



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 número 34/09 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 15 de octubre de 2009, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

Resolución relativa al recurso de reposición interpuesto por France Telecom España, S.A. contra la Resolución de esta Comisión AEM 2009/967 de 29 de julio de 2009 por la que se aprueba la determinación de un glide path para la fijación de los precios de interconexión de terminación de voz en las redes móviles de los operadores declarados con poder significativo de mercado y se acuerda su notificación a la Comisión Europea (AJ 2009/1382).

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 18 de diciembre de 2008, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones adoptó la Resolución por la que se aprueba la definición y el análisis de los mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea. La citada Resolución fue publicada en el Boletín Oficial del Estado de 13 de enero de 2009.

SEGUNDO.- Con fecha 30 de abril de 2009, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución sobre la verificación de los resultados de la contabilidad de costes presentados por France Telecom España, S.A. (en adelante, ORANGE) referidos al ejercicio 2007.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con fecha 4 de junio de 2009, se aprobaron las Resoluciones de esta Comisión sobre la verificación de los resultados de la contabilidad de costes presentados por Vodafone España, S.A. (en adelante, Vodafone) y Telefónica Móviles España, S.A.U. (en adelante, TME) referidos al ejercicio 2007 respectivamente.

TERCERO.- Con fecha 23 de junio de 2009, se acordó iniciar el procedimiento para la determinación de un *glide path* para la fijación de los precios de interconexión de terminación de voz en las redes móviles de los operadores declarados con poder significativo de mercado, así como la apertura del trámite de consulta pública.

En el escrito se detallaron las razones por las que se estimaba necesario acordar la aplicación al procedimiento en curso de la tramitación de urgencia prevista en el artículo 50 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), reduciéndose por tanto los plazos establecidos para el procedimiento ordinario a la mitad.

Mediante el mismo acto se acordó la notificación del Proyecto de Medida al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, al Ministerio de Economía y Hacienda, así como a la Comisión Europea y las Autoridades Nacionales de Reglamentación de los Estados miembros de la Unión Europea, para que en el plazo máximo de un mes, presentaran sus observaciones. El Proyecto de Medida fue notificado a la Comisión Europea el 23 de junio de 2009. El escrito fue publicado en el B.O.E. número 153 de 25 de junio de 2009.

CUARTO.- Tras tener lugar el trámite de consulta pública y después de haber efectuado la Comisión Europea sus observaciones al Proyecto de Medida notificado, mediante Resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 29 de julio de 2009 fue aprobada la determinación de un *glide path* para la fijación de los precios de interconexión de terminación de voz en las redes móviles de los operadores declarados con poder significativo de mercado, acordándose la notificación de la misma a la Comisión Europea.

Concretamente, en el Resuelve de la citada resolución fueron acordados los siguientes extremos:

“Primero. Fijar el precio del servicio de interconexión de terminación de voz en las redes de Telefónica Móviles España, S.A.U., Vodafone España, S.A., France Telecom España, S.A., Euskaltel, S.A., Cableuropa, S.A.U. y Tenaria, R Cable y Telecomunicaciones Galicia, S.A., E-Plus Móviles Virtuales España, S.L.U., Telecable de Asturias, S.A.U., BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A.U., Jazz Telecom, S.A.U., Best Spain Telecom, S.L. y Fonyou Telecom, S.L. a lo largo del periodo de regulación comprendido entre el 16 de octubre de 2009 y el 15 de abril de 2012, de acuerdo con la siguiente tabla (precios nominales únicos máximos, expresados en euros/minuto):



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

	octubre 09-abril 10	abril 10-octubre 10	octubre 10-abril 11	abril 11-octubre 11	octubre 11-abril 12
TME, Vodafone, Orange y OMVs completos	0,061270	0,055074	0,049505	0,044500	0,040000

Segundo. Fijar el precio del servicio de interconexión de terminación de voz en la red de Xfera Móviles, S.A. a lo largo del periodo de regulación comprendido entre el 16 de octubre de 2009 y el 15 de abril de 2012, de acuerdo con la siguiente tabla (precios nominales únicos máximos, expresados en euros/minuto):

	octubre 09-abril 10	abril 10-octubre 10	octubre 10-abril 11	abril 11-octubre 11	octubre 11-abril 12
Xfera	0,091182	0,078372	0,067361	0,057898	0,0497634

Tercero. Los precios de interconexión aprobados serán ofrecidos por todos los operadores obligados a todos los operadores interconectados hasta el 11 de octubre de 2009 inclusive.

Si hasta las 24:00 horas del 15 de octubre el operador interconectado no manifiesta su oposición a los precios ofrecidos por los operadores obligados, se entenderá que el operador interconectado acepta los nuevos precios aprobados en la presente Resolución.

