



JAIME ALMENAR BELENGUER, 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 04/07 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el 1 de febrero de 2007, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE EL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LA ENTIDAD ESTO ES ONO, S.A.U. CONTRA LA RESOLUCIÓN POR LA QUE SE FIJAN LOS PRECIOS DE INTERCONEXIÓN DE TERMINACIÓN EN LA RED DE TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U.

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad ESTO ES ONO, S.A.U. contra la resolución por la que se fijan precios de interconexión de terminación en la red de Telefónica Móviles España, S.A.U., el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 04/06 del día de la fecha, la siguiente

Resolución de 1 de febrero de 2007, recaída en el expediente AJ 2006/1373.

HECHOS

PRIMERO.- Por resolución de 28 de septiembre de 2006, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la resolución por la que se fijaban los precios de interconexión de terminación en la red de Telefónica Móviles España, S.A.U. (expediente AEM 2006/725).

SEGUNDO.- Por Resolución de 5 de octubre de 2006, esta Comisión acordó los precios nominales y franjas horarias de interconexión en la red de Telefónica Móviles España, S.A.U. (AEM 2006/1187).



TERCERO.- Por escrito de ESTO ES ONO S.A.U. (en adelante ONO), con fecha de entrada en esta Comisión 9 de noviembre de 2006, se interpuso Recurso de Reposición contra la resolución de 28 de septiembre de 2006 arriba mencionada.

Dicho recurso se basa en las siguientes alegaciones:

- a) Necesidad de anular el establecimiento de ponderadores fijos constantes a lo largo del *glide path* para que, al aplicar el mecanismo de verificación, se ajusten con carácter semestral.
- b) Necesidad de que la Resolución recurrida aclare expresamente que el objeto de la misma es garantizar la aplicación de los precios nominales para cada período indicados en su Resuelve Primero con la finalidad de evitar que las reducciones netas o porcentuales se apliquen sobre los precios reales conseguidos por el operador móvil.
- c) Necesidad de que la Resolución recurrida establezca las bandas a partir de las cuales la Comisión llevaría a cabo una revisión del *Glide Path* establecido en el Resuelve Primero.

CUARTO.- El 14 de noviembre de 2006, el Secretario de esta Comisión dictó el acuerdo de inicio del correspondiente expediente administrativo, que fue notificado al resto de operadores interesados en el expediente en el seno del cual se dictó el acto recurrido, emplazándoles asimismo para hacer las alegaciones que estimasen oportunas.

QUINTO.- En cumplimiento del anterior trámite, Telefónica Móviles España, S.A.U (en adelante TME), S.A., presentó un escrito de alegaciones con fecha de entrada en el Registro de esta comisión 12 de diciembre de 2006.

Ningún otro interesado en el expediente originario presentó alegaciones.



A los anteriores hechos le son de aplicación los siguientes:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación del acto.

El artículo 107.1 de Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJAP y PAC), establece que contra las resoluciones (entre otros actos) podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJAP y PAC establece que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

La recurrente califica expresamente su escrito como recurso potestativo de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.17 de Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), las Resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJAP y PAC, calificar el escrito presentado por ONO como recurso potestativo de reposición que se interpone contra la Resolución de esta Comisión de fecha 28 de septiembre de 2006, por la que se fijan los precios de interconexión de terminación en la red de TME.

SEGUNDO.- Admisión a trámite.

El recurso de reposición ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJAP y PAC.

Asimismo, se ha interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117 de la misma Ley, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior, procede admitirlo a trámite.



TERCERO.- Competencia y plazo para resolver.

El acto impugnado fue dictado por el Consejo de esta Comisión, por lo que dicho órgano es competente para resolver el presente recurso de reposición en virtud de lo dispuesto en el artículo 116 de la LRJAP y PAC.

Asimismo, deberá ser resuelto y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, según lo establecido en el artículo 117.2 de la LRJAP y PAC y, siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo. En todo caso, el transcurso de dicho plazo supondrá la desestimación presunta del recurso, de conformidad con lo establecido en el artículo 43.2, sin perjuicio de la obligación de esta Comisión de resolver.

CUARTO.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 107 de la LRJAP y PAC exige la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. La entidad recurrente ostenta la condición de interesada por tratarse del operador de redes o prestador de un servicio de telecomunicaciones personada en el procedimiento que puso fin la Resolución recurrida.

