



COMISION 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 num. 11/09 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 26 de marzo de 2009, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVEN LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN INTERPUESTOS POR FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. Y JAZZ TELECOM S.A.U. CONTRA LA RESOLUCIÓN, DE 18 DE DICIEMBRE DE 2008, QUE PUSO FIN AL EXPEDIENTE RELATIVO A LA DEFINICIÓN Y ANÁLISIS DE LOS MERCADOS DE TERMINACIÓN DE LLAMADAS VOCALES EN REDES MÓVILES INDIVIDUALES.

HECHOS

PRIMERO.- Resolución recurrida.

Con fecha 18 de diciembre de 2008, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, Comisión) dictó Resolución por la que se aprobó la definición y el análisis de los mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales, se designaron los operadores con poder significativo de mercado, se impusieron obligaciones específicas y se acordó su notificación a la Comisión Europea. (MTZ 2008/1193).

Por medio del Resuelve de aquella Resolución de 18 de diciembre, esta Comisión decidió lo siguiente:

“Primero. Aprobar la definición y 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, tal como recoge el Fundamento de Derecho Tercero de la presente Resolución.

Segundo. Considerar que los mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales en España son mercados de referencia que pueden ser objeto de regulación ex ante, de conformidad con lo dispuesto en la Directiva Marco y en el artículo 10 de la Ley General de Telecomunicaciones.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tercero. *Determinar que los citados mercados de referencia no son realmente competitivos, en el sentido de lo dispuesto en el apartado 4, artículo 16, de la citada Directiva Marco y en el apartado 3 del artículo 10 de la Ley General de Telecomunicaciones.*

Cuarto. *Considerar que TME, Vodafone, Orange, Xfera, Euskaltel, ONO, R Cable, E-Plus, Telecable, BT, Jazztel, Fonyou y Best Telecom, en los términos recogidos en el apartado III del Fundamento de Derecho Tercero de la presente Resolución, tienen poder significativo de mercado en los citados mercados de referencia, en el sentido de lo dispuesto en el apartado 2, artículo 14, de la Directiva Marco, y en el Anexo II, apartado 8 de la Ley General de Telecomunicaciones.*

Quinto. *Imponer a TME, Vodafone, Orange, Xfera, Euskaltel, ONO, R Cable, E-Plus, Telecable, BT, Jazztel, Fonyou y Best Telecom las obligaciones recogidas en el Anexo 1 de la presente Resolución.*

Sexto. *Comunicar a la Comisión Europea la definición y 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.*

Séptimo. *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.*

Octavo. *La presente Resolución entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.”*

SEGUNDO.- Interposición de recurso de reposición por parte de JAZZTEL.

Con fecha 29 de enero de 2009, Jazz Telecom, S.A.U. (en adelante, JAZZTEL) interpuso un recurso potestativo de reposición contra la Resolución del Consejo de la Comisión de 18 de diciembre de 2008 arriba mencionada, recurso que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión en fecha 2 de febrero de 2009.

Por medio de escrito del Secretario de la Comisión, de fecha 9 de febrero de 2009, los interesados en este procedimiento fueron notificados conforme al artículo 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) a los efectos de lo establecido en el artículo 112 de la misma Ley.

TERCERO.- Interposición de recurso de reposición por parte de ORANGE.

El día 6 de febrero de 2009, France Telecom España, S.A. (en adelante, ORANGE¹) interpuso un recurso potestativo de reposición, que tuvo entrada en el Registro de esta

¹ France Telecom España, S.A. absorbió Retevisión Móvil, S.A. (fusión por absorción, como consta en la escritura pública inscrita por el Ilustre Notario de Madrid D. José Antonio Bernal González, bajo el número 2035 de su protocolo,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Comisión en fecha 11 de febrero del 2009. En este Recurso, ORANGE impugna idéntica Resolución que la recurrida por JAZZTEL.

Ciertos datos contenidos en el recurso interpuesto por ORANGE, fueron declarados confidenciales conforme a la disposición adicional cuarta de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) y al artículo 5 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, puesto que los mismos eran susceptibles de afectar al secreto comercial o industrial de la entidad recurrente.

CUARTO.- Acumulación de los recursos de reposición de JAZZTEL y ORANGE.

En atención al principio de economía procesal y dada la identidad del acto administrativo contra el que ambos recursos se dirigen, de conformidad con lo establecido en el artículo 73 de la LRJPAC, se acordó la acumulación de los recursos antes mencionados, siendo el número de expediente resultante de esta acumulación el AJ 2009/190.

QUINTO.- Notificación de inicio del procedimiento administrativo.

Por medio de escrito del Secretario de la Comisión, de fecha 16 de febrero de 2009, todos los interesados en el procedimiento resultante, fueron notificados de su inicio, acumulación y declaración de confidencialidad sobre los datos contenidos en el recurso interpuesto por ORANGE. Todo lo anterior, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 58 de la LRJPAC y a los efectos de lo establecido en el artículo 112 de la misma Ley.

SEXTO.- Escrito de alegaciones de ORANGE.

Con fecha 27 de febrero de 2009, ORANGE remitió un escrito, con entrada en el Registro de esta Comisión el día 2 de marzo de 2009, por el que realiza alegaciones concernientes a la supuesta infracción del artículo 54 de la LRJPAC que JAZZTEL alega en su recurso.

SÉPTIMO.- Escrito de alegaciones de VODAFONE.

Con fecha 6 de marzo de 2009, VODAFONE remite un escrito, con entrada en el Registro de esta Comisión en fecha 10 de marzo de 2009, por el que realiza alegaciones a los recursos interpuestos por JAZZTEL y ORANGE.

En el mencionado escrito, VODAFONE ha solicitado la declaración de determinada información como confidencial. Esta Comisión, mediante acto del Secretario ha declarado confidencial la citada información por considerar que el conocimiento de la misma por parte de terceros, es susceptible de afectar a su secreto comercial o industrial.

en fecha 31 de julio de 2006). Dicha fusión fue inscrita en el Registro de Operadores de Redes y Servicios de Comunicaciones electrónicas por Resolución del Secretario del Consejo de la CMT de 30 de octubre de 2006.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

OCTAVO.- Objeto de los recursos y pretensiones de los recurrentes.

Constituye el objeto de ambos recursos la Resolución del Consejo de esta Comisión de 18 de diciembre de 2008, por la que, se aprueba la definición de los mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales en España, conforme a lo dispuesto en la Directiva Europea 2002/21/CE (en adelante, Directiva Marco) y en el artículo 10 de la LGTel. La Resolución impugnada analiza los mercados definidos determinado que los mismos no son realmente competitivos y se considera que Telefónica Móviles España, S.A.U. (en adelante, TME), Vodafone España, S.A. (en adelante, VODAFONE), ORANGE, Xfera Móviles S.A. Euskaltel, S.A., Cableuropa S.A.U. y Tenaria, S.A. (en adelante, ONO), R Cable y Telecomunicaciones S.A. (Galicia y Coruña), 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. JAZZTEL, Fonyou Telecom, S.L. y Best Spain Telecom, S.L. tienen Poder Significativo en los Mercados (PSM) analizados. Sobre la base de lo anterior, acuerda la imposición de distintas obligaciones que se diferencian entre las impuestas a los operadores móviles con red, de las impuestas a Xfera Móviles S.A. y las impuestas a los operadores móviles virtuales completos, según los términos establecidos en el Anexo 1 de la Resolución objeto del presente recurso.