Los nuevos precios de interconexión de terminación entrarán en vigor a las 0:00 horas del día 16 de octubre, tanto si el operador interconectado los ha aceptado expresamente antes de la entrada en vigor como si antes de las 24:00 horas del día 15 de octubre el operador interconectado no se ha opuesto a los precios ofrecidos.

Los nuevos precios de interconexión de terminación en las distintas redes móviles obligadas modificarán sus Acuerdos Generales o Addenda vigentes con otros operadores. La modificación deberá formalizarse por escrito en el plazo de diez días hábiles desde la entrada en vigor de los nuevos precios.

El procedimiento aquí descrito será también aplicable a los distintos periodos de ajuste propuestos por la presente Resolución.

Cuarto. Comunicar a la Comisión Europea la determinación del glide path para la fijación de los precios de interconexión de terminación de voz en las redes móviles de los operadores declarados con poder significativo de mercado.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Quinto. Acordar la publicación del presente acto en el Boletín Oficial del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

Sexto. La presente Resolución surtirá efectos a partir de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.”

QUINTO.- El día 14 de agosto de 2009 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de fecha 10 de agosto de 2009, presentado por Don Julio Gómez Cobos en nombre y representación de France Telecom España SA, en virtud del cual presentaba recurso potestativo de reposición contra la Resolución de 29 de julio de 2009 citada en el antecedente anterior.

La entidad recurrente fundamenta su disconformidad con la Resolución impugnada sobre la base de las siguientes alegaciones:

1ª.- La Resolución recurrida es nula por vulnerar el principio de fomento de la competencia previsto en el apartado a) del artículo 3 de la Ley 32/2003 General de Telecomunicaciones en relación con el artículo 4 del Real Decreto 2296/2004, puesto que como consecuencia de la decisión adoptada por esta Comisión de no llevar a cabo un descenso rápido y agresivo de los precios de terminación para acercarlos a sus costes, Telefónica Móviles (en adelante TME) y Vodafone seguirán reteniendo una clara ventaja competitiva en detrimento de otros operadores de menor tamaño.

Deberían adoptarse medidas que permitieran incrementar el nivel de competencia en el sector, erradicando cualesquiera ventajas competitivas, como los excesivos márgenes de los que TME y Vodafone disponen con los nuevos precios. En cambio, la garantía de unos mayores márgenes para ambas compañías será directamente empleada en competir en el mercado minorista móvil con una ventaja de la que no disfrutará ningún otro competidor, empleando los pagos recibidos de otros operadores para financiar agresivas políticas comerciales inemulables por la competencia.

2ª.- La resolución recurrida es nula por falta de motivación suficiente, al no incluirse en la misma un análisis que contemple de forma conjunta los impactos negativos y positivos que pudiera suponer la adopción de una medida diferente a la finalmente adoptada y así poder valorar el efecto global en el mercado.

Por parte de la entidad recurrente se propuso la introducción de un set up en los precios de terminación a fin de minimizar los efectos negativos adicionales que sobre la entidad impugnante tendría la medida adoptada en la resolución impugnada. Dicha propuesta no fue objeto de análisis en la resolución de 29 de julio de 2009.

3ª.- La resolución impugnada es contraria a la Recomendación Europea 2009/396/CE de 7 de mayo de 2009 sobre el tratamiento normativo de las tarifas de terminación de la telefonía fija y móvil en la UE con relación al régimen específico de YOIGO (Xfera Móviles SA, en adelante XFERA). Dicha compañía disfrutaría durante al menos ocho años de unas condiciones asimétricas con respecto al resto de operadores, cuando en el apartado 10) de la citada Recomendación Europea se prevé un periodo máximo de únicamente cuatro años.

SEXTO.- Mediante escritos del Secretario de la Comisión de 3 de septiembre de 2009 se comunicó a ORANGE y al resto de interesados el inicio del correspondiente procedimiento de tramitación del recurso potestativo de reposición, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la LRJPAC, a tramitar bajo el número de expediente AJ 2009/1382.



SÉPTIMO.- El día 24 de septiembre de 2009 Cableuropa SA y Tenaria SA (en adelante ONO) presentaron un escrito de alegaciones de la misma fecha con relación al recurso interpuesto por ORANGE. En dichas alegaciones ONO señala que esta Comisión no debería aceptar la alegación efectuada en el punto segundo del recurso de ORANGE, relativa al impacto negativo que le supone la eliminación de la facturación del primer minuto y la imposición de un precio único. Y ello porque dichas medidas fueron introducidas en el marco de la Resolución de 18 de diciembre de 2008 (MTZ 2008/1193) sobre definición y análisis de los mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales¹ y no en la Resolución recurrida de 29 de julio de 2009.

