



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

CERTIFICA:

Que en la Sesión 38/07 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el 22 de noviembre 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 LAS OPERADORAS EUSKALTEL S.A., VODAFONE ESPAÑA S.A. Y TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A. CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 26 DE JULIO SOBRE EL CONFLICTO DE INTERCONEXIÓN INTERPUESTO POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. CONTRA EUSKALTEL S.A. (AJ 2007/1024).

En relación con los recursos potestativos de reposición interpuesto por las operadoras Euskaltel S.A., Vodafone España S.A. y Telefónica Móviles España S.A. contra la resolución de 26 de julio sobre el conflicto de interconexión interpuesto por Telefónica de España S.A.U. contra Euskaltel S.A. (AJ 2007/1024), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 38/07 del día 22 de noviembre, la siguiente Resolución:

HECHOS

PRIMERO.- Por acuerdo de fecha 26 de julio de 2007, recaída en el expediente con referencia MTZ 2007/303, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la resolución por la que se ponía fin al conflicto de interconexión interpuesto por Telefónica de España S.A. mediante escrito con fecha de entrada en el Registro de esta Comisión de 13 de marzo de 2007.



En dicha Resolución se fijaron los precios de terminación de llamadas originadas en la red de Telefónica de España, S.A.U., Telefónica Móviles España y France Telecom, S.A.U. en los siguientes términos:

PRIMERO.- Desde la apertura efectiva de la interconexión física y hasta el 15 de abril de 2007, los precios de terminación de llamadas originadas en la red de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U., que tengan destino en la red de EUSKALTEL, S.A., serán los siguientes:

- *Horario Normal (de lunes a viernes, de ocho a veinte horas): 0,05405 euros/llamada, en concepto de establecimiento, más 0,109234 euros/minuto efectuándose el cómputo en segundos desde el primer segundo de conversación.*
- *Horario Reducido (de lunes a viernes, de veinte a ocho horas; sábados, domingos y festivos de ámbito nacional, durante todo el día): 0,05405 euros/llamada, en concepto de establecimiento, más 0,096143 euros/minuto efectuándose el cómputo en segundos desde el primer segundo de conversación.*

Por otra parte los precios de terminación de llamadas originadas en la red de FRANCE TELECOM, S.A. que tengan destino en la red de EUSKALTEL, S.A., serán los siguientes:

- *Horario Normal (de lunes a viernes, de ocho a veinte horas): 0,05405 euros/llamada, en concepto de establecimiento, más 0,091454 euros/minuto efectuándose el cómputo en segundos desde el primer segundo de conversación.*
- *Horario Reducido (de lunes a viernes, de veinte a ocho horas; sábados, domingos y festivos de ámbito nacional, durante todo el día): 0,05405 euros/llamada, en concepto de establecimiento, más 0,080494 euros/minuto efectuándose el cómputo en segundos desde el primer segundo de conversación.*

SEGUNDO.- Desde el 16 de abril de 2007, los precios de terminación de llamadas de originadas en la red de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. y que tengan destino en la red de EUSKALTEL, S.A., serán los siguientes:

- *Horario Normal (de lunes a viernes, de ocho a veinte horas): 0,05405 euros/llamada, en concepto de establecimiento, más 0,095502 euros/minuto efectuándose el cómputo en segundos desde el primer segundo de conversación.*
- *Horario Reducido (de lunes a viernes, de veinte a ocho horas; sábados, domingos y festivos de ámbito nacional, durante todo el día): 0,05405 euros/llamada, en concepto de establecimiento, más 0,084057 euros/minuto efectuándose el cómputo en segundos desde el primer segundo de conversación.*

Desde el 16 octubre de 2007 en adelante, los precios medios de terminación en la red de EUSKALTEL, S.A. facturados a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. deberán recoger un mark-up decreciente en cada hito del glide path hasta llegar a una convergencia de precios con los del operador host en abril de 2009. A estos efectos, a partir del 16 de octubre de 2007 y durante ese hito regulatorio, el mark-up sobre el precio medio de terminación del operador host de EUSKALTEL, S.A. será de un 9%.



Por otra parte, desde el 16 de abril de 2007, los precios de terminación de llamadas originadas en la red de FRANCE TELECOM, S.A. que tengan destino en la red de EUSKALTEL, S.A., serán los siguientes:

- *Horario Normal (de lunes a viernes, de ocho a veinte horas): 0,05405 euros/llamada, en concepto de establecimiento, más 0,082368 euros/minuto efectuándose el cómputo en segundos desde el primer segundo de conversación.*
- *Horario Reducido (de lunes a viernes, de veinte a ocho horas; sábados, domingos y festivos de ámbito nacional, durante todo el día): 0,05405 euros/llamada, en concepto de establecimiento, más 0,072497 euros/minuto efectuándose el cómputo en segundos desde el primer segundo de conversación.*

Desde el 16 octubre de 2007 en adelante, los precios medios de terminación en la red de EUSKALTEL, S.A. facturados a FRANCE TELECOM, S.A. deberán mantener en cada hito del glide path un diferencial constante del 0% sobre el precio medio de terminación del operador host de EUSKALTEL, S.A.

TERCERO.- *EUSKALTEL, S.A., podrá modificar las franjas horarias y los precios nominales recogidos en el Resuelve Segundo en cualquier momento desde la notificación de la presente Resolución con la previa aprobación de esta Comisión, quedando éstos sustituidos por los nuevos aprobados.*

SEGUNDO.- El día 3 de septiembre de 2007 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito firmado por D. Aurelio Campo Iglesias, actuando en nombre y representación de Euskaltel, S.A. (en adelante Euskaltel), por el que se interponía recuso de reposición contra la resolución arriba mencionada.

