



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

CERTIFICA:

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

ACUERDO

Por el cual, en relación con el Expediente RO 2004/1814, se aprueba la siguiente

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

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 16 de noviembre de 2004, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de D. Jean Donadieu de Lavit, en nombre y representación de la entidad TELE2 TELECOMMUNICATION SERVICES, S.L. (en adelante, "Tele2"), por el que solicita la intervención de esta Comisión en virtud del artículo 48.3, letras d) y e) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en lo sucesivo, "LGTel"), en relación con el conflicto de acceso suscitado frente a RETEVISIÓN MÓVIL, S.A. (en adelante, "FTES")¹ con motivo de la solicitud de Tele2 de acceso a la red de FTES con fines de itinerancia nacional, para la prestación de servicios de operador móvil virtual por parte de Tele2.

En su escrito, Tele2 solicitaba de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que:

¹ Retevisión Móvil, S.A., fue absorbida por France Telecom España, S.A. –en adelante, "FTES"- (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, en fecha 31 de julio de 2006).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“PRIMERO.- Estime la petición de TELE2 y obligue a AMENA a prestar y garantizar sin restricción alguna acceso a su red para la prestación por parte de TELE2 de servicios como operador móvil virtual.

SEGUNDO.- Obligue a AMENA a la firma de un Acuerdo de Acceso o acuerdo de itinerancia nacional, donde se recojan las condiciones técnicas y económicas necesarias para ejercer la provisión del acceso mencionado en el párrafo anterior, poniendo fin al presente Conflicto de acceso.

TERCERO.- Inste a las partes a que acepten el Acuerdo de acceso que la CMT proponga como modelo de contrato. El contrato propuesto por esta Comisión será un acuerdo de mínimos, es decir, recogerá el contenido mínimo de la oferta de AMENA a TELE2, que será vinculante para aquél y permitirá a TELE2 empezar a prestar el servicio de manera inmediata.

CUARTO.- Declare la confidencialidad de los datos señalados como tales a lo largo del documento y especialmente los correspondientes a la actividad comercial de TELE2, conforme a la Disposición adicional cuarta de la LGTEL, en particular de los datos incluidos en los apartados QUINTO de los HECHOS y SEXTO de los FUNDAMENTOS DE DERECHO.”

Tele2 fundamentaba su solicitud de intervención en las siguientes consideraciones:

1. Tele2 estaba autorizada para la prestación del servicio telefónico móvil disponible al público, mediante la utilización de un conjunto de medios de conmutación y transmisión y sin asumir para ello los derechos y las obligaciones propias de los operadores de red en relación con el establecimiento o explotación de la red (objeto de la antigua licencia individual A2; en adelante, operador móvil virtual u OMV Completo, como se denomina en la actualidad).
2. Tele2 no ha podido iniciar la prestación del servicio para el que está habilitada ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo con los operadores móviles titulares de redes de acceso (“OMR”).

Según Tele2, al demorar las negociaciones *sine die*, FTES estaba denegando el acceso a su red a Tele2. Con su actitud no justificada, FTES infringía la regulación aplicable, en particular, el artículo 7 del Reglamento que desarrolla el Título II de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, en lo relativo a la interconexión y al acceso a las redes públicas y a la numeración, aprobado por Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio (en adelante, “Reglamento de Interconexión”), y la Resolución de esta Comisión de 11 de septiembre de 2003².

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



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

3. Tele2 solicitaba un acuerdo de acceso (acceso especial) a la red móvil de FTES, con fines de itinerancia nacional.
4. FTES era un operador con la condición de dominante en el mercado de interconexión y como tal tenía una serie de obligaciones, entre las que se encuentra la de facilitar el acceso a su red, en este caso para servicios de OMV.

Según Tele2, los operadores dominantes estaban obligados a permitir el acceso a sus redes de conformidad con lo establecido en el artículo 7.1 del Reglamento de Interconexión, en vigor transitoriamente hasta que se desarrollase el Título II de la LGTel, de conformidad con lo establecido en la Disposición transitoria primera (apartado 3) de la LGTel³. Por tanto, FTES estaba obligada, debido a su consideración como operador dominante, a negociar con Tele2 e implantar un acuerdo de OMV en condiciones de objetividad, transparencia, proporcionalidad y no discriminación.