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

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación.

El artículo 107.1 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones y los actos de trámite cualificados podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualesquiera 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 LRJPAC 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.

El 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 la LGTel, las Resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede calificar el escrito presentado por ORANGE como recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de esta Comisión de 29 de julio de 2009 (AEM 2009/967) por la que se aprueba la determinación de un glide path para la fijación de los precios de interconexión de terminación de voz en las redes móviles de los operadores declarados con poder significativo de mercado y se acuerda su notificación a la Comisión Europea, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC que prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos en reposición ante el mismo órgano que dictó el acto.

SEGUNDO.- Legitimación de la entidad que solicita la anulación.

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado para la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. A su vez, el artículo 31 de la misma Ley prevé que se consideran interesados en el procedimiento administrativo quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.

¹ Mercado número 7 de la Recomendación de la Comisión Europea 2007/879/CE de 17 de diciembre de 2007 relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (DOUE L 344 de 28.12.2007).



Considerando que el recurso de reposición ha sido presentado por ORANGE a través de Julio Gómez Cobos, que figura inscrito como apoderado en el registro de esta Comisión, y que ORANGE ha sido parte interesada en el procedimiento AEM 2009/967, origen de la resolución recurrida, ha de considerarse que el operador impugnante ostenta la condición de interesada en este procedimiento y que, por tanto, existe legitimación suficiente para interponer el recurso.

TERCERO.- Admisión a trámite.

El recurso de reposición interpuesto por ORANGE ha sido presentado mediante correo certificado de 11 de agosto de 2009. Habida cuenta de que la notificación de la Resolución de fecha 29 de julio de 2009 ahora recurrida se produjo el día 5 de agosto del mismo año, el recurso ha sido interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117.1 de la LRJPAC y cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la misma Ley, por lo que debe entenderse interpuesto en tiempo y forma, procediendo su admisión a trámite.

CUARTO.- Competencia y plazo para resolver

La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 117.2 de la LRJPAC, el recurso debe ser resuelto y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente al de su recepción. Tal y como prevé el artículo 43.2 de la misma Ley, en defecto de notificación en plazo de la resolución expresa el silencio administrativo tendrá efecto desestimatorio, sin perjuicio del deber de la Administración de resolver con posterioridad confirmando o no el sentido del silencio.

II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

PRIMERO.- Sobre la presunta nulidad de la resolución recurrida por vulneración de preceptos legales de rango superior en el ordenamiento jurídico al permitir el mantenimiento de determinadas ventajas competitivas para los operadores con mayor cuota de mercado.

La operadora recurrente abunda en la alegación ya planteada en su día al Proyecto de Medida acerca de la necesidad de mantener una mínima asimetría que permitiera paliar la situación de desventaja de ORANGE frente a sus dos principales rivales, derivada de unos mayores costes por el espectro empleado para la prestación de servicios. Este argumento habría sido rechazado reiteradamente, a juicio de ORANGE, sin contestar a su alegación consistente en la demostración efectuada en base al modelo *bottom-up* de ARCEP de que existe una diferencia objetiva en coste que no desaparecerá en tanto no se desmantele la red DCS y que no es reducible tampoco mediante un elevado incremento de la cuota de mercado de ORANGE.

Por ello, ORANGE solicita de nuevo en su recurso que se impongan unos precios de interconexión que al menos eviten garantizar un margen excesivamente alto para TME y VODAFONE. La operadora sostiene que los ingresos que pueden perder VODAFONE y TME tienen su origen precisamente en los pagos que ORANGE realiza mensualmente, pagos injustificados por estar fundados sobre márgenes excesivos y tráfico desequilibrados generados por las tarifas *on net* de estas empresas.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Para paliar esta situación, debería procederse, según el operador impugnante, a alcanzar el precio de 0,04 euros por minuto en un momento anterior a los dos años y medio que recoge la Resolución recurrida.

En primer lugar, debe señalarse que la Resolución recurrida de 29 de julio de 2009 tiene por objeto concretar una obligación impuesta en la anterior Resolución de 18 de diciembre de 2008 (MTZ 2008/1193) sobre definición y análisis de los mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales. Concretamente, en las páginas 46 y 48 de la Resolución de 18 de diciembre de 2008 se prevé que sean dictadas:

“Resolución sobre la fijación de los precios de interconexión de terminación móvil para TME, Vodafone y Orange antes del 30 de julio de 2009. Esta Resolución establecerá la duración y el precio objetivo de terminación al final del periodo de vigencia del nuevo glide-path, que sería el mismo para TME, Vodafone y Orange.

(...)