El primero de los motivos del recurso es la pretendida infracción del artículo 13.2 de la Ley General de Telecomunicaciones, pues la recurrente entiende que la fijación de una senda decreciente de precios de terminación en su red supone la imposición de una auténtica medida regulatoria (la de orientación de los precios a los costes de producción del servicio) sin que se hayan cumplido los mecanismos de consulta que en casos extraordinarios permiten su imposición a operadores que no han sido declarados antes con poder significativo en el mercado de referencia, como es el caso de Euskaltel.

La operadora entiende que la resolución recurrida es incongruente, pues la imposición de una senda de variación plurianual excede los límites del conflicto, que, a su juicio, se limitaban al periodo comprendido entre diciembre de 2006 y diciembre de 2007.

La recurrente también alega que la resolución infringe el artículo 11.4 de la LGTel, por cuanto limita la competencia efectiva, no promueve el desarrollo del sector ni vela por lo derechos de los usuarios, pues la asimetría en los precios



de terminación en su red respecto de los cobrados por France Telecom es contraria a la competencia, al pagar un precio mayor que el que recibe de un operador asentado en el mercado. De esta manera, las posibilidades de los OMVs como elementos dinamizadores del mercado se limitarían por su dependencia del operador que le alquila parte de su red.

Además, este operador reprocha que los costes añadidos que supone la inserción de su red deban ser asumidos por el propio OMV y su *host*. En su opinión, ello es discriminatorio, pues, nunca antes esta Comisión había optado por obligar a los entrantes a asumir sus propias ineficiencias.

Euskaltel alega la falta de motivación del criterio adoptado en la resolución de optar por el precio menor, lo que, a su juicio, le causa indefensión, al no poder conocer el fundamento de la resolución, pues, a su juicio, el informe de audiencia de los servicios de esta Comisión reconocía la necesidad de reconocer un margen favorable que le ayudase a amortizar sus inversiones. El recurrente mantiene que debería tenerse en cuenta sus costes, presentados a lo largo del procedimiento, para valorar la razonabilidad del precio que proponía, pese a no tener impuestas obligaciones de control de costes.

TERCERO.- El día 12 de septiembre de 2007 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito firmado por Dña. María Luisa Rodríguez López, actuando en nombre y representación de Telefónica Móviles España (en adelante TME), por el que se interponía recuso de reposición contra la resolución mencionada en el hecho Primero.

A juicio de TME, la resolución recurrida habría incumplido el artículo 11.5 de la Ley General de Telecomunicaciones, pues la imposición de precios diferentes para los servicios de interconexión en función de los operadores que los contratan supone la quiebra de los principios de no discriminación y objetividad, sin que, por otra parte, se expliquen las razones objetivas que justifiquen dicha diferencia, que no fue propuesta ni por la propia Euskaltel y que carecería de precedentes en la práctica regulatoria.

TME alega que el precio de terminación de un OMV completo, además de ser único, debería ser coincidente con el de su operador anfitrión de red.

CUARTO.- El día 5 de septiembre de 2007 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito firmado por María Luisa Belda Cuesta, en nombre y representación de Vodafone España, S.A. (en adelante Vodafone), por el que se interponía recuso de reposición contra la resolución arriba mencionada.



La principal pretensión de Vodafone es la consideración del precio medio ponderado de la totalidad del mercado y no del precio del operador anfitrión para el reconocimiento, en su caso, de un *premiun* a favor de Euskaltel. En caso contrario, se estaría estableciendo una ventaja competitiva a favor de los operadores *host* con mayores precios de terminación, infringiendo así el deber impuesto a esta Comisión por el artículo 3 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, de fomentar la competencia efectiva en los mercados.

QUINTO.- Por acuerdo del Secretario de esta Comisión, de fecha 17 de septiembre de 2007, se acordó, entre otros extremos, la acumulación de los recursos presentados por Vodafone y Telefónica Móviles al presentado por Euskaltel al que se hace referencia en el punto Segundo, en virtud de lo establecido en el artículo 73 de la LRJAP y PAC.

SEXTO.- En cumplimiento del trámite previsto en el artículo 112.2 de la LRJAP y PAC, han presentado alegaciones a los recursos los siguientes operadores:

- Cableuropa S.A.U. y Tenaria S.A., con fecha de entrada en el registro de esta Comisión 10 de octubre de 2007.
- Telefónica Móviles España, S.A.U., a los recursos de Euskaltel y Vodafone, con fecha de entrada en el registro de esta Comisión 10 de octubre de 2007.
- France Telecom España, S.A., con fecha de entrada en el registro de esta Comisión 17 de octubre de 2007.
- BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A., con fecha de entrada en el registro de esta Comisión 23 de octubre de 2007.
- Euskaltel, S.A., a los recursos de TME y Vodafone, con fecha de entrada en el registro de esta Comisión 23 de octubre de 2007.

SEPTIMO.- Por acuerdo de fecha 25 de octubre de 2007, el Consejo de esta Comisión aprobó la Resolución por la que se acuerda notificar a la Comisión Europea y a las autoridades nacionales de reglamentación el proyecto de medida relativo a la definición y análisis de los mercados de terminación de llamadas vocales en las redes móviles individuales de los operadores móviles virtuales completos, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, iniciar el correspondiente procedimiento y proceder a la apertura del trámite de consulta pública.

A los anteriores hechos le son de aplicación los siguientes:



FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación de los escritos.

El artículo 107.1 de 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.

