COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. JOSÉ GIMÉNEZ CERVANTES, 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 06/02 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 14 de febrero de 2002, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en el marco de la tramitación del expediente número RO 2001/5511, se aprueba la siguiente

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 POR, ASÍ COMO DEL ADDENDUM DE 30 DE DICIEMBRE DE 1999.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante escrito fechado el día 17 de octubre de 2001, cuya entrada en esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) tuvo lugar el día 18 de octubre de 2001, la entidad LINCE TELECOMUNICACIONES, S.A.U. (en adelante, LINCE) denunció el contenido presuntamente anticompetitivo de parte del Acuerdo General de Interconexión (en adelante, AGI) firmado con AIRTEL MÓVIL, S.A. (en adelante, AIRTEL) el día 8 de marzo de 1999, vigente entre ambos operadores, y en concreto de los siguientes apartados:

A) De parte de la Claúsula 3.1.1 del Anexo 1 del citado AGI, que en su párrafo sexto dice que *"Los circuitos de interconexión podrán ser suministrados bien por medios propios de cada operador o bien mediante circuitos alquilados a terceros siempre que el suministrador de circuitos de 2MB elegido para la interconexión tenga firmado un AGSC (Acuerdo General de Suministro de Circuitos) con Airtel Móvil. El suministrador de circuitos para cada PdI será elegido de mutuo acuerdo en el CTI"*.

B) De las Claúsulas 3.8.2.1. a 3.8.2.6 del Anexo 3 de dicho AGI, en la redacción dada a los mismos por el Addendum al AGI suscrito por ambos operadores el 30 de diciembre de 1999:

" 3.8.2.1. Durante el primer año, a partir de la firma del acuerdo, los PdIs necesarios para la interconexión de las redes de las partes serán administrados y gestionados por LINCE. Asimismo, durante este primer año, LINCE será responsable de la administración, gestión y pago de los circuitos de interconexión asociados a dichos PdIs. Como mínimo, LINCE abrirá 2 puntos de interconexión, que se especificarán en el Anexo 1, o en su defecto serán determinados por el CTI.

3.8.2.1.1. Sin perjuicio de lo anterior, en el caso particular de los PdIs de Madrid y Barcelona, actualmente administrados y gestionados por AIRTEL, LINCE se compromete a asumir la responsabilidad de la administración y gestión de los citados PdIs, mediante un cambio de titularidad de AIRTEL a LINCE de los circuitos asociados a dichos PdIs, antes del 1 de julio de 2000.
A partir del momento de la transferencia, LINCE será responsable de la administración, gestión y pago de los circuitos de interconexión asociados a dichos PdIs.
Hasta el momento de la citada transferencia, para los PdIs de Madrid y Barcelona y con carácter provisional, se mantendrá la situación previa a la firma de este Acuerdo, según la cual:

- *AIRTEL se encarga de gestionar, administrar, instalar y mantener los circuitos de interconexión, y LINCE se compromete a abonar a AIRTEL la cantidad de 150.000 pesetas mensuales por cada uno de los circuitos instalados dentro del mismo municipio.*
- *AIRTEL se encarga de gestionar, administrar, instalar y mantener los circuitos de interconexión, y LINCE se compromete a abonar a AIRTEL la cantidad de 350.000 pesetas mensuales por cada uno de los circuitos instalados entre dos municipios o provincias.*

3.8.2.2. Cada vez que el CTI (Comité Técnico de Interconexión) *determine la necesidad de incorporar nuevos circuitos, se realizará un estudio de los minutos de tráfico de voz cursados en los últimos 6 meses en los sentidos*

entrante y saliente acordados en cada momento, quedando excluidos de este cómputo los servicios de red inteligente y los servicios especiales.

3.8.2.3. La suma de los minutos en ambos sentidos se considerará el 100% de los minutos, de los cuales un X% corresponderá al sentido LINCE-AIRTEL, y la diferencia 100% - X%, al sentido AIRTEL-LINCE. La cantidad X% será la que resulte de redondear por exceso el primer decimal a la siguiente unidad entera de la cantidad que resulte del siguiente cálculo:

*X%=(Número de minutos sentido LINCE-AIRTEL / Número de minutos en ambos sentidos) * 100*

3.8.2.4. Se calculará el total de los circuitos de interconexión existentes hasta el momento y se sumará el total de nuevos circuitos planificados como necesarios por el CTI de acuerdo a las previsiones de tráfico. A esta cantidad de circuitos, existentes más nuevos planificados, la llamaremos número de circuitos totales (T). LINCE se hará cargo de la administración, gestión y pago del número de circuitos que resulte de redondear por exceso el primer decimal a la siguiente unidad entera de la cantidad que resulte del siguiente cálculo:

*Número de circuitos a pagar por LINCE = X% / 100 * T*

3.8.2.5. AIRTEL se hará cargo de la administración, gestión y pago de la diferencia entre el total de circuitos menos los pagados por LINCE.

3.8.2.6. Cuando el CTI determine la necesidad de apertura de un nuevo PdI, la administración y gestión del mismo se asignará al operador al que le correspondería el pago de un siguiente circuito atendiendo al cálculo realizado en el Punto 3.8.2.4 para los últimos 6 meses. El CTI se encargará de determinar las provincial y la ubicación de los nuevos PdIs. "

LINCE exponía en su escrito que AIRTEL se estaría negando desde el pasado día 12 de julio de 2000 a interconectar su red a la de LINCE en el Punto de Interconexión (en adelante, PdI) entre ambas redes sito en Barcelona utilizando el proveedor de circuitos alquilados que LINCE, como titular de la gestión de dichos circuitos, le ha señalado; dicho proveedor es la sociedad CATALANA DE TELECOMUNICACIONS, SOCIETAT OPERADORA DE XARXES, S.A. (en adelante, CATALANA).

AIRTEL estaría condicionando la aceptación de dicha conexión a través de los circuitos suministrados por CATALANA a la previa firma de un Acuerdo General de Suministro de Circuitos (en adelante, AGSC) entre AIRTEL y CATALANA,

de conformidad con lo establecido en la antes citada Claúsula 3.1.1 del Anexo 1 del AGI; además, según LINCE (y confirmado por CATALANA), desde el pasado día 22 de febrero de 2001 AIRTEL se estaría negando injustificadamente a concluir con CATALANA dicho AGSC.

Consecuentemente, AIRTEL estaría interfiriendo, según LINCE, en las relaciones comerciales entre ésta y un tercero, CATALANA, al condicionar la libre elección por parte de LINCE del suministrador de los circuitos de su titularidad. LINCE se muestra en general disconforme con dicha obligación de que el suministrador tenga firmado un AGSC con AIRTEL.