Resolución sobre la fijación del precio de interconexión de terminación móvil para Xfera antes del 30 de julio de 2009, en la que determinará la senda de reducción del margen actual con respecto al precio medio de terminación de TME, Vodafone y Orange, resultante del nuevo glide-path. Este precio de interconexión de terminación móvil, aprobado en julio de 2009, entrará en vigor a partir del 15 de octubre de 2009”

Así, constituyeron objeto de la resolución impugnada la duración, el precio y la propia senda de variación de los precios. Sin embargo, aspectos como los planteados ahora por la entidad recurrente, como la posibilidad de permitir una cierta asimetría entre operadores, ya había quedado expresamente descartada en la Resolución anterior de 18 de diciembre de 2008. De hecho, en esta Resolución sólo se aceptaba la posible asimetría de XFERA y en ningún caso la de los OMVs, cuyo precio debía ser el mismo que el de sus operadores anfitriones o el de ORANGE, que desde el mes de abril de 2009 ha alcanzado la simetría en precios con TME y VODAFONE.

En efecto, en la página 71 de la Resolución de 18 de diciembre de 2008 se declara que:

“Con la excepción de Orange, todos los operadores están de acuerdo con esta Comisión. A tenor de la experiencia y los problemas asociados al sistema actual basado en la flexibilidad absoluta en el diseño de una estructura tarifaria, no parece apropiado continuar con este sistema en el nuevo periodo regulatorio. Como el objetivo último de la regulación de precios es lograr que el ingreso medio por terminación que obtengan los operadores con PSM sea igual al valor fijado en cada hito regulatorio del glide-path no es imprescindible dotar de esta flexibilidad a los operadores móviles. En la estimación del coste de terminación, esta Comisión ya tiene en cuenta las diferencias en costes en las determinadas franjas horarias debido a los diferentes perfiles de demanda temporal y las estrategias de los operadores. Por tanto, no se acepta el argumento de Orange; la estructura tarifaria no debería permitir una asimetría en precios más allá de la que imponga los precios de terminación fijados en el glide-path.”

Y en la página 36 de la misma resolución de 18 de diciembre de 2008 se desestima una posible introducción de asimetría para los Operadores Móviles de Red (OMR), entre los cuales se halla la entidad recurrente, VODAFONE y TME:



“En respuesta a los comentarios de la CNC y las alegaciones Orange, esta Comisión desarrollan en profundidad, en el Anexo 2, los argumentos por los que la simetría entre los OMRs incumbentes debe mantenerse. Resumiendo, estos argumentos serían los siguientes:

- Se adopta el enfoque de las Resoluciones del glide-path, bajo el cual, el precio de terminación en un mercado en competencia sería único y recuperaría los costes de la tecnología 1800, que es la alternativa más eficiente cuando se agota el espectro 900. Por tanto, el precio de terminación de los OMRs incumbentes en el glide-path permitirá a un OMR 1800 eficiente (en este caso, que haya podido acceder a la banda 900 con posterioridad) la recuperación de sus costes.*
- Las diferencias en costes derivadas de la banda de espectro utilizada no son tan elevadas y tienen efecto en las primeras fases de prestación de los servicios de comunicaciones móviles al exigir un mayor despliegue de estaciones base para la misma cobertura. Conforme el tráfico aumenta, se puede hacer un uso más eficiente de las mismas y aprovechar en mayor medida el despliegue de este mayor número de estaciones base.*
- El periodo de esta asimetría no debe ser permanente sino transitorio y la CMT ha reconocido a Orange el efecto de esta diferencia objetiva durante prácticamente siete años.*
- La diferencia en costes existentes entre los OMRs incumbentes se explican, además de por la menor cuota de Orange, por la importantes diferencias en el tráfico de voz cursado por cliente.”*

Por tanto, resulta improcedente introducir asimetrías entre operadores en la Resolución de 29 de julio de 2009, puesto que, como se ha dicho antes, esta resolución aplica lo previsto en la anterior Resolución de 18 de diciembre de 2008, la cual excluía motivadamente esta posibilidad salvo en el supuesto puntual y concreto de XFERA. Y en el caso de que se introdujeran dichas asimetrías, ello vulneraría el ordenamiento jurídico, puesto que:

Supondría rebasar el objeto del propio recurso de reposición, limitado a la Resolución de 29 de julio de 2009 y no al de la anterior Resolución de 18 de diciembre. Ello contravendría los artículos 107 y 110.1.b) LRJPAC y ha sido expresamente prohibido por el Tribunal Supremo. En la STS de 17 de enero de 1986² se declara taxativamente que “el recurso debe contraerse a la revisión de la conformidad del contenido del acto que se refuta con el ordenamiento jurídico, sin debatir cuestiones extrañas al contenido de aquél”.