Las recurrentes califican expresamente sus escritos como recursos potestativos de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.17 de 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 los escritos presentados por Euskaltel, Telefónica Móviles y Vodafone como recursos potestativos de reposición que se interponen contra la resolución de esta Comisión de fecha 7 de junio de 2007, sobre el conflicto de interconexión interpuesto por Telefónica Móviles España, S.A.U. contra Xfera Móviles, S.A.

SEGUNDO.- Admisión a trámite.

Los tres recursos de reposición que constituyen el objeto de este procedimiento han sido interpuestos cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJAP y PAC.

Asimismo, se han interpuesto dentro del plazo de un mes desde la notificación del acto previsto en el artículo 117 de la misma Ley, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior, procede admitirlos 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 las entidades recurrentes.

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. Las entidades recurrentes ostentan la condición de interesadas por tratarse de operadores de redes personadas en el procedimiento que puso fin la resolución recurrida.

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

QUINTO.- Acumulación de los recursos.

El artículo 73 de la LRJAP y PAC dispone que el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que sea la forma de su iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión. En este caso, refiriéndose los tres recursos al mismo acto, procede su resolución conjunta y por tanto la acumulación de los procedimientos.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Sobre la supuesta imposición de obligaciones regulatorias a un operador que no ha sido declarado operador con poder significativo de mercado.

El primero de los motivos que alega Euskaltel es la infracción del artículo 13.2 de la LGTel, pues, a su juicio, la resolución recurrida le impone obligaciones de control de precios al vincular los aplicados por la terminación de llamadas en su red a la senda de evolución acordada para los operadores declarados con poder significativo de mercado. Al no haberse producido su declaración como tal, y no haberse seguido los trámites que en circunstancias extraordinarias lo permiten, la resolución recurrida habría incurrido en un error invalidante. Así, si



a Euskaltel se le obliga a aplicar un precio de terminación vinculado al del resto de operadores, que sí está intervenido administrativamente, indirectamente se le estaría imponiendo iguales obligaciones.

Lo cierto es que a Euskaltel se le ha fijado una obligación (un precio máximo mayorista a ciertos operadores) en el seno de varios conflictos de interconexión y en ejercicio de las facultades de esta Comisión previstas en los artículos 14 y 48.2, apartado d) de la LGTel, así como en el artículo 23.3, apartado b) del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración (en adelante, Reglamento de Mercados). Este conjunto normativo faculta a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a dictar una resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, y por lo tanto, obligatoria para los operadores que son parte del mismo. A esta posibilidad se refiere también el Considerando (6) 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):

“En los mercados en que aún persisten importantes diferencias de capacidad de negociación entre las empresas y en los que algunas empresas dependen de las infraestructuras que proporcionan otras para el suministro de sus servicios, conviene establecer un marco para garantizar un funcionamiento eficaz. (...)”

Los tres conflictos acumulados no se referían a la interpretación y ejecución de un acuerdo de interconexión, que no se había firmado, sino a sus condiciones, y en concreto, a los precios de terminación de llamadas en la red de Euskaltel, que eran el principal obstáculo para alcanzar dicho acuerdo. Por lo tanto, la resolución que en su seno debía dictar esta Comisión pasaba necesariamente por la fijación de un precio máximo vinculante para los operadores que eran parte en el conflicto.

Sin embargo, el principal reproche de la recurrente no es la falta de competencia de esta Comisión, sino su extralimitación a la hora de concretar las medidas que ponían fin al conflicto, pues entiende que vincular sus precios de terminación a los del resto de operadores, que sí que tienen obligaciones de control de precios mediante su orientación a costes, excede de las facultades previstas para la resolución de conflictos. En definitiva, Euskaltel considera (y también BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, en su escrito de alegaciones) que se le ha impuesto una obligación de control de precios mediante su orientación a costes (a los costes de su operador anfitrión).



Frente a ello, esta Comisión entiende que la consideración, aun a modo de referencia, de los precios intervenidos de otros operadores para fijar el de Euskaltel es un criterio válido en el momento de resolver los conflictos a que se refiere la resolución recurrida. Ello se entiende así porque la razonabilidad de los precios propuestos por los operadores en el curso de sus negociaciones exige su comparación con los ya existentes en el mercado. Es decir, un precio es razonable y proporcionado necesariamente por comparación con los precios aplicados por el resto de operadores. Lo contrario significaría obviar la realidad en que debe encuadrarse toda decisión del organismo regulador.

Tampoco debe pasarse por alto que la reducción progresiva, en consonancia con la senda de planeo de los operadores dominantes, es una consecuencia de lógica económica. De no ser así, el diferencial se incrementaría en términos porcentuales y absolutos, mientras que, por el contrario, es previsible un descenso de sus costes al alcanzar el operador entrante economías de escala. De esta manera, el hecho de que el precio acordado en el conflicto varíe en el tiempo no es sólo una consecuencia derivada de las obligaciones que tienen el resto de operadores declarados con poder significativos de mercado de confluir en un precio único, sino del efecto contrario a la competencia que supondría la aplicación no sólo asimétrica, sino creciente, de márgenes favorables a los nuevos entrantes en el mercado respecto de los ya establecidos en un mercado que debe primar la eficiencia.

La fijación de precios mayoristas a un operador que no ha sido declarado con poder significativo de mercado en la resolución que pone fin a un conflicto no es una novedad en la doctrina de esta Comisión. Así, la Resolución de 12 de diciembre de 2002 (RO 2002/7662), poniendo fin a un conflicto de interconexión planteado por Telefónica Móviles contra Retevisión Móvil, S.A., obligó a ésta a ofrecer una reducción de sus precios de interconexión.