Aunque ambos recurrentes solicitan la nulidad de distintos apartados de la Resolución de 18 de diciembre sobre la base de los mismos motivos de nulidad y anulabilidad, difieren en las causas en las que fundan aquellos motivos, que pueden ser sintetizadas en las siguientes:

JAZZTEL:

Centra sus alegaciones en relación a que la entrada en vigor de la obligación de que todos los operadores declarados con PSM facturen solamente por el tráfico realmente consumido y de acuerdo con un único precio nominal, esta Comisión la haya acordado posponer hasta el mes de octubre de 2009, a pesar de que, según la recurrente, su inmediata obligatoriedad en nada afectaría a la seguridad jurídica de los operadores obligados. Fundamenta sus alegaciones en los siguientes motivos de impugnación:

- i) Anulabilidad prevista en el artículo 63.1 de la LRJPAC por considerar que la Resolución de 18 de diciembre infringe el principio de jerarquía normativa consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución Española (CE). En concreto, alude a la vulneración de los artículos 3, 10 y 11 de la LGTel.
- ii) Nulidad por infracción de la letra e) del artículo 62.1 de la LRJPAC, al considerar que la Resolución impugnada carece de motivación suficiente vulnerando así lo establecido en el artículo 54 de la misma Ley.
- iii) Nulidad por infracción de la letra a) del artículo 62.1 de la LRJPAC, al considerar que esta Comisión ha vulnerado sus derechos e intereses legítimos produciéndole indefensión según lo previsto por el artículo 24.1 de la CE.

ORANGE:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Considera que la Resolución impugnada es anulable conforme a lo previsto en el artículo 63.1 de la LRJPAC puesto que infringe el principio de jerarquía normativa (Art. 9.3 CE) sin haberse motivado suficientemente. En concreto, considera que se adoptan decisiones inadecuadas y contradictorias con lo establecido en el artículo 3 de la LGTel y el artículo 4.1 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).

Asimismo, considera que la Resolución recurrida es anulable, en virtud de lo establecido en el artículo 63.1 de la LRJPAC, dado que la aplicación simétrica de los precios de terminación de las llamadas móviles en las redes de cada operador supone una obligación inadecuada, sin justificación objetiva y claramente desproporcionada básicamente porque, como supuestamente ha reconocido esta Comisión, ORANGE se encuentra en una clara posición de desventaja en el mercado. Sobre la base de lo anterior considera que esta Comisión debió haber previsto una obligación diferenciada teniendo en cuenta las diferencias estructurales existentes entre TME, VODAFONE y ORANGE, diferencias que se reflejan en los distintos costes de producción que soporta cada operador.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación del escrito.

El artículo 107.1 de la LRJPAC 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 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.

Ambos 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 la LGTel, las resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC calificar los escritos presentados por los recurrentes como recursos potestativos de reposición que se interponen contra la Resolución de esta Comisión, de 18 de diciembre de 2008, que puso fin al expediente relativo a la definición y análisis de los mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales (MTZ 2008/1193).

SEGUNDO.- Legitimación de las entidades recurrentes.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El artículo 107 de la LRJPAC requiere 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 cuanto que ya lo eran en el procedimiento MTZ 2008/1193 en el que se dictó la resolución objeto de impugnación. En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa de ambas recurrentes para la interposición de los presentes recursos.

TERCERO.- Admisión a trámite.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJPAC los recursos administrativos que interpongan los interesados han de estar fundamentados en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 o 63 de la misma Ley.

Habida cuenta de que los recursos de reposición interpuestos por JAZZTEL y ORANGE cumplen con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y que se ha presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, además de venir fundamentados en los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de la LRJPAC, procede su admisión a trámite.

CUARTO. Competencia para resolver.

La competencia para resolver el presente procedimiento corresponde, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

PRIMERO.- Sobre la entrada en vigor en octubre de 2009, de la obligación impuesta a los operadores móviles declarados con PSM de facturar solamente por el tráfico realmente consumido.

JAZZTEL considera que la obligación de los operadores móviles declarados con PSM de facturar solamente por el tráfico realmente consumido, esto es, por segundos, desde el primer segundo de comunicación, a un precio nominal y sin que se puedan establecer diferencias de precios en función de la franja horaria, ha de ser de inmediata aplicación y, más aún, al haber reconocido esta Comisión los perjuicios que el actual sistema, caracterizado por la flexibilidad absoluta en el diseño de la estructura tarifaria, está ocasionando a los operadores alternativos que tienen que terminar las llamadas en las redes de los operadores móviles. Según JAZZTEL, en el caso de que esta Comisión no estime esta alegación, se le estaría causando indefensión proscrita por el artículo 24.1 de la Constitución Española. Asimismo, califica la medida de nula de pleno derecho por falta de fundamentación suficiente.

1.1) Sobre la seguridad jurídica para el sector que debe caracterizar al periodo regulado por un glide-path.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El mecanismo en vigor diseñado por esta Comisión (en el ejercicio de su discrecionalidad, según la interpretación que de esta potestad viene realizando nuestro Tribunal Supremo) con el objeto de establecer las condiciones regulatorias e implementar la obligación de control de precios de los servicios de terminación móviles en las redes individuales de los operadores móviles reales (OMRs) incumbentes, se caracteriza por:²

- Periodo de regulación igual a tres años
- Bajadas semestrales
- Convergencia en precios de los tres operadores al final del período (precio de convergencia 7c€/min al final del periodo regulatorio)
- Tasas de reducción de precios constantes
- Flexibilidad de precios en horario normal y reducido

Pues bien, al objeto de ofrecer al sector la necesaria seguridad jurídica regulatoria, entendida ésta de acuerdo a la interpretación del Tribunal Constitucional³, se ha de evitar crear incertidumbre a los destinatarios de los actos administrativos regulatorios acerca de la conducta exigible para su cumplimiento.

En el caso que nos ocupa, la fijación de un glide-path es un mecanismo por el que, además de controlar los precios de los operadores, se les insta a una progresiva y programada reducción de los mismos, ofreciéndoles la certidumbre regulatoria de conocer las condiciones en que se establecerán aquellas reducciones para generar la necesaria confianza en la actividad regulatoria de esta Comisión. De esta manera, se evitan los perjuicios desproporcionados que generaría a los OMRs obligados una inmediata reducción de sus precios, perjuicios tales como la frustración de las legítimas previsiones de negocio de los OMRs obligados con su consecuente reflejo en el mercado minorista)

Así pues, los rasgos y condiciones que caracterizan al actual glide-path, desde el punto de vista de la seguridad jurídica y/o la estabilidad y certidumbre regulatoria, han de mantenerse durante todo el periodo regulado por el vigente glide-path.

