



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON ALFONSO RAMOS DE MOLINS SAINZ DE BARANDA, 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 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 20 de enero de 2005, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCION POR LA QUE SE RESUELVEN LOS RECURSOS POTESTATIVOS DE REPOSICIÓN INTERPUESTOS POR TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A. Y LA ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES EN ACCIÓN-FACUA EN RELACION CON LA RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES DE FECHA 7 DE OCTUBRE DE 2004, POR LA QUE SE FIJAN LOS PRECIOS DE INTERCONEXIÓN DE TERMINACIÓN EN LA RED DE TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U.

En relación con los recursos potestativos de reposición interpuestos por Telefónica Móviles España, S.A. y la Asociación de Consumidores en Acción - FACUA contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por la que se fijan los precios de interconexión de terminación en la red de TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U., el Consejo de esta Comisión ha adoptado en su sesión núm.01/05, la siguiente Resolución:

Resolución de 20 de enero de 2005, recaída en el expediente AJ 2004/1750

HECHOS

PRIMERO. En fecha 7 de octubre de 2004, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución por la que se fijan precios de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

interconexión de terminación en la red de TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. La citada Resolución, acordaba, entre otras cosas, lo siguiente:

“Primero.- Fijar el precio medio máximo del servicio de interconexión de terminación de voz de Telefónica Móviles España, S.A.U. en 0,128292 euros/minuto a partir del 31 de octubre de 2004, calculando este precio medio conforme a los ponderadores establecidos en el Anexo II.

Segundo.- Aprobar los siguientes precios nominales y franjas horarias del servicio de interconexión de terminación en la red de Telefónica Móviles España, S.A.U. a partir del 31 de octubre de 2004:

- *Horario Normal (de lunes a viernes, de ocho a veinte horas): 0,132621 euros/minuto facturándose un minuto de conversación completo para duraciones iguales o inferiores al minuto y efectuándose el cómputo por segundos para duraciones superiores.*
- *Horario Reducido (de lunes a viernes, de veinte a ocho horas; sábados, domingos y festivos de ámbito nacional, durante todo el día): 0,088088 euros/minuto facturándose un minuto de conversación completo para duraciones iguales o inferiores al minuto y efectuándose el cómputo por segundos para duraciones superiores.*

No obstante, en cualquier momento a partir de la notificación de la presente Resolución, con la previa aprobación por parte de esta Comisión, Telefónica Móviles España, S.A.U. podrá modificar estas franjas horarias y precios nominales, quedando éstos sustituidos por los nuevos aprobados”.

SEGUNDO. Mediante escrito de fecha 4 de noviembre de 2004, con entrada en el Registro de esta Comisión el siguiente día 8 de noviembre, Telefónica Móviles España, S.A.U. (en adelante, TME) interpuso recurso potestativo de reposición contra la Resolución antes referida, solicitando que se revisara el contenido de la misma sobre la base de las siguientes alegaciones:

1. Sobre la vulneración del procedimiento transitorio previsto en la Ley General de Telecomunicaciones: Ausencia de competencia de la CMT.

Al respecto, TME manifiesta que esta Comisión carece de competencia para modificar las obligaciones impuestas a los operadores dominantes, en tanto no se fijen nuevamente los mercados de referencia. Argumenta que el régimen transitorio previsto hasta la nueva definición de los mercados se refiere



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

únicamente a que las obligaciones y mercados de referencia que existían a fecha de promulgación de la Ley, continuarán en vigor hasta que se fijen nuevamente los mercados, no admitiendo según su razonamiento la posibilidad de modificación de dichas obligaciones durante el periodo transitorio.

2. Que la Resolución sobre verificación de los costes de TME se encuentra “*sub iudice*”

TME manifiesta que el Recurso de Reposición planteado por dicha entidad contra la Resolución de esta Comisión sobre verificación de los costes de TME, no había sido resuelto expresamente cuando se dictó la Resolución recurrida, relativa a los precios de terminación. Señala que como consecuencia, se plantea una situación irregular consistente en que los precios de interconexión han de orientarse al coste real, sin que a juicio del recurrente quede claro cual es dicho coste, si el acordado en la Resolución sobre verificación de costes o el coste presentado por TME en su recurso.

3. Imposición de una regulación asimétrica de precios: Ausencia de motivación.

El recurrente manifiesta que mientras el informe técnico de los servicios de la Comisión proponía la misma reducción en el precio medio de interconexión tanto para VODAFONE como para TME, la Resolución recurrida, según TME de forma injustificada, establece un régimen asimétrico de precios de terminación en las redes de los mencionados operadores. Asegura que ello es contrario al artículo 54.1c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), que exige la motivación de los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos, puesto que además, todas las Resoluciones previas de la CMT en esta materia tendían a la convergencia.

4. Las Resoluciones de 7 de octubre de 2004 son contrarias a los principios y objetivos contenidos en el artículo 3 de la LGTel.

El recurrente argumenta que la fijación aislada de los precios de los tres operadores móviles, sin tener en cuenta el efecto de las Resoluciones sobre las interrelaciones de estos operadores supone que la decisión final sea contraria al fomento de la competencia, a la promoción de la eficiencia y al desarrollo del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mercado interior de los servicios de comunicaciones electrónicas en la Unión Europea.

En lo relativo a la competencia señala que la adopción de forma aislada de los precios de terminación de los tres operadores móviles, supone la creación de “subvenciones” de unos operadores móviles a otros en el ámbito de los servicios de interconexión, cuando en el ámbito del mercado móvil minorista los tres tienen que competir en igualdad de condiciones. Concluye que por encima de la obligación de orientar los precios a los costes, ha de situarse la necesidad de salvaguardar la competencia.

En cuanto al fomento de la eficiencia, TME argumenta que la finalidad de la actuación de esta Comisión en este ámbito ha de ser corregir la actuación de los operadores del mercado, de modo que su actuación se adapte a la que procedería en una situación de competencia efectiva. Por tanto, las medidas regulatorias de control de precios deberían simular un mercado donde los precios de terminación de todos los operadores presentes en el mismo mercado minorista estén en un mismo nivel de referencia, tal y como sucedería si existiera competencia efectiva en los mercados de terminación, puesto que de lo contrario se estaría primando al operador menos eficiente en detrimento del más eficiente.

Finalmente indica que las Resoluciones de esta Comisión de 7 de octubre de 2004 se separan de la aplicación de la normativa sectorial de telecomunicaciones en otros países de la Unión Europea y de la realidad competitiva de otros mercados comparables al español.

5. Las decisiones de la CMT han introducido una modificación sustancial del AGI suscrito entre TME y VODAFONE.

Señala TME que el marco que ha regido hasta ahora las relaciones bilaterales de interconexión entre VODAFONE y TME se había basado en la simetría. Como consecuencia de las Resoluciones de 7 de octubre de 2004, existe una desproporción en la aplicación del AGI suscrito por las partes, puesto que con anterioridad existía un saldo neto prácticamente nulo entre VODAFONE y TME y tras las Resoluciones citadas se pasa a un saldo favorable a VODAFONE.

TERCERO. Mediante escritos del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 18 de noviembre de 2004, se cumplió el trámite de información a los interesados previsto en el artículo 42.4 de la LRJPAC. Asimismo, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 112.2 de la LRJPAC, mediante



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

escritos del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de esa misma fecha, se dio traslado a las entidades interesadas del recurso de reposición interpuesto por la entidad TME para que alegasen lo que estimasen conveniente.

CUARTO Mediante escrito de fecha 5 de noviembre de 2004 con entrada en el Registro de esta Comisión el 8 de noviembre de 2004, la Asociación de Consumidores en Acción-FACUA (en adelante FACUA), interpuso recurso potestativo de reposición contra la Resolución referida en el antecedente de hecho primero.