En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a la recurrente para la interposición del presente recurso potestativo de reposición.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- La necesidad de fundar los recursos administrativos en alguna causa de nulidad o anulabilidad de las recogidas en los artículos 62 y 63 de la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El artículo 107.1 de la LRJA y PAC establece que la revisión de los actos dictados por las administraciones públicas, como la pretendida por la recurrente, debe fundamentarse necesariamente en alguna de las causas de nulidad o anulabilidad contenidas en los artículos 62 y 63 de la LRJAP y PAC.

En este sentido se pronuncia, por ejemplo, la reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, núm. 197/2006 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), de 9 marzo:



“Aquí, conviene que nos remitamos a los antecedentes recogidos en el Fundamento Jurídico 2º así al punto 3, donde trasladábamos el contenido del escrito del recurso de alzada del Sr. Ricardo, que ha de ponerse en relación con el art. 107.1 Ley 30/92 que, en relación con los recursos de alzada, precisa que cabe fundarlos en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los arts 62 y 63 de la ley; asimismo ha de ponerse en relación con el art.110.1 que, al regular la interposición de los recursos administrativos, precisa en su punto 1 que deberá expresar, como se recoge en su apartado d,) el acto que se recurre " y la razón de su impugnación " que ha de ponerse en relación con el fundamento de los recursos, esto es, los concretos motivos de nulidad o anulabilidad que puedan concurrir, en concreto que se imputen en el recurso administrativo para defender la revocación de los actos administrativos recurridos”.

El recurso presentado por ONO adolece de la falta del requisito de estar fundado en alguno de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de la LRJAP y PAC, exigencia impuesta por el artículo 107 de dicho texto legal. En efecto, a lo largo de su escrito no se encuentra referencia alguna acerca de la supuesta infracción del ordenamiento jurídico que justificaría la reposición del acto recurrido.

Los recursos administrativos ordinarios (de alzada y de reposición) se configuran como una revisión de los actos administrativos estrictamente basada en motivos de legalidad, no en su idoneidad técnica, como en este caso alega ONO. La Resolución recurrida trata de hacer cumplir la obligación de orientar a costes los precios de terminación, tal y como ordena la normativa que abajo se cita, y como lo acordó esta Comisión en su Resolución de 23 de febrero de 2006. La forma concreta de materializar esa imposición (la fijación de un *glide path* con diferentes hitos) entra plenamente dentro de las facultades discrecionales de esta Comisión en ejercicio de sus potestades como Autoridad Nacional de Reglamentación del mercado de las telecomunicaciones, y por lo tanto, la solución técnica propuesta no puede ser objeto de un mecanismo, el de la revisión de los actos administrativos, cuyo objeto es verificar la adecuación de los actos al ordenamiento jurídico, salvo que el resultado de la solución técnica fuera contrario a la previsión de orientar los precios a los costes de producción, cuestión ésta que no ha sido acreditada por la recurrente.

Pero, a mayor abundamiento, y como se expondrá más adelante, la decisión de esta Comisión, pese a estar comprendida dentro de una facultad discrecional (como es la elección, de forma justificada, de las obligaciones a imponer a los operadores declarados con poder significativo de mercado) no es arbitraria o



carente de fundamento, sino que tiene en cuenta la complejidad del objetivo pretendido.

SEGUNDO.- La discrecionalidad de esta Comisión para instrumentar el deber de control de precios.

El artículo 13 de la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva acceso) establece la facultad de las autoridades nacionales de reglamentación para imponer obligaciones en materia de recuperación de los costes y control de los precios, que incluyan obligaciones por lo que respecta tanto a la orientación de los precios en función de los costes, como a los sistemas de contabilidad de costes, en relación con determinados tipos de interconexión o acceso.

El traslado a nuestro ordenamiento de dicha disposición se hizo, por un lado, en el artículo 13.1 de la Ley 20/2003, General de Telecomunicaciones (en adelante LGTel), y de forma más desarrollada, mediante el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados, comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración (en adelante, Reglamento de Mercados), que expresamente recoge la facultad por parte de esta Comisión de imponer medidas de control de precios, incluyendo la obligación a dichos operadores a orientar los precios en función de los costes de producción de los servicios.

