



## 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 12/09 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 2 de abril de 2009, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el cual, en relación con el Expediente MTZ 2008/1923, 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 XFERA MÓVILES, S.A. FRENTE A VODAFONE ESPAÑA, S.A. EN RELACIÓN CON LAS CONDICIONES CONTRACTUALES DEL ADDENDUM DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 2006 QUE MODIFICA EL ACUERDO DE SUMINISTRO DE INFRAESTRUCTURAS DE RED DE 8 DE AGOSTO DE 2001.**

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 12 de noviembre de 2008, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de Xfera Móviles, S.A. (en adelante, XFERA), en virtud del cual plantea conflicto de acceso frente a Vodafone España, S.A. (en lo sucesivo, VODAFONE), en relación con determinadas cláusulas del *Addendum* de 18 de septiembre de 2006, que modifica el Acuerdo de Suministro Provisional de Infraestructuras de Red de 8 de agosto de 2001 suscrito entre XFERA y VODAFONE (en adelante, *Addendum* de 2006, por entender que tales cláusulas son anticompetitivas y vulneran las obligaciones establecidas en la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 2 de febrero de 2006 por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas y se acuerda su notificación a la Comisión Europea (en adelante, Resolución del Mercado 15).



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En particular, XFERA realizaba las siguientes alegaciones:

- Que XFERA *“resultó adjudicataria de una de las cuatro licencias individuales tipo B2 para el establecimiento de la red de telecomunicaciones necesarias y para la explotación del servicio de comunicaciones móviles de tercera generación [...], otorgadas por el Ministerio de Fomento el 20 de marzo de 2000 [...] y formalizada el 18 de abril del mismo año.”*
- Que, con fecha 8 de agosto de 2001, *“XFERA y AIRTEL MÓVIL, S.A. (VODAFONE) suscribieron [...] un Acuerdo de Suministro Provisional de Infraestructuras de Red en virtud del cual VODAFONE se comprometía a poner a disposición de XFERA, a partir de su lanzamiento comercial, sus infraestructuras de red y a prestarle una serie de servicios sobre las mismas que facilitarían a XFERA la prestación de los servicios de telecomunicaciones móviles a los clientes finales a nivel nacional.”*
- Que en el citado Acuerdo se preveía el pago inicial de una determinada cantidad, incondicionado e independiente del uso de la red. Asimismo, *“se preveía una duración de (...) (cláusula 8) y se establecía igualmente que si XFERA cancelase anticipadamente el Acuerdo, todas las cantidades antes mencionadas y que en la fecha de cancelación estuvieran pendientes de pago, se convertirían en deuda vencida y exigible por parte de AIRTEL desde la fecha de cancelación (cláusula 4.1.1).”*
- Que el Acuerdo de 2001 lo *“calificaban las partes de “provisional” en el propio título y explicaban, en su cláusula primera que XFERA confiaba en obtener espectro suficiente”*. No obstante, *“las partes se comprometen a que este acuerdo [...] sea plenamente eficaz y vinculante para las dos partes desde el mismo momento en que XFERA inicie la prestación de servicios de telecomunicaciones móviles, ya sea merced a la obtención de una concesión de espectro GSM o de cualquier otro modo”*.
- Que, en 2006, XFERA se veía obligada por el Acuerdo de 2001 a contratar con VODAFONE en un tiempo muy reducido, pues de lo contrario hubiera sufrido grandes pérdidas. Por un lado, si hubiera suscrito un acuerdo con otro OMR, las condiciones establecidas en el Acuerdo de 2001 le exigirían el pago de la cantidad anteriormente citada en concepto de consumo mínimo comprometido con VODAFONE. Por otro lado, si no hubiera contratado con algún ORM hubiera perdido los avales constituidos por el otorgamiento de la licencia a esta entidad, así como la propia licencia. Por tanto, según XFERA, esta entidad se encontraba en una posición en la que únicamente podía negociar con VODAFONE y en un tiempo muy limitado.
- Asimismo, XFERA manifestaba que en la negociación de esta novación contractual de 2006 VODAFONE, desde una posición de fuerza, impuso unas condiciones muy desfavorables para esta entidad.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Según XFERA, las cláusulas modificadas por el Addendum de 2006 fueron aceptadas, pues debido al desequilibrio entre las partes en la negociación y bajo la amenaza de la ejecución de los avales constituidos ante la Administración por la concesión de la licencia, no le quedaba más remedio que aceptar lo establecido por VODAFONE.
- En este sentido, XFERA entendía que determinadas cláusulas del Addendum de 2006 fueron impuestas por VODAFONE a XFERA en su condición de operador con poder significativo de mercado (en adelante, PSM) y que las mismas vulneraban las obligaciones de negociar de buena fe y de ofrecer precios razonables impuestas por esta Comisión en su Resolución del Mercado 15 a, entre otros, a VODAFONE.
- Asimismo, XFERA manifestaba que *“al incluir – tanto en 2001 como en 2006 la cláusula penal y la obligación de preaviso y de pago anticipado tan desfavoradas, VODAFONE incumplió las obligaciones que le había impuesto la CMT. Aunque la Resolución [es] de 2 de febrero de 2006, VODAFONE [...] estaba obligada a adaptar su contrato a las nuevas obligaciones que pesaban sobre ella a partir de que la Resolución de la CMT fue dictada”* remitiéndose a la doctrina sentada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones respecto a *“la obligación de los operadores declarados dominantes de adaptar los contratos vigentes a las nuevas obligaciones –precios más bajos, servicios adicionales, etc.- impuestas por el propio regulador con ocasión de la revisión de los mercados y de las obligaciones impuestas”*.