Entre tanto, AIRTEL continúa interconectándose con la red de LINCE en Barcelona a través de circuitos alquilados suministrados por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TESAU), y le estaría exigiendo a LINCE el abono de los costes de dicho suministro.

Asimismo LINCE estimaba que las condiciones vigentes entre ambas partes en materia de costes de interconexión de sus redes mediante circuitos alquilados, plasmadas en las antes citadas Claúsulas 3.8.2.1 a 3.8.2.6 del AGI, en su redacción dada por el Addendum de 30 de diciembre de 1999, son anticompetitivas por desfavorables, desproporcionadas y no equitativas para LINCE.

Por todo lo expuesto, LINCE solicitó de AIRTEL mediante carta fechada el día 24 de agosto de 2001 la apertura de negociaciones para la revisión de las condiciones económicas vigentes en materia de circuitos de conexión de ambas redes, así como para la supresión de la obligación de que CATALANA tenga que culminar un AGSC con AIRTEL para poder proveer los circuitos de interconexión de constante referencia; según LINCE, AIRTEL se negó expresamente a todo ello mediante contestación escrita de fecha 30 de agosto de 2001.

LINCE manifestaba asimismo que la conducta de AIRTEL, a más de ser anticompetitiva por las razones antes expuestas, suponía en su opinión un abuso de la posición dominante que ostenta dicho operador de telefonía móvil en el mercado nacional de servicios de interconexión desde el día 27 de julio de 2000[1].

Segundo.- LINCE concluía su escrito solicitando la intervención de esta Comisión para que adoptase las siguientes medidas:

[1] La condición de AIRTEL como operador dominante en el mercado nacional de servicios de interconexión fue declarada por esta Comisión mediante la Resolución del Consejo de la CMT de 27 de julio de 2000.

" (...) ... se dicte Resolución que inste a AIRTEL y a LINCE a modificar el Acuerdo general de Interconexión, incluidos sus Addenda, suscrito entre las partes, y en particular:

- *Suprima las Claúsulas 3.8.2.1 a 3.8.2.6, ambas incluidas, del Addendum firmado el 30 de diciembre de 1999 entre LINCE y AIRTEL, y disponga que cada parte será responsable de la administración, gestión y pago del 50 % de los circuitos utilizados en la interconexión entre LINCE y AIRTEL, con efecto retroactivo al 24 de agosto de 2001.*

- *Suprima igualmente de la Claúsula 3.1.1 del Anexo 1 la disposición referente a la obligación de que el suministrador de circuitos elegido para suministrar los que corresponda proveer a LINCE deba tener firmado un AGSC (Acuerdo General de Suministro de Circuitos) con AIRTEL.*

- *Inste a AIRTEL para que proceda a la conexión inmediata de los circuitos suministrados por el proveedor que al efecto le designe LINCE para la interconexión en Barcelona, procurando la baja inmediata del anterior.*

- *Declare la no procedencia del pago de los importes facturados por AIRTEL en concepto de pago de las líneas alquiladas para la interconexión con LINCE en Barcelona, que quedarán sin efecto desde el 12 de julio de 2000.*

- *En el caso de que esta Comisión otorgue a las partes un plazo para la formalización de lo dispuesto por esa Resolución, declare que esa formalización no puede en ningún caso demorar la efectiva aplicación del contenido de la Resolución."*

Tercero.- Tras recibir el citado escrito, los Servicios de esta Comisión apreciaron que determinadas claúsulas del citado AGI suscrito entre LINCE y AIRTEL podían considerarse contrarias a la libre competencia y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22.2 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGT) justificaría la intervención de la CMT en orden a la eventual modificación de las mismas, por lo que en uso de la habilitación competencial prevista en la normativa sectorial de aplicación y en la legislación general de procedimiento administrativo común, el día 29 de octubre de 2001 esta Comisión procedió a la iniciación e instrucción de oficio de un procedimiento administrativo al respecto de modificación del AGI vigente entre ambos operadores, concretamente para modificar las Claúsulas 3.8.2.1 a 3.8.2.6 del Anexo 3 del AGI en su redacción

dada por el Addendum de 30 de diciembre de 1999, y para suprimir la Claúsula 3.1.1 de Anexo 1.

Dicho trámite les fue comunicado a los interesados, LINCE y AIRTEL, dirigiéndoles sendos escritos de esta Comisión fechados el día 29 de octubre de 2001 (cuya salida fue registrada el día 30 de octubre de 2001), mediante los cuales se les comunicaba que había quedado iniciado de oficio el procedimiento administrativo de referencia.

Cuarto.- A los efectos de la tramitación del procedimiento administrativo de referencia, y dado que LINCE mencionaba a CATALANA como el operador contratado para suministrar los circuitos de conexión de los Nodos Frontera de LINCE y AIRTEL en el PdI de Barcelona, y afectado de alguna manera por la conducta de AIRTEL al rechazar éste, sin razón objetiva aparente, la conexión de dichos circuitos de CATALANA con su red de telefonía móvil, esta Comisión remitió un Oficio a CATALANA, fechado el día 29 de octubre de 2001 (cuya salida fue registrada el día 30 de octubre de 2001), mediante el cual se le requería para que proporcionase la siguiente información (con la justificación documental oportuna):

- Si CATALANA tiene suscrito un AGSC o algún tipo de homologación del suministro de circuitos alquilados con AIRTEL, o, en caso de no tenerlo suscrito, si existen o han existido negociaciones con AIRTEL para suscribirlo, así como las razones de todo tipo (económicas, técnicas...) para no haberlo firmado.

- Si CATALANA había puesto a disposición de AIRTEL los circuitos alquilados por LINCE para la interconexión de las redes de LINCE y de AIRTEL en el PdI de Barcelona desde el pasado día 12 de julio de 2000; en caso afirmativo, si dichos circuitos habían estado operativos desde esa misma fecha o si había habido alguna incidencia que haya impedido realizar dicha conexión; y si CATALANA había facturado a LINCE el suministro de dichos circuitos desde el pasado día 12 de julio de 2000.

- Si, independientemente de los circuitos antes mencionados, CATALANA suministraba actualmente o había suministrado anteriormente otros circuitos alquilados a AIRTEL.

CATALANA contestó a dicho requerimiento de información mediante un escrito, fechado el día 23 de noviembre de 2001 (cuya entrada en esta Comisión fue registrada el día 27 de noviembre de 2001), en el cual manifestaba que:

- CATALANA no tiene suscrito ningún AGSC con AIRTEL, y a pesar de haber solicitado aquélla la firma del mismo mediante carta de fecha 22 de

febrero de 2001, AIRTEL no ha accedido a negociar dicho AGSC, y se niega a la conexión de los circuitos suministrados por CATALANA para la interconexión con la red de LINCE en el PdI de Barcelona, alegando la inexistencia de dicho AGSC.