En el citado escrito de interposición se expone, en relación con la revisión del acto, básicamente lo siguiente:

1. Sobre la no orientación a costes de los precios de interconexión fijados en la Resolución del expediente MTZ 2004/1303.

Facua considera que los precios de interconexión de terminación en la red de TME fijados por la CMT vulneran la normativa vigente, R.D. 1.651/1998, de 24 de julio y la Ley General de Telecomunicaciones de 3 de noviembre de 2003 en cuanto que los mismos no están orientados a costes ni son objetivos ni proporcionados.

2. Sobre el redondeo al alza del primer minuto.

Facua pone de manifiesto que la autorización de precios de interconexión que permiten el cobro completo del primer minuto de una conversación de duración inferior es contrario a los principios establecidos en el artículo 11.5 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, en el que se especifica que: *“las obligaciones y condiciones que se impongan de conformidad con este capítulo serán objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias”*.

QUINTO. Mediante escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 17 de noviembre de 2004, se cumplió el trámite de información a los interesados previsto en el artículo 42.4 de la LRJPAC.

SEXTO. Mediante escrito de fecha 10 de diciembre de 2004, con entrada en el Registro de esta Comisión ese mismo día se recibieron alegaciones de VODAFONE ESPAÑA, S.A. (en adelante VODAFONE) al recurso potestativo de reposición interpuesto por TME.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En dicho escrito se expone básicamente lo siguiente:

1. Sobre la necesidad de adoptar resoluciones aisladas

VODAFONE señala que, si bien esta Comisión procedió a la instrucción de los expedientes para la fijación de los precios de interconexión de TME, VODAFONE y RETEVISIÓN MÓVIL, S.A. de forma independiente, el análisis de dichas Resoluciones se realizó de manera conjunta, puesto que todas ellas tienen su origen en la Resolución que declaró dominantes en el mercado nacional de interconexión a los citados operadores y porque es imprescindible analizar los efectos en la competencia de forma combinada.

2. Sobre la supuesta distorsión del mercado provocado por la asimetría de precios entre TME y VODAFONE

Señala la interesada que el análisis expuesto por la recurrente ignora la situación de partida, lo que le conduce a conclusiones incorrectas. A su juicio, dicha situación implica que VODAFONE fue perjudicada al haberse igualado mediante la Resolución de 11 de julio de 2002 sus precios de interconexión con los de TME, dada la diferencia de peso en el mercado existente entre TME y VODAFONE, por tanto, la Resolución ahora recurrida viene a corregir discriminación existente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

Primero.- Acumulación de procedimientos.

De conformidad con lo establecido en el artículo 73 de la LRJPAC, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, ha dispuesto la acumulación del recurso interpuesto por la entidad FACUA tramitado bajo el número de expediente AJ 2004/1767, al interpuesto por la entidad TME tramitado con número de referencia AJ 2004/1750. El citado acuerdo se dicta habida cuenta la íntima conexión existente entre ambos procedimientos.

Segundo.- Calificación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El artículo 107 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.

Las recurrentes califican expresamente sus escritos como recursos de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa procede, 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 lo hubiera dictado, calificar los escritos presentados como recursos potestativos de reposición interpuestos contra la Resolución de esta Comisión de fecha 7 de octubre de 2004.

Tercero.- Competencia y plazo para resolver.

De conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, 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.

El presente recurso deberá ser resuelto y su Resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, según lo establecido en el art. 117.2 de la misma ley y, siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo.

Cuarto.- Admisión a trámite.

El recurso de reposición de la entidad TME ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC. Asimismo se ha interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117 de la misma Ley, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior, procede admitirlo a trámite.

Sin embargo, en el caso de FACUA, el acto recurrido queda fuera del ámbito de legitimación que el ordenamiento administrativo, según la interpretación jurisprudencial, otorga a quienes ostentan un interés legítimo, en virtud del artículo 31 de la LRJPAC.

A este respecto resulta clarificadora la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2000, puesto que al referirse al interés legítimo señala que *“aun cuando*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*sea un concepto diferente y más amplio que el de “interés directo”, ha de entenderse referida a un interés en sentido propio, cualificado o específico (cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 257/1989, de 22 de diciembre), lo que en el ámbito de esta Sala del Tribunal Supremo ha llevado a insistir que la relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto impugnado), con la que se define la legitimación activa, comporta el que **su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto** (sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1990), y presupone por tanto que la Resolución administrativa pueda repercutir, **directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación y en todo caso habrá de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento** (SSTS de 4 de febrero de 1991, de 17 de marzo y 30 de junio de 1995 y 12 de febrero de 1996, 9 de junio de 1997 y 8 de febrero de 1999 entre otras muchas; SSTC 60/1982, 62/1983, 257/1988, 97/1991, 195/1992, 143/1994 y ATC 327/1997)”.*

Dado que la sentencia citada se refieren al a la legitimación procesal para actuar en sede contencioso-administrativa, procede señalar que, tal como expone la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 septiembre 1997 “*El concepto de legitimación y su atribución a un sujeto determinado responden a una misma idea en la vía administrativa y en la contencioso-administrativa: la titularidad por parte del legitimado de un derecho o de un interés legítimo en que prospere su pretensión, como se desprende fundamentalmente del artículo 24.1 de la Constitución y se recoge en el artículo 31 de la Ley 30/1992*”.

En el presente supuesto, la anulación de la Resolución por la que se fijan los precios de terminación en la red de TME, y la reducción de los mismos por parte de esta Comisión, no implicaría necesariamente una reducción de los precios frente al usuario final, y por tanto un beneficio cierto para los intereses defendidos por FACUA, tal como exige la jurisprudencia. La decisión acerca del fin a que ha de destinarse el ahorro producido por la reducción de los precios de terminación quedaría únicamente al arbitrio de los operadores.

Por ello, procede la inadmisión a trámite del recurso interpuesto por FACUA.

B. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1. Sobre la vulneración del procedimiento transitorio previsto en la Ley General de Telecomunicaciones: Ausencia de Competencia de la CMT

TME pone de manifiesto que nada tiene que objetar en cuanto que esta Comisión está evidentemente habilitada para imponer a TME precios orientados a costes, siempre que ello se realice conforme a los principios y objetivos establecidos en la LGTel.

No obstante lo anterior, afirma que, excepcionalmente, la legislación vigente ha establecido un procedimiento transitorio en materia de definición de mercados relevantes, declaración de operadores dominantes e imposición de obligaciones, que viene a limitar la actuación de esta Comisión en dichas y concretas materias, eso sí, de manera transitoria, hasta que se finalice con el análisis de los mercados de referencia.

En consecuencia, argumenta que hasta que se produzca la imposición de nuevas obligaciones con arreglo al nuevo marco regulatorio, excepcionalmente, la CMT no está habilitada para establecer una nueva obligación impuesta conforme al antiguo marco regulatorio y deberá mantener las existentes, precisamente porque estamos en un período transitorio.

En opinión de TME, la CMT ha vulnerado la Disposición Transitoria Primera apartado tercero de la LGTel. imponiendo una nueva medida de orientación a costes de los precios de terminación que sustituye a una anterior y que se había impuesto – esta última medida – en el marco de la última declaración anual de dominancia que tuvo lugar antes de la entrada en vigor de la nueva ley. Por consiguiente, los precios establecidos mediante Resolución de diciembre del año 2003 son los que deberían mantenerse hasta que el análisis del mercado de referencia esté finalizado.