La diferencia con el caso que nos ocupa es que en aquella ocasión el conflicto planteado era sobre la aplicación e interpretación del acuerdo general de interconexión (en adelante AGI) suscrito entre ambas, mientras que aquí el conflicto se plantea por la imposibilidad de alcanzar un acuerdo en algunos extremos del AGI. También en esa ocasión había una importante diferencia con el caso actual, pues no existía un marco plurianual de descenso de los precios de interconexión fijado para los operadores declarados con PSM. No obstante, el criterio allí sentado para mantener la facultad de esta Comisión ha de ser reproducido en esta ocasión, pues las alegaciones de Retevisión Móvil a lo largo del procedimiento se centraban en su falta de encuadre dentro de las funciones de resolución de conflictos que la norma sectorial le atribuía.



Mucho más reciente es la resolución de fecha 27 de septiembre de 2007, por la que se resuelve el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad Xfera Móviles, S.A. contra la resolución de fecha 7 de junio de 2007, sobre el conflicto de interconexión interpuesto por Telefónica Móviles España, S.A.U. contra Xfera Móviles, S.A. (AJ 2007/801). En esa ocasión, una de las recurrentes empleaba idénticos argumentos a los vertidos ahora por Euskaltel, al considerar que la imposición de un precio de terminación mayorista referenciado al del resto de operadores suponía la imposición de obligaciones regulatorias a un operador que no había sido declarado operador con PSM.

Los argumentos contenidos en los fundamentos de Derecho Primero y Segundo de aquella resolución, por la coincidencia de los argumentos combatidos y su cercanía en el tiempo, han de ser reproducidos en esta ocasión. En síntesis, allí se sostiene que entre las formas posibles de determinar la razonabilidad de un precio, su vinculación a las condiciones del mercado mediante su dependencia de la senda de planeo impuesta al resto de operadores presentes en el mercado mayorista de terminación de llamadas vocales es una referencia válida y adecuada a los principios que deben orientar su actividad reguladora (proporcionalidad, transparencia, objetividad y no discriminación), así como el de mínima intervención en las relaciones privadas entre operadores.

Esta posibilidad ha sido respaldada por la doctrina de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que en su Sentencia de fecha 31 de mayo de 2005, Fundamento QUINTO, recaída en un recurso contra la Resolución de 20 de julio de 2000 (expediente ME1999/990), establecía que, tratándose de un operador titular de una red pública de telecomunicaciones, y por lo tanto obligado *ex lege* a facilitar la interconexión, la Comisión del mercado de las Telecomunicaciones está facultada para determinar las condiciones en que ésta es razonable, resolviendo la falta de acuerdo sobre interconexión con una interpretación de los principios de no discriminación, transparencia, proporcionalidad y objetividad. De esta manera, cuando esta Comisión resuelve sobre la falta de acuerdo de interconexión entre operadores, ciñéndose al objeto fijado por ellos, sólo puede ser contraria al ordenamiento jurídico por su inadecuación a dichos principios, remitiéndose al análisis de su cumplimiento que más adelante se hará.

En efecto, el artículo supuestamente infringido establece que: *“Las obligaciones y condiciones que se impongan de conformidad con este capítulo serán objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias”*. Estando incluido dentro del mismo Capítulo III del Título II el artículo 14, que se refiere a la resolución de conflictos en materia de obligaciones de interconexión y



acceso, se concluye que dichos principios son aplicables tanto a la imposición de obligaciones a los operadores declarados con Poder Significativo de Mercado, como a la resolución de conflictos, facultando así a esta Comisión para dictar una resolución vinculante sobre sus extremos, y por lo tanto, a exigir a las partes una serie de obligaciones o conductas que aseguren el acceso y la interconexión a las redes en condiciones objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias. El respeto a estos principios será la medida de su adecuación a derecho. Por tanto, la imposición de obligaciones que pudieran guardar similitudes con las obligaciones específicas impuestas a los operadores declarados con PSM no es por sí misma contraria al ordenamiento, sino que es la recurrente la que tiene que demostrar su inadecuación sobre la base de los criterios citados.

SEGUNDO.- Incongruencia *extra petitum*

Euskaltel alega que la resolución recurrida es nula, o en su caso anulable, por incongruente, al haberse pronunciado sobre aspectos no deducidos de las pretensiones de los operadores que eran parte en el conflicto.

Tal y como argumenta la recurrente, el objeto de los conflictos de interconexión, en aplicación del principio de congruencia e intervención mínima, es, con carácter general, el que determinen las partes en el conflicto. Ahora bien, no es sólo la que lo plantea quien lo fija, sino que también las otras partes lo pueden modificar, ampliar o reducir en el sentido que se deduzca de sus alegaciones.

En este caso France Telecom, en respuesta al escrito de interposición de la recurrente, entendía que el objeto del conflicto debía de ser *“el precio a satisfacer a Euskaltel por terminar las llamadas en la numeración móvil que le ha sido asignada”*, añadiendo además que lo debería ser *“con referencia a los precios de interconexión con su operador de red u operador host conforme a la senda de evolución de precios fijada para su operador de red”*.

En el mismo sentido se expresa Telefónica de España, que entendía que los precios de terminación de Euskaltel debían referenciarse a la senda de evolución de su operador *host*, para evitar que el *premiun* sea creciente y desproporcionado.

