



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

CERTIFICA:

Que en la Sesión nº 37/07 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 15 de noviembre de 2007, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en relación con el Expediente RO 2004/1810, se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN EN VIRTUD DE LA CUAL SE PROCEDE A DECLARAR CONCLUSO, POR DESISTIMIENTO DEL SOLICITANTE, EL CONFLICTO DE ACCESO FORMULADO POR TELE2 TELECOMMUNICATION SERVICES, S.L. FRENTE A TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A., EN RELACIÓN CON EL ACCESO A LA RED DE ESTA ÚLTIMA PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS POR LA PRIMERA COMO OPERADOR MÓVIL VIRTUAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 16 de noviembre de 2004, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de D. Jean Donadieu de Lavit, en nombre y representación de la entidad TELE2 TELECOMMUNICATION SERVICES, S.L. (en adelante, "Tele2"), por el que solicita la intervención de esta Comisión en virtud del artículo 48.3, letras d) y e) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en lo sucesivo, "LGTel"), en relación con el conflicto de acceso suscitado frente a TELEFONICA MOVILES ESPAÑA, S.A., sociedad unipersonal (en adelante, "TME") con motivo de la solicitud de Tele2 de acceso a la red de TME, con fines de itinerancia nacional, para la prestación de servicios de operador móvil virtual por parte de Tele2.

Tele2 solicitaba que se iniciara el correspondiente expediente administrativo dentro del cual se acordase:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1. Estimar su petición y obligar a TME a prestar y garantizar sin restricción alguna el acceso a su red, para la prestación por parte de Tele2 de servicios como operador móvil virtual.
2. Obligar a TME a la firma de un acuerdo de acceso o acuerdo de itinerancia nacional, donde se recogieran las condiciones técnicas y económicas necesarias para ejercer la provisión del acceso mencionado en el apartado anterior.

En particular, requería a la Comisión que acordara un modelo de contrato que constituyera un acuerdo de mínimos.

Tele2 fundamentaba su solicitud de intervención en las siguientes consideraciones:

1. Tele2 estaba autorizada para la prestación del servicio telefónico móvil disponible al público, mediante la utilización de un conjunto de medios de conmutación y transmisión y sin asumir para ello los derechos y las obligaciones propias de los operadores de red en relación con el establecimiento o explotación de la red (objeto de la antigua licencia individual A2; en adelante, operador móvil virtual u OMV Completo, como se denomina en la actualidad).
2. Tele2 no ha podido iniciar la prestación del servicio para el que está habilitada ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo con los operadores móviles titulares de redes de acceso ("OMR").
3. Tele2 solicitaba un acuerdo de acceso (acceso especial) a la red móvil de TME, con fines de itinerancia nacional.
4. TME era un operador con la condición de dominante en el mercado de interconexión y como tal tenía una serie de obligaciones, entre las que se encuentra la de facilitar el acceso a su red, en este caso para servicios de OMV.
5. Los operadores dominantes estaban obligados a permitir el acceso a sus redes de conformidad con lo establecido en el artículo 7.1 del Reglamento que desarrolla el Título II de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, en lo relativo a la interconexión y al acceso a las redes públicas y a la numeración, aprobado por Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio (en adelante, "Reglamento de Interconexión"), en vigor transitoriamente hasta que se desarrollase el Título II de la LGTel, de conformidad con lo



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

establecido en la Disposición transitoria primera (apartado 3) de la LGTel¹. Por tanto, TME estaba obligada, debido a su consideración como operador dominante, a negociar con Tele2 e implantar un acuerdo de OMV en condiciones de objetividad, transparencia, proporcionalidad y no discriminación.

6. Es posible que todos o alguno de los tres operadores del servicio de telefonía móvil disponible al público que disponen de red de acceso radioeléctrica mantuvieran, con la aplicación del nuevo marco regulador, su condición de dominantes en el mercado de acceso y originación de llamadas (individual o conjuntamente). En consecuencia, Tele2 instaba a la Comisión a valorar si la negativa a contratar que sufría Tele2 era fruto de un acuerdo horizontal entre dichos operadores, solicitando principalmente que se examinara si, desde el punto de vista regulatorio, la obligación de acceso debía ser impuesta a todos los operadores móviles de red en atención a esta posición en el mercado que se manifestaba en la negativa a contratar.
7. Los hechos descritos constituían una denegación de acceso a Tele2 por parte de TME, que infringía la regulación vigente en la materia. En particular, se infringía el artículo 7 del Reglamento de Interconexión y la Resolución de esta Comisión de 11 de septiembre de 2003².
8. De conformidad con lo anterior, Tele2 entendía que esta Comisión debía garantizar que las condiciones en las que se ofrezca el acceso por parte de TME sean objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias y que el precio ofrecido fuera análogo al que virtualmente TME ofrecería como precio del servicio mayorista de red de acceso a sus propias unidades comerciales para la formación de los servicios que finalmente se comercializasen en el mercado minorista.

