar el espectro electromagnético y por ende, no han desarrollado una infraestructura de red basada en el espectro.

4 AGCOM, 2006. Decisión 46/06/CONS, *Mercato dell'accesso e della raccolta delle chiamate nelle reti telefoniche pubbliche mobili (mercato n. 15 della raccomandazione della Commissione europea n. 2003/311/CE): identificazione ed analisi del mercato, valutazione di sussistenza di imprese con significativo potere di mercato ed individuazione degli obblighi regolamentari - Anexo A, párrafos 125 - 128*. Disponible en: http://www.agcom.it/provv/d_46_06_CONS/d_46_06_CONS.htm (Última visita: 17/04/2007)

5 COMISION EUROPEA, 2003. Decisión 2003 570/EC - Caso Comp. 38.370: O2 UK Limited / T-Mobile UK Limited UK Acuerdo de reparto de redes; párrafos 40 y ss. En el mismo sentido, Comisión Europea, 2004. Decisión 2004/207/CE- Caso Comp.38.369: T-Mobile Alemania/O2 Alemania Compartición de redes; párrafos 45 y ss.

Esta última decisión fue parcialmente anulada en la parte de aplicación de la norma en abril 2006 por la Primera Instancia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sin embargo, la presentación del contexto por parte de la Comisión es muy útil para nuestros objetivos. Disponibles en: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/index/by_nr_76.html (Última visita: 05/07/2009)

6 Para ORM y OMV:

- BRITO Duarte y Pedro PEREIRA, 2006. *Mobile Virtual Network Operators: Beyond the Hyperbolae*. Lisboa, *Autoridade da Concorrência do Portugal*, p. 3. Disponible en: http://www.concorrenca.pt/download/WP15_MVNO_Hype_Oct06.pdf (Última visita: 05/07/2008);

- DIPPON Christian, 2006 *The Economics of Mobile Virtual Network Operators* en: NERA Economic Consulting *Perspectives in Telecommunications Newsletter* N° 5, 2006, p. 1. Disponible en: http://www.nera.com/NewsletterIssue/nl_perspectivas_com810_0612_english-Final.pdf (Última visita: 05/07/2008);

- JASPERS Ferdinand; HUISINK Willem y THEEUWES J.J.M. *Virtual Enterprises, Mobile Markets and Volatile Customers*. Rotterdam, Erasmus Research Institute of Management 2005, pp. 1-4. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=800220> (Última visita: 05.07.2008);

- HAUCAP Justus, 2003. *The Economics of Mobile Telephone Regulation*. Hamburg, Helmut-Schmidt-Universität; Economics Working Paper N° 4, p. 17. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=458241> (Última visita: 05/07/2008);

- LANDGREBE Jonathan, *The Mobile Telecommunications Market in Germany and Europe: Analysis of the Regulatory Environment, Mobile Termination Charges and access for Mobile Virtual Network Operators*. California, Fisher Center for the Strategic Use of Information Technology - Hass School of Business, University of California Berkeley 2002, p. 47 y ss. Disponible en: <http://groups.baa.berkeley.edu/jcsuit/Pdf-papers/Regulation-Landgrebe.pdf>. (Última visita: 05/07/2008)

Los proveedores de servicios alternativos poseen limitados elementos de red. Son normalmente identificados como revendedores de tráfico de llamadas o bolsa de minutos. Estas empresas dependen de la política comercial de su proveedor de red, una ORM, por lo que se afirma que no serían libres en fijar sus precios y condiciones de venta en el mercado de usuarios finales⁷, libertad que sí podría tener una OMV en razón a su relativa mayor capacidad de red.

- C. Operadora Móvil Virtual (OMV): Las OMV poseen algunos elementos de red, entre ellos, la capacidad de producir su propio módulo de identidad de suscriptor (conocidos como tarjeta SIM⁸). De esta manera, con el fin de prestar servicios a los usuarios finales, las OMV contratan algunas capacidades de red con las ORM. Por otro lado, el hecho de no asumir directamente los costos de mantenimiento de una infraestructura de red amplia, les permite concentrar sus recursos en la mejora de la atención al cliente y facturación.

III. El mercado europeo de telefonía móvil

206

1. Tasas de Penetración del Servicio

El mercado europeo de telefonía móvil ha seguido un interesante desarrollo. En 1998, el 18% de la población de los quince Estados miembros que conformaban la Unión Europea⁹ había contratado los servicios de telefonía móvil y en octubre de 2006, ese porcentaje se incrementó a 103,2% de la población de los veinticinco Estados miembros de la Unión Europea

al 2007¹⁰, un porcentaje que representa aproximadamente 478,4 millones de personas¹¹.

Datos más recientes¹² señalan que el Estado miembro con mayor tasa de penetración del servicio¹³ es Luxemburgo (171%), seguido de Italia (134%) y Lituania (133%).

En Italia, la población censada en el 2001 fue de 57 millones y en octubre del 2006 hubo más de 76 millones de abonados a los servicios de telefonía móvil. Cruzando la información de la Comisión Europea con los datos del último censo en Italia, colegimos que alrededor de 50 millones de personas¹⁴ habrían adquirido 76 millones de tarjetas SIM (número equivalente al 134% de la población censada). En otras palabras, dentro del grupo de 50 millones de personas mencionado, alrededor de 25 millones habrían adquirido adicionalmente dos o más tarjetas SIM.

2. Rentabilidad del Mercado

La alta demanda de los servicios de telefonía móvil implica un alto nivel de ingresos para las operadoras. En efecto, entre los mercados de telecomunicaciones a nivel mundial, el de telefonía móvil ha tenido el mayor crecimiento: el número de abonados aumentó de 16 millones a 1,7 billones entre 1991 y 2003; lo que significó un incremento en los ingresos de las operadoras de 19 billones de dólares a 454 billones de dólares en los mencionados años¹⁵.

La rentabilidad del sector podría ser medida por el nivel de inversiones efectuadas en el mismo. En Europa, las inversiones han tenido un importante aumento, principalmente por las nuevas operadoras en contraste con las ya establecidas¹⁶. Las empresas de telefonía móvil invierten en tecnología, licencias, infraestructura, nuevos y mejores contenidos, publi-

7 BRITO y PEREIRA, op.cit., p. 5; JASPERS, HULSINK y THEEUWES, op. cit., p. 11 y AGCOM 2005, op.cit., párrafo 32.

8 Acrónimo de *Subscriber Identify Module*

9 Los 15 Estados Miembros de la Comunidad Europea en 1998 eran: Francia, Italia, Países Bajos, Bélgica, Luxemburgo, Reino Unido, Dinamarca, Irlanda, Grecia, España, Portugal, Suecia, Austria, Finlandia y Alemania.