Sin embargo, a este respecto es preciso tener en cuenta que la incorporación de la nueva regulación comunitaria compuesta por las Directivas comprendidas en el denominado “Paquete Telecom” al ordenamiento jurídico español, en primera instancia, a través de la LGTel, implica un nuevo enfoque a la regulación de telecomunicaciones en el que la imposición de obligaciones regulatorias habrá de quedar subordinado a un análisis previo sobre el impacto en el mercado de tal regulación.

Así, se establece que la CMT definirá los mercados de referencia relativos a redes y servicios de comunicaciones electrónicas. Del análisis de dichos mercados se determinará si se desarrollan en un entorno de competencia efectiva y, en caso



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

contrario, esta Comisión identificará al operador u operadores que poseen un poder significativo en cada mercado.

Pues bien, en aquellos mercados en que se constate la inexistencia de un entorno en competencia, esta Comisión podrá imponer, mantener o modificar determinadas obligaciones específicas a los operadores que hayan sido identificados como operadores con poder significativo en dichos mercados.

Ahora bien, en tanto en cuanto el análisis anteriormente descrito no se haya realizado, la Disposición Transitoria Primera de la citada ley establece que los mercados de referencia actualmente existentes, los operadores dominantes en dichos mercados y las obligaciones que tienen impuestas dichos operadores continuarán en vigor hasta que se fijen los nuevos mercados de referencia, las empresas con poder significativo en dichos mercados y sus obligaciones.

En este sentido, TME alega que con la Resolución ahora impugnada la CMT viene a imponer una nueva obligación con anterioridad a la fijación de los nuevos mercados de referencia, las empresas con poder significativo y sus obligaciones.

Sobre esta alegación hay que precisar que la previsión contenida en la Disposición Transitoria Primera de la vigente LGTel. incorpora el artículo 27 de la Directiva Marco, el cual dispone que *“Los Estados miembros mantendrán todas las obligaciones establecidas en el Derecho nacional [...] hasta que una autoridad nacional de reglamentación se pronuncie respecto de dichas obligaciones”*. Pues bien, tal estipulación está tendiendo a fijar la subsistencia del anterior marco normativo hasta que no se empiecen a implementar los mecanismos del nuevo marco. Ello supone la prohibición de nuevas obligaciones mas no la pervivencia transitoria de las ya establecidas, entre ellas la de *“atenerse en la fijación de los precios de interconexión a los principios de transparencia y de orientación a costes”* que consagra el artículo 9.6 del Reglamento de Interconexión de 1998.

TME parece confundir el concepto de prohibición de nuevas obligaciones, en este caso claramente identificadas, con los actos materiales que pueda adoptar el regulador para garantizar que esas obligaciones se cumplen. En la interpretación de esta Comisión no existe parálisis o imposibilidad de actuación del regulador, siempre que no imponga nuevas obligaciones diferentes de las ya establecidas, supuesto éste que no se da en el presente asunto.

Sobre la legalidad de la conclusión de un procedimiento de modificación de los precios de interconexión de terminación de TME en el momento actual y sobre su



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

calificación jurídica a la luz del nuevo marco normativo, ha de considerarse que, por una parte, esta Comisión tiene habilitación competencial para proceder a realizar el análisis de la orientación a costes de los precios de interconexión de terminación que tiene fijados TME, cual es el objeto del procedimiento ahora impugnado, tomando las decisiones que estime pertinentes al respecto y que, por otra parte, la adopción de la Resolución impugnada es la vía correcta para proceder a modificar, en su caso, el importe de los precios de interconexión de terminación que tenía anteriormente vigentes TME en su consideración de orientados en función de los costes.

En efecto, la actual LGTel establece en el punto 3 de su Disposición Transitoria Primera que el Reglamento de Interconexión aprobado por Real Decreto 1651/1998 resultará de aplicación en tanto que no entren en vigor las nuevas normas. De este modo, ha de considerarse que subsiste vigente el antiguo marco en lo que no se oponga al nuevo, manteniendo, por tanto, las competencias atribuidas a esta Comisión en virtud tanto de la LGTel como del Reglamento de Interconexión que la ley mantiene en vigor.

Ahora bien, esta aplicación de las competencias de la LGTel y del citado Reglamento no deberá resultar incompatible con el nuevo marco regulador. En definitiva, esta Comisión ha de aplicar la LGTel con el citado Reglamento de Interconexión a la luz de las nuevas Directivas (respetando su espíritu y finalidad), adoptando las resoluciones necesarias respecto de las cuestiones sobre las que tiene competencia. Lo contrario no tendría sentido, pues paralizaría la actividad de la CMT durante un tiempo indeterminado pese a tener la habilitación competencial.

Teniendo en cuenta que, en virtud de la Disposición Transitoria Primera de la LGTel, la obligación de TME de tener orientados en función de sus costes los precios de interconexión de terminación continúa en vigor, ha de reiterarse la competencia de esta Comisión sustentada en los artículos 48, 11.4 y 3 de la LGTel y los artículos 9.6, 10 y 13 del Reglamento de Interconexión para proceder a modificar el importe de los precios de interconexión de terminación en la red de TME que tenía fijados este operador a la fecha de adopción de la Resolución que ahora se modifica. En efecto, con ello no se ha procedido a imponer una nueva obligación sino a actualizar los precios de interconexión que tenía fijados TME con los datos obtenidos de la verificación de los nuevos resultados contables del último ejercicio social cerrado y auditado de TME. En definitiva, se está actualizando una obligación impuesta a TME en virtud de la regulación en vigor, es decir, de la obligación preexistente de TME de tener orientados en función de sus costes sus precios de interconexión de terminación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2. Sobre la alegación relativa a que la Resolución sobre la Verificación de los costes de TME se encuentra “*sub iudice*”

TME considera que en la Resolución que ahora se impugna, la CMT no ha tenido en cuenta que contra la Resolución de 22 de julio de 2004 sobre la verificación de los costes de TME de los ejercicios 2001 y 2002, TME interpuso recurso de reposición y dicho recurso no ha sido todavía resuelto expresamente.

Manifiesta que a estos efectos, y mientras se hayan “*sub iudice*” los costes a los que hay que acomodar los precios de terminación de TME, la reducción impuesta del 12% no se realiza según lo previsto en el artículo 13 del vigente Reglamento de Interconexión, que señala que “*los precios de interconexión se determinarán en función del coste real de su prestación*”, puesto que todavía no se ha resuelto sobre cuál es el coste real, si el acordado en la Resolución de verificación de costes o el coste presentado por TME en su recurso.

Por tanto, TME sostiene que la CMT ha vulnerado lo previsto en el artículo 13 del Reglamento de Interconexión puesto que ha orientado en función de costes los precios de interconexión de TME (mediante la Resolución impugnada) estando pendiente de resolver el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de verificación de los resultados de la contabilidad de costes de TME del ejercicio 2002.

Pues bien, ante todo señalar que la alegación de TME decae en sí misma por cuanto con fecha 25 de noviembre de 2004 la CMT adoptó Resolución por la que resolvió desestimar íntegramente el recurso de reposición interpuesto por TME contra la Resolución de 22 de julio de 2004 de verificación de los resultados de la contabilidad de costes presentados por TME del ejercicio 2002.