En el marco de análisis de mercados establecido en el artículo 10 de la LGTel, así como en el Reglamento de Mercados, se dictó la Resolución de 23 de febrero de 2006 sobre la definición de los mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales, el análisis de los mismos, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la propuesta de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea. Dicha Resolución declara a TME como operador con poder significativo en dicho mercado, y se le impone, entre otras obligaciones, la de ofrecer a terceros operadores servicios de terminación a precios orientados en función de los costes.

Finalmente, en la Resolución recurrida se fijan los precios de interconexión de terminación en la red de TME. Debe destacarse que la determinación de los precios se ha llevado a cabo a partir del análisis contable de los datos históricos de los operadores, además de tener en cuenta el modelo de proyección desarrollado por una empresa independiente, seleccionada mediante el correspondiente proceso de licitación. Así, el modelo arroja un precio objetivo que deberá alcanzarse a lo largo del periodo.



Sentado lo anterior, debe verificarse si la Resolución recurrida incumple lo dispuesto en la normativa, o si por el contrario, se ajusta a la exigencia impuesta por la Resolución de 23 de febrero de 2006 de esta Comisión, que imponía obligaciones de orientación a costes de los precios de terminación en las redes móviles.

Pues bien, del análisis de la Resolución recurrida, se desprende que la misma cumple con la anterior exigencia, por cuanto los precios de terminación se han fijado a partir de los costes verificados y auditados por esta Comisión (Resolución de 30 de marzo de 2006). Los resultados de esta actividad fiscalizadora son, como se razona profusamente en la Resolución recurrida, el punto de partida para determinar los precios de terminación impuestos, cumpliéndose así la necesidad de orientación en función de los costes de los mismos, y por lo tanto, la única (que no por ello menos exigible) condición legal que esta Comisión debe cumplir para implementar la medida.

Se trata, en definitiva, de una facultad discrecional de esta Comisión, que debe elegir, justificadamente, las medidas concretas en aras de alcanzar el precio objetivo.

La discrecionalidad de la administración, ha sido definida, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 1 de junio de 1999, de la siguiente manera:

“La discrecionalidad, en cualquiera de sus variantes, parte de la posibilidad de elegir entre un mayor o menor abanico de opciones o, si se prefiere, resulta que su ejercicio permite una pluralidad de soluciones justas, o de optar entre alternativas que, en general, sean igualmente justas desde el punto de vista del Derecho o, tal vez mejor, «razonables», desde el mismo punto de vista, por lo que el ejercicio de la potestad discrecional presupone una opción entre varias posibles...”

También en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 8 de abril de 1998, se define la discrecionalidad como la facultad de la administración de elegir entre alternativas *igualmente justas*:

“La doctrina científica más autorizada nos enseña que para que pueda hablarse de discrecionalidad y no de arbitrariedad, es necesario que la Administración atienda, con su actividad, a los fines que específicamente debe perseguir el ejercicio de cada potestad. La discrecionalidad implica libertad de elección entre alternativas igualmente justas: lo que no es



posible es que, por medio de la discrecionalidad se alteren los fines a que obedece el ejercicio de la potestad administrativa.

Por tanto, se debe concluir que la Resolución recurrida se ajusta a los requisitos que impone la normativa, y esta Comisión, en ejercicio de su facultad de elegir las medidas concretas tendentes a fijar los precios de terminación orientados a costes, ha optado por una medida (la fijación de un marco plurianual), que se ajusta a dicho requisito, y que se justifica a lo largo de su texto como la opción más correcta dentro de un contexto concreto, cual es el análisis del mercado aprobado por esta Comisión.

TERCERO.- Necesidad de sustituir los ponderadores constantes a lo largo del *glide path* para ajustarse con carácter periódico.

ONO considera que el mantenimiento de unos ponderadores constantes de distribución de tráfico por franjas y duración media de la llamada a lo largo del periodo de regulación implica el riesgo de que el *glide path* se aparte de sus objetivos, permitiendo a los operadores móviles obtener un mayor margen a los inicialmente regulados e impidiendo la consecución del objetivo de orientación a costes al término del mismo, en el año 2009.