² En las Resoluciones de 28 de septiembre de 2006 por las que se fijaban los precios de interconexión de terminación en las redes de TME, VODAFONE y Retevisión Móvil S.A. no sólo se aprobaban (i) los precios medios máximos de sus servicios de interconexión de terminación de voz a lo largo del periodo de regulación comprendido entre octubre de 2006 y septiembre de 2009 (esto es, el *glide-path*), (ii) los precios nominales y franjas horarias para el periodo comprendido entre octubre de 2006 y marzo de 2007, sino que además se establecía que estos OMRs incumbentes:

- podrían modificar las franjas horarias y los precios nominales con la previa aprobación de esta Comisión y,
- deberían presentar 30 días naturales antes de la finalización de cada periodo semestral de regulación a esta Comisión su propuesta de precios nominales de terminación acorde con el porcentaje de variación establecido en el apartado primero (relativo al *glide-path*), y según el mecanismo de verificación descrito en el Anexo II confidencial.

³ STC 96/02, de 25 de abril: “La seguridad jurídica ha de entenderse como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados, procurando «la claridad y no la confusión normativa» (STC 46/1990, de 15 de marzo [RTC 1990, 46], F. 4), y como «la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho» (STC 36/1991, de 14 de febrero [RTC 1991, 36], F. 5). En definitiva, sólo si en el ordenamiento jurídico en que se insertan, y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La inseguridad jurídica que generaría una modificación anticipada del alcance que pretende la recurrente, sería la misma tanto si afecta a la flexibilidad en la estructura tarifaria como si afecta a la periodicidad en los cambios de los precios, al precio objetivo final o al ritmo en la reducción de los precios. Por tanto, la introducción inmediata (con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo *glide-path*) de los cambios aprobados por esta Comisión en relación con la estructura tarifaria, equivaldría a la modificación de cualquiera de las condiciones arriba señaladas.

Ahora bien, el hecho de que la flexibilidad actual pueda suponer algunas dificultades, no implica necesariamente que su aplicación vaya suponer un perjuicio o que éste vaya a ser de tal magnitud⁴ que sea preferible su eliminación a costa de la seguridad jurídica. Esta modificación podría haberse introducido, como muy pronto, en el último hito regulatorio y en cualquier caso esta Comisión siempre deberá comprobar que los precios nominales son acordes con las previsiones del *glide-path*.

El hecho de que el efecto de la modificación de las anteriores condiciones pueda ser distinto, no invalida la conclusión sobre la necesidad de una estricta observancia del principio de seguridad jurídica que ha de regir el ejercicio de las competencias y atribuciones que le otorga a esta Comisión el artículo 11 del Reglamento de Mercados, puesto que el mantenimiento de las condiciones durante el periodo de tiempo regulado por el *glide-path* vigente es imprescindible para garantizar el correcto desempeño de los mercados de referencia, a tenor de los problemas detectados, y que su implementación pueda ser asumible por los operadores con PSM y por esta Comisión. En este sentido se expresa esta Comisión en la Resolución⁵ impugnada al prever el establecimiento de *“un nuevo glide-path – en el que se podrían modificar las condiciones establecidas en el glide-path vigente-. Como se explica en las Resoluciones del glide-path, la regulación de precios de terminación mediante un esquema de este tipo está justificada cuando la aplicación inmediata de un control de precios al nivel competitivo pudiera causar problemas desproporcionados a un operador móvil. Se trata de una herramienta que permite a los reguladores graduar el impacto de las reducciones en los precios de terminación teniendo en cuenta la evolución esperada de los costes y garantizando en todo caso que el principio de orientación en función de los costes se logra a lo largo del periodo de regulación.*

1.2) Sobre los supuestos perjuicios reconocidos por esta Comisión.

A partir de la frase: *“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*

⁴ En este sentido, conviene recordar que esta Comisión constató, en el marco de la Resolución del recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad Cableuropa, S.A.U. contra las resoluciones de la comisión de fecha 10 de abril de 2008, por las que se aprobaron los precios de interconexión de terminación en las redes de France Telecom, S.A. (AEM 2008/385), Telefónica Móviles de España, S.A.U. (AEM 2008/459), Vodafone España, S.A. (AEM 2008/403) y Xfera Móviles, S.A. (AEM 2008/446), y que puso fin al expediente AJ 2008/794 en donde se recurrían los precios de terminación aprobados por las divergencias entre aquellos y el aprobado por el *glide-path* vigente. Ahí se constató que las potenciales divergencias no serían tan altas:

“Al haber estudiado esta Comisión estas divergencias, además de constatar que no son lo suficientemente significativas, ha comprobado que las mismas no son unidireccionales de tal manera que necesariamente no resultan perjudicados los operadores interconectados. Es decir, las divergencias advertidas en ocasiones pueden beneficiar a los OMRs y en otras no, motivos todos estos que no perjudican la legitimidad del uso de la fórmula de la “tarifa típica” hasta tanto esta Comisión considere otra fórmula distinta que arroje unos precios medios de terminación más ajustados a los datos reales de tráfico”.

⁵ Resolución de 18 de diciembre de 2008 (MTZ 2008/1193), pg. 31/75



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

parece apropiado continuar con este sistema en el nuevo periodo regulatorio”, Jazztel trata de dar a entender que esta Comisión es consciente y reconoce el perjuicio ocasionado a los operadores alternativos por la no implementación inmediata de la obligación objeto del presente Fundamento Jurídico-Material.

Pues bien, de la literalidad de esa frase no se debe extraer esa conclusión ya que en ningún momento esta Comisión reconoce, ni explicita ni implícitamente, que el mantenimiento de las actuales condiciones regulatorias en la prestación del servicio de terminación en una red móvil hasta la finalización del vigente glide-path suponga un perjuicio a los operadores alternativos.

Esta Comisión se limita a justificar la razón por la que decide eliminar para sucesivos periodos la flexibilidad regulatoria de que disfrutaban los operadores móviles durante el periodo de vigencia del glide-path, tal y como establecen las directrices de la Comisión Europea⁶. Asimismo, de esta forma estaría cumpliendo con el principio de proporcionalidad que debe regir la imposición de las obligaciones a los operadores declarados con PSM⁷.