Significaría una derogación singular de una disposición general, lo cual resulta prohibido tanto por el artículo 52.2 de la LRJPAC como por los tribunales, y entre otras, en la STS de 22 de noviembre de 1996³.

Respecto al uso de una simulación de ARCEP de los costes de ORANGE, es de notar que esta Comisión ya conoce los costes actuales que afronta la operadora debido a su obligación de

² RJ 1986\1113.

³ RJ 1996\8068.



contabilidad de costes. Por otra parte, es cierto que ORANGE contó en sus inicios sólo con tecnología DCS, pero desde el año 2005 dispone por concesión de bandas de frecuencia en GSM. Asimismo, la operadora recurrente también dispone de espectro UMTS. Por este motivo, no se puede considerar que este operador esté, en la actualidad, en una situación de desventaja respecto a TME y VODAFONE por el espectro.

Esta Comisión ha estudiado las alegaciones de todos los operadores y dentro de las variables que se podían modificar⁴ dentro de la medida del *glide path*, como la concreta duración, el precio objetivo o la senda de variación, ha decidido aumentar la duración, modificando al mismo tiempo la senda de variación. Así, como se indica en las páginas 10 y 11 de la Resolución recurrida:

“esta Comisión, teniendo en cuenta las alegaciones realizadas por los operadores, y en particular el hecho de que, en la práctica, un glide path de dos años es un glide path de año y medio (en tanto que desde la fecha de la primera bajada, octubre 2009, a la fecha de la última prevista en el informe de audiencia, abril de 2011, ése es el tiempo que transcurriría), considera adecuado ampliar la duración del glide path a dos años y medio. Esta nueva duración en función de la cual el periodo de regulación se extiende hasta el 15 de abril de 2012 sigue resultando plenamente compatible con los objetivos de regulación expuestos en la Recomendación de la Comisión Europea de 7 de mayo de 2009, en la que se establece como fecha objetivo el 31 de diciembre de 2012.

Esta extensión en la duración del periodo regulatorio se ve acompañada por otra parte, en los términos que posteriormente señalaremos, por una reducción más acentuada en el primer hito regulatorio, tal como también solicitaban algunos operadores.

En definitiva, esta Comisión entiende que el glide path aquí aprobado, debe tener una duración de dos años y medio, de forma tal que expire el 15 de abril de 2012.”

En conclusión, la resolución recurrida es conforme con el artículo 3 de la Ley General de Telecomunicaciones y el artículo 4.1 del Real Decreto 2296/2004.

SEGUNDO.- Sobre la presunta falta de motivación de la resolución recurrida.

El operador recurrente declara en el Fundamento Segundo de su recurso⁵ que, además del no reconocimiento de un nivel de costes diferentes a los de sus principales competidores, se suprimen dos elementos adicionales con igual impacto negativo económico para ORANGE como son la imposición de un precio nominal único y la eliminación de la facturación del primer minuto completo. La entidad impugnante alega que, como justificó mediante datos ante esta Comisión, el nuevo entorno regulador supone un empeoramiento del resultado neto de interconexión en el intercambio total de tráficos que se sitúa entre 1 y 1,5 millones de euros mensuales. Y, sin embargo, a juicio de la recurrente, la Resolución impugnada no recoge pronunciamiento alguno al respecto, con lo que se crea una situación de gran indefensión puesto que no se justifica dicha decisión aún cuando supone un impacto tan negativo desde el punto de vista económico.

En opinión de la operadora recurrente la ausencia de motivación sería, por lo tanto, especialmente grave en este caso desconociendo las razones por las que, habiéndose constatado el grave

⁴ Dado que tanto la simetría entre TME, Vodafone, Orange y los OMVs completos, como la facturación por segundos desde el inicio de la conversación, para todos los operadores, había quedado decidido en la Resolución del Mercado 7 de 18 de diciembre de 2008 (MTZ 2008/1193).

⁵ Véanse páginas 7 a 9.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

impacto económico que las medidas adoptadas conlleva para ORANGE, se haya optado por mantener las mismas sin justificación alguna. Por otro lado, la entidad impugnante añade que no se ha considerado su propuesta realizada en el informe de audiencia acerca de la introducción de un “set up” en los precios de terminación a fin de minimizar los efectos negativos adicionales que sobre la operadora tiene la Resolución aprobada por esta Comisión. La proposición de la recurrente no habría sido tratada en la resolución de 29 de julio de 2009, generándose con ello una situación de indefensión y discriminación respecto de los demás operadores.