Telefónica Móviles, por su parte, solicitaba también en su escrito inicial que se tuviese *“por ampliado el objeto del presente conflicto de interconexión”* y *“se dicte resolución acordando el precio de terminación en la red de Euskaltel que*



deberá ser satisfecho por TME a partir de la fecha de apertura efectiva de la interconexión entre ambas redes...”.

Por tanto, en todos los casos el conflicto se planteaba en términos más generales de los que ahora pretende Euskaltel, y la resolución recurrida, ateniéndose escrupulosamente al objeto así fijado por las partes, ha procedido, indudablemente, a acordar el precio de terminación en la red de la recurrente desde su interconexión física.

A mayor abundamiento, la propia Euskaltel incurre en una evidente contradicción al intentar variar el objeto de los conflictos, pues es sus escritos de interposición, de 13 de marzo de 2007, no hace referencia a ese límite temporal, sino que se limita a solicitar que se inste a los operadores frente a los que se establece el conflicto a aceptar un nivel de precios que cree razonable y a su aplicación desde la interconexión física de ambas redes, llegando a declarar incluso, literalmente, que *“el objeto del conflicto lo constituye la determinación de la cuantía o importe concreto en que debe consistir el precio de interconexión de Euskaltel”*. Sólo en su escrito de alegaciones en el trámite de audiencia, de fecha 13 de junio de 2005, y de forma extemporánea, hace referencia a su pretensión de que la resolución del conflicto tenga una duración temporal reducida de un año.

La imposición de un marco temporal más amplio, que alcanzará hasta la imposición de obligaciones regulatorias tras ser declarado, en su caso, Euskaltel operador con PSM, tiene, además, la pretensión de dotar a la regulación de mayor estabilidad, evitando así la constante conflictividad a que llevaría una solución temporal y la reproducción de conflictos para determinar los precios de terminación para nuevos periodos. Con la fijación de un marco plurianual se pretende evitar que el resto de operadores acuda a esta Comisión para obtener de la recurrente las rebajas oportunas en consonancia con las propias, como consecuencia de la aplicación de sus respectivas sendas de planeo y el descenso previsto en cada hito.

TERCERO.- Sobre la supuesta discriminación hacia TESAU y TME.

En lo que respecta al recurso presentado por TME, se alega que la fijación de un precio diferente para el mismo servicio mayorista en función del operador que lo contrata sería contrario a los principios de no discriminación y objetividad, impuestos en el artículo 11.5 de la LGTel y aplicables, como se ha expuesto más arriba, a la resolución vinculante de conflictos en materia de interconexión y acceso. En el mismo sentido se han pronunciado otros operadores, como TESAU, BT España o Euskaltel.



Este hecho le supondría, según la recurrente, un perjuicio, pues empeoraría su situación competitiva respecto a France Telecom, con menores precios de terminación en la misma red. La situación generaría un perjuicio a corto plazo para los clientes de TESAU y TME si éstas se vieran obligadas a trasladar ese mayor precio mayorista a sus precios minoristas.

Alega también que la diferenciación entre operadores sería una decisión injustificada de esta Comisión, pues tanto en las negociaciones previas como en los respectivos conflictos, Euskaltel ofreció a todos un precio único, oponiéndose a la fijación de precios diferentes, como consta en su escrito de alegaciones a los recursos de Vodafone y TME tramitados en este expediente, con entrada en esta Comisión el día 23 de octubre de 2007.

Otra serie de consecuencias perjudiciales de la medida acordada por esta Comisión sería, según TME, la dificultad para, en el futuro, alcanzar acuerdos de interconexión, puesto que los operadores sostendrán posturas intransigentes para evitar quedar en situación de desventaja respecto de otros, condenando así a toda negociación a terminar en conflicto.

Finalmente, como reconoce también la propia Euskaltel en su escrito de alegaciones a los recursos de TME y Vodafone, el hecho de fijar dos precios de terminación en la red móvil de Euskaltel provocaría que los operadores con mayor precio de terminación hicieran tránsito a través de la red de France Telecom para beneficiarse de sus menores precios.

Como punto de partida para el análisis de los anteriores motivos, ha de tenerse en cuenta que la resolución recurrida ha sido dictada en el marco de varios conflictos de interconexión, como ya se ha expuesto, en los que la Comisión debe imponer a las partes una solución. Los conflictos de interconexión entre operadores que no se refieren a la interpretación y ejecución de un acuerdo de interconexión, sino a los términos del propio acuerdo, se caracterizan porque un operador pretende ostentar frente a otro un derecho que le legitima para imponer ciertas condiciones en sus negociaciones. Como norma general, los acuerdos de interconexión se negocian individualmente por los operadores. Así pues, la intervención de la Comisión en la fase de negociación de sus acuerdos tiene por objeto sustituir y completar la voluntad de los operadores incapaces de concretar algún extremo de los mismos, pues es cierto que un operador como Euskaltel, sin obligaciones regulatorias de control de precios o no discriminación, tiene libertad para proponer sus precios, pero también que el resto de operadores la tiene para no aceptarlos.



Se da la circunstancia de que las condiciones en las que un operador presta interconexión a otro no tienen que ser las mismas (si bien es frecuente la inclusión de cláusulas que igualan las mejores condiciones que pudieran aplicar a otros operadores), pues se trata de negociaciones que entran dentro de la esfera privada de los operadores y de la autonomía de su voluntad.