Así, una vez señalados en la Resolución de 18 de diciembre de 2008 (MTZ 2008/1193): (i) los fines y objetivos que se persiguen con, entre otras, la regulación de precios y (ii) las razones por las que se establece dichas obligaciones (esto es, los problemas de competencia en ausencia de las mismas), esta Comisión considera que no es precisa la flexibilidad que hasta ahora se otorgaba a los operadores con PSM. Se pierde transparencia y dificulta la verificación de los precios nominales conforme a los ingresos medios establecidos en el glide-path, máxime cuando se ha producido la entrada de nuevos operadores, como Xfera y los OMVs completos, cuyos clientes presentan un patrón de tráfico muy distinto con respecto a los de los OMRs incumbentes. En definitiva, la Resolución impugnada reconoce que la mencionada flexibilidad es una medida que conlleva unas dificultades y costes excesivos para el fin perseguido con el establecimiento de un nuevo glide-path, pero que no es de aplicación al vigente

1.3) Sobre la supuesta falta de motivación e indefensión que alega la recurrente.

Siguiendo con el hilo argumental del apartado anterior, ha de subrayarse que en el marco de la Resolución recurrida, esta Comisión ya abordó y contestó unas alegaciones de VODAFONE y ONO que seguían la misma línea que las formuladas

⁶ Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, párrafo 117:

“las obligaciones que impongan las ANR deben guardar proporción con el problema que se desea solucionar. El artículo 7 de la Directiva marco exige que las ANR expongan el razonamiento en que se basa cualquier medida que propongan en el momento de comunicar dicha medida a las demás ANR y a la Comisión.”

⁷ Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, párrafo 118:

“este principio exige que los medios utilizados para alcanzar un fin dado no excedan de lo que resulta apropiado y necesario para alcanzar dicho fin. Para determinar si una medida propuesta es compatible con el principio de proporcionalidad, la acción adoptada debe proponerse un fin legítimo y los medios empleados para alcanzar dicho fin deben ser necesarios y lo menos onerosos que sea posible, es decir, debe constituir el mínimo necesario para alcanzar el fin”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ahora por JAZZTEL en su recurso de reposición. Esta Comisión argumentaba, en el mismo sentido antes expuesto, por un lado, que⁸:

“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” .

Y, por otro lado, que⁹:

“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”.

“Esta modificación entrará en vigor con el nuevo glide-path que apruebe la CMT. Si se produjera con anterioridad, se alterarían las condiciones aprobadas en las Resoluciones del glide-path para el periodo comprendido entre octubre de 2006 y septiembre de 2009 sin que esta posibilidad se hubiera contemplado en dichas resoluciones. Este tipo de modificaciones en decisiones, que establecen unas determinadas condiciones regulatorias y de competencia, contribuyen a crear inseguridad jurídica en los agentes afectados al mismo tiempo que restan credibilidad a la acción regulatoria. Por ello, esta Comisión no acepta la propuesta de Vodafone y ONO de introducir esta modificación de manera inmediata”.

Por todo lo anterior cabe desestimar la pretensión de nulidad de la Resolución impugnada por cuanto que la misma cumple con lo establecido en el artículo 54 de la LRJPAC, en cuanto a la motivación del acto sin que en ningún caso produzca indefensión a la recurrente.

SEGUNDO.-Sobre la inadecuación de las obligaciones impuestas.

ORANGE considera que las obligaciones impuestas en la Resolución impugnada carecen de objetividad y resultan desproporcionadas, discriminatorias e inadecuadas

⁸ Resolución de 18 de diciembre de 2008 (MTZ 2008/1193), pg. 42/75

⁹ Resolución de 18 de diciembre de 2008 (MTZ 2008/1193), pg. 73/75



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

para resolver los fallos del mercado y para garantizar un entorno competitivo adecuado. Todas estas alegaciones, tienen como base argumental el presupuesto de que, según ella, la recurrente sufre una “clara desventaja competitiva” debido a la menor cuota de mercado de que goza respecto de TME y VODAFONE. Fundamenta sus alegaciones en los siguientes razonamientos:

- a) La Resolución de 18 de diciembre de 2008 no soluciona los fallos del mercado que afectan a la competencia en el nivel minorista. En concreto, se refiere a fallos que tienen causa en las prácticas discriminatorias llevadas a cabo por TME y VODAFONE consistentes en diferenciar en precios las llamadas off-net de las on-net.
- b) Existen unas diferencias estructurales entre la recurrente, VODAFONE y TME por las que, a juicio de la recurrente, resulta inadmisibile que esta Comisión considere los costes por terminación de manera simétrica para todos los OMRs con PSM. A causa de esas diferencias, sus competidores recibirán un extramargen con el que afianzarán su ventaja competitiva en el mercado, cuestión que se traduce en una futura afección de la competencia en el mercado minorista. Las diferencias estructurales a las que apunta ORANGE y por las que, según ella, tiene por efecto unos costes de producción superiores a los de sus competidores, son las siguientes:
 - Además de contar, para la fijación de los precios en el glide-path, de un modelo de operador eficiente con red en 900MHz, no se contemple un modelo de operador eficiente con red 1800MHz.
 - Los altos costes que supuso para la recurrente la diferente situación que generaban las bandas de espectro inicialmente otorgadas a los principales operadores móviles y el diferente momento en que fueron éstas concedidas.
 - La influencia de los tráficos por línea que cursa cada operador en los costes de terminación, según la recurrente, no se desprenden del tráfico cursado por sus clientes sino que se deben a la diferencia tecnológica y a los costes comerciales de captación de clientes en que incurre cada operador.
 - Existen unos diferenciales en costes permanentes superiores para ORANGE debidos a que su red básica es de 1800MHz, diferenciales que no se han reducido, ni con el transcurso del tiempo ni por la asimilación de cuotas de mercado o tráfico cursado por los operadores.

2.1) Sobre la debilitada posición de ORANGE en términos de cuota de mercado y la falta de consideración por la Comisión de esta desventaja competitiva.

La posición de ORANGE puede haberse debilitado en términos de cuota de mercado por líneas, sin embargo en el entorno europeo todavía se sitúa como uno de los terceros OMRs más importantes¹⁰. En cualquier caso, la recurrente no aporta ninguna



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

evidencia adicional que sustente su tesis sobre la desventaja competitiva que ello le supone, mucho menos que relacione la mejora en la posición competitiva del tercer OMR con el reconocimiento de unos precios asimétricos de terminación en las redes móviles. En este sentido, conviene recordar que VODAFONE con un menor diferencial que Orange en su precio de terminación ha sido capaz de mejorar su posicionamiento en el mercado.

Así pues, el hecho de que la posición de la recurrente en el mercado español de telefonía móvil se haya visto debilitada, no constituye ningún argumento válido para impugnar la simetría de las obligaciones que ahora se imponen a los tres OMRs declarados con PSM. Estos argumentos tan sólo sirven para caracterizar la posición de ORANGE en el entorno europeo, toda vez que destaca que ORANGE es uno de los OMRs líderes europeos con mayor cuota y, sobre todo, para demostrar que ORANGE no se encuentra en una posición equivalente a la cabría considerar como la de un operador pequeño tal y como podría considerársele a XFERA.

2.2) Sobre las políticas on-net y sus efectos en el mercado minorista.