Respecto a estas alegaciones debe recordarse primeramente, con relación a los requisitos de motivación de los actos y resoluciones administrativos, que el artículo 54.1 LRJPAC señala que la motivación requerirá una “*sucinta* referencia de hechos y fundamentos de derecho”. El carácter “sucinto” de la motivación administrativa ha sido ratificado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en reiteradas sentencias. Entre otras podemos citar, y respecto a resoluciones emanadas de esta propia Comisión, las SSTS de 9 de marzo de 2006 (RJ 2006\1004) y de de 20 de enero de 2005 (RJ 2005\4). En la segunda sentencia citada se dice que la motivación, aun siendo parca o sucinta, debe permitir “*colegir la lógica de la decisión adoptada*”. Por otra parte, la falta de motivación no constituiría causa de nulidad sino, en todo caso, de anulabilidad y siempre que produzca indefensión, tal y como indica el Tribunal Supremo en su jurisprudencia y, entre otras, en las SSTS de 8 de mayo de 2008 (RJ 2008\2642), de 13 de julio de 2004 (RJ 2004\4203) y de 16 de julio de 2001 (RJ 2001\6684).

En este caso, las cuestiones señaladas ahora por la recurrente no fueron objeto del procedimiento que dio lugar a la resolución impugnada sino a un procedimiento anterior, el que finalizó con la Resolución de 18 de diciembre de 2008. Por tanto, mal puede hablarse de necesidad de motivar cuestiones que no fueron objeto del procedimiento AEM 2009/967 sino del anterior MTZ 2008/1193, tal y como ya hemos indicado en el Fundamento Primero. Un procedimiento en el que ORANGE -al igual que en el posterior AEM 2009/967 y que en el presente recurso- tomó parte como interesado, efectuando alegaciones, y más concretamente, a través de escrito fechado el 15 de septiembre de 2009, que tuvo entrada el 19 del mismo mes y año en el registro general de esta Comisión. Por ello no cabe hablar, como pretende el operador recurrente, de una posible “indefensión” cuando dicho operador “*durante la tramitación del expediente tuvo la posibilidad real de expresar su opinión y defender sus intereses*”⁶.

Lo que no cabe es replantear en esta sede o en sede del procedimiento AEM 2009/967 cuestiones resueltas anteriormente (concretamente, en el procedimiento MTZ 2008/1193) bajo el pretexto de que todavía no han sido debatidas o tratadas por esta Comisión. Así, en la anterior Resolución de 18 de diciembre de 2008 ya se eliminó la facturación del primer minuto completo, cuestión reiterada ahora por la impugnante, señalándose concretamente en la página 41 de aquella resolución que:

“[...] sería necesario imponer la obligación de que todos operadores declarados con PSM facturen solamente por el tráfico realmente consumido, esto es, por segundos, desde el primer segundo de comunicación y no establezcan diferencias de precios en función de la franja horaria. Este cambio facilitaría la verificación del cumplimiento de la obligación de control de precios, proporcionando a su vez una mayor transparencia al resto de operadores interconectados en cuanto al cumplimiento de la obligación de orientación a costes. Su entrada en vigor se producirá con el nuevo glide-path que apruebe la CMT.”

⁶ S AN de 30 de julio de 2005 (RJCA 2006\26).



Por tanto, la introducción de otras fórmulas como el establecimiento de un “set up” también supondría una distorsión al no facturarse por tiempo real y su aplicación sería un incumplimiento de lo resuelto definitivamente en la Resolución anterior de 18 de diciembre de 2008.

En referencia a la alegación sobre el no pronunciamiento del perjuicio que ocasionaría a ORANGE la medida propuesta en el Proyecto de Medida por cuanto que empeoraría el resultado neto de interconexión entre 1 y 1,5 millones de euros mensuales⁷, se debe indicar que tras los requerimientos realizados a la operadora para poder cotejar esos datos, no ha quedado probada esa pérdida monetaria adicional debido a la propuesta de *glide path*, sino todo lo contrario. Ello se debe a que para los ingresos la entidad recurrente consideraba todo el tráfico desde fijo y móvil y para los costes, sólo el tráfico con destino móvil. A partir de los datos aportados por todos los operadores, esta Comisión ha evaluado la repercusión en sus saldos de interconexión.

Así, la reducción de precios que suponía la medida propuesta en el Proyecto de Medida beneficiaba directamente a ORANGE en cuanto que operador con saldos negativos de interconexión veía reducido este saldo negativo en [CONFIDENCIAL] millones de euros⁸. La medida finalmente aprobada reduce aún más el saldo negativo de interconexión del operador recurrente en cuanto que el descenso es mayor en el primer hito que en los siguientes. Esto ocurre tanto a nivel individual [CONFIDENCIAL] como del Grupo en su conjunto [CONFIDENCIAL].

TERCERO.- Acerca de la presunta nulidad de la resolución recurrida por posible contravención de normativa de rango superior.