Formuladas las anteriores alegaciones y otras adicionales que no procede reproducir en la presente resolución, XFERA solicitaba a esta Comisión que dictase:

*“Resolución por la que ponga fin al conflicto que se insta frente a VODAFONE modificando el Acuerdo en vigor entre VODAFONE y XFERA en su redacción del Addendum de 18 de septiembre de 2006 eliminando:*

- (i) la cláusula 13 del mismo en su integridad;*
- (ii) el deber de preaviso (...) previsto en la cláusula 8.3 y*
- (iii) la obligación de pago anticipado de una cantidad (...) recogida en la cláusula 4.3, por ser todas ellas incompatibles con el cumplimiento por parte de VODAFONE de las obligaciones impuestas en la Resolución de la CMT de 2 de febrero de 2006.”*

**SEGUNDO.-** Por medio de escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 18 de noviembre de 2008, se notificó a VODAFONE el inicio del presente procedimiento, dándole traslado del escrito presentado por XFERA y confiriéndosele un plazo de diez días para que formulara las alegaciones y presentara los documentos que tuviera por conveniente.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**TERCERO.-** Mediante escrito de 27 de noviembre de 2008, se formuló requerimiento a VODAFONE, por ser necesario para la determinación y conocimiento de los hechos a que se refiere XFERA en el escrito presentado. En tal fecha, se requirió a VODAFONE para que remitiera a la Comisión la siguiente información:

1. *“Enumeración y descripción de las actividades específicas que VODAFONE debió y debe acometer para la puesta en funcionamiento del servicio mayorista de itinerancia nacional suministrado a XFERA. Esta Comisión se refiere únicamente a aquellas actividades que VODAFONE ha llevado a cabo sólo para prestar ese servicio mayorista y cuyos costes asociados son fijos, no dependiendo del número de clientes ni del tráfico cursado por ellos.*
2. *Asociada a dichas actividades específicas, la estimación de los:*
  - *Costes anuales de capital (CAPEX) y operativos (OPEX) en que VODAFONE ha incurrido.*
  - *Costes hundidos soportados, esto es, aquéllos no recuperables con el cese de la prestación del servicio de itinerancia nacional.*
3. *Periodo de amortización para la recuperación de los costes de capital (CAPEX) citados y su justificación.”*

**CUARTO.-** En fecha 5 de diciembre de 2008, XFERA presentó un escrito de ampliación de alegaciones por el que aporta diversos documentos referentes al proceso de negociación entre XFERA y VODAFONE en 2008, así como al intento de resolución negociada del Acuerdo entre ambas partes.