10 Los 25 Estados Miembros en mención eran Francia, Italia, Países Bajos, Bélgica, Luxemburgo, Reino Unido, Dinamarca, Irlanda, Grecia, España, Portugal, Suecia, Austria, Finlandia, Alemania, Polonia, República Checa, Hungría, Eslovaquia, Lituania, Letonia, Eslovenia, Estonia, Chipre y Malta. Cabe señalar que el año 2007 se integraron a la Comunidad Europea los estados de Rumanía y Bulgaria.

11 COMISION EUROPEA, 12th Report on the Implementation of the Telecommunications Regulatory Package – 2006. Reporte Final 2007, p. 7. Disponible en: http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/library/communications_reports/annualreports/12threport/index_en.htm (Última visita: 05.07.2008)

12 *Ibidem*.

13 En el sector de la telefonía móvil, la tasa de penetración mide la relación entre la población y los abonados de telefonía móvil. La tasa es calculada dividiendo el número de los abonados entre la población de una zona establecida y multiplicando el resultado por 100. Así por ejemplo, en Italia hubo más de 76 millones de abonados y su población fue de 57 millones de personas. Por tanto, su tasa de penetración fue calculada de la siguiente manera: $76/57=133.333\%$

Ver Intvent et al, op. cit., p. C – 11.

14 ISTAT, Instituto Italiano de Estadística, 2006. Según los datos de ISTAT podemos inferir que había en promedio 50 millones de personas en condiciones de suscribir los servicios de telefonía móvil y al menos 7 millones de personas que podrían no ser capaces para hacerlo:

- Población de menos de nueve años: 5'267, 001

- Población de más de ochenta años: 2'521401

Información disponible en: <http://dawinci.istat.it/MD> (Última visita 05.07.2008)

15 UIT, Unión Internacional de Telecomunicaciones, 2004, ICT Indicators for 2003. Disponible en: http://www.uit.int/ITUD/ict/statistics/at_glance/E2_EuropeICTIndicators_2003.pdf (Última visita 30/01/2008)

16 LONDON ECONOMICS y PRICE WATER HOUSE, 2006 An Assessment of the Regulatory Framework for Electronic Communications – Growth and Investment in the EU e-Communications Sector Final Report to the European Commission DG Information Society and Media. P. 35. Disponible en: http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/doc/library/ext_studies/assessmt_growth_invst/investment.pdf (Última visita 05.07.2008)

cidad, marketing, etc., a fin de obtener o mantener un importante segmento en el mercado de usuarios finales.

Esta alta demanda e inversiones, agregados a los niveles de penetración del servicio para Europa y la incorporación de nuevos Estados Miembros, sugieren que el más atractivo mercado de la telefonía móvil a nivel mundial es el Europeo, concretamente los países de Europa occidental, y entre ellos los países donde se concentran los más altos niveles de demanda de los servicios de telefonía móvil.

3. La Evolución Tecnológica

El desarrollo de la tecnología de telefonía móvil basada en datos se refleja en la migración desde la primera la generación de tecnología móvil (1G) a la tercera (3G). La tecnología 1G fue destinada sólo para los servicios basados en voz. La tecnología 2G mejoró los servicios de voz mencionados a través de la transmisión digital y permitió el inicio de los servicios de envío de datos a baja velocidad de bits (mensajes SMS). La tecnología 2,5G aumentó la capacidad de envío de datos y consecuentemente los servicios relacionados. Por otra parte, la tecnología 3G permite la transmisión de contenidos multimedia, además de los servicios de voz, a altos niveles de velocidad.¹⁷

Es así que, partiendo de los originales servicios de voz, las empresas relacionadas a la telefonía móvil han reaccionado a la demanda de servicios basados en datos. Actualmente, los avances tecnológicos permiten no sólo ofrecer servicios basados en voz, sino también SMS, tonos, logos, MMS, juegos, música y otros contenidos de entretenimiento, noticias, alertas y otros servicios de información, conexiones a internet de alta velocidad, etc.

4. Estructuras de Mercado

No obstante los elementos hasta aquí señalados, las estructuras de mercado en telefonía móvil de algunos Estados miembros no permiten un ambiente competitivo. De hecho, algunos mercados nacionales están muy concentrados, integrados verticalmente y presentan altas barreras de ingresos para otras operadoras.

A. Concentración de los Mercados:

Una de las principales razones de la concentración de los mercados es la escasez del espectro electromagnético. De hecho, este insumo esencial para la operatividad en un mercado nacional de telefonía móvil tiene que ser entregado bajo concesión administrativa o licencia de parte del respectivo gobierno en el cual la empresa pretenda operar.

Esto implicaría que las empresas autorizadas a usar el espectro serían las únicas operadoras del mercado de usuarios finales. Así por ejemplo en Italia¹⁸, a finales del 2005 cuatro operadoras contaban con licencia sobre el espectro radioeléctrico: TIM, VODAFONE, WIND y H3G ITALIA S.p.A. (en adelante, H3G), cada uno con respectivos cuotas de 40,7%, 32,6%, 20,1% y 6,6% en el mercado final de usuarios finales.

El Test HHI¹⁹, tomado en cuenta por muchas autoridades de defensa de la competencia como instrumento esencial para medir las concentraciones de mercado, fue aplicado en el mercado de referencia. Así el resultado fue que el nivel de concentración en el mercado de usuarios finales de telefonía móvil fue superior a 3500 puntos; una alta concentración para los estándares del test HHI.²⁰

Un buen indicador de competitividad en el mercado de referencia es la presencia de varios operadores que permitan la sustituibilidad de proveedores de servicios. Bajo esta óptica, en Europa, no hubo variación relevante en el número de las ORM en los últimos años. En contraste, el número de operadoras alternativas ha seguido aumentando. De hecho, hasta el 2006 existían 290 operadoras alternativas, incluyendo las OMV. Sin embargo para el ese mismo año, diez (10) Estados miembros, entre ellos Italia, no contaban con alguna operadora alternativa a las establecidas ORM²¹. Es así que en los Estados miembros con un número reducido de operadoras, la competencia sería menor que en un Estado miembro con varias operadoras, incluidas ORM, OMV y otras operadoras alternativas.

17 XLINX, 2007 2G and 2.5G Cellular Systems. Disponible en: http://www.comsec.uwaterloo.ca/~flchiu/CDMA/2G_2-5G_cellular_esp.pdf (Última visita 05.07.2008)

18 AGCOM, op. cit., párrafos 117 y ss.

19 Las Autoridades de defensa de la Competencia en general utilizan el test Herfindahl-Hirschman (HHI), que se calcula sumando los cuadrados del porcentaje de cuotas de mercado de las respectivas empresas. Por ejemplo, para un mercado compuesto por cuatro empresas con cuotas de mercado de treinta, treinta, veinte y veinte por ciento respectivamente, el puntaje IHH es 2600 (30² + 30² + 20² + 20² = 2600).