A su parecer, son posibles distintas desviaciones en el modelo debido al mantenimiento de unos ponderadores constantes y así, cualquier variación del comportamiento real del tráfico con respecto a la previsión del regulador supondría, o que el operador no recuperase sus costes, o que los recuperase en exceso. Además, considera que el riesgo de desviación es mayor debido al horizonte temporal tan amplio del periodo regulatorio. Dichas desviaciones sólo se pueden corregir mediante el ajuste de los precios medios establecidos en el *glide path*. No obstante, no se solicita en el recurso la modificación de los precios.

La recurrente también hace hincapié en la existencia de otro tipo de desviaciones relacionadas con el comportamiento del tráfico por franjas y duración de llamadas. Esta perturbación se deriva de la libertad dada a los operadores móviles para establecer precios de establecimiento y tráfico diferenciados por franjas horarias, aún cumpliendo el precio medio máximo regulado, ya que el precio real aplicado por los operadores móviles sólo se ajustará a la senda de precios establecida en el *glide path* si los ponderadores aplicados a cada franja se corresponden en cada momento con sus valores reales. Así, alega que aún manteniéndose el tráfico de terminación como en el *glide path*, la existencia de desviaciones del precio medio real respecto a los valores del modelo, implicará que el ingreso y los márgenes de terminación serán superiores a los previstos. Incluso sostiene que cualquier desviación porcentual en el precio medio real con respecto al regulado supondrá una



variación de igual signo o magnitud en el ingreso total del operador en ese periodo.

ONO construye un modelo de simulación para un operador móvil tipo con el objeto de estimar un ingreso por terminación en dicha red. Para ello, emplea los datos relativos a precios de terminación medios máximos y precios nominales aprobados para Vodafone mientras que realiza una estimación del volumen y distribución del tráfico así como de la duración de las llamadas por franja horaria.

De su análisis obtiene una serie de conclusiones que se pueden resumir en que:

- a) existen infinitas combinaciones de precios nominales que permiten cumplir con el precio medio regulado
- b) que incluso partiendo de la hipótesis de que el volumen total de tráfico no varíe, se pueden dar desviaciones por el comportamiento de la distribución del tráfico por franjas horarias y duración media de la llamada.

Para ilustrar esta segunda conclusión presenta dos escenarios distintos. En el primero de ellos, aumenta el tráfico en hora pico, provocando que el operador móvil obtenga un precio medio real superior al previsto en el *glide path*, con su traslación en igual porcentaje al margen de terminación por encima del implícitamente regulado en dicho *glide path*.

En el segundo escenario se mantiene la distribución de tráfico pero supone un incremento de la duración media de la llamada, tanto en horario pico como valle respecto al *glide path*. En este caso, se produce según su modelo un precio medio real y un ingreso total inferior al previsto en la resolución recurrida, de 28 de septiembre de 2006.

Por ello, se propone el ajuste periódico de los ponderadores cada seis meses, coincidiendo con las bajadas de los precios nominales y tomando como base los datos de los doce meses anteriores para evitar distorsiones estacionales y dar cumplimiento al principio de orientación a costes, para lo cual se deberá modificar el apartado séptimo del dispositivo quinto de la resolución recurrida.

No obstante, señala que si bien es posible que el operador móvil se vea perjudicado por una variación en el patrón de tráfico, esto no es probable dada su opción de proponer en cualquier momento modificaciones de los precios por franja. Con el procedimiento actual, al mantenerse constantes los ponderadores a lo largo del período de regulación, el operador siempre puede encontrar otra combinación de precios que satisfagan el precio medio máximo,



lo que permite compensar las posibles pérdidas a diferencia de los operadores fijos.

Por último, propone modificar el “resuelve” quinto de la resolución para que establezca que los operadores obligados deberán presentar a esta Comisión, en los treinta días naturales antes de la finalización de cada periodo semestral de regulación, una propuesta de precios de establecimiento y tráfico por franjas horarias junto con los datos de tráfico y número de llamadas terminadas correspondientes a los doce meses anteriores. Esta Comisión debería recalcular los ponderadores con dichos datos y verificar que los precios propuestos son conformes con el precio medio nominal establecido en el “resuelve” Primero de la Resolución de 28 de septiembre.