- CATALANA ha puesto a disposición de LINCE 6 circuitos punto a punto de 2 Megabits por segundo para enlazar los nodos de LINCE y AIRTEL en el PdI de Barcelona, siendo plenamente operativos desde el 14 de julio de 2000, y facturados a LINCE desde la citada fecha de provisión.

- CATALANA no suministra directamente ningún circuito a AIRTEL, pero sí suministra 2 circuitos punto a punto de 2 Megabits por segundo a otro cliente (cuya identidad se mantiene confidencial por expresa solicitud de dicho cliente y de CATALANA, y por no ser determinante la misma para resolver el presente procedimiento) para su interconexión con la red de AIRTEL en el mismo nodo con el que dicha operadora de telefonía móvil se interconecta con LINCE en Barcelona. Asimismo, CATALANA alquila a AIRTEL varios pares de fibra óptica (fibra oscura) para la conexión de ubicaciones propias de AIRTEL.

Quinto.- Posteriormente, con fecha 19 de diciembre de 2001 los Servicios de esta Comisión emitieron un Informe Preliminar sobre el asunto objeto del presente procedimiento, en el cual se concluye lo siguiente:

<< (...) el Consejo de esta Comisión debería resolver dictar instrucciones a LINCE y a AIRTEL para la modificación del AGI vigente entre ambas partes en el siguiente sentido:

Primero.- Sin perjuicio de que las partes acuerden, si lo desean, una compensación económica en el caso de que se dé una gran desproporción en el tráfico efectivo cursado en uno y otro sentido en cada PdI, o que un sobredimensionamiento de los PdIs ocasione costes hundidos a una de las partes, deberán suprimirse las Claúsulas 3.8.2.2 a 3.8.2.6 del Anexo 3 del AGI vigente entre LINCE y AIRTEL, en su redacción dada por el Addendum de 30 de diciembre de 1999, y sustituirlo por el siguiente texto: "Cada parte se responsabilizará del 50 % de los costes derivados de la instalación, administración, gestión, mantenimiento y pago de los medios de transmisión necesarios para interconectar ambas redes, y en particular de los circuitos alquilados que se precisen para dicha misión".

Segundo.- La Claúsula 3.1.1, párrafo sexto, del Anexo 1 del AGI quedará redactada en los siguientes términos: "los circuitos de interconexión podrán ser suministrados bien por medios propios de cada operador o bien mediante circuitos alquilados a terceros.". Por tanto, se suprime de dicha

Claúsula la obligatoriedad de que el suministrador de circuitos tenga que tener firmado previamente un AGSC (Acuerdo General de Suministro de Circuitos) con Airtel Móvil, así como la necesidad de un previo acuerdo de las partes para designar dicho proveedor cuando es una de ellas la encargada de gestionar el PdI.

Tercero.- Deberá suprimirse íntegramente la Claúsula 3 del Cuerpo Principal del AGI: "3. NEUTRALIDAD. LINCE se compromete a no ofrecer a ningún operador móvil unas condiciones económicas más favorables para el mismo servicio que las que se contemplan en el Anexo de Servicios (Anexo 3)".>>

Sexto.- Tras emitir dicho Informe, y de conformidad con las previsiones del artículo 84 de la citada LRJPAC, esta Comisión procedió comunicar a los interesados, LINCE y AIRTEL, la apertura del trámite de audiencia, previo a la resolución definitiva del expediente, mediante un escrito dirigido a dichas entidades fechado el día 19 de diciembre de 2001 (cuya salida fue registrada el día 28 de diciembre de 2001).

A) LINCE presentó un escrito de alegaciones fechado el día 14 de enero de 2002, en el cual manifestaba estar parcialmente conforme con las fundamentos y conclusiones del Informe de los Servicios de la CMT de 19 de diciembre de 2001; las matizaciones de LINCE eran las siguientes:

- LINCE solicitaba que la Conclusión Primera del citado Informe de los Servicios de la CMT se haga extensiva también a la Claúsula 3.2.8.1 del AGI, por estar íntimamente conexa con las demás Claúsulas a suprimir, al imponer a LINCE el pago del 100 por 100 del coste de los circuitos utilizados en los PdIs de las Provincias de Madrid y Barcelona desde el momento del cambio de titularidad de los mismos, lo cual es abusivo e inequitativo, como ya ha declarado esta Comisión; de hecho, al concentrar dichos PdIs gran parte del tráfico cursado entre ambas redes, la no supresión de dicha Claúsula 3.2.8.1 comprometería la eficacia real de la resolución a dictar.

- Asimismo LINCE manifestaba su desacuerdo con la referencia a la eventual existencia futura de una compensación económica en los casos de existir una gran desproporción en el tráfico efectivo cursado en uno u otro sentido en cada PdI, o de existencia de costes hundidos para una de las partes por sobredimensionamiento de los PdIs en cuestión, ya que dicha diferencia de tráfico en uno y otro sentido es estructural y no puede justificar una imputación de costes basada en la misma, puesto que de hecho resultaría abusiva e inequitativa para el operador no dominante frente al dominante, y pudiera ser utilizada por éste para retardar la eficacia de la Resolución a dictar: LINCE cita como ejemplo las

dificultades en la negociación con Telefónica Móviles España, S.A.U. (en adelante, TME) para hacer efectiva la Resolución de la CMT de 19 de julio de 2001, que instaba a las partes a modificar el AGI en el mismo sentido que se dirime en el presente expediente; en consecuencia, solicitaba su eliminación de las Conclusiones del Informe de constante referencia, o alternativamente, en el caso de las compensaciones por los eventuales costes hundidos, que se manifestase expresamente que se trata de una negociación comercial separada y que no puede retrasar o condicionar la modificación de las Claúsulas del AGI relativas al régimen económico de los circuitos de interconexión de los PdIs.

- Por último, LINCE solicita de nuevo que en la Resolución a dictar se le exima expresamente del pago de las cantidades abonadas por AIRTEL para sufragar los circuitos de interconexión contratados a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. para hacer efectiva la interconexión en el PdI de Barcelona desde el 14 de julio de 2001, fecha en que se encontraban ya operativos los circuitos contratados por LINCE a CATALANA para realizar dicha función.

B) Por su parte, AIRTEL solicitó primeramente la prórroga del plazo para efectuar alegaciones en cinco días más, mediante un escrito fechado el día 15 de enero de 2001. Dicha prórroga fue concedida por esta Comisión, lo cual fue comunicado a AIRTEL mediante Oficio fechado el día 16 de enero de 2001.