Desde este punto de vista, la adopción de soluciones divergentes para conflictos con igual objeto por parte de esta Comisión no es *per se* una medida discriminatoria, pues los presupuestos para su adopción no tienen por qué ser coincidentes. El hecho de que se acumulasen varios conflictos en el mismo procedimiento no empece la consideración separada de hechos que no son comunes a todas las partes en conflicto, tales como las posturas en sus negociaciones pre-contractuales o las condiciones en las que cada operador está dispuesto a asumir la prestación del servicio. Tampoco, al contrario de lo que alega TME, es la primera vez que esta Comisión ha acordado condiciones económicas diferentes para operadores distintos en la resolución de conflictos de acceso relativos a precios de terminación¹.

A mayor abundamiento hay que incidir en que la propia resolución recurrida se justifica la medida combatida por TME por la aplicación del principio de mínima intervención que preside la resolución de conflictos de interconexión entre operadores, de forma que pagasen por la terminación de llamadas en la red de Euskaltel el precio que en sus negociaciones previas estuviera dispuesta a aceptar. Así, TME y TESAU estaban dispuestas a conceder un cierto reconocimiento al esfuerzo inversor de Euskaltel, aceptando un margen sobre el precio de terminación de su operador anfitrión (o del operador de red con menores precios, en el caso de TME), con convergencia en abril de 2009. Por su parte, France Telecom no estaba dispuesta a reconocer un sobreprecio a los OMV completos, y menos aún a Euskaltel, operador que hasta el año 2006 ha actuado como revendedor de sus servicios de telefonía móvil en el País Vasco.

En las negociaciones entre operadores debe primar la libertad de pactos. Ello explica, por un lado, que la intervención de esta Comisión tenga un carácter subsidiario, y sólo se producirá cuando aquéllas fracasasen. También así se entiende la inexistencia de restricciones a la hora de negociar sus acuerdos que el artículo 11.3 de la LGTel establece.

El principio de intervención mínima es una manifestación del principio de proporcionalidad, que modera la intervención administrativa en relación con el

¹ En sendas resoluciones de 12 de diciembre de 2002 (expedientes RO 2002/7662 y RO 2002/7397), la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones acordó diferentes reducciones del precio de terminación que Retevisión Móvil, S.A. podía cobrar a TME y Vodafone respectivamente.



fin perseguido y exige la opción por la alternativa igual de eficaz menos restrictiva a la libertad de los administrados. La proporcionalidad es, en este sentido, un principio supeditado a la eficacia de la acción administrativa.

Por su parte, el principio de objetividad en la actuación de las administraciones públicas, recogido en el artículo 3.1 de la LRJAP y PAC, encierra en sí dos principios que son: el principio de neutralidad, que hace referencia al deber de la administración pública de evaluar los intereses públicos y los intereses privados libremente, sin influencias o preferencias (imparcialidad en abstracto); y el principio de imparcialidad, que hace referencia al deber de sus funcionarios y el personal a su servicio de tratar todos los ciudadanos en el mismo modo, sin prejuicios y sin favores (imparcialidad en concreto, que se funda sobre el principio de igualdad, Art. 14 de la Constitución Española). La suficiente motivación de la resolución recurrida, aun cuando no se comparta, habría de servir para descartar todo atisbo de preferencia hacia unos operadores u otros o imparcialidad por parte de esta Comisión.

En cuanto al principio de no discriminación, ha de coincidir con las oportunas referencias contenidas en el recurso de TME: es discriminatorio el trato desigual sin justificación razonable y objetiva según criterios generalmente aceptados y la aplicación de medidas distintas a supuestos de hecho que carecen de diferenciación objetiva. En el caso que nos ocupa, el trato desigual está fundamentado en la diferente manera en que los operadores afrontaron sus negociaciones con Euskaltel, y por eso, siendo el criterio empleado en la resolución el mismo (el precio de menor cuantía que hubieran estado dispuestos a reconocer), la solución es divergente.

Una de las razones fundamentales en que la resolución recurrida justifica el empleo de este criterio es la insuficiencia de las herramientas habitualmente empleadas por esta Comisión en este tipo de conflictos de interconexión. A continuación, se explican los criterios empleados para analizar la razonabilidad de las propuestas planteadas por las partes, a saber: la magnitud de los costes añadidos por la inserción de la red de Euskaltel y la ineficiencia de la inserción de la red del OMV.

En lo que se refiere a los costes soportados por el operador entrante, se consideró que sólo una parte de estas inversiones serían imputables a la terminación. En lo que se refiere al traslado de los costes adicionales de la inserción de la red de conmutación del OMV, la resolución recurrida sostuvo que debía ser este operador y su anfitrión los que debían soportar esos costes.



Idénticos criterios son los mantenidos en la reciente Resolución de esta Comisión de 25 de octubre de 2007², donde se considera conveniente que los precios mayoristas de los OMVs completos sean los mismos que los de su operador de red. Esta conclusión se alcanza, en síntesis, al considerar que las inversiones acometidas por un operador como Euskaltel no son imputables en su totalidad a servicios de terminación, pues es un operador de red fija consolidado en el mercado, y por lo tanto, está en disposición de utilizar los mismos elementos de sus redes de transmisión para las llamadas dirigidas a sus clientes de telefonía móvil, disfrutando de esta manera de economías de alcance que reducen sus costes por inversiones adicionales.

Tampoco debe pasarse por alto que en la decisión de un operador de convertirse en un OMV completo en lugar de un mero revendedor, deben pesar aspectos como el valor añadido a su negocio, y por lo tanto, en la consecución de otros objetivos, como la obtención de sinergias o mayores economías de escala.

Tal y como TME señala, la práctica de otros reguladores comunitarios es igualar el precio de terminación del OMV al de su operador anfitrión. Tal es el caso de Austria³ y Holanda. Por su parte, la Comisión Europea se pronuncia a favor del mantenimiento de precios de terminación simétricos, pero no excluye la asimetría en casos justificados, como la diferencia objetiva de los costes de red o la diferencia sustancial de fecha de entrada en el mercado⁴.