Segundo.- Con fecha 24 de noviembre de 2004, mediante sendos escritos firmados por el Secretario de la Comisión, y en cumplimiento de lo establecido en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo, "LRJPAC"), se comunicó a los interesados, Tele2 y TME, que había quedado iniciado expediente administrativo para la resolución del conflicto de acceso planteado por la primera de estas entidades.

Tercero.- Por lo que se refiere a la solicitud de declaración de confidencialidad

¹ El Reglamento de Interconexión estaba en vigor en el momento de presentarse la denuncia y fue derogado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, que aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración.

² Resolución sobre los operadores que, a los efectos de lo previsto en la ley general de telecomunicaciones, tienen la consideración de dominantes en los mercados de servicios de redes y servicios de telefonía fija, alquiler de circuitos, telefonía móvil automática y servicios de interconexión (OM 2003/465).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

instada por Tele2 en su escrito de interposición del conflicto, mediante acuerdo de 25 de noviembre de 2004, se determinó que esta Comisión:

“Primero.- Estima parcialmente la solicitud de confidencialidad y declara la confidencialidad de la información vertida en el último párrafo de la página 28, con respecto a todos los posibles interesados en el presente procedimiento, por considerarse afectada por el secreto comercial o industrial.

Segundo.- Estima parcialmente la solicitud de confidencialidad y declara la confidencialidad de la información vertida en el apartado quinto de los hechos y el documento contenido en los Anexos 5 a 12, ambos inclusive, con respecto a los interesados en el expediente distintos a TME.

Tercero.- Desestima la solicitud de confidencialidad del resto de la información contenida en el escrito presentado por TELE2 y sus Anexos de modo que se declara la no confidencialidad de la misma por no considerarse afectada por el secreto comercial o industrial.”

Cuarto.- Con fecha 21 de enero de 2005, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión, escrito de TME por el que solicitaba que se resolviera el conflicto formulado por Tele2 desestimándose la pretensión de dicha entidad por ser absolutamente infundada y no ajustada a derecho.

En síntesis, TME fundaba su solicitud en las siguientes alegaciones:

1. Tele2 pretendía de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la aplicación de normas ya derogadas actuando en frontal contradicción con las previsiones y exigencias del Derecho comunitario aplicable y nacional ya vigente, lo cual constituía un abuso de derecho.
2. No era compatible con el nuevo marco regulador de las comunicaciones electrónicas el reconocimiento de derechos a Tele2 sobre la base de una normativa ya derogada. La intervención solicitada resultaría, más aun, contradictoria o, al menos, prejuzgaría las decisiones que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones debe tomar en aplicación del nuevo marco comunitario. En este sentido, TME alegaba la necesidad de aplicar el régimen transitorio de manera compatible con lo prescrito por este nuevo marco.
3. El acceso solicitado por Tele2 no podía calificarse como acceso especial. El marco regulatorio anterior no establecía una identificación entre la obligación de ofrecer acceso especial y la utilización de la infraestructura de acceso radioeléctrico de las redes de los operadores móviles que se sometía únicamente al acuerdo voluntario de las partes.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

4. Las medidas solicitadas tendrían que ser analizadas en el marco del procedimiento de definición, análisis e imposición de obligaciones regulatorias que se estaba tramitando por esta Comisión en aplicación del nuevo marco. En cualquier caso, no existían fallos en el mercado de acceso y originación de llamadas que justificaran la imposición de una obligación de ofrecer el acceso solicitado.
5. TME no estaba llevando a cabo ninguna conducta concertada con Vodafone España, S.A. y Retevisión Móvil, S.A. (actualmente, France Telecom España, S.A.), sino que era el primer interesado en alcanzar acuerdos que le permitieran adelantar a sus competidores y que fueran beneficiosos para ambas partes, y, por otro lado, Tele2 no aportó una propuesta que reportara beneficio ni ventaja alguna a TME en las negociaciones celebradas.