No obstante lo anterior, resulta procedente recordar a TME la eficacia de las Resoluciones que adopta esta Comisión. Tales Resoluciones son actos administrativos sujetos a Derecho Administrativo que, en virtud del artículo 57 de la LRJPAC, se presumen válidas y producen efectos desde la fecha en que se dictan, y todo ello sin perjuicio de que los interesados puedan interponer contra los mismos los medios de impugnación legalmente previstos. La presentación de impugnaciones, como el recurso potestativo de reposición planteado por TME y que ahora alega, salvo pronunciamiento previo del órgano competente, no tiene efecto suspensivo inmediato sobre el acto impugnado.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por ello, y de conformidad con el referido artículo 57 de la LRJPAC la Resolución de 22 de julio de 2004 es eficaz desde el momento en que se dictó y, por tanto, ejecutiva por sí misma para su destinataria – en este caso TME – sin que en momento alguno se haya visto suspendida o penda su validez del sentido en el que se resuelva el recurso de reposición interpuesto por TME. Y, es más, en el presente caso, debe resaltarse que la propia TME no ha llegado a plantear en ningún momento la suspensión de la Resolución de verificación de costes.

3. Sobre la ausencia de motivación de la imposición de una regulación asimétrica de precios.

TME alega que mientras que en el Informe Técnico de los Servicios de la CMT sobre la determinación de los precios de terminación en la red de la recurrente, se proponía la misma reducción en el precio medio de interconexión tanto para VODAFONE, como para TME, es decir, se establecía un modelo de regulación simétrico de precios de terminación en las mencionadas redes, con posterioridad, y apartándose de esta propuesta sin justificación alguna según la recurrente, la CMT adopta sendas resoluciones de fijación de precios de terminación en la red de VODAFONE y TME que suponen el establecimiento de un régimen asimétrico de precios.

TME considera que las circunstancias anteriormente descritas, suponen una infracción del artículo 54.1.c) de la LRJPAC, habida cuenta que dicha Resolución carece de la argumentación precisa que permita llegar a un cumplido conocimiento del motivo que le sirve de sustento. Adicionalmente a lo manifestado, el artículo 54 de la LRJPAC se vulnera en otras dos ocasiones dado que mientras que en la Resolución en que se fijan los precios de AMENA, la CMT reconoce expresamente la necesidad de que los precios de los operadores móviles tiendan a la convergencia, en las resoluciones aplicables a TME y VODAFONE, y sin motivación alguna, se introduce una nueva divergencia al diferenciar sus precios.

A este respecto y ante todo ha de señalarse que el Informe preliminar emitido por los Servicios de la Comisión no predetermina en absoluto el contenido de la Resolución que finalmente dicte la Comisión. En efecto, el trámite de audiencia es un típico acto de trámite (artículo 84 de la LRJPAC) que no impide al órgano resolutorio adoptar la decisión que estime oportuna, siempre que la motive suficientemente en los términos que establece el artículo 54 de la LRJPAC.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por una parte, el Consejo es el órgano al que corresponde el ejercicio de las funciones que habilitan a esta Comisión para adoptar la Resolución ahora impugnada y resolver lo que estime procedente al respecto, por lo que en ningún caso se encuentra vinculado por los informes emanados de los Servicios de esta Comisión. En este mismo sentido se expresa el artículo 32 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre.

Por otra parte, con posterioridad al trámite de audiencia concedido a los interesados, el Consejo de la Comisión aprobó finalmente la Resolución ahora impugnada con la motivación y conclusiones en ella plasmadas y cuyos Fundamentos de Derecho contienen una exhaustiva argumentación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 54.1 c) de la LRJPAC, por lo que no es admisible la alegación de TME en lo referente a supuesta inexistencia de motivación sobre la razón por la que no se atendió por el Consejo el mencionado Informe de los Servicios de la Comisión.

Como viene señalando la jurisprudencia respecto a la motivación de los actos administrativos, cabe indicar en términos generales que todo acto que se dicte debe tener una causa y una finalidad, de modo que el requisito de motivación del mismo exige que esa causa y finalidad se exteriorice mediante la referencia a los hechos y fundamentos de derecho que justifican el acto. Por su parte, al respecto el Tribunal Constitucional – Sentencia 36/1982, de 16 de junio [RTC 1982/36], entre otras - señala que para evitar la indefensión y cumplir con las exigencias de la motivación de las resoluciones, es exigible que se analicen, aunque no sea de forma exhaustiva y pormenorizada, las cuestiones planteadas y se refieran las razones o circunstancias tenidas en cuenta a fin de posibilitar que el interesado pueda conocer esas razones o motivos y con ello pueda articular adecuadamente sus medios de defensa. De este modo, para saber cuándo la motivación es o no suficiente habrá de hacerse en cada caso concreto considerando si, atendidas las circunstancias concurrentes, en el supuesto examinado se expresan datos suficientes para conocer las razones del acto. La extensión de la motivación estará en función de la mayor o menor complejidad de la cuestión a debatir o la dificultad en el razonamiento (SSTS de 17 de octubre de 2000 [RJ 2000/8997] y de 20 de enero de 1998 [RJ 1998/1418]).

Pues bien, como se puede apreciar claramente en la Resolución que ahora se recurre, dicho acto cumple todos estos requisitos a los que se ha hecho mención anteriormente señalados por la jurisprudencia sobre la motivación de los actos administrativos, puesto que en la misma se indican de forma clara las circunstancias que dan lugar a dicho pronunciamiento sobre la fijación de unos determinados



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

precios de interconexión de terminación en la red de TME. Asimismo, se vierten de forma profusa todos aquellos criterios utilizados y conclusiones obtenidas tras el oportuno análisis practicado y se ha dado contestación a todas y cada una de las alegaciones efectuadas por TME y los restantes interesados. Muestra de ello es el hecho de que la propia TME ha impugnado la misma rebatiendo algunos de los razonamientos y criterios vertidos por esta Comisión en la propia Resolución ahora recurrida. En definitiva, cuestión diferente es que TME comparta o no la decisión tomada por la CMT al respecto, pero sin que ello nada tenga que ver con la supuesta falta de motivación de la Resolución ahora invocada, que como ya hemos dicho no se ha dado en el presente caso.

Una vez sentado lo anterior, resulta oportuno recordar, que la fijación de los precios de terminación en las distintas redes móviles, viene motivada principalmente, y como ya se pone de manifiesto en la propia Resolución recurrida, por el hecho de que dichos precios han de ser fijados, en todo caso, en función de los costes. Es decir, los precios que finalmente resulten, habrán de ser tales que permitan la recuperación de todos los costes de producción del servicio en cuestión, garantizando al mismo tiempo su consursabilidad.

En ese proceso de orientación en función de los costes, es necesario observar que es importante tener en cuenta, que la estructura de costes del operador que arroja la contabilidad de costes de un ejercicio concreto o el inmediatamente anterior, no deben constituir un elemento único y último en ese proceso dinámico de orientación en función de los costes, ya que la contabilidad de costes arroja una visión estática de la realidad de esa estructura de costes, y sin embargo el entorno dinámico en el que interactúan los operadores y los servicios que ofrecen, hacen necesario que en ese proceso de fijación de precios de interconexión se deban tener en cuenta factores tales como la dinamicidad de la demanda, de la competencia y, por ende, de los procesos productivos, de ahí que esta Comisión no pueda tomar exclusivamente como referencia en la fijación de los precios de terminación, las variaciones en los costes que los operadores presentaron de forma puntual en un ejercicio concreto, sino los sucesivos ajustes que se deben realizar en los procesos de contabilización de costes para que los mismos reflejen la realidad del mercado. En el caso que nos ocupa, en el mercado de las comunicaciones móviles, ha de tenerse en consideración cualquier variable que pudiera influir en los mismos, ya que la sensibilidad de las funciones de costes viene determinada por variables como el nivel de penetración de cada uno de los operadores en el mercado, así como el comportamiento de la demanda.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En definitiva, y en contra de lo que alega TME, la motivación de las decisiones que ha tomado esta Comisión en materia de fijación de precios de terminación, se sustenta en que los procesos de orientación a costes deben basarse en criterios objetivos, que tengan como finalidad el fomento de la competencia en el mercado tanto sobre las políticas de precios como de los servicios presentes y futuros que un operador comercialice o pretenda comercializar.