Esta Comisión también se ha pronunciado a favor de la simetría en precios de terminación, con la posibilidad de reconocer excepciones temporales, como en la Resolución de fecha 4 de octubre de 2007 (AEM 2007/103). En caso contrario, se permitiría al operador monopolista (en este caso, Euskaltel en la terminación de su red) fijar un precio excesivo para sus llamadas móviles *off-net*, lo que supondría una práctica discriminatoria por tratarse de la aplicación de condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a empresas que

² Resolución por la que se acuerda notificar a la Comisión Europea y a las autoridades nacionales de reglamentación el proyecto de medida relativo a la definición y análisis de los mercados de terminación de llamadas vocales en las redes móviles individuales de los operadores móviles virtuales completos, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, iniciar el correspondiente procedimiento y proceder a la apertura del trámite de consulta pública.

³ Case AT/2005/0236: voice call terminations on individual mobile networks.

⁴ Caso ES/2007/0654: terminación de llamadas vocales en al red móvil individual de Xfera Móviles S.A. en España. Observaciones con arreglo al artículo 7.3 de la Directiva 2002/21/CE, Pág. 4 y Case IT/2007/0659: Remedies relating to the market for voice call termination on individual mobile networks in Italy. Comments pursuant to Article 7(3) of Directive 2002/21/EC, Pág. 3:



prestan servicios equivalentes a los propios, y una distorsión de los mecanismos de fijación de precios por el mercado.

Todo ello lleva a concluir que, para esta Comisión, es razonable que Euskaltel cobre por las llamadas que terminan en su red, el mismo precio de su operador anfitrión.

La opción por un precio de terminación máximo en la red Euskaltel igual al de su operador *host* plantea la necesidad de decidir si ese precio es razonable en el caso de la otra recurrente.

Para ello, debe tomarse como punto de partida que, como se viene insistentemente recordando a lo largo de esta resolución, nos encontramos ante la resolución de un conflicto de interconexión (de hecho, ante tres), y por lo tanto, en atención al principio de congruencia, la resolución de esta Comisión debería ceñirse al estricto objeto del conflicto. Es un hecho aceptado por las partes que tanto TESAU como TME reconocían en sus negociaciones previas la posibilidad de reconocer un *premiun* para los precios de terminación de Euskaltel, y, por lo tanto, el precio que esta Comisión debe acordar habría de situarse entre el máximo precio pretendido por Euskaltel y el mínimo que cada operador ha estado dispuesto a reconocer. De acordar un margen del 0% sobre su *host*, no sólo se estaría adoptando una solución ajena a las pretensiones iniciales de las partes del conflicto, sino que se empeoraría la situación inicial de Euskaltel, algo que prohíbe expresamente el artículo 89.2 de la LRJAP y PAC.

No ocurre así en lo que se refiere al otro operador, France Telecom, siendo el intervalo del conflicto más amplio, pues su límite interior es el 0% sobre su anfitrión, cualquier solución intermedia que sea razonable estaría amparada por las facultades de esta Comisión y comprendida en los términos del mismo.

Tampoco se ha de pasar por alto el hecho de que TESAU y TME esté aplicando mayores tarifas minoristas a sus usuarios a sus llamadas con destino a abonados de Euskaltel desde prácticamente la interconexión física de ambas redes y justificando esta práctica en el mayor coste de interconexión. Es razonable creer, además, que dichas tarifas descuentan un *mark-up* muy superior, pues coinciden con las aplicadas a las que terminan en la red de Xfera, con un *mark up* reconocido muy superior. Por eso, de no proceder al reconocimiento de cierto margen a Euskaltel, se estaría beneficiando económicamente a ambos operadores, pues, si finalmente no hubiera un sobrecoste para esas llamadas, nada justificaría la discriminación en sus tarifas



subvencionada por sus usuarios, pero con posibles efectos perjudiciales para Euskaltel⁵.

Por lo tanto, y en aplicación del mismo criterio empleado en la resolución recurrida de considerar razonable aquel precio que las partes libremente estaban dispuestas a reconocer, se considera que el *mark up* del 15% constante sobre el precio de su operador de red anfitrión es un precio máximo razonable para la terminación de las llamadas vocales de TME y TESAU en la red de Euskaltel.

Por último, esta Comisión no considera que el anterior criterio sea contradictorio con el expuesto en la citada Resolución de 25 de octubre de 2007. Ello, precisamente, por la diferente naturaleza de ambos procedimientos, y por las limitaciones señaladas que, en este caso, afectan al objeto del procedimiento. En efecto, si esta Comisión no hubiera estado condicionada por los términos del conflicto, hubiera podido aplicar el criterio que allí se expone, pero viéndose obligada a fijar un precio comprendido en el conflicto, ha de optar por el precio máximo que TME estaba dispuesta a reconocer (en este caso, será un precio superior, pues TME solicitaba que el *mark up* se referenciase al operador de red con precios más bajos, pero dentro de los términos del conflicto).

Se trata, en definitiva, de separar claramente ambos procedimientos, pues sus diferencias procedimentales, el alcance de las facultades de esta Comisión, los intereses tutelados y los principios que deben presidir su resolución son en cierta medida distintos, y explican por qué su criterio decisorio puede ser divergente pero no contradictorio.