Quinto.- Con fecha 23 de julio de 2007, los Servicios de la Comisión han emitido informe en el presente procedimiento, siéndole el mismo notificado a las partes el día 3 de agosto del presente año, y otorgándoseles un plazo de diez días hábiles para que formularan las alegaciones que consideraran oportunas.

Sexto.- En fecha 10 de agosto del presente año, tuvo entrada escrito de alegaciones de TME, en el que solicitaba el archivo del expediente, mostrando su conformidad con el informe de los Servicios.

Por su parte, Tele2 no ha formulado alegaciones en el trámite de audiencia.

Séptimo.- Tras un requerimiento formulado por esta Comisión a Tele2, en fecha 22 de octubre del año en curso, sobre el estado actual de la controversia existente entre los interesados de la que se conoce en el presente procedimiento, en fecha 7 de noviembre de 2007 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Tele2 por el que desiste de su solicitud, dado que las circunstancias regulatorias, jurídicas, internas, comerciales y de mercado han variado, solicitando que se proceda al archivo del expediente de referencia.

Octavo.- Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 9 de noviembre de 2007 y a los efectos de lo dispuesto en el artículo 91.2 de la LRJPAC, se ha dado traslado a TME del desistimiento instado por Tele2, a fin de que manifieste lo que a su derecho interese.

En virtud de escrito de fecha 12 de noviembre del presente año, TME ha mostrado su conformidad con el desistimiento formulado por Tele2 y con las apreciaciones realizadas tanto por esta última como por esta Comisión en su



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

informe de 23 de julio del año en curso y solicita el archivo de las actuaciones del presente expediente RO 2004/1810.

A los anteriores antecedentes de hecho les son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Habilitación competencial.

La LGTel, en su artículo 48.2, señala que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto, entre otras cuestiones, el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y la resolución de los conflictos entre operadores. Dichas competencias generales se concretan en la habilitación competencial de esta Comisión para actuar en esta materia, recogida en el apartado 3. letra d) del mismo artículo, que establece que es función de esta Comisión la resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre operadores en materia de acceso o interconexión.

El artículo 11.4 de la LGTel establece que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 del mismo texto legal.

Asimismo, el artículo 14 de la LGTel establece que será la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones quien conozca de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de la propia Ley y de sus normas de desarrollo.

Segundo.- Desistimiento del solicitante.

De conformidad con el artículo 87.1 de la LRJPAC, *“pondrán fin al procedimiento la resolución, el desistimiento, la renuncia al derecho en que se funde la solicitud, cuando tal renuncia no esté prohibida por el Ordenamiento Jurídico, y la declaración de caducidad”*.

Los artículos 90 y 91 del mismo texto legal regulan el ejercicio, medios y efectos del derecho de desistimiento. Conforme al artículo 90, *“todo interesado podrá desistir de su solicitud o, cuando ello no esté prohibido por el Ordenamiento Jurídico, renunciar a sus derechos”*.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otra parte, el artículo 91 de la LRJPAC prevé lo siguiente:

“1. Tanto el desistimiento como la renuncia podrán hacerse por cualquier medio que permita su constancia.

2. La Administración aceptará de plano el desistimiento o la renuncia y declarará concluido el procedimiento salvo que, habiéndose personado en el mismo terceros interesados, instasen éstos su continuación en el plazo de diez días desde que fueron notificados del desistimiento. (...)”

Al amparo de tales preceptos, Tele2 ha ejercido su derecho de desistimiento mediante escrito presentado el pasado día 7 de noviembre de 2007, siendo el mismo adecuado a los efectos del apartado 1 del artículo 91 anterior, toda vez que deja constancia efectiva de su voluntad de desistir.

Por otra parte, TME no se ha opuesto al ejercicio de tal derecho de desistimiento, de conformidad con el artículo 91.2 de la LRJPAC, por lo que esta Comisión debe aceptar de plano el citado desistimiento, al no encontrarse la cuestión suscitada en el presente procedimiento entre los supuestos del apartado 3 del mismo artículo 91, esto es, la misma no entraña *“interés general [o es] conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento”*, por lo que no procede dictar resolución.

Conforme a los anteriores hechos y fundamentos de derecho, esta Comisión

RESUELVE

ÚNICO. Aceptar el desistimiento presentado por TELE2 TELECOMMUNICATION SERVICES, S.L. en el procedimiento de referencia y, en consecuencia, declarar concluido el mismo, por no existir motivo alguno que justifique su continuación.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el artículo 23.2 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.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Ignacio Redondo Andreu

Reinaldo Rodríguez Illera