**QUINTO.-** Con fecha 15 de diciembre de 2008, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de VODAFONE por el que formulaba las alegaciones que estimaba oportunas al inicio del presente procedimiento. Entre otras alegaciones puestas de manifiesto, procede referirse a las siguientes:

### Sobre el Acuerdo de 2001.

VODAFONE tiene especial interés en enfatizar “*la naturaleza claramente voluntaria, libre, consensual y equilibrada*” del Acuerdo de 2001 y ello derivaba, según esta parte, de diversas cláusulas del Acuerdo (Considerando 2º, considerando 3º, 4º, etcétera) donde se estipula su carácter consensuado.

Asimismo, VODAFONE entiende que este carácter libre y consensuado se muestra en la negociación y firma de las posteriores Addendas al Acuerdo de 2001, la examinada en el presente procedimiento de 18 de septiembre de 2006 y otras Addendas posteriores.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

VODAFONE manifiesta que la referencia que hace XFERA “a la *“imposición regulatoria”* como factor subyacente a la firma del Acuerdo, no puede entenderse como una carga que XFERA debió soportar, como una cortapisa a su libre actuación sino como un derecho, un beneficio que la regulación puso a su disposición”. Según este operador, de la Resolución del Mercado 15 se desprende “que la denominada *“imposición regulatoria”* jugaba a favor del entrante y no en su contra y (ii) que la previsión de la Administración en el Pliego de UMTS hizo que los operadores de red móvil (Airtel, en el caso concreto) se vieran obligados a dar acceso a sus redes a terceros.”

Asimismo, VODAFONE entiende que la catalogación de “provisional” del Acuerdo de 2001 es una muestra más del equilibrio y del planteamiento razonable a favor de XFERA, pues permitía a este operador una entrada rápida al mercado cuando tuviera todo dispuesto sin la urgencia de un plazo concreto.

VODAFONE entiende que la alusión que realizaba XFERA a la Resolución de esta Comisión de 14 de febrero de 2002<sup>1</sup> para determinar por un lado, la fuerza y la posición de Airtel Móvil, S.A. (actualmente, VODAFONE) en el contexto existente en 2001 y, por otro, justificar la competencia de esta Comisión para intervenir en este conflicto modificando, en su caso, cláusulas contractuales, resulta “claramente improcedente [...] por tratarse de un caso relativo a un acuerdo general de interconexión, bien distinto del acuerdo de suministro provisional de infraestructuras de red” y ello porque: (i) la declaración de dominancia de VODAFONE que alega XFERA lo era en los mercados de telefonía móvil y de servicios de interconexión debiendo, en cumplimiento del actualmente derogado Reglamento sobre interconexión y acceso a las redes públicas y a la numeración<sup>2</sup> (en adelante, RIAN) garantizar una serie de obligaciones<sup>3</sup> que no eran trasladables al conflicto con XFERA. Por otro lado, (ii) VODAFONE entiende que la supuesta competencia de esta Comisión que alegaba XFERA para poder modificar el acuerdo entre las partes es errónea, puesto que la habilitación de la Comisión era excepcional y sólo en relación con acuerdos generales de interconexión en virtud del artículo 22.2 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones.

Sobre lo alegado por XFERA referente a la reactivación de su plan de negocio.

VODAFONE no comparte la alegación de XFERA respecto a que este operador, tras la comunicación del Proyecto de Resolución de la SETSI “venía obligada, so pena de sufrir pérdidas graves, a llegar a un acuerdo con VODAFONE en un tiempo muy breve” y [...] más abajo dice que “ha de conseguir un contrato de roaming rapidísimamente, so pena de perder la licencia”. Y ello porque según

<sup>1</sup> Resolución por la que se insta a Lince Telecomunicaciones, S.A.U. y Airtel Móvil, S.A. a la modificación del Acuerdo General de Interconexión suscrito por ambas partes el 8 de marzo de 1999, así como del Addendum de 30 de diciembre de 1999 (RO 2001/5511).

<sup>2</sup> Reglamento aprobado por el Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio.

<sup>3</sup> Obligaciones recogidas en los artículos 9.1, 6 y 7 del RIAN.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

VODAFONE, XFERA ya tenía firmado un Acuerdo con Airtel desde el 8 de agosto de 2001 y sólo había que actualizarlo en lo que, en su caso, las partes considerasen preciso y [...] eso es lo que XFERA, según reconoce en su escrito, comunica el 6 de julio al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, cuando dice que *“XFERA dispone de un acuerdo de itinerancia nacional vigente con VODAFONE, que está siendo adaptado a las condiciones actuales de mercado y permitirá que la sociedad cuente con la cobertura nacional desde el primer día del lanzamiento comercial”*.