Del mismo modo, los efectos sobre la competitividad deberán ser analizados y cuantificados, en su caso, teniendo en cuenta ese carácter dinámico de la demanda y el efecto que sobre las decisiones de consumo tengan las acciones que los diferentes operadores pretendan introducir en el mercado.

Finalmente, en todo caso, no debe olvidarse que el objeto del procedimiento del que trae causa la Resolución impugnada es la fijación de unos precios en la red de TME orientados a costes y, por tanto, únicamente cabría la estimación de la impugnación presentada por TME si quedara probado que los precios concretos fijados a TME no se encuentran orientados a costes. Sin embargo, el hecho de que esta Comisión tras el extenso análisis efectuado en los procedimientos instruidos al efecto haya finalmente determinado unos precios de terminación diferentes para cada una de las tres redes móviles por sí mismo no prueba la existencia de vicio alguno de nulidad o anulabilidad de la Resolución ahora impugnada.

Por todo ello, se han de rechazar las alegaciones realizadas por TME en el tercer motivo del recurso.

4. Sobre la alegación relativa a que las Resoluciones de 7 de octubre de 2004 son contrarias a los principios y objetivos contenidos en el artículo 3 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones.

a) En primer lugar, TME considera que estas Resoluciones generan una distorsión en la competencia porque el establecimiento de un precio de terminación mayor en VODAFONE provoca una subvención de TME a VODAFONE, lo cual infringe uno de los objetivos y principios establecidos en el artículo 3 de la LGTel como es el fomento de la competencia. Además, según TME, VODAFONE puede utilizar esta subvención para mejorar su posición en el mercado minorista. Por otro lado, la fijación de un precio superior para VODAFONE supondrá un coste mayor para TME al prestar el servicio minorista.

TME presenta argumentos en contra de la asimetría de precios tanto de la propia VODAFONE como de determinados expertos como De Bijl y Peitz. Según TME,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

VODAFONE ha reconocido que a medio y largo plazo la asimetría produce efectos perjudiciales en la competencia porque mejora la posición competitiva del operador con mayores precios. TME hace referencia al documento “Regulating mobile call termination” aportado por VODAFONE en respuesta a la consulta pública del ERG sobre modificaciones a la Recomendación de separación contable y contabilidad de costes, publicada en abril de 2004 en el que *concluye “En consecuencia, la regulación asimétrica dañará el proceso competitivo y reducirá los incentivos a la eficiencia”*. Según TME, para VODAFONE sólo se justifican diferencias en precios si hay diferencias en las condiciones de acceso al espectro, lo que no se produce entre las dos operadoras.

En definitiva, TME sostiene que la Resolución impugnada introduce novedosamente una suerte de asimetría en la fijación de precios de interconexión de terminación entre los operadores móviles que desequilibra las condiciones de competencia entre esa operadora y VODAFONE, generando ventajas competitivas a favor de esta última y con efectos colaterales sobre el mercado en su conjunto.

Antes de contestar de manera más detallada los argumentos que al efecto presenta TME conviene formular algunas precisiones. La primera de ellas consiste en que la Resolución de la CMT no fija precios de terminación en la red de TME valorando únicamente el impacto en el mercado móvil sino que tiene en consideración también los efectos de los precios en el mercado de las llamadas fijo móvil. Se señala esta circunstancia por cuanto TME plantea un debate de sumo interés no solo en el mercado español sino también en el europeo cual es la idoneidad o no de abordar un diferente tratamiento de los precios de terminación según el origen de la llamada proceda de las redes fijas o móviles. Esta diferenciación quizás en el futuro, una vez se analicen los mercados de acuerdo con el nuevo marco comunitario, pueda abordarse y entonces valorar adecuadamente las propuestas y alegaciones que formula TME. Entre tanto, afirmaciones tales como subsidio entre redes o ventajas competitivas por el diferencial de precios establecido entre operadores, podrían volverse en contra de quien las formula si se tiene en consideración no únicamente el conjunto de las llamadas que se originan en redes móviles sino también, como en estos momentos sucede, el total de llamadas que terminan en esas redes, con independencia de que la llamada se inicie en una red fija o móvil.

Una segunda premisa que se debe considerar es que aún aceptando un análisis parcial del mercado de terminación entre redes móviles, no resulta cierto como parece desprenderse de las alegaciones de TME que la fijación de precios de interconexión entre móviles haya pasado de la aplicación de un principio de simetría a uno de asimetría, sin ninguna justificación. La terminación entre operadores



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

móviles, como bien conoce TME, esta caracterizada, si concebimos el mercado como pide esa operadora conjuntamente considerando a todos los operadores móviles, por una situación de asimetría respecto de los precios de AMENA, que ha generado y genera denuncias sobre distorsiones competitivas entre operadores.

La CMT, en diferentes y relativamente recientes resoluciones, ha tratado de ir aminorando el diferencial de precios entre TME y VODAFONE, de una parte, y AMENA, de otra, tendiendo con ello, a medida que vaya evolucionando la situación competitiva de AMENA, a una mayor convergencia en los precios de terminación de los tres operadores.

Esta indubitada pretensión no es desmentida en la Resolución que se recurre, sino todo lo contrario. Para facilitar esa convergencia, reconociendo al tiempo las diferencias en los costes de producción que revelan las contabilidades de los operadores, se ha optado en el presente ejercicio por establecer alguna diferencia en los precios de terminación del operador intermedio, tanto en cuota de mercado como en costes de producción, cual es VODAFONE. De esta manera, al introducir esa pequeña diferencia se facilita mediante la inserción de un escalón intermedio la convergencia de precios que a la postre reclama TME.

Llegados a este punto no podían ignorarse los reiterados alegatos de VODAFONE significando la existencia de costes diferentes según determinaban las contabilidades aprobadas por la CMT. Lo cual no significa que este criterio de diferenciación de precios quede consolidado para el futuro. Ya hemos indicado que en el proceso de revisión de mercados caben posibilidades diversas para remediar eventuales distorsiones en el mercado, como bien reconocen las directivas comunitarias. Y una de ellas, como es la posibilidad de fijar precios de interconexión de terminación en las redes móviles, pasa inexorablemente por tratar de otra manera el sistema de fijación de precios considerando, por ejemplo y tal como defiende TME, el establecimiento de un sistema particular de fijación de precios de terminación entre operadores móviles.

No obstante, el establecimiento de un sistema de esta naturaleza plantea en estos momentos enormes interrogantes que deben analizarse y resolverse de una manera no tan simplista como pretende TME. Aspectos tales como el impacto en los mercados minoristas, la posibilidad de erección de barreras de entrada a eventuales competidores en el mismo mercado móvil, la existencia indubitada de costes diferentes en las redes y el impacto que pueda o no producir en el balance del tráfico entre operadores, las consecuencias en el tratamiento de las llamadas off-net respecto de las on-net, son algunos de los aspectos que deben examinarse antes de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

implantar un principio de simetría en los precios de manera tan rotunda como propone TME.

En definitiva, es preciso tener en cuenta que según establecen el artículo 13 de la Directiva de Acceso y el artículo 13 del Reglamento de Interconexión, la fijación de los precios de interconexión debe realizarse en función del coste real de su prestación. Por tanto, ante costes de prestación diferentes pueden existir precios diferentes.