20 En los Estados Unidos de América, los mercados en los cuales el puntaje IHH es entre 1000 y 1800 puntos se consideran moderadamente concentrado y aquellos en los que el IHH es de más de 1800 puntos se consideran concentrados. Información disponible en: <http://www.usdoj.gov/atr/public/testimony/hhi.htm> (Última visita 05.07.2008)

21 COMISION EUROPEA, 2007, op. cit., p. 15 y 16.

B. Verticalidad de Mercados:

Las ORM integran verticalmente sus actividades, tanto en el mercado de usuarios finales como en el mercado de infraestructuras. A nivel de infraestructuras, las ORM utilizan el espectro radioeléctrico como insumo y desarrollan una red de infraestructura adecuada para ofrecer servicios a los usuarios finales.

De esa manera, en el mercado de usuarios finales, las ORM poseen una ventaja estratégica frente a la competencia que podrían representar las OMV o cualquier operador alternativo.

Según Ryan²², el contexto de licencias para el espectro radioeléctrico genera una situación de oligopolio en los mercados de infraestructuras que puede ser fácilmente transferida al mercado de usuarios finales y con ello generar un contexto para conductas anticompetitivas.

C. Barreras

En general, el mercado de telefonía móvil presenta barreras de entrada para las operadoras y altos costos para éstas y los usuarios.

Como se mencionó anteriormente, existe una cantidad limitada de espectro radioeléctrico puesto a disposición por los respectivos gobiernos. También debe considerarse los altos costos de participar en los procesos de licencias, en los que normalmente gana la operadora que formula la oferta técnica/económica más atractiva para el gobierno.

Una empresa que obtiene una licencia para operar el espectro radioeléctrico, debe asumir además otros costos, entre ellos; el costo de tender la red de infraestructura, su operación y mantenimiento, los costos hundidos de negocio, publicidad, costos de establecimiento comercial, su gestión y mantenimiento, estrategias comerciales para tomar un segmento de usuarios finales, etc.

Por otra parte, existen altos costos de transacción para las operadoras no autorizadas a operar el espectro radioeléctrico, precisamente

al negociar esta capacidad de espectro con las ORM.

Los costos de los usuarios están referidos principalmente a los efectos negativos de cambiar de operadora o abonarse a una nueva línea de teléfono móvil²³. La portabilidad numérica de teléfonos móviles²⁴ ha reducido parte de estos costos pues permite a los usuarios migrar de un proveedor de servicios a uno que ofrezca mejores condiciones económicas o atractivos servicios de voz y datos sin perder el número de teléfono asignado inicialmente²⁵.

5. Actividades de las OMV

Como ya se mencionó anteriormente, una OMV es una operadora que no tiene concesión para el uso del espectro radioeléctrico ni capacidades de infraestructura totales. Éstas son negociadas con las ORM.

La situación descrita permite a las OMV concentrar sus recursos en los mercados de usuarios finales con un enfoque más cercano que las ORM. En ese sentido, las OMV evitan los costos de la licencia, mantenimiento y gestión de los elementos de la red. De esta manera, se enfocan en estrategias de captura y fidelización de usuarios finales (atención al usuario, facturación, comercialización, investigación, desarrollo e implementación de servicios a determinados grupos sociales y/o étnicos, etc.).

En cambio, las ORM deben gestionar sus operaciones en ambos mercados, el de infraestructura y el de usuarios finales²⁶, lo que incluye: además de los mencionados para las OMV, la gestión de las infraestructuras físicas, servicios de interconexión, roaming, canales de distribución, entre otros.

Según Dippon²⁷, debido a los altos niveles de penetración en Europa, las OMV generalmente tienden a ofrecer servicios basados en datos en lugar de los servicios basados solamente en voz, en razón al fuerte posicionamiento de mercado de las ORM en estos servicios.

Según la consultora IDATE²⁸, a mediados de 2006, las OMV tenían 30 millones de suscriptores en Eu-

22 RYAN, Patrick. *European Competition Law, Joint Dominance, and the Wireless Oligopoly Problem*. New York 2005, *Columbia Journal of European Law*, Vol. 11, p. 353. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=806046> (Última visita: 05/07/2007)

El autor sostiene que existe una situación oligopólica en el mercado de telefonía móvil y que los operadoras oligopolísticas, ORM poseen las características e incentivos necesarios para coordinar una situación de abuso de posición de dominio conjunta.

23 HAUCAP, op.cit., p. 08

24 La Portabilidad Numérica permite a los usuarios mantener sus números de teléfono móvil al cambiar de proveedor de servicios de telefonía móvil. En Europa la portabilidad numérica fue establecida como derecho de usuarios finales en la Directiva 2002/22/CE "Directiva Servicio Universal y Derechos de los Usuarios"

De acuerdo a la Comisión Europea, los números móviles portados con relación al total de abonados es mayor en Finlandia (más del 64%) y Dinamarca (32%). España y Suecia tienen más del 20%, mientras que Bélgica, Irlanda, Italia y Países Bajos han portado entre el 10% y el 16%.

En: COMISION EUROPEA 2007, op.cit., Anexo A, p. 19.

25 En Italia la portabilidad numérica fue introducida mediante Delibera N°4/99/CIR "Regole per la fornitura della portabilità del numero tra operatori" – Reglas para provisión de portabilidad del número entre operadores (Libre traducción)

26 JASPERS et al, op.cit., p. 7

27 DIPPON, op.cit., p. 2

28 IDATE News 378, 28 Noviembre 2006, p. 1-2. En:http://idate-shop.com/pages/download.php?id=363&rub=news_telech&nom=IN%20378%20MVNO%20Uk.pdf (Última visita: 05/07/2008)

ropa occidental. Asimismo, la consultora menciona que las OMV gozan de gran fuerza en el norte de Europa; con importantes entradas en los mercados de Alemania, Bélgica y el Reino Unido, menor entrada en Francia y España, y ninguno en absoluto en Italia. Por último, la mencionada consultora sugiere que las diferencias entre los Estados miembros podrían depender de sus diferentes contextos de regulación y tecnología.

En ese sentido, según la empresa de contenidos para telefonía móvil Motricity²⁹, las OMV incrementan la eficiencia de sus recursos y ofrecen paquetes innovadores de servicios de acuerdo a las necesidades de los usuarios finales, segmentos sociales identificados (adolescentes, etnias, grupo político o económico, afinidades varias, etc.) con el objetivo de aumentar sus ingresos promedio por usuario.

IV. El contexto reglamentario

1. El marco regulador del sector de las comunicaciones

En el año 2002, el Parlamento y el Consejo Europeo adoptaron una serie de directivas reguladoras del sector telecomunicaciones³⁰. La Directiva Marco determinó que cada ANR identifique en sus mercados internos la posibilidad de aplicar algunas medidas de regulación de conformidad con las directivas del sector recientemente aprobadas.

Dentro del referido marco regulatorio se encomendó a las ANR analizar 18 mercados relevantes según los principios del derecho comunitario de la competencia. En particular, las ANR debían identificar los mercados relevantes propuestos y determinar si los mismos eran competitivos o no. Si en un mercado se llega a determinar que existe suficiente nivel de competencia, no correspondería la imposición de medidas reglamentarias. Si por el contrario del análisis efectuado se determinase que no existe o existe una reducida competencia, las ANR deberán identificar las empresas con significativo poder de mercado y les impondrán medidas reglamentarias tendientes a estimular la competencia.