Según VODAFONE *“si bien es cierto que la opción que XFERA hizo en 2001, de negociar y firmar un acuerdo de roaming nacional con Airtel supone sin duda alguna un condicionamiento a la libre actuación de aquella en 2006 (porque los acuerdos incorporan, y eso va de suyo, derechos y obligaciones para las partes), lo mismo vale para mi representada, que tenía que contar con las obligaciones contraídas con XFERA a la hora de realizar las inversiones necesarias en la red, la dimensión adecuada, la gestión de la misma y la posibilidad de dar cabida o no a terceros demandantes de servicios mayoristas de acceso”*. Finalmente, concluye en este sentido VODAFONE que XFERA *“tenía otras opciones disponibles, como (i) buscar un segundo acuerdo de roaming nacional con otro operador de red, (ii) renegociar el Acuerdo con VODAFONE (lo que finalmente hizo, y al parecer a satisfacción hasta fecha muy reciente) y (iii) instar la intervención de la CMT si la renegociación del Acuerdo de 2001 no le parecía razonable conforme a la Resolución de 2 de febrero de 2006, lo que evidentemente no hizo”*.

### Sobre el Addendum de 2006.

VODAFONE manifiesta que en el periodo de negociación del Addendum de 2006 ya estaba en vigor y resultaba plenamente aplicable la Resolución del Mercado 15 y que si XFERA hubiera entendido que VODAFONE realmente había actuado desde una *“posición de fuerza y que además, estaba participando en una “tan desigual negociación”, nada habría sido más aconsejable para XFERA que solicitar la intervención de la CMT, para que se asegurase el cumplimiento de las obligaciones”* impuestas en aquella Resolución, y según VODAFONE esta opción no fue ejercida en aquel momento por XFERA porque VODAFONE *“cumplió escrupulosamente no sólo las obligaciones que le impone la regulación, sino también las derivadas de principios más generales como buena fe, lealtad, congruencia y respeto a la palabra dada”*.

Asimismo, VODAFONE alega que existe una *“correspondencia abundante entre los representantes de XFERA y los representantes de VODAFONE que participaron en la preparación, negociación, redacción y conclusión del Addendum que demuestra de manera palmaria la bilateralidad de la negociación, la reciprocidad, la ausencia de reclamaciones graves como las que ahora explicita XFERA”*.

Adicionalmente, VODAFONE formula alegaciones sobre el contenido de las tres cláusulas denunciadas por XFERA.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### Sobre el ámbito competencial de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

VODAFONE entiende que *“la CMT debe rechazar de plano toda intervención en las relaciones contractuales entre VODAFONE y XFERA porque (i) carece de competencia específica para hacerlo, (ii) no puede hacerlo al amparo de competencias genéricas, (iii) lo que se somete a su intervención son relaciones basadas en el principio de libertad de pactos (art. 1255 CC) voluntarias, libres y establecidas en un marco que protegía a XFERA, en 2001 (con la obligación establecida en el Pliego UMTS) y en 2006 (con las obligaciones establecidas en la Resolución de 2 de febrero de 2006), (iv) no son relaciones de carácter exclusivo, por lo que XFERA puede utilizar más de un proveedor de servicios de acceso (y de hecho ha optado por esa alternativa y la ha mantenido en pie sin queja durante más de medio año) (v) no tienen ni ha tenido ningún efecto contrario a la competencia, al contrario, la evidencia demuestra que el mercado era más competitivo en 2006 que en 2001 y más competitivo en 2008 que en 2006, de manera que ni el objeto ni el efecto del Acuerdo es restringir la competencia”*.

VODAFONE entiende que la *“CMT tiene competencia para supervisar el cumplimiento de las obligaciones específicas que haya podido imponer a los operadores (art. 48.2 LGTel) y también para resolver los conflictos entre operadores (art. 48.2 LGTel) lo que hará de manera vinculante (art. 48.3.d) LGTel), así como para adoptar medidas necesarias en relación al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas (art. 48.3.e) LGTel) pero carece de una competencia general de intervención en los contratos entre operadores al margen de lo que pueda derivarse de las obligaciones impuestas a estos mediante resolución y tras los correspondientes análisis de los mercados”*.