Frente a dichas alegaciones, debe partirse del hecho de que el *glide path* es una medida regulatoria que persigue una reducción gradual en los precios hasta llegar a un precio objetivo, que en este caso es un precio medio máximo de interconexión de 7 céntimos de euro que se debe alcanzar en el mes de abril de 2009. Su implementación con hitos no lineales es la forma elegida, dentro de la potestad discrecional de esta Comisión, para conseguir una reducción de los precios que cumpla la obligación de orientación a costes impuesta en la Resolución de esta Comisión de 23 de febrero de 2006 de definición del mercado de terminación móvil de forma escalonada, sin causar un impacto desproporcionado en los operadores móviles.

El establecimiento de un marco plurianual es una novedad en la práctica de esta Comisión, que en las sucesivas Resoluciones de fijación de precios de interconexión de terminación de voz¹ consideraban un periodo anual, mientras que en la que nos ocupa se alcanza el precio objetivo tras varias fases. Pese a ello, el objetivo de la orientación en función de los costes se consigue, pues en todo caso el precio medio máximo se determina tras un estudio de los perfiles de tráfico realizados a partir de los requerimientos de información realizados por esta Comisión sobre los ingresos y tráfico de terminación.

En cualquier caso, dichas Resoluciones de fijación de precios nominales máximos permitían al operador de red la posibilidad de modificar en cualquier momento a partir de la notificación de la Resolución, con la previa aprobación por parte de esta Comisión de las franjas horarias y precios nominales. Por lo tanto, el procedimiento dentro de cada periodo, que ahora se acorta a los seis meses que dura cada hito, es el empleado históricamente por esta Comisión, y por lo tanto, es perfectamente conocido por la recurrente.

¹ Resoluciones de 18 de diciembre de 2003 (Expte MTZ 2003/1356; MTZ 2003/1357 y MTZ 2003/1386)



El empleo de ponderadores tales como la distribución del tráfico por franjas o la duración media de la llamada, data de las Resoluciones de fijación de precios de 18 de diciembre de 2003, y su implementación ha tenido la intención de dotar de cierta flexibilidad a los operadores móviles sustituyendo la anterior política de fijar directamente unos precios nominales desde el Regulador. Esta opción permite una mayor flexibilidad en la fijación de los precios por parte de los operadores, lo que debe contribuir al fortalecimiento de la competencia a través de la diferenciación de estrategias comerciales. La existencia de infinitas combinaciones de franjas horarias, con sus correspondientes precios nominales, lejos de suponer un impedimento, es un estímulo para la consecución de un mercado más competitivo.

Esta Comisión no es ajena al hecho de que los perfiles de tráfico necesariamente varían en el tiempo, y también que los ponderadores difieren en función de la muestra de meses que se tome para su determinación, por lo que se ha optado por emplear una muestra de meses amplia que evite sesgos por estacionalidad.

Sin embargo, la experiencia ha demostrado que la variación de los perfiles de tráfico, así como de otros ponderadores, no implica necesariamente que se produzcan variaciones significativas como para provocar que el precio medio real resultante sea notablemente diferente al precio medio máximo regulado, ya que hasta el momento, las variaciones que se han producido han sido pequeñas. También los datos históricos ponen de manifiesto que las variaciones de tráfico no ocasionan automáticamente un margen positivo para el operador móvil.

La pretensión de la recurrente de variar los valores de los ponderadores a partir de los datos de tráfico presentados antes del final de cada hito por los operadores para recalcularlo y fijar nuevos precios nominales y bandas horarias que se ajusten al precio medio máximo fijado para cada hito, plantea importantes problemas de implementación.

En primer lugar, los datos más actuales de interconexión de terminación de voz no siempre estarán disponibles, ya que dependerá de cuando se haya realizado la última conciliación entre los diversos operadores.

En segundo lugar, es necesario que por parte de esta Comisión se realice la oportuna comprobación, mediante el cruzado de los datos aportados, de tal forma que se pueda comprobar que lo que unos operadores declaran como ingresos y como minutos de interconexión de terminación de voz en su red coincida con los pagos y minutos salientes de los operadores interconectados. Por ello, en este caso, los operadores móviles no deberían presentar sólo sus datos de ingresos y minutos entrantes, de terminación, sino también los pagos



por terminación a otros operadores, así como los minutos salientes hacia cada una de esas redes. En el caso de que se decidiera proceder de la manera indicada, esta Comisión debería solicitar toda esa información para su validación y posterior recálculo, y posteriormente se debería trasladar los nuevos ponderadores al operador móvil propietario de la red para que a partir de los mismos, pudiese proponer los precios nominales y bandas horarias que se ajusten al precio medio máximo fijado en cada hito regulatorio.