Dentro de los 18 mercados propuestos, el N° 15 es el mercado de acceso a las redes públicas de telefonía móvil.³¹

En el análisis del mercado N° 15, catorce ANR, entre ellos la AGCOM, determinaron que sus mercados eran competitivos y, por tanto, no se cumplían las condiciones para regularlo; seis ANR no concluyeron sus respectivos análisis; y sólo en España, Irlanda, Suecia, Chipre y Malta se llegó a la conclusión que sus mercados no eran competitivos.

2. El análisis de Mercado N° 15 en Italia

En cumplimiento de lo establecido por las Directivas de la Comisión Europea, la AGCOM analizó su mercado interno y concluyó respecto a su mercado N° 15 que existía suficiente nivel de competencia y que no existía significativo poder de mercado en ningún operador. Sin embargo, en el documento de análisis del mercado N° 15 se precisó que el referido mercado no existía.

A continuación, pasamos a detallar el análisis hecho por la AGCOM respecto a su mercado N° 15.

A. Definición del mercado relevante 15:

La AGCOM definió el mercado 15 como el mercado de acceso y provisión de servicios de originación como un paquete de servicios indivisible³². En ese contexto, el análisis propuesto se inició desde el mercado de usuarios finales para llegar al mercado de infraestructuras.

En el mercado de usuarios finales se partió de las definiciones de “acceso” y “originación” entendiéndolos como la posibilidad para los usuarios finales de hacer y recibir llamadas, para el primer término; y el ejercicio de aquella posibilidad en la efectiva realización de una llamada telefónica, incluyendo los servicios de SMS, en lo que respecta a la *originación*. De esta manera, la AGCOM señaló que los usuarios finales perciben los servicios de acceso y originación como partes indistinguibles de un único servicio; el que finalmente es solicitado como tal.

En el mercado de infraestructuras, se precisó que los servicios de “acceso” y “originación” del mercado de usuarios finales no podrían ser tecnológicamente divididos por las operadoras. En ese sentido, la Agencia Reguladora concluyó que, en la administración del espectro radioeléctrico, era imposible para las operadoras deter-

29 MOTRICITY 2005, Driving mobile content business revenues for network operators, Disponible en: http://www.motricity.com/pdf/mvno/Motricity_MVNO_WhitePaper_Nov2005.pdf, p. 3 (Última visita: 20/08/2008)

30 - Directiva 2002/21/EC, Directiva Marco;
- Directiva 2002/19/EC, Directiva Acceso;
- Directiva 2002/20/EC, Directiva Autorización;
- Directiva 2002/22/EC, Directiva Servicio Universal y Derechos de los Usuarios.

Disponible en: http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomms/todays_framework/index_en.htm (Última visita: 10/05/2008)

31 Anexo de la Recomendación 2003/311/CEE, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante de conformidad con la Directiva 2002/21/EC, Directiva Marco.

32 AGCOM 2006, op.cit., párrafos 57 – 82.

minar el costo exacto de acceso y originación de llamadas por cada usuario.

En el análisis del mercado N° 15, la AGCOM determinó³³, en primer lugar que, el mercado de usuarios finales está estrechamente conectado con el mercado de infraestructuras y por tanto existiría correspondencia de los servicios acceso y originación de llamadas de ambos mercados en los mismos términos.

En segundo lugar, no obstante la AGCOM reconoció que el Mercado N° 15 podría estar integrado por todas las ORM por el lado de ofertantes del servicio de acceso y originación, señala que no habría demanda de los mencionados servicios; concluyendo de esta manera que el Mercado N° 15 no existe:

“La autoridad (...) considera que (...) el mercado de acceso y originación de servicios resulta inexistente en Italia en el sentido de que en tal mercado no se produce ninguna transacción entre diversas empresas; solamente, entre las divisiones de red y comerciales dentro de una misma empresa integrada³⁴”

B. Análisis de poder de mercado

210

La AGCOM concluyó que no había posición dominante ni sustancial alteración de la competencia en el mercado relevante previamente definido. Esta conclusión se basó en las condiciones de competencia del mercado de usuarios finales; en particular se precisaron las siguientes razones:

En primer lugar, en relación a la dimensión y la concentración del mercado de usuarios finales³⁵, se indicó que este mercado se habría tornado más competitivo: presenta cuatro ORM, cada una de ellas con diferentes participaciones de mercado, el mercado tiende a reducir la concentración y aumentar la competencia entre las operadoras en los últimos cinco años; y en los próximos años el índice IHH³⁶ por ingresos se reduciría a cerca de 3500 puntos.

En segundo lugar, con respecto al análisis de precios del mercado de usuarios finales³⁷, se analizó el perfil de consumo de los usuarios

finales en relación a los precios de algunos de los principales servicios ofrecidos por las tres principales ORM. En este análisis, se concluyó que existen diferentes tendencias de precios por cada operador; y por otro lado, los precios medios (ingresos divididos por el tráfico) presentaron diferentes tendencias por parte de las operadoras.

En tercer lugar, se hizo referencia al análisis de rentabilidad para las cuatro ORM en el mercado de usuarios finales³⁸. Al respecto, se concluyó que la rentabilidad de las dos principales operadoras (TIM y VODAFONE) han sido los más elevados del sector sin tendencia a reducirse en el corto tiempo.

En cuarto lugar, con respecto a las características económicas y técnicas del mercado italiano, se indicó que las economías de escala permitieron reducir la concentración del mercado³⁹ y que por otro lado las características técnicas habrían hecho posible aumentar el número de abonados sin efectos de saturación de la frecuencia.⁴⁰ Además, se señaló que el número de licencias de espectro puestas a disposición por el gobierno italiano (4 para GSM y 5 para UMTS) es menor que los actuales ORM activos en el mercado.

Finalmente, se concluyó que no era necesaria una intervención reguladora en razón a que las condiciones para determinar una posición dominante individual o colectiva no se cumplían⁴¹.

De esta manera, en cuanto a la posición dominante individual, la AGCOM indicó que la tendencia a la reducción de precios, la concentración del mercado, las diversas políticas de la competencia comercial de las ORM, la pluralidad de las infraestructuras (cuatro ORM) y los efectos portabilidad numérica hacen poco sostenible que se pueda determinar una posición dominante individual. Por otro lado, con respecto a la posición dominante colectiva, se señaló que las operadoras participan con cuotas de mercado diversas y enfrentan costos de infraestructuras también distintas. Adicionalmente, se indicó que era posible la entrada de un quinto operador.

33 Ídem, párrafos 83 -102.

34 Ídem, párrafo 35. Libre traducción de:

“L’Autorità (...) ritiene che (...) il mercato dei servizi di accesso e originazione in Italia risulti inesistente nel senso che in tale mercato non avvengono transazioni tra imprese distinte ma solo tra divisione rete e divisione commerciali, all’interno della stessa impresa verticalmente integrata.”