ORANGE considera que la reducción de los precios de terminación acordados por esta Comisión es insuficiente para impedir la distinción entre los precios on-net y off-net, práctica llevada a cabo por sus inmediatos competidores y que supone discriminar las llamadas off-net. Las razones por las que considera esta insuficiencia se refieren a que: (i) no hay elemento disciplinador, esto es, ninguna obligación que les impida llevar a cabo esa distinción en el mercado minorista; (ii) siempre que se generen estos “efectos club¹¹” se estarán produciendo efectos perniciosos a la competencia; y (iii) los efectos discriminatorios off-net no desaparecerán en tanto en cuanto los precios de interconexión no se aproximen a los costes reales de interconexión de cada operador.

Frente a dicha alegación hay que responder que, como se explica en la Resolución recurrida¹², la regulación de los precios de terminación basada en la orientación en

¹⁰ Ver Grafico II.1 de la Resolución de 18 de diciembre de 2008 (MTZ 2008/1193), página 56.

¹¹ “efectos club” los define ORANGE como la atracción del consumidor por las ofertas de operadores con mayor cuota de mercado, que se valen precisamente de su mayor cuota de mercado como valor esencial de su atractivo.

¹² **Pg. 21/75:** “Ahora bien, en el mercado minorista, los operadores móviles han diseñado una estructura tarifaria caracterizada por precios más bajos para las llamadas móviles dentro de la misma red (llamadas on-net) y precios superiores para llamadas a otras redes móviles (llamadas off-net) con el objeto de explotar las economías de red¹². El objetivo es claro: alcanzar una base de clientes cada vez mayor que haga más atractiva la pertenencia a sus redes y con ello entrar en un círculo virtuoso (propio de los mercados con externalidades de red) que le permita reforzar su capacidad competitiva.

Sin embargo, si este tipo de prácticas se sustentaran sobre unos precios de terminación excesivos en las redes móviles podría provocar que el operador pequeño soportara una desventaja competitiva injustificada en el mercado minorista. Concretamente, TME tendría incentivos para fijar precios excesivos y, así, encarecer el coste de las llamadas de los restantes OMRs y los OMVs completos.”

Pg. 28/75: “En relación con este problema, a la CNC le parece adecuado el diagnóstico de esta Comisión, según el cual, la posible diferencia entre los precios de llamadas on-net y off-net perdería relevancia con la progresiva reducción del precio de terminación y su orientación a costes.”

Pg. 33/75: “con la progresiva reducción del precio de terminación la diferencia entre los precios de llamada on-net y off-net perdería relevancia. En la medida que el precio de terminación reflejara los costes en que incurre un operador eficiente, el coste de prestar una llamada off-net se aproximaría al coste de prestar una llamada on-net (siempre y cuando el OMR sea realmente eficiente).

Esta Comisión entiende que la forma adecuada de solucionar el problema de la discriminación, (...), es precisamente el establecimiento de unos precios orientados a los costes. En ausencia de las diferencias objetivas que esta Comisión ha tenido en cuenta en la determinación de los precios de terminación, el establecimiento de un margen positivo en el precio de los operadores pequeños no haría sino perpetuar el problema. Se encarecería el coste de una llamada off-net



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

función de los costes permite resolver el problema que soporta un operador pequeño cuya dependencia de las llamadas off-net es superior a las de sus competidores a la hora de competir con las tarifas on-net que comercializa un operador de mayor tamaño. En la medida en que el precio de terminación refleje los costes en que incurre un operador eficiente y el operador pequeño opere como tal, esta distinción no debería tener efectos anticompetitivos; consecuentemente, el operador pequeño estará en disposición de comercializar las llamadas on-net y off-net por el mismo precio por minuto ya que debería soportar el mismo coste para ambas.

Por otra parte, una vez regulados los servicios de terminación, los efectos de red (“efectos club”) aludidos por la recurrente que se crean por estas políticas tarifarias, constituirían un problema de competencia en la medida que los operadores ostentaran una posición de dominancia, de manera individual o conjunta, en el mercado móvil minorista¹³. No obstante, para que esta Comisión hubiera podido intervenir en este mercado minorista estableciendo remedios a los problemas apuntados, en su caso, tendría que hacerse en el seno de una definición y análisis de este mercado. Sin embargo, su inclusión no fue contemplada por la CE en la primera Recomendación de mercados ni en la segunda. Tampoco Orange argumenta que en el mercado minorista no exista competencia efectiva¹⁴; de hecho, en sus alegaciones a la Consulta Nacional relativa al mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil sostuvo lo contrario.

2.3) Sobre las supuestas diferencias estructurales existentes entre los tres principales OMRs y su falta de consideración por parte de esta Comisión.

ORANGE atribuye a razones históricas de carácter técnico las diferencias estructurales, procedentes principalmente de la diferente asignación de espectro que le fue hecha a la recurrente respecto de TME y VODAFONE, diferencias que debieron de haberse tenido en consideración por la Comisión puesto que las mismas conllevarían unos costes de red que se traducen en unos costes superiores por la terminación de las llamadas en su red, en comparación con los costes que tienen que soportar TME y VODAFONE. Por este motivo, considera inadmisibles que esta Comisión haya estimado unos costes simétricos por terminación para los tres OMRs con PSM puesto que de este modo y según la recurrente, se está garantizando un holgado margen económico en el negocio de la interconexión por parte de TME y VODAFONE.

Dado que las diferencias estructurales a las que alude ORANGE son diversas, a continuación se analizan cada una de las mismas:

2.3.1) Sobre la necesidad de que esta Comisión utilice, para procurar que los precios de terminación de los OMR se orienten a los costes de producción, un modelo de operador eficiente con red DCS1800 y otro modelo distinto de operador eficiente con red GSM900.

para los clientes de un OMR grande y éste continuaría compitiendo vía precios on-net, aprovechando su mayor base de clientes.”

¹³ Ver Revised ERG Common Position on the approach to appropriate remedies in the ECNS regulatory framework. Final Version May 2006, Case 3: Single market dominante, explotative behaviour, price discrimination.

¹⁴ Más allá de señalar que TME y Vodafone ostentan una cuota de mercado conjunta del 80%.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ORANGE alega que, para que esta Comisión pueda establecer unos precios de terminación orientados a los costes que ese acceso le supondría a un operador eficiente, el operador eficiente que se utilice como “modelo” debería tener características estructurales esenciales del operador al que debe servir tal modelo. En consecuencia, debería haber al menos un modelo de operador eficiente cuya red desplegada fuese DCS1800, y otro modelo de típico operador eficiente con red GSM900 puesto que, de lo contrario, se obliga a ORANGE a establecer unos precios que no tienen en cuenta los costes superiores que supone contar con una red desplegada DCS1800.