Posteriormente AIRTEL remitió un escrito fechado el día 23 de enero de 2002, y recibido por esta Comisión el día 28 de enero de 2002, en el cual manifestaba lo siguiente:

- AIRTEL cuestionaba la necesidad de intervención de la CMT al no cumplirse los requisitos exigidos por el artículo 22 de la LGT, al estar garantizada la interoperabilidad, y la CMT no habría acreditado suficientemente la existencia de prácticas anticompetitivas por parte de AIRTEL: según esta empresa, la CMT no habría definido suficientemente el mercado relevante ni habría demostrado que existiese un abuso de posición dominante por parte de AIRTEL.

- AIRTEL se refería asimismo a la naturaleza esencialmente contractual de un AGI y a excepcionalidad de la intervención administrativa en dicha relación privada entre operadores, en base a la normativa sectorial vigente y a los principios constitucionales y legales regulatorios de la propiedad privada y de la libertad de empresa. Así, AIRTEL exponía que no presionó a LINCE, sino que ésta aceptó libremente, sin objeciones y sin acudir en su momento a la CMT, las Claúsulas del AGI y del Addendum de constante referencia que ahora pretende que se eliminen,

las cuales respetarían las limitaciones regulatorias vigentes, y en especial la objetividad del sistema de atribución de los costes de la interconexión física en base al volumen de tráfico generado desde una red a otra, al determinar el grado de uso de dicha interconexión física por cada operador. AIRTEL afirmaba que LINCE estaría actuando de mala fé al no haber solicitado negociar la reforma del AGI hasta después de la Resolución de la CMT de 19 de julio de 2001 (que modifica el AGI LINCE-TME).

- AIRTEL estimaba necesario compartir el coste de los circuitos de interconexión entre dos operadores, pero en función del uso efectivo de los recursos efectuado por cada uno medido en tráfico generado en cada red con destino a la otra, ya que para AIRTEL dicho sistema sería el que respetase mejor los principios de no discriminación, transparencia, proporcionalidad y objetividad. En este sentido, AIRTEL afirmaba que la gran mayoría del tráfico entre ambas redes se genera en la de LINCE, por lo que es lógico que le corresponda asumir el coste de la mayor parte de los circuitos asociados a la interconexión física; además AIRTEL achacaba ese desbalanceo de tráfico a la política comercial de LINCE de basar su negocio en el acceso indirecto en detrimento de la inversión en redes de acceso, elección que no debía obligar a otros operadores a subvencionar dicho negocio mediante ahorro de costes en los circuitos de interconexión (pues se estaría discriminando positivamente a LINCE frente a los operadores que sí invierten en redes de acceso, en contra de los principios inspiradores de la liberalización del sector de las Telecomunicaciones en España y en Europa).

- AIRTEL afirmaba asimismo que la interconexión directa beneficiaría mucho más a LINCE que a AIRTEL, puesto que al generar LINCE mucho más tráfico obtiene un mayor ahorro en costes y unos crecientes ingresos por servicios de interconexión (según AIRTEL, LINCE facturaría de media más que AIRTEL por cada minuto de servicios de interconexión cursado entre ambas redes); a AIRTEL, sin embargo, no le supondría ningún beneficio sino más bien una carga dado el escaso volumen de tráfico generado con destino a la red de LINCE. Y AIRTEL negaba asimismo que haya de considerarse el supuestamente reducido margen comercial de LINCE en las llamadas de fijo a móvil, puesto que los precios finales se fijan libremente, AIRTEL no es responsable de los mismos, la mayor o menor rentabilidad de un producto concreto no presupone la del conjunto del negocio, y además los márgenes comerciales de LINCE en llamadas de fijo a móvil serían, según AIRTEL, superiores a los de cualquier otro tipo de llamada a un número fijo nacional, y crecientes por las recientes rebajas de los precios de terminación de llamadas en las redes móviles de AIRTEL y de TME.

- AIRTEL manifestaba que las condiciones de pago de los costes de los circuitos asociados a la interconexión física establecidas entre LINCE y TME en la Resolución de la CMT 19 de julio de 2001 no serían trasladables a la interconexión entre las redes de AIRTEL y LINCE, por ser inequitativas las condiciones previas pactadas por LINCE y TME, y ser TME parte del Grupo Telefónica, en el que está también integrado TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., operador dominante en telefonía fija y principal competidor de LINCE; dichas circunstancias no concurren en el caso del AGI vigente entre LINCE y AIRTEL.

- AIRTEL señalaba además la existencia de dificultades de espacio físico y de seguridad de los equipos en sus centrales de conmutación para justificar la exigencia de una previa homologación (la existencia de un AGSC) para el suministro de circuitos eléctricos de interconexión con otras redes, y afirmaba que dicha medida es aplicada por otros operadores dominantes, singularmente TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. en sus Ofertas de Interconexión de Referencia (OIR) y en su Oferta de Bucle de Abonado (OBA), sin que el Ministerio de Ciencia y Tecnología o la CMT la tengan por anticompetitiva ni desproporcionada. De obligarse a AIRTEL a acceder a la petición de LINCE, además de ser discriminada respecto a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., AIRTEL opinaba que se debería facturar a CATALANA por los costes de espacio y seguridad adicionales a aplicar en la central de conmutación de AIRTEL en la Provincia de Barcelona asociada al PdI con la red de LINCE en dicha Provincia.

- En cuanto a la negativa de AIRTEL a conectarse con LINCE en la Provincia de Barcelona a través de los circuitos suministrados por CATALANA, y a la asunción de los costes de los circuitos utilizados actualmente (de titularidad de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.), AIRTEL entendía que se ajustaba a la letra del AGI y del Adenddum vigente; y respecto a la discriminación resultante de admitir los circuitos de CATALANA para interconectarse con otro cliente sin exigirle un previo AGSC, AIRTEL reconocía dicha circunstancia pero manifestaba que es transitoria y que se hace como una subcontrata de otro operador.

AIRTEL concluía sus alegaciones solicitando de esta Comisión lo siguiente:

- Que se mantenga el AGI vigente entre ambos operadores en sus actuales términos y, por tanto, que se desestimen las solicitudes de LINCE de pagar al 50 % los circuitos de interconexión entre ambas redes, de poder determinar unilateralmente el suministrador de dichos circuitos, y de ser eximido del pago de las facturas referentes al

suministro de los circuitos utilizados actualmente para la interconexión física de ambas redes en el PdI de la Provincia de Barcelona;

- Que, subsidiariamente, en el caso de que la CMT acepte la solicitud de LINCE en relación con el pago de los circuitos de interconexión, que se supedite el cumplimiento de la obligación de AIRTEL al previo acuerdo entre ambos operadores acerca de las penalizaciones a imponerse mutuamente en el caso de que las previsiones de tráfico no se ajusten al tráfico real resultante.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1. Habilitación competencial de esta Comisión para intervenir en el presente Procedimiento.