35 Ídem, párrafos 117 -128.

36 Ver pie de página N° 21 y 22.

37 AGCOM, op.cit., párrafos 129 -141.

38 Ídem, párrafos 142 -152.

39 Ídem, párrafos 164 -190.

40 Ídem, párrafo 186.

41 Ídem, párrafos 190 - 210.

V. El abuso de posición de dominio en el mercado de infraestructuras de telefonía móvil

En febrero de 2005, la AGCM abrió una investigación contra las principales ORM que operan en el mercado italiano con el fin para establecer la existencia o no de infracciones de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea que sancionan, respectivamente, los acuerdos restrictivos de la competencia y el abuso de posición de dominio.⁴²

El caso propuesto envuelve tres mercados relevantes, sin embargo nos centraremos en el de acceso a las infraestructuras de red de telefonía móvil y el mercado de servicios finales.

1. Hechos denunciados

Entre los años 2003 a 2004 la empresa TELE2 ITALIA S.p.A. (en adelante, TELE2) presentó propuestas formales a TIM, VODAFONE y WIND para negociar acuerdos que le permitan desarrollar actividades de OMV, específicamente acuerdos sobre el acceso a sus redes GSM. Las tres operadoras rechazaron la propuesta.

Por otra parte, las empresas Startel International S.r.l., ReteItaly S.p.A., y Trans World Communication Italia S.p.A. (en adelante, STARTEL, RETEITALY y TWC, respectivamente) denunciaron que las mencionadas ORM modificaron y/o resolvieron sus respectivos contratos que les permitía prestar servicios a los sectores empresariales, con el fin de beneficiar a sus respectivas ofertas al mismo sector de mercado.

2. Definición de los mercados relevantes

La AGCM determinó que los mercados relevantes por producto en los casos denunciados fueron:

- Mercado de servicios finales de comunicaciones móviles,
- Mercado de acceso a infraestructuras de red,

- Mercado de infraestructuras para la terminación de llamadas por cada red instalada de las ORM, y
- Mercado de usuarios finales empresariales.

Para todos los mercados indicados, el mercado relevante bajo el criterio geográfico está compuesto por todo el territorio italiano.

No obstante la determinación de hasta cuatro mercados relevantes, nos focalizaremos en los dos primeros por tratar exclusivamente el tema propuesto en este artículo.

A. El mercado de Servicios Finales de Comunicaciones Móviles

En este punto la AGCOM definió el mercado de producto como aquel que comprende todos los servicios de telefonía móvil prestados a usuarios finales con todas las tecnologías disponibles.

En la estructura de este mercado, se encontró las siguientes características⁴³:

- a) El mercado estaría fuertemente concentrado por cuatro ORM y, por consiguiente, tiene una estructura de oligopolio, con una completa integración vertical en todas las líneas productivas.
- b) Existirían notables barreras que hacen improbable la entrada de nuevos ORM en un corto o mediano lapso de tiempo. Las barreras son principalmente legales y técnico-económicas. En lo que respecta barreras legales, se señaló las barreras relacionadas con la adjudicación de frecuencia de espectro radioeléctrico; para el caso de las barreras técnico económicas, se precisó que una empresa entrante tendría que asumir fuertes inversiones y la escasez de lugares estratégicos para la instalación de infraestructuras físicas.
- c) No existiría operadora, OMV u otros alternativos, en competencia con las actuales cuatro ORM en el mercado de usuarios finales.

42 AGCM, op.cit. Es importante precisar que durante la investigación iniciada, VODAFONE suscribió contratos de acceso a su infraestructura y redes con BRITISH TELECOM ITALIA, S.p.A., CARREFOUR ITALIA S.p.A y POSTE ITALIANE S.p.A. Estos contratos fueron presentados a la Autoridad de Competencia, concluyéndose de esa manera, en mayo del 2007, la investigación a VODAFONE, en aplicación de los compromisos pro competitivos que recoge la Ley de Competencia Italiana.

Con respecto a TIM y WIND, se determinó que asumen estructuras de costo diferentes en base a su propia infraestructura, entre 10% a 13 % más costosa para WIND en relación a los mismos costos asumidos por TIM y VODAFONE. Además, se mencionó que las cuotas de mercado y de ingresos del mercado de usuarios finales no son homogéneas. En particular WIND ostentaría una menor cuota y obtiene ingresos que representarían un tercio de los ingresos de TIM durante su evolución como ORM. Concluye AGCM que no se reúnen los criterios necesarios para determinar el de abuso de posición de dominio conjunto denunciado; concluyéndose de esta manera, en agosto del 2007 la investigación a TIM y WIND por las conductas anticompetitivas en el mercado de acceso a infraestructuras de red.

43 AGCM, op.cit., párrafos 35 – 38.

- d) Los niveles de ingresos económicos serían elevados para las dos primeras operadoras, principalmente debido a la alta cuota de concentración de mercado.

B. El mercado de acceso a las Infraestructuras de red

En este mercado en particular, el mercado producto se definió como aquél de servicios de red que permiten a las operadoras sin espectro radioeléctrico y/o recursos de infraestructura, prestar servicios en el mercado de servicios finales⁴⁴.

En el mercado de acceso a las Infraestructuras de red, la AGCM encontró las siguientes características:

- a) En el mercado operaban cuatro ORM, tres de ellas con cobertura nacional, TIM, VODAFONE y WIND, los denunciados. La cuarta operadora, H3G, no contaba con esta cobertura y, en consecuencia, no fue considerada en el análisis de mercado. Así, la oferta de servicios en el mercado de infraestructuras fue limitado a los servicios prestados por las tres principales ORM.
- b) Las barreras de entrada identificadas fueron básicamente las mismas mencionadas para el mercado de servicios finales, es decir, la adjudicación de frecuencias, fuertes inversiones y escasez de lugares para la instalación de infraestructuras físicas.

3. Análisis de Poder de mercado

La Autoridad de Competencia sostuvo que los elementos establecidos por la jurisprudencia de la Comunidad Europea para determinar una posición dominante colectiva⁴⁵ podrían ser satisfechos en el mercado de acceso a infraestructuras de red al cruzar su respectivo análisis con el realizado para el mercado de servicios finales⁴⁶:

La primera condición encontrada fue la transparencia del mercado. Se determinó que en el mercado de servicios finales, TIM, VODAFONE y WIND conocían los precios y condiciones de los servicios para sus usuarios y los de sus competidores debido a las repetidas campañas de publicidad. En el mercado de acceso a infraestructura de red, los precios y las condiciones también eran conocidos entre las operadoras mencionadas, esto debido principalmente a sus costos de terminación de llamadas y los acuerdos de interconexión recíproca. Según la AGCM, la trans-

parencia encontrada en los mercados permitiría a las operadoras no sólo actuar estrategias comunes, sino también determinar quien podría actuar en contra de la estrategia común.