En respuesta a dicha alegación debe subrayarse que estas diferencias en costes apuntadas por la recurrente ya han sido tenidas en cuenta¹⁵ por esta Comisión durante un periodo de tiempo suficiente, dando lugar a un diferencial en el precio de terminación de ORANGE más favorable que el existente en la media entre los países europeos, diferencial por el que se garantiza la recuperación de los costes incurridos por un operador eficiente, con tecnología de red DCS1800. Por este motivo las diferencias en costes objetivos entre estas dos tecnologías deberían de ser mínimas¹⁶ y por ende, el holgado margen económico que disfrutarían TME y VODAFONE no se debería a estas diferencias en costes, tal y como más adelante se analiza, por lo que no estaría justificado establecer dos modelos alternativos de operadores eficientes en el sentido solicitado por la recurrente.

Por otra parte, la existencia de precios de terminación asimétricos en función de la tecnología GSM y DCS no es la norma en otros países europeos. A diferencia de lo señalado por ORANGE en su anexo, este no es el único operador con red DCS1800 sin un diferencial positivo en su precio de terminación¹⁷, ya que la simetría entre los operadores GSM y DCS se ha alcanzado en Dinamarca (en mayo de 2006), en Suecia (en julio de 2008) y en Austria y Noruega (en enero de 2009¹⁸). Asimismo, en Portugal y Finlandia se alcanzará en octubre de 2009 y enero 2010, mientras que en el Reino Unido será en abril de 2010.

2.3.2) Sobre los altos costes que supuestamente supuso para la recurrente la diferente situación que generaban las bandas de espectro inicialmente otorgadas a los principales operadores móviles y el diferente momento en que fueron éstas concedidas.

En relación a las supuestas desventajas históricas alegadas por ORANGE debidas a las bandas de espectro inicialmente otorgadas a los principales operadores móviles y

¹⁵ Resolución de 18 de diciembre de 2008 (MTZ 2008/1193), pg. 38/75: “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.”

¹⁶ Resolución de 18 de diciembre de 2008 (MTZ 2008/1193), pg. 38/75: “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.”

¹⁷ <http://www.cullen-international.com/documents/cullen/prindex.cfm>

¹⁸ Conforme a la Resolución del regulador austriaco, si bien ésta ha sido rechazada por la Justicia ordinaria el 25 de junio de 2008.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

el diferente momento en que fueron éstas concedidas, hay que poner de manifiesto que: (i) la entrada de ORANGE¹⁹ en el mercado móvil se produjo cuando el nivel de penetración todavía no era propio de un mercado móvil maduro; (ii) el mercado minorista se ha caracterizado por una serie de deficiencias competitivas favorables a los tres OMRs incumbentes (y ORANGE, antes Amena, no era una excepción), tales como, en general, una falta de transparencia en los precios, y en concreto, unos precios de las llamadas de voz y SMS altos y estables; (iii) en cualquier caso, los niveles de portabilidad han sido lo suficientemente elevados como para que ORANGE haya podido haber captado esos clientes a través de unas ofertas más diferenciadas que las de sus competidores, TME y VODAFONE y, finalmente; (iv) como bien se apuntó en el subapartado anterior, las diferencias en costes por este motivo alegado por la recurrente ya han sido sobradamente tenidas en cuenta como se explica²⁰ en los fundamentos de derecho de la Resolución recurrida.

En este sentido, y respecto a dichas diferencias y su impacto en el momento actual, la Resolución recurrida dispone que *“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,”* diferencias que ya han sido tenidas en cuenta por esta Comisión²¹ durante aquellas primeras fases de prestación de servicios de comunicaciones móviles.

Por lo tanto, los altos costes iniciales apuntados por la recurrente por las desventajas que soportaban en un principio, como consecuencia de la asignación del espectro y de la tecnología DCS1800 que estaba obligada a utilizar, ya le han sido compensados mediante unos precios de terminación superiores a los de sus competidores, y por el contrario si se prolongase en el tiempo dicha asimetría de precios, se podría estar desincentivando la consecución de una escala eficiente para competir en el mercado de forma efectiva²².

2.3.3) Sobre la influencia de la diferencia tecnológica y los costes comerciales de captación de clientes en que incurre cada operador en los tráficos por línea.

En la Resolución impugnada²³, al contestar a las alegaciones de ORANGE relativas a la necesidad de que las diferencias en costes entre los OMRs con PSM se viera

¹⁹ En realidad, RETEVISIÓN (Amena).

²⁰ Resolución de 18 de diciembre de 2008 (MTZ 2008/1193), pg. 38/75: *“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.”*

²¹ Resolución de 18 de diciembre de 2008 (MTZ 2008/1193), Anexo II, pg. 61/75: *“Las diferencias objetivas en costes derivadas de la diferente frecuencia en la que ha operado Orange²¹ y de las menores economías de escala (por su entrada tardía en el mercado y los importantes costes fijos asociados al despliegue de una red móvil) han sido tenidas en cuenta por esta Comisión. Así, en abril de 2009, habrán transcurrido prácticamente siete años²¹ durante los cuales el precio de terminación de este operador habrá sido superior a los de TME y Vodafone..”*

²² Ver Draft Commission staff working document explanatory note accompanying document to the Commission Recommendation on the Regulatory Treatment of Fixed and Mobile Termination Rates in the EU, página 16.

“In that respect, the Commission has previously stated that the persistence of a higher termination rate would not be justified after a period long enough for an operator to adapt to market conditions and become efficient, and could even discourage smaller operators from seeking to expand their market share.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

reflejada en la asimetría de precios de terminación que debería de haber establecido para el nuevo *glide-path* esta Comisión, manifestó que *“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.”*

ORANGE alega que, si bien sus clientes han presentado un menor tráfico medio por línea, ello no justifica la diferencia en costes existentes entre los operadores y que los costes de terminación de red básicamente reflejan unos costes que poco tienen que ver con el tráfico que, de manera individual, generan los clientes. Por estos motivos considera que los costes están relacionados con el total del tráfico cursado y que los únicos costes incrementales por el número de clientes son los costes comerciales de su captación que se atribuyen a los servicios mayoristas sobre la base del ponderador de mercado representando un porcentaje del coste unitario de los precios de interconexión.

ORANGE considera, asimismo, que su entrada tardía en el mercado dificultó enormemente la captación de clientes de mayor valor que cursarían un nivel de tráfico superior por línea puesto que: (i) se trata de clientes menos proclives al cambio y (ii) la calidad de servicios de ORANGE era peor por la asignación del espectro radioeléctrico.

Frente a dichas alegaciones hay que responder que la interpretación que hace ORANGE sobre el tráfico medio por línea y su supuesto impacto sobre los costes de terminación, es artificiosa y errónea, al obviar el verdadero sentido que esta Comisión da a este indicador en la Resolución de 18 de diciembre de 2008.

Esta Comisión ha constatado que, a tenor de la magnitud de las diferencias existentes en los costes de terminación de los tres OMRs incumbentes, éstas no se pueden explicar por las diferencias en tecnología sino, por las importantes diferencias en los tráficos cursados. Tal y como ilustra el tráfico medio por línea, los clientes de ORANGE cursan menos tráfico. Obviamente, esta es la primera razón, pero no la única.