Primero.- La Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, modificada por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre (en adelante, Ley 12/97), en su artículo 1.Dos.1, establece que la CMT tiene por objeto *"salvaguardar, en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, velar por la correcta formación de los precios en este mercado y ejercer de órgano arbitral en los conflictos que surjan en el sector"*; idéntica previsión se establece en el artículo 4 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre (en adelante, Reglamento de la CMT).

A mayor abundamiento, y con el objetivo de cumplir ese objetivo general, el legislador ha encomendado a esta Comisión el ejercicio de determinadas funciones, entre ellas las recogidas en el artículo 1.Dos.2, letras c) y f), de la misma Ley 12/97:

- La letra c) establece que la CMT deberá *"velar por la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, equilibrando, en su caso, las situaciones discriminatorias (...) para lo que dictará las resoluciones oportunas"*.

- La letra f) dice que la CMT deberá *"adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta de servicios, el acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores, la interconexión de las redes y*

suministro de red en condiciones de red abierta y la política de precios y comercialización por los operadores de los servicios".

Segundo.- Dichas funciones generales de salvaguardia de la libre competencia se concretan, refiriéndose expresamente al ámbito de la interconexión, en la habilitación competencial de la CMT para actuar de oficio en esta materia, en la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGT), en cuyo artículo 22.2, párrafo segundo, establece que *"excepcionalmente, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá dictar instrucciones a las partes que hayan celebrado un acuerdo de interconexión, instándolas a su modificación, cuando su contenido pudiera amparar prácticas contrarias a la competencia o cuando resulte preciso para garantizar la interoperabilidad de los servicios"*. Idéntica previsión se recoge en el artículo 2.6, párrafo tercero, del Reglamento de interconexión y acceso a las redes públicas y a la numeración, aprobado por el Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio (en adelante, RIAN).

Las disposiciones nacionales reseñadas forman parte de la incorporación al ordenamiento jurídico nacional de lo establecido en la Directiva 97/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, relativa a la interconexión en las telecomunicaciones en lo que respecta a garantizar el servicio universal y la interoperabilidad de los servicios mediante la aplicación de los principios de la Oferta de Red Abierta (ONP), publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE) L-199, de 26 de julio de 1997; en particular derivan de lo establecido en su artículo 9, relativo a los cometidos generales de las Autoridades Nacionales de Reglamentación en materia de interconexión.

Tercero.- Por su parte, esta Comisión adecuará sus actuaciones a lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero (en adelante, LRJPAC). Este texto legal regula, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la citada Ley 12/97 y en el artículo 2 del citado Reglamento de la CMT, el ejercicio de las funciones públicas que la CMT tiene encomendadas.

Concretamente los artículos 68 y 69.1 de dicha norma legal facultan a esta Comisión a iniciar de oficio el procedimiento administrativo de referencia.

II.2. Necesidad de intervención de esta Comisión para modificar el Acuerdo General de Interconexión vigente entre LINCE y AIRTEL.

Primero.- Con carácter previo hay que recordar que la interconexión, como condición necesaria para asegurar la interoperabilidad de los servicios, resulta una obligación legal ineludible para todo operador de telecomunicaciones. En

este sentido, la normativa sectorial aplicable configura la interconexión como un deber y al mismo tiempo un derecho: los operadores están obligados a facilitar la interconexión si otros operadores se lo solicitan, y al mismo tiempo tienen derecho a solicitar y obtener la interconexión de los demás, a tenor de lo dispuesto en el artículo 22.1 de la LGT y en el artículo 2.1 del RIAN, que establecen que *"Los titulares de redes públicas de telecomunicaciones están obligados a facilitar la interconexión de éstas con las de todos los operadores del mismo tipo de redes y servicios telefónicos disponibles al público que lo soliciten"*; asimismo, la Orden del Ministerio de Fomento de 22 de septiembre de 1998, por la que se establecen el régimen aplicable a las licencias individuales para servicios y redes de telecomunicaciones y las condiciones que deben cumplirse por sus titulares (en adelante OLI), reitera en sus artículos 23.2, 26.2 y 29.2, que acceder a la interconexión de las redes es un derecho de los operadores titulares de una licencia individual, y en sus artículos 27.1.1 y 30.1, que es una obligación proveerla a los operadores que se lo soliciten.

Segundo.- Asimismo, hay que destacar la clara naturaleza contractual de los Acuerdos Generales de Interconexión (AGIs), puesto que ya el artículo 22.2 de la LGT dispone que: *"Los acuerdos de interconexión se celebrarán libremente entre las partes"*.

Es decir, que una vez que se configura la interconexión como un derecho y al mismo tiempo como un deber, la normativa sectorial de telecomunicaciones prevé su materialización de manera contractual entre los operadores, es decir, como un asunto a acordar libremente, privadamente, entre las dos partes, y en consecuencia el AGI resultante de dicho acuerdo bilateral será un contrato privado entre las mismas.

> Un Acuerdo de Interconexión es, en consecuencia, un contrato privado, en concreto un contrato de arrendamiento de servicios, regulado en el artículo 1.544 del Código Civil, y que consiste en que *"...una de las partes se obliga a (...) prestar a la otra un servicio por precio cierto"*; las partes firmantes del AGI se obligan recíprocamente a prestarse servicios de interconexión (fundamentalmente de acceso, tránsito y terminación de una serie de llamadas entre ambas redes) a cambio de un precio cierto por los mismos (los fijados en el Anexo 3-C del AGI para cada tipo de servicio en concreto).

Los únicos límites legales a dicha libertad contractual son, por una parte, el contenido mínimo a incluir obligatoriamente en el texto del AGI, establecido reglamentariamente en el artículo 8 del RIAN y, más en general, en el Título II del mismo RIAN; y por otra parte, la habilitación legal para que la CMT intervenga y module dicha relación contractual de varias concretas maneras:

A) Como regla general, resolviendo los conflictos de interconexión decidiendo sobre la interpretación y ejecución de los acuerdos de

interconexión suscritos por los operadores, de conformidad con el artículo 25 de la LGTel y artículo 2.6 párrafos primero y segundo del RIAN. Excepcionalmente, la CMT podrá dictar instrucciones a las partes que hayan celebrado un acuerdo de interconexión, instándolas a su modificación, cuando su contenido pudiera amparar prácticas contrarias a la competencia o resulte preciso para garantizar la interoperabilidad de los servicios (artículo 22.2 de la LGT y artículo 2.6, párrafo tercero, del RIAN).