5. Más aun, es posible que todos o alguno de los tres operadores del servicio de telefonía móvil disponible al público que disponen de red de acceso radioeléctrica mantuvieran, con la aplicación del nuevo marco regulador, su condición de dominantes en el mercado de acceso y originación de llamadas (individual o conjuntamente). En consecuencia, Tele2 instaba a la Comisión a valorar si la negativa a contratar que sufría Tele2 era fruto de un acuerdo horizontal entre dichos operadores, solicitando principalmente que se examinara si, desde el punto de vista regulatorio, la obligación de acceso debía ser impuesta a todos los operadores móviles de red en atención a esta posición en el mercado que se manifestaba en la negativa a contratar.
6. De conformidad con lo anterior, Tele2 entendía que esta Comisión debía garantizar el acceso a la red de FTES y que las condiciones de dicho acceso fueran objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias.

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

³ Reglamento en vigor en el momento de presentarse la denuncia y que fue derogado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, que aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tercero.- Por lo que se refiere a la solicitud de declaración de confidencialidad instada por Tele2 en su escrito de interposición del conflicto, mediante acuerdo de 25 de noviembre de 2004, se determinó que esta Comisión:

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

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

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

Cuarto.- Con fecha 26 de noviembre de 2005, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito adicional de Tele2, por el que aportaba cierta documentación solicitando que se tuviera como referencia para la determinación de las condiciones económicas que se incluyeran en el acuerdo de acceso que esta Comisión establezca.

Quinto.- Con fecha 16 de marzo de 2005, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de FTES por el que solicitaba que se desestimaran las pretensiones de Tele2 y se procediera al archivo del presente expediente.

En síntesis, FTES formulaba las siguientes consideraciones:

1. FTES no tenía, conforme a la normativa aplicable en el momento de formular el presente conflicto, obligación legal alguna de prestar a Tele2 acceso a su red, sino que únicamente tenía una obligación de facilitar el acceso a su servicio de telefonía móvil en las mismas condiciones que a cualquier usuario final, conforme a los artículos 6 y 7 del Reglamento de Interconexión.
2. La única vía para imponer una obligación de acceso a FTES era llevando a cabo previamente el procedimiento de análisis de mercados y determinación de operadores con poder significativo de mercado (PSM), en los mercados correspondientes, de conformidad con el nuevo marco regulador europeo de las comunicaciones electrónicas.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

3. De otra parte, FTES afirmaba que no se había agotado la vía de la negociación, *“porque la escasez de la información remitida y la actitud de TELE2 ha impedido a AMENA siquiera poder valorar propuesta alguna”*.

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

Séptimo.- En fecha 13 de agosto del presente año, ha tenido entrada escrito de alegaciones de FTES, en el que sostiene que considera que *“este expediente debe concluir con una declaración de caducidad del mismo y el consiguiente archivo de actuaciones”*, en base a lo previsto en el artículo 44.2 de la LRJPAC y al haberse excedido el plazo máximo para dictarse resolución vinculante en el presente expediente.

De otra parte, FTES entendía que, subsidiariamente a su pretensión principal de que se declare la caducidad del expediente, procede desestimar la pretensión de Tele2 *“pues como se deduce del propio informe de los servicios de la CMT conforme al régimen legislativo existente en el momento de la denuncia, mi representada no tenía obligación alguna de acceder a las pretensiones de Tele2”*. Asimismo, declara que a día de hoy no le consta controversia alguna con Tele2.

Por su parte, Tele2 no ha formulado alegaciones.

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

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

En virtud de escrito de fecha 12 de noviembre del presente año, FTES ha manifestado que no encuentra razones para la continuación de la tramitación del presente procedimiento, solicitando que se proceda al archivo definitivo de las actuaciones del expediente RO 2004/1814.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Habilitación competencial.

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

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

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

Segundo.- Desistimiento del solicitante.

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

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



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

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

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

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

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

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

RESUELVE

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

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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