En relación a la segunda condición, la sostenibilidad de la estrategia común, se señaló que TIM, VODAFONE y WIND fueron capaces de responder rápida y eficientemente a las conductas contrarias a ésta. En ese sentido, se mencionaron como elementos de esa sostenibilidad la similitud en variación de precios en el mercado de usuarios finales, la variación de las condiciones para los servicios de terminación de llamadas y la negativa de los 3 ORM al acceso a sus redes solicitada por TELE2.

Con respecto a la tercera condición, que se configura al determinarse que la reacción de los competidores actuales y futuros, así como los usuarios finales, no medraría los efectos de la estrategia común, se constató que TIM, VODAFONE y WIND tenían una cuota de mercado compartida por encima del 97% en el mercado de servicios finales. Por tanto, concluyó la AGCM que no habría presión competitiva de cualquier actual o potencial operador alternativo; asimismo, los usuarios tampoco representarían presión competitiva para las mencionadas ORM.

4. El posible abuso de posición de dominio

La Autoridad de competencia considero que el poder de mercado analizado podría generar el efecto de hacer imposible la entrada de proveedores alternativos para el mercado de servicios finales, anulando cualquier tipo de la competencia entre las mencionadas ORM. En particular la AGCM consideró que se configuraría un posible abuso de posición dominante colectiva de parte de TIM, VODAFONE y WIND respecto a la negativa a contratar con TELE2.

VI. Nuestra posición

No estamos de acuerdo con la AGCOM en el extremo de determinar la inexistencia del mercado 15 a partir de señalar la inexistencia de transacciones comerciales en el mismo. Nuestras principales razones son dos:

En primer lugar, la reguladora italiana excluye todo tipo de servicios de roaming nacional del mercado relevante. Sostenemos que estos servicios deberían incluirse en el mercado relevante de acceso a infraestructuras de telefonía móvil.

En segundo lugar, el mercado geográfico definido por la AGCOM incluye los servicios de una ope-

44 Ídem, párrafo 39.

45 Caso T-342/99, Airtours vs. Commission, párrafo 62. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61999A0342:EN:HTML> (Última visita 25/07/2008)

46 AGCM, op.cit., párrafos 63 - 69.

radora sin plena cobertura nacional. Considerando que la cobertura nacional es un elemento clave para la potencial demanda de servicios de red, una ORM sin cobertura nacional no debería incluirse en el mercado geográfico relevante.

1. Acceso a Redes de Telefonía Móvil

Tanto la AGCOM como la AGCM establecieron como premisas de sus respectivas definiciones de mercado a redes de telefonía móvil, el hecho que los servicios de red incluidos en el mercado relevante debían ser tales que permitan a las operadoras sin espectro radioeléctrico proveer sus servicios en el mercado de usuarios finales.

Sin embargo, ambas autoridades tomaron un rumbo distinto al elaborar la definición de sus mercados relevantes. Mientras que la AGCOM redefinió un nuevo mercado, el de “acceso” y “originación” de llamadas de usuarios finales reflejados en el mercado de infraestructuras; la AGCM, más acorde con la Comisión Europea, definió el mercado relevante como el de acceso a infraestructuras que permitan a operadoras sin espectro prestar servicios en el mercado de usuarios finales; sin necesariamente limitar este mercado relevante al de “acceso” y “originación” de llamadas señaladas por la AGCOM.

De esta manera, mientras la AGCM sostuvo sus conclusiones en análisis previos de la Comisión Europea⁴⁷, la AGCOM se centró en sus decisiones anteriores, excluyendo el servicio de roaming nacional de su análisis de mercado⁴⁸. Sobre este punto, la AGCM consideró que el servicio de acceso a red de telefonía móvil prestado a una OMV es técnica y económicamente similar al roaming nacional⁴⁹ e incluyó este último como elemento integrante del mercado relevante⁵⁰.

Cobra importancia en este contexto definir el concepto de acceso a los servicios de red en telefonía móvil y determinar qué servicios están incluidos en el mismo.

En este sentido, la *Directiva de Acceso ofrece una definición de acceso que puede ser aplicable a todo*

el sector de Telecomunicaciones⁵¹. Dentro de este ámbito general, el concepto de acceso a infraestructuras aplicables al sector de telefonía móvil ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Comisión Europea en la que se describe los mercados de telecomunicaciones móviles divididas en servicios finales e infraestructura de red⁵². En los mercados de infraestructura de red, el concepto de acceso abarca a los elementos físicos y a los servicios de red como se describe en el siguiente cuadro:

Acceso a infraestructuras	Acceso a servicios de red
<ul style="list-style-type: none"> - Postes. - Antenas - Conductos - Líneas arrendadas. - Derechos de paso. 	1) Servicios de interconexión <ul style="list-style-type: none"> - Terminación de llamadas (servicio consistente en completar una llamada a un usuario final). - Originación de llamadas (servicio que permite a un usuario final establecer una llamada). - interconexión directa (el suministro de una conexión física directa entre la red en que se origina la llamada y la red en que se completa la llamada). - servicios de tráfico (el suministro de una conexión indirecta entre la red en que se origina la llamada y la red en que se completa la llamada mediante el tránsito a través de otras redes). 2) Servicios de red huésped: <ul style="list-style-type: none"> - Roaming (nacional e internacional). - Tiempo de llamada

Fuente: Nuestro propio diseño desde la Decisión de la Comisión 2004/2007/CE.

En este orden de ideas, integrando los análisis italianos y de la Comisión Europea, podría llegarse a sugerir los servicios que deberían ser incluidos en el mercado N° 15. Para este fin, es importante indicar que el servicio de terminación de llamadas no podría ser incluido en el mercado 15 pues aquel constituye el mercado N° 16, “*Terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales*”. Precitado este aspecto, consideramos que los servicios que deberían conformar el mercado N° 15 son: los arrendamientos de infraestructura física y gestión de las mismas, la originación de llamadas, las interconexiones (directas e indirectas), los servicios de tráfico o tiempo de llamadas y el roaming nacional.

47 Ídem, párrafo 39.

48 AGCOM, op.cit., párrafo 101

49 AGCM, 2007, Relazione annuale sull'attività svolta, Relación anual de la actividad realizada. p 88 y ss. Disponible en: <http://www.agcm.it/dwnD2117.htm> (Última visita: 25/10/2008)

50 AGCM 2005, op.cit., párrafo 39-41.

51 Directiva 2002/19/EC, Art. 2, párrafo a).

En particular la Directiva menciona que tales facilidades y servicios pueden ser:

- (a) Acceso a elementos de red y facilidades asociadas
- (b) Acceso a infraestructuras físicas
- (c) Acceso a sistemas de software relevantes
- (d) Acceso a acceso a la conversión del número de llamada
- (e) Acceso a redes fijas y móviles
- (f) Acceso a sistemas condicionales de acceso para TV digital.
- (g) Acceso a servicios virtuales de red.