B) Asimismo, cuando los operadores no hayan interconectado sus redes, habiéndose agotado las posibilidades de acuerdo al respecto (es decir, a posteriori), la CMT podrá exigir que se haga efectiva la interconexión y, en su caso, establecer las condiciones para la misma. La intervención, de oficio o a instancia de los usuarios, será la mínima necesaria para proteger los intereses públicos (artículo 22.3 de la LGT, y artículo 2.2 del RIAN).

C) La CMT puede modificar motivadamente la Oferta de Interconexión de Referencia del operador dominante de telefonía fija (OIR) que éste está obligado a ofrecer a los demás operadores (artículo 28 de la LGT, y artículos 9.2, 11 y 12 del RIAN).

II.3. Modificaciones concretas que deben introducirse en el Acuerdo General de Interconexión vigente entre LINCE y AIRTEL para garantizar la libre competencia y la interoperabilidad de los servicios.

Centrándonos en las razones que obligan a esta Comisión a instar a LINCE y a AIRTEL a modificar el AGI vigente entre ambos operadores, recordemos de nuevo que el antes citado artículo 22.2 de la LGT (y su correlativo artículo 2.6 del RIAN) dispone que la CMT sólo intervendrá al respecto con carácter excepcional, cuando se produzcan las siguientes circunstancias: cuando resulte preciso para garantizar la interoperabilidad de los servicios, y/o cuando el contenido de dicho Acuerdo pudiese amparar claúsulas contrarias a la libre competencia.

Así, en el marco de la tramitación del presente procedimiento administrativo esta Comisión ha apreciado que el AGI suscrito por LINCE y AIRTEL contiene determinadas claúsulas anticompetitivas, que justifican que se obligue a ambos operadores a modificar dicho Acuerdo en el sentido expuesto en los párrafos siguientes.

II.3.1. Claúsulas 3.8.2.1 a 3.8.2.6 del Anexo 3 del AGI.

Primero.- En lo referente a las Claúsulas 3.8.2.1 a 3.8.2.6 del Anexo 3 del AGI vigente entre LINCE y AIRTEL, en su redacción dada por el Addendum de 30 de diciembre de 1999 del AGI, las mismas disponen lo siguiente:

" 3.8.2.1. Durante el primer año, a partir de la firma del acuerdo, los PdIs necesarios para la interconexión de las redes de las partes serán administrados y gestionados por LINCE. Asimismo, durante este primer año, LINCE será responsable de la administración, gestión y pago de los circuitos de interconexión asociados a dichos PdIs. Como mínimo, LINCE abrirá 2 puntos de interconexión, que se especificarán en el Anexo 1, o en su defecto serán determinados por el CTI.

3.8.2.1.1. Sin perjuicio de lo anterior, en el caso particular de los PdIs de Madrid y Barcelona, actualmente administrados y gestionados por AIRTEL, LINCE se compromete a asumir la responsabilidad de la administración y gestión de los citados PdIs, mediante un cambio de titularidad de AIRTEL a LINCE de los circuitos asociados a dichos PdIs, antes del 1 de julio de 2000.
A partir del momento de la transferencia, LINCE será responsable de la administración, gestión y pago de los circuitos de interconexión asociados a dichos PdIs.
Hasta el momento de la citada transferencia, para los PdIs de Madrid y Barcelona y con carácter provisional, se mantendrá la situación previa a la firma de este Acuerdo, según la cual:

- *AIRTEL se encarga de gestionar, administra, instalar y mantener los circuitos de interconexión, y LINCE se compromete a abonar a AIRTEL la cantidad de 150.000 pesetas mensuales por cada uno de los circuitos instalados dentro del mismo municipio.*
- *AIRTEL se encarga de gestionar, administra, instalar y mantener los circuitos de interconexión, y LINCE se compromete a abonar a AIRTEL la cantidad de 350.000 pesetas mensuales por cada uno de los circuitos instalados entre dos municipios o provincias.*

3.8.2.2. Cada vez que el CTI (Comité Técnico de Interconexión) *determine la necesidad de incorporar nuevos circuitos, se realizará un estudio de los minutos de tráfico de voz cursados en los últimos 6 meses en los sentidos entrante y saliente acordados en cada momento, quedando excluidos de este cómputo los servicios de red inteligente y los servicios especiales.*

3.8.2.3. La suma de los minutos en ambos sentidos se considerará el 100% de los minutos, de los cuales un X% corresponderá al sentido LINCE-AIRTEL, y la diferencia 100% - X%, al sentido AIRTEL-LINCE. La cantidad X% será la que resulte de redondear por exceso el primer decimal a la siguiente unidad entera de la cantidad que resulte del siguiente cálculo:

*X%=(Número de minutos sentido LINCE-AIRTEL / Número de minutos en ambos sentidos) * 100*

3.8.2.4. Se calculará el total de los circuitos de interconexión existentes hasta el momento y se sumará el total de nuevos circuitos planificados como necesarios por el CTI de acuerdo a las previsiones de tráfico. A esta cantidad de circuitos, existentes más nuevos planificados, la llamaremos número de circuitos totales (T). LINCE se hará cargo de la administración, gestión y pago del número de circuitos que resulte de redondear por exceso el primer decimal a la siguiente unidad entera de la cantidad que resulte del siguiente cálculo:

*Número de circuitos a pagar por LINCE = X% / 100 * T*

3.8.2.5. AIRTEL se hará cargo de la administración, gestión y pago de la diferencia entre el total de circuitos menos los pagados por LINCE.

3.8.2.6. Cuando el CTI determine la necesidad de apertura de un nuevo PdI, la administración y gestión del mismo se asignará al operador al que le correspondería el pago de un siguiente circuito atendiendo al cálculo realizado en el Punto 3.8.2.4 para los últimos 6 meses. El CTI se encargará de determinar las provincial y la ubicación de los nuevos PdIs. "

Segundo.- Del contenido de dichas Claúsulas se desprende que el régimen económico establecido en las mismas para los circuitos de conexión de los nodos frontera de ambos operadores es claramente anticompetitivo por desfavorable para LINCE, que de hecho asume la práctica totalidad de los costes ya que se hace que los mismos dependan exclusivamente del tráfico cursado entre ambas redes, claramente asimétrico como veremos seguidamente, y no de otros factores que también influyen en dichos costes, tales como la función de transporte efectivamente realizada, el enrutamiento de las llamadas o los demás costes fijos del PdI.