Esto puede provocar una diferencia en los cobros y pagos de interconexión entre operadores, pero no implica que el saldo favorable a un operador, en caso de producirse, le reporte subvenciones para mejorar su posición en el mercado minorista. Esto es así porque estos ingresos adicionales, originados por su mayor precio (fijado en función de sus mayores costes reales), van destinados a retribuir esos mayores costes de prestación. Es decir, al estar los precios de los servicios orientados al coste real de su prestación, precios diferentes son resultado de costes diferentes de forma que la diferencia entre precio y coste, esto es, el margen, podría ser similar para cada operador con precios diferentes. Las supuestas distorsiones en la competencia alegadas por TME no se producirían debido a que la existencia de márgenes similares de terminación para los operadores impediría tal circunstancia.

Los precios finales resultantes, que como se ha indicado permiten la recuperación de los costes de producción, deben garantizar además la concursabilidad. Para ello deben ser fijados teniendo en cuenta el carácter prospectivo del mercado y la situación competitiva actual y previsible del mismo. Además, se debe tener presente que la contabilidad de costes, fundamento de los precios, presenta los resultados contables y refleja la estructura de costes del operador en un momento concreto del tiempo, mientras que la demanda, la competencia y los procesos productivos y tecnológicos de los operadores son dinámicos.

Como consecuencia de lo anterior, siendo en estos momentos la orientación en función de costes el principal elemento de fijación de precios, deberán tenerse en cuenta otros factores como los cambios tecnológicos, el nivel de penetración en el mercado o el comportamiento de la demanda, que pueden afectar de forma diferente a los operadores.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Las afirmaciones de los autores De Bijl y Peitz¹ que utiliza TME para avalar su propuesta se basan en un modelo teórico que, como la mayoría de estos estudios, parte de unas premisas muy concretas y difíciles de darse en la realidad. En este caso el modelo resulta de difícil aplicación a la situación actual española por diversas razones, dos de las cuales son las siguientes: el modelo se centra en la telefonía fija, mientras que este expediente trata sobre precios de terminación en telefonía móvil; por otro lado, en el modelo existen dos operadores, un ex monopolio público y un entrante, mientras que en el mercado español de telefonía móvil existen tres operadores.

Por otro lado, es destacable que otros autores, bajo las condiciones apropiadas e indicadas en sus estudios, concluyen que *“Donde hay alguna asimetría en la demanda entre firmas, forzar una tarifa común (reciprocidad) puede ser perjudicial para el bienestar”*². En este caso, al igual que en el anterior, el cumplimiento de este resultado también está sujeto a las condiciones establecidas por los autores en su modelo teórico, que no tienen porqué coincidir con la situación del mercado español.

Además, TME considera que VODAFONE puede interpretar esta situación de fijación de precios de terminación superiores como un derecho adquirido de cara a negociaciones futuras sobre precios de otros servicios.

Ante esta predicción del comportamiento de VODAFONE por parte de TME, esta Comisión considera que esa posible situación futura no es objeto del presente procedimiento. En caso de que no se consiguiera alcanzar acuerdos sobre precios de interconexión de otros servicios, TME tiene a su disposición los cauces legalmente establecidos para solucionar estos posibles conflictos de interconexión. Por otro lado, ya hemos indicado que en el curso de la revisión de los mercados que está afrontando esta CMT, TME va a tener una ocasión inmejorable para proponer un sistema de fijación de precios de acuerdo con sus intereses.

Del mismo modo, TME sugiere que las medidas de fijación de precios de terminación en redes móviles deben tomarse conjuntamente porque su efecto combinado afecta al mercado minorista móvil.

¹ De Bijl y Peitz: New Competition in Telecommunication Markets: Regulatory Pricing Principles. CESifo Working Papers. Marzo 2002.

² Carter y Wright: Interconnection in Network Industries. Review of Industrial Organization. 1999. Texto original en inglés: *“Where there is some asymmetry of demand between the firms, forcing a common tariff (reciprocity) can be harmful to welfare”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sin embargo, frente a lo alegado por TME, y sin perjuicio de lo afirmado más arriba, esta Comisión se reitera en que su actuación ha venido determinada por el cumplimiento de lo prescrito en la legislación. La apertura e instrucción de los procedimientos de fijación de precios de interconexión (expedientes MTZ 2004/1301, MTZ 2004/1302 y MTZ 2004/1303) de forma independiente se basa en lo prescrito en la LRJPAC. Esta exigencia de que se tramiten los tres procedimientos por separado viene dada por la garantía constitucional de que existan unos trámites procedimentales a través de los cuales se llegue a formar la voluntad administrativa, según indica el artículo 105.c de la Constitución Española.

En cualquier caso, lo anterior no obsta para que las decisiones tomadas en este expediente se hayan tomado teniendo en cuenta todos los elementos de juicio con que cuenta esta Comisión.

b) En segundo lugar, según TME, las decisiones de la CMT son contrarias al fomento de la eficiencia que recoge la LGTel en su artículo 3 y la Directiva de Acceso en el artículo 13.

Para TME la acción regulatoria debe suplir la falta de competencia generando los mismos efectos que esta supondría para el mercado. En un mercado en competencia, los operadores fijan precios teniendo en cuenta el nivel de referencia de sus competidores para hacer atractiva su oferta a los clientes. En consecuencia en un mercado competitivo, VODAFONE no podría mantener un precio superior al de TME ya que perdería cuota de mercado. TME considera que el establecimiento de precios asimétricos orientados a costes no fomenta la eficiencia.

Por otro lado, TME considera que las diferencias de costes entre ellos y VODAFONE se deben a que este operador es menos eficiente, ya que las condiciones de acceso al espectro y la fecha de entrada al mercado fueron las mismas. Estas diferencias en la eficiencia de los operadores, causadas por aspectos que dependen de las decisiones de la propia empresa, no pueden justificar la imposición de precios diferentes, ya que esto causa un desincentivo a la mencionada eficiencia.

Es preciso tener en cuenta a este respecto, tal como se ha indicado con anterioridad, que los precios de terminación establecidos para VODAFONE y TME están basados en el mandato legal de la orientación en función de los costes y en la concursabilidad del mercado. Estos precios diferentes se basan en costes diferentes pero aseguran márgenes similares para los operadores, lo que impide distorsiones en la competencia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otro lado, el sistema de fijación de precios supone un gran incentivo para la eficiencia de los operadores debido a que se basa en la fijación de precios en función del coste real obtenido de los datos de la Contabilidad de Costes del propio operador, como se explica a continuación:

La contabilidad de costes refleja el coste del servicio en un momento determinado del tiempo. Sin embargo, el precio de interconexión se fija en función de dicho coste y se mantiene estable durante un período en el cual cualquier reducción de costes repercute en un mayor margen para el operador. Por tanto, con este procedimiento de fijación de precios los operadores no sólo no encuentran motivos para acomodarse como sugiere TME, sino que se encuentran fuertemente motivados a mejorar su eficiencia para reducir sus costes y apropiarse de un mayor margen en terminación. Es importante destacar que este efecto se produce en todos los operadores con obligación de orientar precios en función de los costes, con independencia de cual sea su estructura de costes, su situación en el mercado y su nivel de eficiencia relativo.

No obstante, además de lo expuesto, se debe atender en la fijación de los precios a la influencia en los costes de los operadores de otros factores, tanto endógenos como exógenos. Así, algunos de los factores que más inciden en la estructura de costes de los operadores son el nivel de penetración existente, el comportamiento dinámico de la demanda y los cambios tecnológicos.