**SEXTO.-** Con fecha 15 de diciembre de 2008, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de VODAFONE por el que subsana un error percibido en su escrito de alegaciones de 9 de diciembre de 2008.

**SÉPTIMO.-** Con fecha 16 de diciembre de 2008, XFERA tomo vista del expediente obteniendo copia del escrito de alegaciones de VODAFONE.

**OCTAVO.-** Con fecha 18 de diciembre de 2008, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de XFERA por el que amplía su escrito de alegaciones de 12 de noviembre de 2008. En concreto, presenta un *“análisis detallado de los costes en que ha podido incurrir VODAFONE para prestar el servicio de roaming nacional a XFERA, en base a la experiencia de ésta última de implementar por dos veces una solución técnica en su propia red”*.

**NOVENO.-** Con fecha 22 de diciembre de 2008, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de VODAFONE por el que daba contestación al



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

requerimiento de información realizado por esta Comisión el 27 de noviembre de 2008.

**DÉCIMO.-** Con fecha 30 de diciembre de 2008, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de XFERA por el que aportaba “una *explicación detallada de la estimación de costes de Roaming Nacional incurridos por VODAFONE*”, como ampliación de su anterior escrito de 18 de diciembre de 2008.

**UNDÉCIMO.-** Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de 9 de enero de 2009, se formuló un requerimiento de información a XFERA para que respondiera las siguientes preguntas referentes a sus escritos de 18 y 30 de diciembre de 2008:

1. *“¿Los costes identificados como “Set up Costs”, en el Cuadro arriba mencionado, se corresponderían con aquéllos resultantes de las actividades específicas que VODAFONE debió acometer para la puesta en funcionamiento del servicio mayorista de itinerancia nacional suministrado a XFERA y que, por tanto, serían fijos (esto, es no dependerían del número de clientes ni del tráfico cursado por ellos)?*
2. *En concreto, ¿los costes identificados como “Set up Costs” en el Cuadro arriba mencionado incluyen los costes de capital (CAPEX) generados por (i) el hardware utilizado para los enlaces de voz y de señalización y la transmisión y (ii) el uso de la capacidad de la red radio y la red core por los clientes de XFERA (según las estimaciones de tráfico iniciales de este operador)?*
  - *En caso afirmativo, ¿cuáles serían los CAPEX correspondientes a i) y ii)?*
  - *En caso negativo, ¿cuáles serían los CAPEX correspondientes a i) y ii), incluidos en las restantes categorías de costes señaladas por XFERA en sus escritos: apartados 1.2 CS Core, 1.3 PS Core, 1.4 Radio y 1.5 Transmisión?”*

**DÉCIMO SEGUNDO.-** Con fecha 16 de enero de 2009, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de XFERA por el que vino a realizar las alegaciones que estimaba oportunas respecto al escrito de alegaciones de VODAFONE de fecha 15 de diciembre de 2008.

**DÉCIMO TERCERO.-** Mediante escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 21 de enero de 2009, se formuló requerimiento a VODAFONE, para que remitiera a esta Comisión la siguiente información relativa al servicio de itinerancia nacional prestado por VODAFONE a XFERA, durante el periodo comprendido entre enero de 2007 y septiembre de 2008:



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1. *“Número mensual de provincias donde VODAFONE haya habilitado la funcionalidad de seamless handover desde la red 3G de XFERA hacia la red 2G de VODAFONE, durante el periodo arriba citado.*
2. *Número trimestral de transacciones USSD utilizadas por los clientes de XFERA localizados en la red de VODAFONE, durante el periodo arriba citado.*
3. *Número trimestral de consultas de posicionamiento no forzado, durante el periodo arriba citado.*
4. *Número trimestral de consultas de posicionamiento forzado (empleadas cuando es necesario actualizar el CellID donde está el usuario), durante el periodo arriba citado.*
5. *Ingresos y tráficos trimestrales correspondientes a los siguientes servicios mayoristas, durante el periodo arriba citado:*
  - *Llamadas vocales originadas en un cliente de XFERA sobre la red de VODAFONE.*
  - *Llamadas vocales terminadas en un cliente de XFERA sobre la red de VODAFONE.*
  - *SMS originados en un cliente de XFERA sobre la red de VODAFONE.*
  - *SMS terminados en un cliente de XFERA sobre la red de VODAFONE.*
  - *Datos (enviados/recibidos) cursados por los clientes de XFERA localizados en la red de VODAFONE.*
6. *Ingresos trimestrales por las intervenciones realizadas por VODAFONE a instancias de XFERA en concepto de interceptación legal, durante el periodo arriba citado”.*

**DÉCIMO CUARTO.-** Con fecha 21 de enero de 2009, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de XFERA por el que da contestación al requerimiento de información realizado por esta Comisión el 9 de enero noviembre de 2009.