De cara a actualizar los ponderadores a la situación real en cada momento, lo deseable sería que los datos fueran los más próximos en el tiempo, y por lo tanto más ajustados a la realidad (objetivo del uso de ponderadores variables), además de contar con una serie suficientemente larga para evitar sesgos por estacionalidad. Sin embargo, dada la imposibilidad de contar con la información de tráfico más actual, se debería contemplar la información de los últimos doce meses (por ejemplo) disponibles para los tres operadores, creándose así un desfase en el proceso de actualización de los ponderadores conforme a los datos de tráfico, que haría disminuir, en parte, su justificación.

También sería deseable que se contemplaran los mismos meses para el recálculo de los ponderadores de todos los operadores, siendo éste el motivo por el que el operador no puede, a partir de sus datos de tráfico e ingresos, recalcular los ponderadores y proponer unos nuevos precios nominales y bandas horarias.

Evidentemente, es difícil que este proceso se desarrolle en un breve tiempo (30 días naturales antes de la entrada en vigor del nuevo hito regulatorio), desdibujándose así el objetivo de conseguir unos ponderadores más cercanos a la realidad, y sobre todo, creándose una indeseable inseguridad jurídica, en la medida que esta Comisión no pudiese validar en el periodo establecido en la Resolución de 28 de septiembre de 2006, entre un hito regulatorio y otro, cuáles son los precios nominales y franjas horarias que cumplen con el precio medio máximo establecido.

Por este motivo, desde la primera aplicación de los ponderadores, se ha fijado un precio medio máximo que los operadores deben respetar ante una propuesta de modificación de precios nominales. Dichos ponderadores se mantienen constantes a lo largo de todo el período de duración de la medida, pues han sido referentes para aprobar las propuestas de nuevos precios.

Por otra parte, el temor de la recurrente a que los operadores aprovechen la flexibilidad del modelo para obtener un mayor margen, parece infundado a la vista de los antecedentes. Así, en el ejercicio 2004, TME y Orange modificaron los precios aprobados por esta Comisión en su Resolución de 7 de octubre de 2004, mientras que Vodafone no realizó cambio alguno. Al año siguiente,



Vodafone y TME sí modificaron sus precios nominales y bandas horarias, pero Orange mantuvo los precios aprobado por Resolución del 29 de septiembre de 2005. Si, como afirma ONO, resultase claro que los operadores pueden obtener un margen extraordinario modificando los parámetros, es evidente que hubieran ejercido esa posibilidad con mayor frecuencia en el pasado. Esta estabilidad ha sido considerada por esta Comisión a la hora de ponderar los riesgos denunciados por la recurrente y las razones expuestas para mantener el uso de ponderadores constantes durante todo el periodo regulatorio.

CUARTO.- Acerca de la pretendida contradicción en la Resolución recurrida.

ONO argumenta que existe una contradicción en la Resolución recurrida entre el precio real y el precio nominal sobre el que aplicar la reducción. En concreto, señala que en el Resuelve Quinto de la Resolución recurrida se dispone que el operador móvil debe presentar dentro de los treinta días naturales antes de la finalización de cada periodo semestral, la propuesta de precios nominales de terminación que se adecue con el porcentaje de variación establecido en el apartado Primero. Sin embargo, en el Resuelve Primero no se hace referencia a ningún porcentaje de variación de los precios, sino que se fija el precio medio máximo del operador móvil a lo largo del periodo comprendido entre octubre de 2006 y septiembre de 2009.

También alega que la referencia a reducciones netas o reducciones porcentuales sobre el precio establecido en cada periodo de regulación puede llevar a la interpretación de que se está aprobando por esta Comisión estas reducciones y no los precios fijos máximo de los que el operador móvil debe partir en cada periodo. Según ONO, si se interpretase de esta manera, podría concluirse que el operador móvil, al inicio de cada periodo regulatorio, podría aplicar dicha reducción neta sobre el precio real existente en ese momento y no sobre el precio nominal fijado. De esta manera, las desviaciones del precio real respecto del regulado se incrementarían.