En efecto, con la estructura actual de las redes de telecomunicaciones existentes es mucho mayor el tráfico terminado en la red de un operador móvil (en este caso AIRTEL) que el terminado en la red de un operador entrante de telefonía fija (con un parque muy reducido de accesos directos, como es el caso de LINCE), la relación de tráfico entrante y saliente de las redes de ambos operadores es claramente favorable al sentido LINCE-AIRTEL (tráfico cursado a través de la red fija de LINCE para su terminación en la red móvil de AIRTEL), superando en varios órdenes de magnitud al volumen de tráfico AIRTEL-LINCE (tráfico con origen en la red móvil de AIRTEL y con terminación en la red fija de LINCE); y dado el carácter estructural de esta situación, es

previsible que la citada diferencia en el flujo de tráfico con destino en una y otra red permanezca en el tiempo a corto y medio plazo.

Por tanto, estas Claúsulas tienen el efecto de trasladar, de facto, y de forma prácticamente íntegra el coste de los enlaces de interconexión al operador de telefonía fija, es decir, a LINCE, y que consecuentemente éste sea responsable de la instalación, gestión, mantenimiento y pago de prácticamente la totalidad de los enlaces de interconexión entre ambos operadores.

Tercero.- Dicho desigual y desequilibrado reparto de costes consignado en las cláusulas objeto de estudio no es reflejo de los retornos que cada parte obtiene al entrar en el acuerdo. El citado reparto de los costes no se corresponde exactamente con las ventajas que cada operador obtiene de la utilización de los puntos de interconexión, pues si bien es cierto que, de este modo, LINCE puede terminar de manera más eficiente las llamadas cursadas por él y con destino en números de AIRTEL, también es cierto que AIRTEL obtiene mayores beneficios por interconexión cuanto mayor es el tráfico que termina en sus redes, recuperando esos costes en los propios pagos que LINCE tiene que realizar a AIRTEL en concepto de servicios de terminación de llamadas en su red móvil. De ahí que pueda considerarse que ante un beneficio objetivo para ambos operadores derivado de la interconexión de sus redes, el hecho que los costes de la misma los asuma una sola parte hace que las condiciones acordadas en dicho AGI no puedan verse por esta Comisión como equitativas y conformes con la libre competencia, a pesar de lo alegado en contrario por AIRTEL argumentando supuestos mayores beneficios económicos para LINCE e hipotéticos perjuicios para AIRTEL.

> Sin embargo, si en un futuro los precios de los servicios de interconexión de terminación de llamadas en la red móvil de AIRTEL fuesen más reducidos y, consecuentemente, los retornos para ambas partes derivados de la interconexión entre ambos operadores tomada en su conjunto fueran menos gravosos e inequitativos para LINCE, esta Comisión pudiera modificar en el futuro su actual criterio y declarar aceptables y conformes con la competencia claúsulas como las del AGI objeto de revisión en el presente procedimiento.

Asimismo, no se puede olvidar que AIRTEL, en tanto que titular de una licencia de telefonía fija, compite directamente con LINCE y con otros operadores en el segmento de llamadas de fijo a móvil, llegando a ofrecer a sus abonados fijos para determinadas llamadas a un numero determinado de su propia red móvil las tarifas más bajas del mercado. Frente a esta realidad, LINCE se ve obligado a competir en precios ofrecidos a los consumidores finales de llamadas de fijo a móvil, un segmento del mercado donde debido a los elevados precios de interconexión de terminación de llamadas en las redes móviles, y en este caso concreto en la red móvil de AIRTEL, el margen comercial posible para un

operador entrante de telefonía fija, en este caso LINCE, al cursar este tipo de llamadas, es muy escaso.

En teoría cabría argumentar, y de hecho así lo hace AIRTEL en sus alegaciones, que la cuantía de este margen comercial es una decisión empresarial de LINCE, por lo que AIRTEL ni se la impone ni debe financiarlo. Efectivamente el margen comercial a obtener es una decisión que compete únicamente a LINCE, pero es indiscutible que el mismo está totalmente condicionado por los precios a usuario final que tienen establecidos los demás operadores de dicho segmento, y en especial el operador dominante en el mercado nacional de la telefonía fija, TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (que, recordemos, aplica unos precios regulados administrativamente, de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Cuarta de la LGT), pues este precio es el referente para competir, y por los costes que el operador alternativo debe satisfacer por interconexión. Si a esta situación de hecho se añade la imposición de compromisos contractuales que tienen por efecto práctico el incremento injustificado de los costes asociados a la interconexión con la red móvil de AIRTEL para LINCE, la consecuencia es la posibilidad real que tiene aquélla de condicionar los precios finales de ésta y, en general, de eventualmente llegar a expulsar de este mercado a un competidor, o al menos de limitar seriamente su capacidad competitiva (en todo caso, resultaría obviamente beneficiado AIRTEL, pues además de los cuantiosos ingresos por interconexión de su red móvil *–ingresos que sin embargo AIRTEL no quiere cuantificar en sus alegaciones como retornos, desvirtuando el análisis económico de los supuestos beneficios para cada parte de la interconexión directa entre LINCE y AIRTEL*- no olvidemos que también es operador de telefonía fija y compite con LINCE en el segmento de llamadas de fijo a móvil).

Consecuentemente, la antes citada desigual y desequilibrada repercusión de costes que el operador dominante y, por tanto, en posición prevalente en la negociación (AIRTEL), ha cargado en el operador cuya posición negociadora es más débil en el acuerdo de interconexión (LINCE), hasta el punto de hacerle más difícil competir en el mercado, y además favoreciendo al tiempo sus propias actividades en el mercado de la telefonía fija, puede resultar anticompetitiva.

En el caso que nos ocupa, es preciso partir del hecho de que el servicio de interconexión para dar terminación de llamadas en móviles es fundamental para la provisión del servicio de llamadas de fijo a móvil. Debido al gran parque de terminales móviles activas en el mercado español (en el año 2000 son 24,26 millones de clientes, de los cuales el 28 %, unos 6,8 millones, corresponden a clientes de AIRTEL[2]), las llamadas de fijo a móvil han alcanzado tal volumen (suponen en el año 2000 un 32 % de la facturación de los ingresos por tráfico, y un 6,16 % del tráfico en minutos cursados, de los operadores de telefonía fija[3])

[2] Fuente: Informe Anual 2000 de la CMT.
[3] Fuente: Informe Anual 2000 de la CMT.

que constituyen una parte necesaria de la estrategia comercial de todo operador de telefonía fija.