El operador recurrente estima que la aplicación para XFERA de unas condiciones asimétricas en base a su supuesta condición de entrante resulta improcedente y carente de justificación. Su entrada tardía respondió simplemente, a juicio del operador, a razones comerciales de la empresa, por lo que presenta una clara diferencia con otros operadores 3G puros del entorno que empezaron a operar en el año 2003, cuando podía haber comenzado XFERA.

ORANGE señala que la propia Comisión Europea ha cuestionado el mantenimiento de un régimen tan especial para XFERA, que va a prolongarse al menos durante cuatro años más. Es decir, este operador va a poder disfrutar al menos de ocho años de una situación de asimetría con respecto a los otros operadores, resultando en una situación anómala si se considera la Recomendación Europea 2009/396/CE de 7 de mayo de 2009 sobre el tratamiento normativo de las tarifas de terminación de la telefonía fija y móvil. Según interpreta la recurrente, como mucho se podría mantener la asimetría basada en razones de entrada tardía en el mercado por un plazo de cuatro años y no ocho como pretende justificar esta Comisión. Por ello, en opinión de ORANGE, sería preciso corregir esta situación suprimiendo el diferencial que se garantiza injustificadamente a XFERA, como tarde, una vez alcanzados los cuatro años desde el inicio de su actividad comercial.

Con relación a estas alegaciones, debe señalarse ante todo que no es objeto de este procedimiento evaluar las decisiones estratégicas de las empresas en cuanto a su entrada en el mercado. En cualquier caso, si bien es cierto que XFERA dispone de acceso al espectro IMT 2000 desde el 19 de abril de 2000 como el resto de OMRs⁹ españoles, también lo es que ninguno de estos comenzó a lanzar servicios 3G hasta finales del año 2004.

⁷ Véase página 7 del escrito de recurso.

⁸ Estimado a partir de los tráficos aportados por la operadora en el requerimiento de información, contrastados con los datos de los restantes operadores.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En la Resolución que constituye antecedente de la impugnada, esto es, en la resolución de 18 de diciembre de 2008 se indicaba respecto a XFERA que *“se debe seguir reconociendo un precio de terminación superior al impuesto por la CMT a los OMRs, para el tráfico dirigido a los clientes de Xfera, de manera que esta última sea capaz de recuperar las inversiones realizadas y obtener un retorno razonable mientras adquiere una masa crítica suficiente y un escala que le permita obtener unos niveles de eficiencia para competir en mayores condiciones de igualdad con otros OMRs”* y que por ello se debía acometer un proceso para reducir paulatinamente el margen que ostenta XFERA sobre el resto de operadores.

En el momento actual XFERA tiene una masa crítica que no le permite obtener una escala eficiente. Pero además, como se indicó en la propia resolución recurrida, a otros operadores 3G puros europeos no se les ha obligado a alcanzar la convergencia en tarifas mayoristas con el resto de redes móviles hasta la obtención de una base de clientes y una cuota de mercado que le permitan obtener unos niveles mínimos de eficiencia (y por tanto disminuir sus costes medios unitarios). En este sentido, en la página 44 de la Resolución impugnada de 29 de julio de 2009 se dice que:

“Como se explicaba en el Informe de los Servicios, las cuotas de mercado de los operadores europeos 3G puros son muy superiores a la de XFERA, dado que comenzaron su actividad alrededor de 3 años antes que este operador. El plazo aproximado de cuatro años propuesto para alcanzar la convergencia en precios entre los OMR que operan en España se encuentra dentro de los periodos de convergencia aplicados a los operadores 3G de los países de nuestro entorno, contados a partir de su lanzamiento comercial y hasta que alcanzan dicha convergencia. La medida de la evolución del esfuerzo inversor de Xfera se obtuvo en la Resolución del Mercado 7 a partir del ratio de inversión por línea móvil. Pues bien, como se muestra en la Tabla III-1, realizada a partir de los datos del Informe Anual 2008, la inversión por línea de XFERA continúa siendo superior a la del resto de OMR, y este operador es el único de los OMR que ha incrementado su volumen de inversión total en 2008 con respecto a 2007 (un 10%, según los datos del Informe Anual 2008).

Tabla III-1. Inversión anual por línea móvil (euros)

	2006	2007	2008	2006-2008
TME	35,40	34,17	31,94	101,39
Vodafone	61,87	64,84	47,44	173,50
Orange	64,44	59,33	53,32	177,52
Xfera	5.069,42	181,03	87,61	510,54

Por ello, se considera que la justificación aportada en la Resolución del Mercado 7 (Resolución de 18 de diciembre de 2008) para mantener la asimetría en los precios de

⁹ Operadores Móviles de Red.



terminación de Xfera continúa siendo de aplicación en este procedimiento, sin perjuicio de la senda de reducción del precio de terminación y del periodo de convergencia con los precios de terminación del resto de OMR que se establecen en la presente Resolución.”