52 Ver pie de página N° 7.

2. El Roaming nacional

La AGCOM ha sostenido la exclusión de los servicios de roaming nacional en su análisis de mercado relevante de la siguiente manera:

"El servicio de roaming no se considera como un servicio susceptible de regulación ex ante, porque se trata de una disposición reglamentaria transitoria impuesta a los actuales operadores de red móvil para proveer roaming a los abonados de un nuevo operador en la fase inicial de sus actividades."⁵³

En efecto, el roaming nacional en Italia es regulado por Decisiones de la AGCOM de los años 1999 y 2000⁵⁴. Estas Decisiones impusieron a las ORM establecidas de aquel entonces la obligación de proveer roaming nacional de GSM a las nuevas operadoras por 30 meses en caso de cobertura nacional y, 60 meses en casos de cobertura local a capitales de provincias. Esta obligación tuvo la intención de permitir a las nuevas operadoras no sólo a proveer de servicios finales y adquirir una base de clientes en la primera etapa de sus operaciones, sino también desarrollar sus redes en tecnología 3G infraestructuras de red y aumentar la competitividad frente a las empresas operadoras ya establecidas⁵⁵.

214

La Decisión 544/2000/CONS de la AGCOM analizó el impacto de entrada al mercado de operadoras sin infraestructuras de redes y se concluyó que para ese entonces, no había justificaciones reglamentarias para imponer la entrada de las OMV u otros proveedores alternativos de servicios de telefonía móvil. Las principales razones fueron⁵⁶:

- a) El mercado de infraestructuras móviles no estaba totalmente desarrollado. Existían dos ORM establecidas y dos nuevas operadoras utilizando el roaming nacional del primer grupo de operadoras mencionadas.
- b) Se consideró necesario incentivar la construcción de nuevas infraestructuras. Los principales instrumentos de incentivo al desarrollo de infraestructuras de red fueron la regulación del roaming nacional y la política para recuperar inversiones de infraestructuras.
- c) El acceso a las OMV implicaba transformar la regulación de roaming nacional de una medida

transitoria a permanente. Así, se indicó que una ORM tiene el derecho a usar el roaming de otra por los primeros años de construcción su infraestructura; sin embargo, una OMV nunca construiría su infraestructura GSM o UMTS y, por tanto, necesitaría permanentemente el servicio de roaming.

- d) Se determinó que el acceso a las OMV no sólo desincentivaría la construcción de redes alternativas (por reducir la recuperación de inversiones en infraestructuras), sino que también aumentaría el poder de mercado de las ORM ya establecidas.
- e) Asimismo, se estimó que el tiempo para recuperar la inversión de una operadora ORM es de ocho años desde el inicio de sus actividades y, por tanto, una posible revisión de la regulación de roaming nacional tendría que llevarse a cabo posteriormente.

Las razones expuestas de la AGCOM en su Decisión 2000, aplicadas a su análisis de mercado 15 sugiere que el servicio de roaming nacional excluido del mercado relevante fue aquel obligatorio, el roaming regulado.

Sin embargo existiría también el servicio de roaming libremente acordado entre las operadoras; servicio que podría integrar el mercado relevante analizado por la AGCOM. En este sentido, en Italia la operadora H3G ha firmado algunos acuerdos con otras ORM sobre el servicio de roaming nacional⁵⁷.

Como se verá más adelante, la infraestructura instalada de la operadora H3G no cubre la totalidad del país para brindar servicios de telefonía móvil a los usuarios finales⁵⁸. Adicionalmente, teniendo en cuenta que H3G inició actividades en el 2003 y, que bajo la norma del roaming regulado, se estableció que gozaría por 30 meses el servicio de roaming de parte de las ORM instaladas para cubrir la totalidad del territorio italiano; podemos sostener que H3G actualmente cuenta con acuerdos de roaming libremente acordado para continuar cubriendo la totalidad del territorio italiano, no se trataría de un tipo de roaming regulado.

Consideramos que el servicio de roaming regulado debe integrar el mercado N° 15, junto con los ser-

53 AGCOM 2006, op.cit., párrafo 101. Libre traducción de: «il servizio di roaming nazionale non è considerato un servizio compreso tra quelli suscettibili di regolamentazione ex-ante in quanto si tratta di una disposizione regolamentare transitoria imposta agli operatori di rete mobile esistenti per fornire il roaming agli abbonati di un nuovo operatore di rete nella fase iniziale della sua attività»

54 AGCOM Decisión 410/99 *Regolamento relativo alla procedura di autorizzazione per il rilascio delle licenze individuali per i sistemi di comunicazioni mobili di terza generazione*. AGCOM Decisión 388/00 CONS *Procedura per il rilascio delle licenze individuali per i sistemi di comunicazioni mobili di terza generazione e misure atte a garantire condizioni di effettiva concorrenza*

AGCOM Decisión 544/00/CONS *Condizioni regolamentari relative all'ingresso di nuovi operatori nel mercato dei sistemi radiomobili*

55 AGCOM Decisión 388/00/CONS, op. cit., quinto considerando.

56 AGCOM Decisión 544/00/CONS, op.cit., artículo 2.

57 H3G y TIM, Acuerdo sobre roaming, infraestructura y derechos sobre transmisión de fútbol. Disponible en: <http://www.tre.it/assets/download/11Feb2004accordo.pdf> (Última visita: 19/04/2008)

58 Evidenciado en: http://areaclienti.tre.it/ac3_pages/18025_ITA_HTML.htm (Última visita: 20/04/2008)

“El mercado estaría fuertemente concentrado por cuatro ORM y, por consiguiente, tiene una estructura de oligopolio, con una completa integración vertical en todas las líneas productivas”.



vicios de roaming libremente acordados. En primer lugar, en el análisis del mercado 15, no se realizó una adecuada conexión lógica entre las razones de transitoriedad - permanencia del roaming regulado para su inclusión o exclusión del mercado 15. La AGCOM hizo referencia general a sus decisiones 1999 y 2000 sin mencionar las razones desarrolladas en esos documentos.

En segundo lugar, el contexto y las razones que originaron las mencionadas decisiones 1999 y 2000 no podrían haberse mantenido inmutables hasta el 2006, año en que la AGCOM publica su análisis del mercado N° 15. Por un lado, la recuperación de inversiones, una de las principales motivaciones de las decisiones mencionadas, no fue desarrollada como una razón para excluir el roaming regulado en el análisis del mercado 15. Por otra parte, el rápido desarrollo de los mercados, en particular el italiano, sugiere que un plan de recuperación de inversión propuesto el 2006 diferiría enormemente de uno que se haya propuesto el año 2000.