La eficacia temporal de esta Resolución, por otra parte, estará acotada entre la efectiva interconexión física de las respectivas redes y, en su caso, la declaración de Euskaltel como operador con PSM y la imposición de las correspondientes obligaciones de control de precios, entre otras. Todo ello sin perjuicio de que, al ser el *mark up* constante, su precio medio máximo se reducirá en cada hito de la senda de planeo impuesta a su operador de red anfitrión en las Resoluciones de 28 de septiembre de 2006.

⁵ Desde el punto de vista del usuario llamante, los factores a considerar serían, por un lado, el gasto asociado al consumo de dicho servicio, y por otro, el nivel de información.



CUARTO.- Acerca de pretensión de Vodafone de calcular el posible margen sobre el precio medio máximo del mercado.

Vodafone fue declarada interesada en el procedimiento por resolución delegada del Secretario de esta Comisión de fecha 16 de abril de 2007, y por lo tanto, en virtud del artículo 107 de la LRJAP y PAC, tiene legitimación activa para recurrir la resolución de constante referencia, pese a que se refiere a un conflicto entre operadores en el que no es parte. Es, por tanto un operador interesado y por lo tanto legitimado para intervenir en el procedimiento, pero no para iniciarlo.

La condición de interesado en un conflicto de interconexión entre terceros no permite determinar el objeto del conflicto, facultad exclusiva de los operadores que son parte en el mismo, sino que se limita a la posibilidad de alegar sobre lo ya fijado, actuando como coadyuvante en la posición de uno de ellos. Los términos del conflicto, tal y como fueron planteados por sus partes, se referían a un diferencial respecto de los precios del operador anfitrión de Euskaltel, o del operador con precios más bajos (en el caso de TME). En ningún caso los operadores que eran parte en los respectivos conflictos plantearon que el *mark-up* debía referenciarse al precio medio de los distintos operadores con red de acceso, y, por lo tanto, la introducción de esta posibilidad supondría la modificación de los términos del conflicto, lo que podría suponer que un tercer operador interviniera en las relaciones privadas de otros dos. Por este mismo motivo, debe desestimarse en vía de recurso la pretensión de Vodafone.

No obstante, existen motivos fundados, como se explica detenidamente en la resolución recurrida, que aconsejan la desestimación sobre el fondo de la solución propuesta por Vodafone. La vinculación del precio de Euskaltel, como OMV completo, al de su operador anfitrión, en lugar del precio medio ponderado de la totalidad de operadores en el mercado, a la que se opone Vodafone en su recurso y Cableuropa S.A.U. y Tenaria S.A. en sus alegaciones, fue justificado en la resolución recurrida en base al limitado impacto que suponía la diferencia de precios de terminación entre operadores OMR en su elección por parte de los OMVs entrantes.

El principal temor de la recurrente es que podrían producirse distorsiones en el mercado, pues los operadores con mayor precio encontrarán una ventaja competitiva que atraería a nuevos OMVs completos entrantes. Vodafone cuantifica (sin acreditarlo) en un 15% los ingresos de un OMV que obtendría de hospedarse en la red del operador con precios más altos, porcentaje significativo que condicionaría decisivamente su decisión comercial.



Sin embargo, el motivo por el cual el diferencial de ingresos no fue considerado por esta Comisión como *“suficientemente representativo como para producir una distorsión en el mercado”* es la evolución de los precios de terminación a que se ven sometidos los operadores que pueden actuar como anfitriones de OMVs entrantes. Así, desde el 16 de octubre de 2007, en cumplimiento con lo previsto en la senda de planeo aprobada por la Resolución de fecha 28 de septiembre de 2006 (Expediente 2006/726), el precio de terminación en la red de Orange es un 6,33 % superior al de TME, y sólo un 4,89% por ciento superior al de Vodafone. Seis meses más tarde, con el nuevo hito, esta diferencia se irá reduciendo hasta su convergencia definitiva en abril de 2009. Por tanto, esa ventaja no muy importante cuantitativamente, y sin solución de continuidad, difícilmente será el factor determinante para que un nuevo operador entrante elija su operador de red, sino que deberá primar otros aspectos, tales como las condiciones técnicas, los compromisos de calidad, etc.

Tampoco debe pasarse por alto que Vodafone considere el precio de Xfera para calcular ese porcentaje del 15% que irremediablemente determinaría que los nuevos OMVs entrantes apostaran por el operador de red con precios de terminación el 50% más altos. Ello porque Xfera, en este momento, y debido a su situación de incipiente despliegue, es técnicamente incapaz de operar como operador *host* de un OMV, viéndose obligada ella misma a suscribir un acuerdo de itinerancia nacional con la recurrente. Así, las diferencias del 50% en los precios de terminación a las que aluden en su recurso lo son con ese operador (Xfera), no con los otros tres que sí pueden ser operadores anfitriones de nuevos OMVs. Por tanto, aunque su precio de terminación (sujeto también a una senda de planeo con convergencia en abril de 2009, y por lo tanto mucho más agresiva) pudiese resultar temporalmente atractivo, difícilmente un OMV completo podría elegirle como operador anfitrión.

Por último, en el momento actual, y dado el limitado volumen de tráfico finalizado en la red de Xfera, la influencia en el precio medio ponderado sería mínima.

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



RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar los recursos de Telefónica Móviles, S.L, de Euskaltel, S.A. y de Vodafone España, S.A. contra la Resolución de esta Comisión de fecha 26 de julio de 2007, sobre el conflicto de interconexión interpuesto por Telefónica de España, S.A.U., contra Euskaltel, S.A., confirmándola íntegramente.

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.

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.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Reinaldo Rodríguez Illera

Ignacio Redondo Andreu