**DÉCIMO QUINTO.-** Con fechas 27 de enero y 10 de febrero de 2009, se han dictado Declaraciones de confidencialidad sobre determinada información aportada por XFERA y VODAFONE en, respectivamente, sus escritos de 16 de enero de 2009 y 22 de diciembre de 2008. Tales declaraciones han sido convenientemente notificadas a las partes.

**DÉCIMO SEXTO.-** En fecha 5 de febrero de 2009, ha tenido entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones contestación al requerimiento de información presentada por VODAFONE.

**DÉCIMO SÉPTIMO.-** En fecha 30 de marzo de 2009, ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito de XFERA del día 25 del mismo mes y año en el que señala que *“desiste de la pretensión objeto del mencionado conflicto tras el acuerdo transaccional alcanzado por ambas Sociedades el 24 de marzo de 2009*



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*para la extinción del Acuerdo de suministro provisional de infraestructuras de red suscrito el 8 de agosto de 2001”.*

En virtud de tal acuerdo, XFERA solicita que se le tenga por desistido del conflicto interpuesto y, en consecuencia, esta Comisión proceda a su archivo, *“resolviendo en consecuencia la conclusión del mencionado procedimiento.”*

En el mismo escrito de desistimiento consta la declaración del representante legal de VODAFONE por la que *“manifiesta que nada tiene que alegar ni oponer al desistimiento formulado por YOIGO en relación con el procedimiento seguido bajo referencia RO 2008/1923”*.

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### **Primero.- Habilitación competencial.**

XFERA ha formulado conflicto frente a VODAFONE en relación con determinadas cláusulas del Addendum suscrito entre las partes el 18 de septiembre de 2006, que supone una novación modificativa de determinadas cláusulas del Acuerdo de Suministro Provisional de Infraestructuras de Red entre ambas compañías, de 8 de agosto de 2001, en virtud del cual VODAFONE le presta, entre otros, el servicio de *roaming* nacional a XFERA.

La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), en su artículo 48.2 determina cuál es el objeto de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que, entre otros aspectos, alcanza a la resolución de los conflictos que se produzcan entre los operadores:

*“La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos.”*

En relación con este objeto, y en lo que afecta a los mercados de telecomunicaciones, el artículo 48.3 d) de la LGTel atribuye a esta Comisión la siguiente función:



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*“La resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre los operadores en materia de acceso e interconexión de redes, en los términos que se establecen en el título II de esta Ley, así como en materias relacionadas con las guías telefónicas, la financiación del servicio universal y el uso compartido de infraestructuras. Asimismo, ejercerá las restantes competencias que en materia de interconexión se le atribuyen en esta Ley.”*

Específicamente, con relación a los conflictos que se produzcan en materia de acceso, el artículo 11.4 de la LGTel establece que “[1]a 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”. En este sentido, el artículo 3, letra a), señala como objetivo el de fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y, en particular, en la explotación de las redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y en el suministro de los recursos asociados a ellos. Asimismo, el apartado b) establece que se debe garantizar el cumplimiento de las referidas condiciones.

El artículo 14 de la LGTel reitera la competencia que corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para resolver este tipo de conflictos, concretando, además, ciertos aspectos del procedimiento a seguir por esta Comisión a este objeto.

En iguales términos el artículo 23.1.a) del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración (en adelante RMAN) aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, establece que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el ámbito de sus competencias, fomentará y, en su caso, garantizará la adecuación del acceso e interconexión para la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 de la LGTel. En el ámbito de esta actuación la CMT podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado; así como podrá conocer de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de la LGTel, del RMAN y de otras normas de desarrollo de la citada Ley; a tal efecto, dictará una resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto y las medidas provisionales que correspondan.