En tercer lugar, el hecho de considerar el acceso a las OMV como un elemento desincentivador para inversiones en infraestructuras ha ido cambiando hacia considerar a estas operadoras como clientes y en el mejor de los casos, como socios comerciales⁵⁹. Las ORM podrían conseguir beneficios de las posibles asociaciones con las OMV, a fin de evitar la “carnibalización” de los segmentos de mercado en que se hayan posicionadas y evitar también la reducción general de precios en el mercado de usuarios finales. Sea en su condición de cliente de servicios de infraestructura o socio comercial para el mercado de usua-

rios finales, una OMV tendría que pagar los servicios de la ORM; costos que se fijarían considerando los costos en que incurre una ORM en la gestión de su infraestructura.

En cuarto lugar, algunos Estados miembros tomaron contemporáneamente medidas de regulación de roaming nacional similar a la italiana. Sin embargo, aquellos Estados han incluido el roaming regulado en sus respectivos análisis de mercado N° 15⁶⁰; a saber: Irlanda⁶¹, España⁶² y el Reino Unido⁶³. Los dos primeros han determinado que su mercado N° 15 no es competitivo e impusieron algunas medidas reglamentarias.

En quinto lugar, la Comisión Europea incluye el roaming nacional como un servicio de infraestructura y en recientes documentos se ha mostrado favorable a la entrada de las OMV en los mercados⁶⁴.

3. La cobertura nacional de H3G y sus limitaciones

La AGCOM ha sostenido en su análisis que el mercado geográfico relevante es el territorio nacional⁶⁵ y que comprende los servicios de infraestructuras de todas las ORM⁶⁶: TIM, VODAFONE, WIND y H3G. En el mismo punto, la AGCM también identificó a las cuatro ORM como posibles proveedores del mercado relevante pero excluyó a H3G por no contar con cobertura nacional.

Es importante precisar que TIM, VODAFONE y WIND poseen infraestructuras basadas en redes de tecnologías GSM y UMTS, ya que tienen las respectivas licencias de espectro radioeléctrico. H3G cuenta

59 JASPERS et al, op. cit., p. 18.

60 Documentos disponibles en: http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecom/article_7/index_en.htm

61 Para Irlanda: Ireland/Adopted Measures notifications/IE2004/0121.

62 Para España: SPAIN/Adopted Measures/notification/ES/2005/330/Decision on final measure market

63 Para el Reino Unido: UK/registered notifications/UK/2003/0001

64 COMISIÓN EUROPEA, 2007, Informe Final, p. 15 y ss.

65 AGCOM 2006, op.cit., párrafo 103-105.

66 Idem, párrafo 85

solamente con licencia UMTS, por tanto no posee una infraestructura de GSM propia.

Esto significa que en el mercado de usuarios finales, H3G puede suministrar directamente los servicios en tecnología UMTS, limitadamente a su cobertura territorial⁶⁷. Por lo tanto, con el fin de proporcionar el mínimo de servicios basados en voz y datos y cubrir todo el territorio italiano, H3G tiene que negociar acuerdos de roaming nacional con otra ORM. De esta manera, los usuarios finales podrían encontrar los servicios de H3G como sustitutos de los ofrecidos por TIM, VODAFONE o WIND y su presencia podría representar un entorno competitivo en el mercado de usuarios finales; sin embargo, en el mercado de infraestructuras los clientes (OMV y otros operadores) no tendrían la misma visión.

A nivel de infraestructuras, los servicios de H3G presentan algunas limitaciones⁶⁸. En primer lugar, la red de H3G no tiene total cobertura nacional. En segundo lugar, dentro de la cobertura de H3G, esta operadora suministra exclusivamente servicios basados en tecnología UMTS que para un cliente de infraestructuras representaría mayores costos comparados con servicios basados en GSM. En tercer lugar, si H3G provee acceso a su capacidad arrendada, habría una situación de subarrendamiento entre H3G, su ORM hospitante y un tercer operador-cliente. Esta situación podría representar para la tercera parte costos de transacción más elevados que una negociación directa con la operadora que provee el servicio de red a H3G.

Es evidente que la cobertura de ORM y la capacidad de infraestructuras son los principales criterios para los clientes de servicios de infraestructuras en decidir si adquirir o no los servicios en el mercado relevante. Si TIM aumentará el precio de sus servicios de red en 10%, un OMV podría acudir fácilmente a VODAFONE o WIND con el fin de sustituir los servicios de TIM; pero no a H3G. El cliente de infraestructuras no encontraría en los servicios de H3G un sustituto adecuado de los servicios que ofrecen TIM, VODAFONE o WIND debido a sus mencionadas limitaciones.

No obstante lo expuesto, la AGCOM incluyó en su análisis de mercado relevante los servicios de H3G. Esta inclusión tuvo como efecto no sólo el ampliar el mercado relevante, sino también reducir el poder de mercado que pudo haberse encontrado sin aquella inclusión.

VII. Conclusiones

1. El desarrollo y la integración de los mercados de telefonía móvil indican que se ha generado un ambiente propicio para el desarrollo de actividades de las OMV. Existen altas tasas de penetración e ingresos para las operadoras, tecnologías desarrolladas para los servicios de datos, entre otros; el mercado por sí mismo es muy atractivo para las OMV. No obstante, el principal problema detectado en algunos Estados miembros es el contexto normativo que dificulta la entrada de las mencionadas operadoras.
2. La definición de mercado de relevante de la AGCOM para el mercado 15 se centró en determinados servicios del mercado de usuarios finales. En esta confusión la AGCOM señaló que el mercado era competitivo pero que no existían transacciones y por tanto tal mercado no existiría. La competitividad señalada por la AGCOM corresponde al mercado de usuarios finales y la indicada falta de transacciones de servicios fue determinado en base a servicios proveídos en el mercado de usuarios finales que no tendrían correspondencia en el mercado de infraestructuras.
3. El análisis de la AGCOM del mercado N° 15 excluye el roaming nacional regulado bajo razones cuestionables. La reciente regulación de otros Estados miembros y la jurisprudencia de los Tribunales Europeos incluyen el roaming regulado en el mercado de acceso a las infraestructuras de red móvil.
4. No obstante la exclusión del roaming nacional del análisis de la AGCOM, hubieron acuerdos comerciales para la prestación de servicios de roaming, cayendo de esta manera la argumentación de la AGCOM que no existían transacciones en el mercado 15 y por tanto la determinación de la inexistencia de dicho mercado relevante. En este sentido, consideramos que una adecuada definición del mercado relevante de acceso a las infraestructuras de redes de telefonía móvil para las OMV debe incluir la originación de llamadas, las interconexiones (directas e indirectas), el tiempo de tráfico y el roaming nacional.
5. Por su parte la AGCM hizo una clara distinción entre los mercados de acceso a infraestructura

67 Ídem, págs. 81-82

68 Ibidem

de red y de servicios finales, en concordancia con la Jurisprudencia del Tribunal Europeo, lo cual permitió el adecuado análisis de dichos mercados y la posterior identificación del poder de mercado.

6. Para evitar cualquier ambigüedad, el acceso a las infraestructuras de red móvil se tendría que considerar la descripción de la Comisión Europea que se indica en este documento.