Por último, la recurrente señala que en la Resolución de 5 de octubre de 2006 se especifica con mayor detalle la fórmula aplicada para verificar que la modificación de los precios propuestos por TME respeta el máximo fijado por esta Comisión, que en la propia Resolución recurrida. Así, ésta indica que pretende establecer que la finalidad de la verificación es comprobar si los precios propuestos cumplen con el precio máximo del *glide path*, mientras que en la Resolución del 5 de octubre se señala que dicha fórmula se aplica para la verificación de la bajada sobre el precio medio real.

Por todo lo anterior, sostiene que existe una contradicción entre las dos resoluciones y que es necesario determinar si el mecanismo de verificación se



aplica para establecer *“la bajada con respecto a los precios reales”*, tal y como se indica en la Resolución de 5 de octubre, o para comprobar que los precios propuestos por la empresa regulada cumplen con el máximo definido en el *glide path*. También se insiste en la necesidad de aclarar si el precio a tener en cuenta es el precio nominal fijado para el periodo en cuestión o el precio real alcanzado por el operador móvil.

Para dar respuesta a dicha alegación, debe tenerse en cuenta que la Resolución recurrida, de 28 de septiembre de 2006, contiene diferentes decisiones.

En primer lugar, aprueba la senda de variación del precio medio máximo de interconexión de terminación de voz en la red de TME para el periodo comprendido entre octubre de 2006 y septiembre de 2009, senda que se concreta en seis hitos con precios medios máximos diferentes, uno por cada semestre comprendido en dicho periodo. Esta senda de variación se aprueba en el Resuelve Primero, y los precios del citado Resuelve son medios, y no nominales, como sostiene ONO.

Además, se aprueban los precios nominales y franjas horarias de dicho servicio en la red de TME para el primer semestre del periodo regulatorio, que va desde octubre de 2007 hasta marzo de 2007. Dichos precios nominales y franjas horarias cumplen con el precio medio máximo correspondiente a dicho periodo, y se acuerdan en el Resuelve Segundo.

Finalmente, en su Resuelve Cuarto, la Resolución recurrida reconoce la facultad del operador titular de la red, TME, de modificar las franjas y precios nominales recogidos en el Resuelve Segundo, con la aprobación previa de esta Comisión. Para verificar que los precios nominales y franjas propuestos diferentes de los aprobados en la Resolución de 28 de septiembre, se debe comprobar que se adaptan al precio medio máximo fijado para cada hito.

Por su parte, la Resolución de 5 de octubre de 2006 debía comprobar que el precio medio que se obtenía respetando los ponderadores establecidos se ajustaba a los 0,111400 euros/minuto aprobados por la Resolución recurrida para el primer hito regulatorio (octubre de 2006 a marzo de 2007). Por lo tanto, no se trata de determinar si el mecanismo de bajada se hace sobre el precio nominal fijado para ese periodo o sobre el precio real alcanzado por el operador móvil durante el mismo. En cambio, TME debe proponer unos precios nominales y bandas horarias, que con los ponderadores establecidos en el Anexo II de la Resolución de 28 de septiembre, se correspondan con el precio medio máximo aprobado para cada período en el Resuelve Primero de la Resolución Recurrida. La inclusión en el cuerpo de la Resolución de que *“resulta procedente realizar una reducción lineal constante en el precio medio*



de interconexión de 0,009 euros/minuto para cada uno de los precios semestrales fijados”, como se indica en el apartado V.2 de la Resolución, deja perfectamente claro que dicha reducción es la diferencia existente en el precio medio de interconexión aprobado en cada hito del período regulatorio respecto al anterior, y no por ello se debe entender que esa diferencia lineal se debe aplicar a los precios medios nominales anteriores o al precio medio real que el operador haya obtenido en el período anterior.

Dicho lo anterior, debe reconocerse que existe una inexactitud entre el contenido el Resuelve Primero y Quinto de la Resolución recurrida, por cuanto, efectivamente, no se acuerda reducir los precios de terminación en un porcentaje fijo, sino que se establece un precio medio máximo decreciente en cada hito que no guarda una proporción idéntica al anterior. No obstante dicha equívoca expresión, que en ningún caso supone incongruencia alguna, debe resolverse sin mayores problemas mediante la interpretación sistemática e integradora de la Resolución: la medida contemplada no prevé una reducción en términos absolutos de los precios medios reales por parte del operador de red, sino que propone precios nominales y bandas horarias que se ajusten a los precios medios máximos fijados para cada hito del período regulatorio. En caso contrario, no tendría ningún sentido el establecimiento de una serie decreciente de precios medios máximos.