Por otra parte, es preciso recordar que ORANGE comenzó en el año 1999 a operar en telefonía móvil y que desde el año 2001 tenía tarifas de terminación diferenciadas por las obligaciones impuestas a TME y Vodafone como operadores dominantes, sin haber alcanzado la simetría con estos hasta abril de 2009. Por ello, durante 8 años ha mantenido una asimetría aún cuando su masa crítica es muy superior a la de XFERA en el momento actual y cuando ORANGE, cuatro años después de su entrada al mercado, ya obtenía un beneficio neto positivo¹⁰ y una cuota de mercado por clientes del 19,3%. En cambio, en el momento en que los precios de Orange vuelven a ser simétricos con los de TME, Vodafone y los OMs, Orange tiene una masa de 10.333.708 clientes (20,5%) frente a los 1.026.113 clientes de Xfera (2,0%)¹¹.

Por tanto, siendo las situaciones de ambos operadores (XFERA y ORANGE) distintas, como se acaba de ver, no puede pretenderse que reciban un mismo trato por parte de esta Comisión. Debe recordarse que tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional vienen declarando que “situaciones desiguales” deben tratarse también de modo “desigual”. Así, por ejemplo, pueden citarse las SSTS de 3 y 7 de marzo de 2006 (RJ 2006\1898 y RJ 2006\1901) así como las SSTC 119/2002 de 20 de mayo y 2/1998 de 12 de enero. En el Fundamento 4 de la última sentencia citada se dice claramente que:

“el principio de igualdad que garantiza el citado artículo de la Constitución (art.14), no impide -como resulta de lo razonado en las mismas-, regular de manera diferente situaciones con peculiaridades distintas, ni exige para todos los casos un tratamiento igualitario con abstracción de cualquier elemento diferenciador con relevancia jurídica.”

Por las razones antes apuntadas es preciso, por tanto, desestimar la alegación de ORANGE y mantener la medida en los mismos términos expresados en el acuerdo de 29 de julio de 2009.

CUARTO.- Sobre las alegaciones efectuadas por ONO.

En su escrito de alegaciones al recurso de ORANGE de fecha 24 de septiembre de 2009 ONO declara que resulta improcedente impugnar aspectos que no se contemplan en la Resolución recurrida sino que fueron objeto de regulación en la Resolución anterior de 18 de diciembre de 2008, sobre el mercado de terminación en las redes móviles.

En dicha resolución de 18 de diciembre de 2009 se aprobó que los operadores obligados debían facturar por segundos y con un único precio nominal. De esta forma, ONO entiende que si ORANGE consideraba entonces que dicha medida le suponía un impacto económico negativo como el que señala en el presente recurso, debería haber manifestado su oposición mediante el recurso interpuesto contra dicha resolución y no como pretende en la medida concerniente al *glide path*, procedimiento que se limita a concretar las obligaciones señaladas en la Resolución del Mercado.

¹⁰ 101 millones de euros en 2002, como se indica en la Resolución de 11 de septiembre de 2003 por la que se le declara dominante en el mercado de interconexión (OM 2003/465).

¹¹ Informe trimestral enero-marzo de 2009 de la CMT.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Esta Comisión reitera lo ya dicho en el Fundamento Segundo de la presente resolución. Esto es, la resolución recurrida de 29 de julio de 2009 tiene por objeto concretar una obligación ya impuesta anteriormente en el mercado de terminación en las redes móviles por la resolución precedente de 18 de diciembre de 2008. Por este motivo, en la última resolución no se podía decidir sobre todos los aspectos de un *glide path*, por cuanto que el precio objetivo final y la concreta forma tarifaria habían quedado ya decididos en la resolución de 18 de diciembre de 2008. La Resolución recurrida tenía por objeto únicamente determinar la duración de la medida así como el número de hitos que debía comprender y cuantía de las reducciones en cada hito.

Por todo cuanto antecede, esta Comisión

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar íntegramente el recurso de reposición interpuesto por FRANCE TELECOM ESPAÑA SA contra la Resolución de 29 de julio de 2009, recaída en el expediente AEM 2009/967, por estar la misma plenamente ajustada a Derecho.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en el artículo 23.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado mediante Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007 (BOE núm. 27, de 31 de enero de 2008), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a que se refiere el presente certificado 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, sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Ignacio Redondo Andreu, con el Visto Bueno del Vicepresidente, Marcel Coderch Collell (P.S. art. 39 R.D. 1994/1996 de 6 septiembre, B.O.E. de 25 de septiembre de 1996).