Este diferencial en tráfico medio por línea de ORANGE con respecto a sus competidores, se ha incrementado durante el periodo 2002-2007 en el que partieron del mismo nivel mientras que VODAFONE, por ejemplo, ha conseguido alcanzar unos niveles de tráfico medio superiores incluso a los de TME, que es el operador líder en número de clientes en el mercado.

Por otra parte, ha de destacarse que las diferencias en una variable tan determinante para el nivel de los costes de terminación como es volumen de tráfico de voz, es una variable endógena sobre la que las decisiones comerciales de los operadores tienen un efecto directo.

En ningún momento esta Comisión establece una relación causa-efecto entre el tráfico individual de cada cliente y el coste de terminación, tal y como ORANGE pretende hacer ver, sino que por el contrario, establece tal relación entre una variable endógena

²³ Resolución de 18 de diciembre de 2008 (MTZ 2008/1193), pg. 38/75.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

(que no está fuera del control del operador en cuestión) como es el tráfico total (explicada a partir del número de líneas y el tráfico medio por línea) y el coste de terminación. De esta manera se evidencia que las diferencias en costes no se basan en diferencias en costes objetivas y exógenas, esto es, fuera del control de ORANGE, que serían las únicas diferencias a tener en cuenta a la hora de reconocer unos precios de terminación asimétricos.

Finalmente, respecto a la alegación relativa a que la dificultad en la captación de clientes por parte de ORANGE se debió, además de por otras razones, a que sus servicios eran de peor calidad debido a la asignación del espectro radioeléctrico, hay que remitirse simplemente a la contestación del anterior subapartado. También, se ha de señalar que esta afirmación choca frontalmente con el mensaje de la campaña publicitaria de Amena (ahora ORANGE) en la que, precisamente, destacaba la gran calidad de los servicios prestados sobre su red sobre la base de un informe realizado por la SETSI²⁴. De todas formas, según este informe²⁵ *“los resultados globales obtenidos ponen de manifiesto niveles de calidad de servicio relativamente homogéneos para los tres operadores y, en general, representan niveles de calidad que están en línea con los mejores datos publicados en los países más desarrollados de nuestro entorno”*.

Por tanto, la evidencia empírica no parece sustentar las alegaciones de ORANGE con respecto a la calidad de su servicio y las limitaciones impuestas por la tecnología. En este sentido, la calidad percibida por el cliente está condicionada parcialmente por este aspecto del servicio; otros aspectos tales de la política comercial de ORANGE (factores endógenos) como: (i) retrasos para efectuar la portabilidad cuando el usuario solicita el cambio de compañía manteniendo su número de teléfono; (ii) trabas y rechazos en la tramitación de bajas; (iii) penalizaciones económicas por darse de baja antes de transcurrir un año desde la firma del contrato sin que esta circunstancia se indique en la publicidad que oferta el alta gratuita y el teléfono móvil a precio reducido; (iv) entrega de teléfonos móviles distintos a los contratados; (v) retrasos en la entrega del teléfono móvil o en la activación de los servicios solicitados; (vi) facturación de llamadas no realizadas o de conexiones a Internet a través del móvil no efectuadas por el usuario, (vii) alta y facturación de servicios no solicitados; (viii) contratación de servicios que no se ajustan a lo prometido en su publicidad; (ix) facilitación de información errónea sobre las tarifas y otras características de los servicios, son identificados por FACUA²⁶ como los principales problemas soportados por los usuarios y sobre los que califican la calidad de los servicios de los operadores móviles.

En definitiva, atribuir a la tecnología de acceso asignada la falta de atractivo comercial de la oferta de ORANGE (u Amena, con anterioridad) para competir por los clientes de mayor valor es exagerado, porque: (i) las diferencias no son tan acusadas, (ii) existen una multiplicidad de atributos del servicios sobre los que este operador sí tiene

²⁴ Estudio sobre la calidad de servicio de la telefonía móvil en España. <http://www.mityc.es/telecomunicaciones/es-ES/Servicios/CalidadServicio/informes/Historico/96ESTUDIO%20CALIDAD%20TELEF.%20M%C3%93VIL%20ESPA%C3%91A2005.pdf>

²⁵ Se analizaron la tasa de llamadas establecidas con éxito, la tasa de llamadas finalizadas con éxito, la calidad de Voz y el tiempo de establecimiento de llamadas.

²⁶ <https://www.facua.org/es/noticia.php?id=1405>



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

capacidad de elección y además (iii) ORANGE dispone desde el año 2005 de bloques de frecuencias en la banda 900 MHz, con lo que esa posible desventaja habría dejado de serlo.

2.3.4) Sobre la supuesta pervivencia de los diferenciales de costes desfavorables para ORANGE.

A juicio de la recurrente, ni el transcurso del tiempo y ni el aumento del tráfico van a contribuir a eliminar la diferencia en los costes de los operadores con una red principalmente basada en la banda de frecuencias 900 MHz de aquellos operadores con una red principalmente basada en la banda de frecuencias 1800 MHz. La mayor prueba de ello sería la diferencia de emplazamientos físicos que VODAFONE mantiene con ella en la actualidad, aún considerando las diferencias en tráficos y clientes de ORANGE y VODAFONE.

ORANGE sustenta estas consideraciones a partir de una simulación que realiza utilizando los modelos *bottom up* públicos de ARCEP²⁷. Pues bien, de aquella simulación ORANGE destaca que el diferencial en costes entre las tecnologías DCS y GSM se mantiene en cualquier caso. Según explica, cuando las cuotas de mercado de los operadores, tanto con tecnología DCS como con GSM son iguales al 40%, los diferenciales disminuyen estabilizándose en 10% y cuando estas cuotas son iguales al 20%, las diferencias en costes disminuyen estabilizándose en un 15%; es decir, los diferenciales en costes no desaparecen totalmente por el mero transcurso del tiempo ni por la asimilación de cuotas de mercado o tráficos cursados. La única vía de garantizar la desaparición de esta diferencia objetiva sería, en línea con esta alegación de ORANGE, desmontar la red DCS.

Pues bien, esta Comisión ha de señalar que los niveles de tráfico alcanzados por ORANGE no le habrían permitido obtener el máximo nivel de eficiencia de las estaciones base DCS 1800 MHz desplegadas para dar cobertura a todo el territorio nacional. Este hecho, junto con el despliegue de las estaciones base basadas en tecnología 900 MHz, explicarían el presumible desequilibrio desfavorable en el número de emplazamientos de estaciones base con respecto a VODAFONE. Así pues, ha de concluirse que este desequilibrio debería ser transitorio en la medida en que el número de estaciones base GSM y DCS se adecue al tráfico efectivamente cursado y endógeno, ya que el nivel de eficiencia depende del tráfico que ORANGE haya sido capaz de cursar por su propia red.