Por otra parte, el artículo 48.3 de la LGTel establece que, en las materias de telecomunicaciones reguladas en esta Ley, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ejercerá, entre otras, la siguiente función: *“g) Definir los mercados pertinentes para establecer obligaciones específicas conforme a lo previsto en el capítulo II del título II y en el artículo 13 de esta ley”*.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En uso de la habilitación competencial citada, mediante Resolución de esta Comisión de 2 de febrero de 2006, se aprobó la definición y análisis del mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil, la designación de los operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas (expediente AEM 2005/933).

En dicha Resolución, tras definir y analizar el mercado citado, se concluye que el Mercado 15 no es realmente competitivo y se identifica a VODAFONE junto con TME y Retevisión Móvil, S.A. (actualmente France Telecom España, S.A.) como operadores con poder significativo en el mismo, imponiéndose una serie de obligaciones a los operadores citados. Entre ellas se encuentra la de atender a las solicitudes razonables de acceso a recursos específicos de sus redes y a su utilización, y ofrecer precios razonables por la prestación de los servicios de acceso.

Asimismo, la propia Resolución del Mercado 15 establece que, en el caso de que los operadores no lleguen a acuerdos voluntarios de acceso, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones resolverá sobre la razonabilidad de la solicitud de acceso y, en su caso, dictará las condiciones del acuerdo para 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 de la LGTel, de conformidad con lo previsto en los artículos 11.4 y 14 del mismo texto legal.

A la luz de lo anterior, la habilitación para intervenir en el presente caso deriva de la competencia atribuida a esta Comisión de garantizar la adecuación del acceso con el objetivo de fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones, constituyendo un conflicto de acceso sometido a lo dispuesto en los artículos 11, 14, 48.2 de la LGTel y 23.1.a), 23.3.a) y b) del RMAN, así como de las obligaciones establecidas por esta Comisión en la Resolución del Mercado 15, dictada en virtud del artículo 48.3 de la LGTel y todo ello teniendo en cuenta siempre el cumplimiento de los objetivos y principios establecidos en el artículo 3 de la LGTel.

En definitiva, al contrario de lo que sostenía VODAFONE, la intervención de la Comisión puede producirse incluso aunque se haya llegado a un acuerdo voluntario de acceso y el desacuerdo aparezca posteriormente o de oficio, si se estimase procedente, si tal intervención es necesaria para garantizar el cumplimiento de objetivos de interés general y de las obligaciones impuestas por la regulación establecida.

### **Segundo.- Desistimiento del solicitante.**



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como se ha señalado en los Antecedentes de hecho, en fecha 30 de marzo de 2009 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito de XFERA del día 25 del mismo mes y año en el que señala que *“desiste de la pretensión objeto del mencionado conflicto tras el acuerdo transaccional alcanzado por ambas Sociedades el 24 de marzo de 2009 para la extinción del Acuerdo de suministro provisional de infraestructuras de red suscrito el 8 de agosto de 2001”*.

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”*.

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 concluso 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, XFERA ha ejercido su derecho de desistimiento mediante escrito presentado el pasado día 27 de marzo de 2009 (con entrada en el registro de esta Comisión el día 30), 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.

Más aun, VODAFONE no se ha opuesto al ejercicio de tal derecho de desistimiento, de conformidad con el artículo 91.2 de la LRJPAC, por lo que esta Comisión debe aceptar de plano el citado desistimiento, al no encontrarse la cuestión suscitada en el presente procedimiento entre los supuestos del apartado 3 del mismo artículo 91, esto es, la misma no entraña *“interés general [o es] conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento”*, habida cuenta de que la relación contractual de acceso entre ambos operadores se ha declarado terminada y por tanto han quedado extinguidos cuantos derechos y obligaciones derivaran de ella, por lo que no ha de continuar la instrucción del procedimiento.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

### RESUELVE

**ÚNICO.** Aceptar el desistimiento presentado por XFERA MÓVILES, S.A. en el procedimiento de referencia y, en consecuencia, declarar concluso 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 en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior aprobado por Resolución del Consejo de la Comisión de fecha 20 de diciembre de 2007 (B.O.E. de 31 de enero de 2008), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

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

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Ignacio Redondo Andreu

Reinaldo Rodríguez Illera