En su escrito de alegaciones, TME no considera, al contrario que la recurrente, que exista riesgo alguno de mal interpretación del contenido de la Resolución recurrida, por cuanto no queda claro si la regulación establece unos precios medios máximos o unas reducciones en términos absolutos sobre los precios medios reales del operador en cada uno de los períodos.

Así, pese a la posible incongruencia a que se ha hecho referencia más arriba, TME, como operador titular de la red que debe realizar la reducciones, interpreta sin problemas que debe presentar, en los treinta días anteriores a la finalización de cada periodo semestral, su propuesta de precios nominales y bandas horarias para que no se supere el precio medio máximo establecido para el siguiente período semestral de regulación.

QUINTO.- Necesidad de que la Resolución recurrida establezca las bandas a partir de las cuales la Comisión llevaría a cabo una revisión del *Glide Path* establecido en el Resuelve Primero.

Tal y como indica la operadora recurrente, la determinación de un *glide path* no implica que sea inamovible y que no pueda ser revisado antes de su expiración siempre y cuando el operador pueda demostrar que sus costes se encuentran por encima del precio objetivo propuesto y que, por lo tanto, debería incrementarse. No obstante, se ha optado por no establecer ningún



dato concreto de desviación sobre los costes o sobre la evolución del tráfico que debería producirse para que se justifique dicha revisión. ONO alega que esta circunstancia genera inseguridad jurídica e inestabilidad al modelo, y por ello, se solicita que la Resolución recurrida contemple los límites a partir de los cuales, teniendo en cuenta la evolución de tráfico y de los costes, se justificaría una modificación del modelo.

Frente a ello, debe señalarse, en primer lugar, que el principal requisito de los precios de terminación impuesto a los operadores es su orientación a costes, y esa exigencia se cumple sobradamente en la Resolución recurrida, que además, permite un margen suficiente para garantizar la concursabilidad y la recuperación de las distintas categorías de riesgo asociadas a la inversión realizada por el operador.

La orientación a costes de los precios, cuándo una variación de los mismos es significativa, es un concepto jurídicamente indeterminado, y por lo tanto, nuevamente es la discrecionalidad de esta Comisión la que debe fijar cuándo no se cumple dicho objetivo, a partir de la correspondiente verificación de los resultados contables del operador titular de la red. O dicho de otra manera, la revisión del modelo de *glide path* aplicado a los operadores sólo podría realizarse mediante un estudio individualizado para cada uno de ellos, estudiando las características del mercado y considerando la evolución de sus costes, lo que complica la fijación *a priori* de un margen de desviación concreto.

No sería oportuno que esta Comisión determine *ex ante* los límites a partir de los cuales una evolución del tráfico de terminación o de los costes puede conllevar una modificación del modelo. Así, la inclusión de una cláusula de este tipo obedece a la posibilidad de que puedan darse circunstancias excepcionales que no puedan ser previstas en el momento de acordarse el marco plurianual de regulación debido al dinamismo del mercado de la telefonía móvil, y que pueden dar lugar a cambios y distorsiones en perjuicio del operador de red o en contra del objetivo de la regulación.

Además, la renuncia a fijar un porcentaje de desviación (por ejemplo) sobre las previsiones que se han tenido en cuenta para establecer el *glide path* en la Resolución recurrida, tiene una justificación estadística, por cuanto, del estudio de los datos históricos, el análisis de esta Comisión determinó que era improbable que se produjeran variaciones lo suficientemente significativas como para desvirtuar el objetivo de orientación a costes de los precios de terminación.

A la vista de los antecedentes y fundamentos de Derecho, esta Comisión



RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por ESTO ES ONO S.A.U. contra la Resolución de esta Comisión de fecha 28 de septiembre de 2006, por la que se fijan los precios de interconexión de terminación en la red de Telefónica Móviles España, S.A.U., confirmándola en todos sus extremos.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la LRJPAC, y el artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, 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, 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.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Reinaldo Rodríguez Illera

Jaime Almenar Berenguer