En definitiva, el mecanismo de fijación de precios aplicado en las Resoluciones de 7 de octubre de 2004 garantiza la eficiencia y la competencia sostenible a largo plazo tal como se recoge en los principios que emanan del nuevo marco regulatorio.

c) En tercer lugar, para TME los dos operadores deben seguir manteniendo simetría de precios de terminación porque han entrado al mercado en el mismo momento y con similares derechos de acceso al espectro. TME soporta este razonamiento con la aportación de una comparativa entre algunos países europeos en la que los operadores con licencia para GSM 1800 y 900 MHz tienen el mismo precio de terminación. Abundando en lo anterior, TME destaca que el documento de remedios elaborado por el ERG no contempla la posibilidad de que otros operadores que no sean nuevos entrantes puedan fijar unos precios de terminación superiores a los que entraron en el mercado en el mismo momento y con las mismas condiciones.

Al respecto parece algo simplista analizar las condiciones de competencia entre dos operadores deteniéndose únicamente en las condiciones de entrada en el mercado.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Parece más adecuado y objetivo comprobar tanto la situación actual de los operadores en el mercado (de ahí los análisis anuales sobre dominancia en el mercado) y las perspectivas futuras, más que una visión sobre lo acontecido en el momento de crearse el mercado.

Dicho lo cual no pueden extrapolarse al mercado español las conclusiones que sobre sus mercados respectivos puedan haber realizado otros reguladores. Especialmente llamativa es la situación del mercado británico, que continuamente aparece traída a colación por TME, en la que cuatro operadores prácticamente se reparten el mercado en las mismas condiciones y con cuotas similares, situación ésta que evidentemente no se da en el mercado español en que TME tiene ella sola cuenta con más del 50% del mercado.

Asimismo, no responde a la realidad la afirmación exagerada que se hace en el sentido de entender que una asimetría de precios entre TME y VODAFONE iría en contra de la regulación que se está haciendo en Europa e incluso contaría eventualmente con el veto de la Comisión Europea.

Esta Comisión conoce bien los principios que el conjunto de los reguladores europeos han aprobado en abril del año 2004 con la consideración de “mejores prácticas” en la imposición de remedios a las prácticas anticompetitivas que se han detectado en la fijación de precios de terminación en las redes móviles. Por ninguna parte de esos principios se establece la pretendida simetría, bien es cierto que tampoco se descarta (más bien no se analiza). La determinación concreta de precios de terminación se deja al análisis de las circunstancias particulares de cada mercado, al mismo tiempo que, aún reconociendo que los precios de terminación no se encuentran en el nivel competitivo, se debe ser prudente para no causar desproporcionados problemas a los operadores móviles³.

TME aporta una información en la que en cinco países europeos los precios de terminación de los operadores que disponen de las frecuencias 1800/900 MHz

³ “IRG recognizes that an immediate implementation of charge control that sets charges at the competitive level cause disproportionate problems for mobile operators. In such cases NRAs may apply a price cap system or a glide path to achieve a competitive level over a reasonable period of years. In order to support development toward MT charges at a competitive level and to assist NRAs in deciding on MT charges, IRG will publish a benchmark on MT charges. IRG will review the benchmark annually with the intention to agree on a timeframe for achieving a competitive level of charges in IRG member states as soon as possible.

IRG recognizes that national or market specific circumstances can justify different remedies in order to achieve a competitive level.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

tienen iguales precios. Las comparativas internacionales deben ser tomadas con cautela ya que según expuso el propio operador en su escrito de alegaciones al procedimiento de fijación de precios (MTZ 2004/1303), *“La disparidad de condiciones del mercado entre los diferentes países determina la necesidad de llevar a cabo un análisis riguroso de las características específicas de éstos, antes de elaborar una conclusión definitiva acerca de la situación relativa de unos países frente a otros, de este modo a fin de analizar la adecuación del precio de terminación de TME se han de tener en cuenta los factores geográficos (...), los sociodemográficos (...) y los económicos y tecnológicos (...) específicos de nuestro país y el nivel de oferta de TME (...), que son aspectos determinantes sobre las necesidades de inversión y los costes para desarrollar los negocios de los operadores móviles.”* Es decir, partiendo del mismo marco regulatorio europeo, las condiciones de cada país pueden determinar resultados diferentes. Esta situación es confirmada por el IRG en su documento sobre principios de implementación de remedios en el mercado de terminación de voz móvil, en el que apunta que *“circunstancias especiales nacionales o del mercado pueden justificar diferentes remedios con el fin de conseguir un nivel competitivo”*⁴ en el mencionado mercado de terminación móvil. Por tanto, si estas circunstancias especiales pueden provocar la aplicación de diferentes remedios en los países europeos, con más razón la aplicación de un mismo remedio (orientación en función de los costes), puede provocar dos resultados diferentes entre países (igualdad de precios de terminación entre operadores o desigualdad de precios).

5. Sobre la supuesta introducción de una modificación sustancial del AGI suscrito entre TME y VODAFONE por las decisiones de la CMT.

TME alega que hasta las resoluciones de 7 de octubre de 2004, las relaciones bilaterales de interconexión se basan en el principio de simetría.

Según TME, dicho principio regía en el primer acuerdo pactado entre ambos operadores, tanto para el servicio de terminación de llamadas de voz como para el de terminación de mensajes cortos, y se mantuvo en las modificaciones voluntarias posteriores (reducciones de precios de 2001) e incluso en las medidas impuestas por esta Comisión que suponían modificaciones a dicho acuerdo (Resoluciones de

⁴ Independent Regulators Group (IRG). Principles of Implementation and Best practice on the application of remedies in the mobile voice call termination market, 20 November 2003. (<http://irgis.anacom.pt/admin/attachs/359.pdf>).

Texto original en inglés: *“IRG recognizes that national or market specific circumstances can justify different remedies in order to achieve a competitive level.”*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

11 de julio de 2002 sobre precios de terminación transitorios; Resolución de 2 de octubre de 2003, sobre la adopción de medidas cautelares tendentes a fijar precios de interconexión orientados a costes; y Resolución de 18 de diciembre de 2003).

Sin embargo, a juicio de TME, la adopción de resoluciones aisladas para determinar los precios de VODAFONE y de TME del 7 de octubre condujo al quebrantamiento del principio de simetría que regía las relaciones entre ambos operadores, suponiendo una modificación sustancial de las condiciones anteriormente aplicables entre ambos operadores.

En este punto, TME alega que los efectos de las condiciones inicialmente pactadas en el AGI suscrito entre los dos operadores, como consecuencia de la intervención regulatoria fue ya analizada por esta Comisión en la Resolución de 12 de diciembre de 2002 en la que se obligaba a Retevisión Móvil S.A. (en adelante AMENA) a reducir los precios de terminación que cobraba a TME por terminar las llamadas en su red. Por ello, TME alega que al cumplirse los mismos supuestos que en la Resolución referenciada, también los mismos supuestos justificarían la modificación de las condiciones entre TME y VODAFONE resultante de las resoluciones de 7 de octubre de 2004. Así, a juicio de TME, se dan las mismas condiciones pues:

- La relación de interconexión es de tracto sucesivo, bilateral y no está totalmente ejecutado.
- Existe una evidente desproporción entre lo que las partes tienen acordado de mutuo acuerdo en el AGI y el resultado real derivado de las modificaciones regulatorias de 7 de octubre pues existe un saldo neto a favor de VODAFONE mientras que en la situación anterior era prácticamente nulo.
- La desproporción entre lo acordado por las partes y el resultado efectivo de la relación contractual obedece a causas imprevistas en el momento de firmarse los acuerdos como son la fijación por parte de esta Comisión de precios de terminación diferentes para TME y VODAFONE.