Asimismo, las estimaciones de costes presentadas por ORANGE no son correctas²⁸ porque es precisamente ARCEP quien concluye, en sentido opuesto que lo ahora indicado por la recurrente, que los costes adicionales soportados por Bouygues, como consecuencia de la preexistente asignación de los recursos de espectro radioeléctrico no deberían de ser tomados en consideración con la transición a los costes incrementales. Más aún, ARCEP (ver nota a pie de este argumento de los comentarios

²⁷ l'Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes. (Autoridad francesa de regulación sectorial)

²⁸ Más allá de la ausencia de una explicación precisa sobre el modelo y los inputs utilizados en la estimación de los costes de terminación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de la CE) explica que la superación de las diferencias resultantes de la asignación inicial del espectro, como consecuencia de la transición hacia los costes incrementales, coincide con la reducción gradual de su efecto sobre los costes totales dentro de un modelo de costes totalmente distribuidos²⁹.

Esta conclusión se suma a las alcanzadas por Ofcom y la CE (en sus comentarios a los reguladores belga y letón) con respecto a las mínimas diferencias en costes entre las tecnologías basadas en redes de 900 MHz y 1800 MHz señaladas por esta Comisión en la Resolución recurrida³⁰.

2.3.5) Conclusiones en cuanto a las diferencias estructurales alegadas por ORANGE.

Sobre la base de los cuatro subapartados anteriores, cabe concluir que el establecimiento de un mismo precio de terminación no resulta discriminatorio. Como se ha explicado, esta Comisión ha considerado (y ha sido refrendado por la CE) que no existen diferencias objetivas en costes que justifiquen la introducción de asimetría en los precios de terminación de estos operadores en función del uso de la tecnología GSM900 o DCS1800, y que los desequilibrios registrados en los intercambios de tráfico entre los OMRs con PSM surgen como consecuencia de las decisiones estratégicas adoptadas por cada uno de ellos para competir en el mercado minorista. En ausencia de dominancia en el mercado móvil minorista, la discriminación entre los precios de las llamadas on-net y off-net impondría una desventaja competitiva injustificada en tanto que los precios de terminación sean excesivos. Por tanto, con la regulación propuesta por esta Comisión las únicas ventajas en costes de que disfrutaran los operadores se deberán a las mayores economías de escala, derivadas de la captación de un mayor número de clientes y del mayor tráfico que logren cursar por sus respectivas redes.

Hay que tener en cuenta que inicialmente ORANGE ya ha disfrutado de unos precios de terminación superiores a sus competidores en compensación por las desventajas que soportaban en un principio, como consecuencia de la asignación del espectro y de la tecnología DCS1800 que estaba obligada a utilizar. De lo contrario, se podría estar desincentivando la consecución de una escala eficiente para competir en el mercado de forma efectiva³¹.

Sin embargo, el reconocimiento de unos precios de terminación asimétricos por estos desequilibrios en los tráfico no haría sino perpetuar el problema y justificar la

²⁹ Case FR/2008/0812: Wholesale voice call termination on individual mobile networks in France. Comments pursuant to Article 7(3) of Directive 2002/21/EC. "With regard to the rates applicable to the individual MNOs, ARCEP states that Bouygues' additional costs inherited from its past frequency allocations shall no longer be taken into account with the transition to incremental costs [...] ARCEP also informs that the phasing out of differences due to initial spectrum assignments as a consequence of a transition towards incremental costs coincides with the gradual decrease in its effect on total costs within a FAC model, providing for a smoother transition for operators."

³⁰ Ver página 62/75.

³¹ Ver Draft Commission staff working document explanatory note accompanying document to the Commission Recommendation on the Regulatory Treatment of Fixed and Mobile Termination Rates in the EU, página 16.

"In that respect, the Commission has previously stated that the persistence of a higher termination rate would not be justified after a period long enough for an operator to adapt to market conditions and become efficient, and could even discourage smaller operators from seeking to expand their market share".



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

existencia de precios de llamadas on-net y off-net distintos sin una base objetiva, que tuvieran en cuenta las diferencias en costes creadas por esta regulación³².

Por todo lo anterior, cabe concluir que las obligaciones impuestas resultan adecuadas conforme a la realidad del mercado, al marco regulador europeo, a las recomendaciones y directrices de la CE y justificadas en el cumplimiento del artículo 3 de la LGTel. La Resolución impugnada establece unas obligaciones que resultan proporcionales y no discriminatorias para remediar las deficiencias advertidas en el mercado objeto de regulación impugnada.

Sobre la base de todo lo anterior, cabe desestimar este motivo de impugnación de la Resolución de 18 de diciembre de 2008 al comprobarse que la misma se sujeta, de manera estricta, a lo previsto en el capítulo II del Título II de la LGTel y el artículo 13 de la misma Ley y conforme al Título II del Reglamento de mercados.

TERCERO.- Sobre la infracción del principio de jerarquía normativa.

Tanto JAZZTEL como ORANGE, consideran que las obligaciones impuestas infringen el principio de jerarquía normativa (Art. 9.3 de la Constitución española), esto es, las obligaciones impuestas infringen el ordenamiento jurídico, según JAZZTEL, por que infringen los artículos 10 y 11 de la misma LGTel y, según ORANGE, porque infringen lo dispuesto en el artículo 4.1 del Reglamento de mercados.

En los fundamentos de derecho anteriores ha quedado sobradamente contestadas estas alegaciones por lo que ha de desestimarse este motivo de impugnación al comprobarse que la Resolución de 18 de diciembre de 2008, en atención a las circunstancias concretas que concurren en los mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales según el análisis del mismo, se ajusta plenamente a lo dispuesto por el Ordenamiento Jurídico y especialmente a los objetivos y principios establecidos en el artículo 3 de la LGTel.

En atención a todo lo anterior, y vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar íntegramente los recurso de reposición interpuestos por Jazz Telecom España, S.A.U. y France Telecom España, S.A. contra la Resolución de esta Comisión de 18 de diciembre de 2008 (MTZ 2008/1193).

³² A tenor de la propuesta de ARCEP de mantener una asimetría en el precio de terminación de Bouygues, la CE realizar sus comentarios,:

"The Commission notes that ARCEP, in line with its 2007 decision, considers that the main justification for continued asymmetric MTRs in favour of Bouygues, is the competitive distortion stemming from Bouygues' direct cost premiums due to the difference between MTRs and the underlying efficient costs associated with the traffic imbalances it incurs vis-à-vis its larger competitors. In this regard, the Commission would like to reiterate that traffic imbalances, instead of being due to network effects, may in fact be caused by the current asymmetric level of MTRs as well as by an on-net/off-net retail price differentiation that is within the control of the operators. [subrayado nuestro]"



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 por la Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la que se refiere el presente certificado 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 SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Ignacio Redondo Andreu

Reinaldo Rodríguez Illera