Por ello, TME solicita que para mantener la situación de competencia se debe mantener la misma relación de precios entre los operadores que existía antes de la Resolución de 7 de octubre tal y como se realizó en la Resolución de 12 de diciembre de 2002 entre TME y AMENA.

Es preciso señalar que TME asume en este razonamiento que existe una identidad de razón entre el supuesto contemplado por la Resolución de 12 de diciembre de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2002 y la Resolución recurrida; debiendo ser, en consecuencia, idéntico el fallo en ambas resoluciones. Sin embargo, las condiciones, fundamentos de hecho y criterios que inspiran el caso concreto no son aptos para solucionar el caso recurrido. En efecto, TME exponía en su escrito que como consecuencia de la reducción de precios de terminación en TME de 11 de julio de 2002 se había establecido un incremento en el diferencial de los precios de terminación en TME respecto de los de AMENA. Como resultado de esta situación, a falta de iniciativa por parte de AMENA en la evolución de los precios de terminación en su día, TME solicitó abrir un proceso de negociación para la revisión de precios de terminación en AMENA. A juicio de TME, como consecuencia del comportamiento percibido por TME, aseguraba que AMENA no sentía ninguna presión competitiva en el mercado mayorista de interconexión. Pues bien, tal y como esta Comisión subrayaba en la Resolución de 12 de diciembre de 2002:

“Un aspecto a destacar es el que en el presente conflicto confluyen diferentes posiciones en los sujetos por cuanto mientras en el caso de TME ha sido declarado dominante tanto en el mercado de telefonía móvil como en el nacional de interconexión, AMENA, según reciente Resolución de esta CMT, no ha sido declarada por el momento como dominante en ninguno de ambos mercados.

Esto es, TME está sujeta a una serie de obligaciones que necesariamente influyen en los acuerdos de interconexión que quiera celebrar con otros operadores, singularmente AMENA.

Así sin ir más lejos, debe atenerse en la fijación de sus precios de interconexión a los principios de transparencia y orientación a costes en los términos del artículo 13 del Reglamento de Interconexión y a llevar un sistema de contabilidad que permita al regulador conocer la composición de los costes de sus servicios de interconexión.

Esta obligación de orientación a costes no es predicable de AMENA, que no ha sido declarada dominante.

No obstante esta importante diferencia entre ambos operadores, en el AGI concluido en el año 1998 se pactó por los firmantes un mismo precio para la interconexión recíproca de terminación. Debe tenerse en cuenta que en aquél momento TME no había sido declarada operadora dominante en el mercado nacional de interconexión, (extremo que tuvo lugar por la Resolución de 9 de marzo de 2000), con lo que podría tener sentido desde la perspectiva de realizar una negociación sin limitaciones sobre los precios a estipular, el que ambos operadores alcanzaran este tipo de acuerdo con precios idénticos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ahora bien, no resulta ocioso comentar que la declaración de dominancia ha colocado a las partes en una diferente posición respecto de su libertad de fijación de precios a los competidores, no obstante la existencia de un acuerdo al respecto. En el caso de TME, está sujeto a eventuales decisiones regulatorias sobre sus precios, si no toma las decisiones adecuadas que el marco comunitario y español prevén al respecto. Y en el caso de AMENA debe saber que esta evidencia afecta al contenido del acuerdo de interconexión que prevé que cualquier modificación de precios exige el mutuo acuerdo, dado que a partir del momento en que respecto de una de las partes una autoridad administrativa puede obligarle a modificar sus precios, una postura absolutamente inamovible a adecuar el marco contractual a este nuevo escenario puede ocasionar tal desproporción en las prestaciones entre las partes que lleve a considerar en entredicho el acuerdo inicialmente firmado.

Una decisión razonable una vez declarado TME operador dominante hubiera sido, en el marco de una negociación exenta de conflicto, la modificación del Acuerdo para contemplar la diferente posición regulatoria de ambas partes, lo que supondría en cualquier caso y como parece obvio, la ruptura en la identidad de precios. Al no haberse producido esta adaptación, nos encontramos en la actual situación de conflicto que se pretende poner fin mediante esta Resolución.

Con este razonamiento no pretende discutirse el diferente poder de negociación que AMENA pueda tener respecto de TME, declarado operador dominante. Prescindiendo de esta última calificación, ya se analizó esta cuestión en la Resolución de 5 de septiembre de 2002, entendiendo que si bien en el caso de la interconexión de terminación quien ostenta el control de los medios de acceso a los usuarios de telefonía móvil es el operador móvil, cuanto mayor es el número de usuarios que posee un operador, mayor es su poder de negociación, y en este sentido AMENA es el que cuenta con un menor poder de negociación a la hora de determinar los precios de estos servicios.

Por esta razón esta Comisión no puede aceptar las alegaciones de TME que en todo momento abogan por mantener el principio de equilibrio de precios entre ambos operadores, acogándose a las previsiones iniciales del AGI. Esta Comisión no puede ignorar que sobre esas previsiones iniciales influye necesariamente la declaración de dominancia, no pudiendo admitirse por ello el mantenimiento sin más de una identidad en los precios, aunque fuera acordada originalmente entre las partes.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como consecuencia, se concluye que AMENA no era operador dominante en el mercado de interconexión en el momento en el que TME realiza la denuncia mientras que VODAFONE sí es operador dominante el 7 de octubre de 2004. Son, por tanto, diferentes las situaciones de partida en el conflicto entre TME y AMENA que se resuelve el 12 de diciembre de 2002 respecto de las existentes en el establecimiento de los precios de terminación en las resoluciones de 7 de octubre de 2004. La consecuencia es que los fundamentos jurídicos de la Resolución de 12 de diciembre de 2002 no son directamente aplicables, tal y como pretende TME, pues deben establecerse los precios de terminación en función de las obligaciones de no discriminación y de orientación a costes que aplica a los operadores móviles dominantes en interconexión.

La condición de dominancia de TME y VODAFONE limita su capacidad para fijar libremente los precios de interconexión, pues están sujetos a eventuales decisiones regulatorias sobre sus precios. Así, deben atenerse en la fijación de sus precios de interconexión a los principios de transparencia y orientación a costes en los términos del artículo 13 del Reglamento de Interconexión y a llevar un sistema de contabilidad que permita al regulador conocer la composición de los costes de sus servicios de interconexión. Estos costes, evidentemente, no tienen porqué coincidir pues se trata de operadores móviles diferentes con cuotas de mercado distintas y con estructuras de redes diferentes también. Por tanto, en el proceso de la orientación de los precios a los costes, los precios de terminación en TME y en VODAFONE pueden no coincidir, tal y como se ha establecido en la Resolución recurrida. Es más, la obligación de no discriminación hace que VODAFONE no pueda realizar una oferta diferente a TME respecto de la ofrecida a otros operadores. Por tanto, como la reducción de precios realizada a VODAFONE el 7 de octubre de 2004 es adecuada y la oferta de VODAFONE debe ser no discriminatoria, no se puede establecer una oferta distinta a TME de la que ofrece a los demás operadores.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

PRIMERO. Inadmitir a trámite el recurso potestativo de reposición interpuesto por FACUA contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 7 de octubre de 2004, por la que se fijan los precios de interconexión de terminación en la red de TME.

SEGUNDO. Desestimar el recurso de reposición interpuesto por la entidad TME contra la Resolución de esta Comisión de fecha 7 de octubre de 2004, por la que se



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

fijan los precios de interconexión de terminación en la red de TME, por estar 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, 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 resuelve un recurso potestativo de reposición, no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº Bº

EL SECRETARIO

EL PRESIDENTE

Alfonso Ramos de Molins Sainz de Baranda

Carlos Bustelo García del Real