Asimismo, recordemos que la interconexión, como condición necesaria para asegurar la interoperabilidad de los servicios, se configura en la normativa sectorial de aplicación como una obligación legal ineludible para todo operador de telecomunicaciones, como un deber y al mismo tiempo un derecho: los operadores están obligados a facilitar la interconexión si otros operadores se lo solicitan, y al mismo tiempo tienen derecho a solicitar y obtener la interconexión de los demás (de acuerdo con lo dispuesto en los ya citados artículos 22.1 de la LGT, 2.1 del RIAN, y 23.2, 26.2, 27.1.1, 29.2 y 30.1 de la OLI). No cabe, por tanto, intentar eludir esta obligación expresa acudiendo, como hace AIRTEL en sus alegaciones, a consideraciones genéricas sobre las normas generales de Derecho Civil y Mercantil vigentes, pues precisamente el Derecho sectorial de Telecomunicaciones, por su especialidad, ha sido configurado por el legislador estatal como prevalente sobre dichas normas generales, de acuerdo con la competencia atribuida al Estado por el artículo 149.1.21º de la Constitución Española y por el principio jurídico general de que la norma especial excluye de su aplicación en dicho ámbito especial a la norma general.

Tomando en cuenta lo anterior, es evidente que la posición negociadora de AIRTEL en la negociación de un acuerdo de interconexión con un operador entrante de telefonía fija es extremadamente fuerte: LINCE no puede permitirse el no llegar a un acuerdo de interconexión para terminar llamadas en la red móvil de AIRTEL, que como ya hemos señalado anteriormente cuenta con una base de clientes de cerca de 7 millones (el 28 % de los clientes de telefonía móvil del mercado español); sin embargo AIRTEL, en su calidad de operador dominante en los mercados nacionales de servicios de telefonía móvil y de servicios de interconexión (con una cuota de mercado en el mercado nacional de servicios de interconexión en el año 2000 de entre el 20 y el 25 %[4], superior incluso a la de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.), si puede, en estas circunstancias, comportarse en la negociación citada con relativa independencia de sus competidores, e incluso de los usuarios, que quieran terminar llamadas en su red móvil (independencia que caracteriza a una empresa en posición de dominio en el mercado), e imponerle en este caso a LINCE un incremento injustificado, y por tanto inequitativo y anticompetitivo, de los costes y una disminución de sus márgenes comerciales, con el consiguiente estrangulamiento de los mismos para la parte (LINCE) que, por su débil

[4] Fuente: Informe Anual 2000 de la CMT, y Resolución del Consejo de la CMT de 4 de octubre de 2001 sobre la relación de los operadores que, a los efectos de lo previsto en la Ley General de Telecomunicaciones, tienen la consideración de dominantes en los mercados nacionales de servicios de telefonía fija, servicios de alquiler de circuitos, servicios de telefonía móvil y servicios de interconexión (Expediente nº: MTZ 2001/4975).

posición en el mercado en relación con el operador dominante (AIRTEL), carece de hecho de poder de negociación alguno.

La caracterización de la imposición de condiciones inequitativas resultantes en la provocación a la otra parte de costes arbitrarios como práctica anticompetiva.

En este sentido, recordemos que con fecha 27 de julio de 2000 el Consejo de la CMT adoptó la Resolución por la que se aprueba la relación anual de operadores que tienen la consideración de dominantes en los mercados nacionales de servicios de telefonía fija, telefonía móvil, alquiler de circuitos y servicios de interconexión, de conformidad con lo previsto en el artículo 23.2 de la LGT, y en el artículo 3 del RIN. Mediante dicha Resolución se declara operador dominante en los mercados nacionales de servicios de telefonía móvil y de servicios de interconexión, entre otros operadores, a AIRTEL. Dicha declaración se ha visto confirmada por la Resolución del Consejo de la CMT de 4 de octubre de 2001[5].

En este contexto, la imposición por parte del operador con poder de mercado (AIRTEL, operador dominante en los mercados nacionales de telefonía móvil y de servicios de interconexión) de condiciones no equitativas que incrementen de manera no razonable y abusiva los costes del operador entrante (LINCE), puede suponer un abuso de la posición de dominio del mercado ostentado por el primero, que esta Comisión, como garante de las condiciones de libre competencia en el mercado, debe evitar.

Se podría argumentar que LINCE no precisa necesariamente la interconexión directa con AIRTEL para competir en el mercado de las llamadas de fijo a móvil, puesto que puede recurrir a la interconexión indirecta, cursando las llamadas a números de la red móvil de AIRTEL a través de otro operador que tenga interconexión efectiva con AIRTEL (por ejemplo, a través de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., que ofrece un servicio de tránsito fijo-móvil para las llamadas de acceso indirecto).

Pero si bien es verdad que la vía para terminar llamadas en AIRTEL y por lo tanto acceder a su base de clientes puede ser tanto la interconexión directa como la indirecta (esta última a un coste superior, en un servicio con márgenes comerciales relativamente reducidos), lo cierto es que la necesidad de interconexión para terminar las llamadas es un elemento esencial de la estrategia competitiva de determinados operadores entrantes, que al ofrecer estos servicios a precios similares o incluso más bajos que los del operador dominante en telefonía fija están contribuyendo a satisfacer las necesidades de los usuarios de servicios telefónicos,

[5] Resolución del Consejo de la CMT de 4 de octubre de 2001 sobre la relación de los operadores que, a los efectos de lo previsto en la Ley General de Telecomunicaciones, tienen la consideración de dominantes en los mercados nacionales de servicios de telefonía fija, servicios de alquiler de circuitos, servicios de telefonía móvil y servicios de interconexión (Expediente nº: MTZ 2001/4975).

y dichos servicios forman parte de su oferta comercial sin la cual su capacidad real de competir en el mercado disminuiría considerablemente.

Además no nos olvidemos de los antes mencionados limitados márgenes comerciales existentes en este tipo de llamadas, que ya condicionan notablemente la capacidad de maniobra de LINCE: una terminación indirecta de este tipo de llamadas en la red de AIRTEL reduciría aún más la capacidad competitiva de LINCE, y en concreto la posibilidad de ofertar precios competitivos en las llamadas de fijo a móvil con destino a la red móvil de AIRTEL sin incurrir en pérdidas.

Así, si bien teóricamente es cierto que LINCE puede elegir ofrecer servicios de llamadas de fijo a móvil, o no ofrecerlos, lo cierto es que si decide ofrecerlos podrá hacerlo por vía de interconexión directa o indirecta; y si ésta le resulta más cara y menos eficiente que la directa, debe tener derecho a que AIRTEL le facilite la misma en todo caso en las condiciones legalmente establecidas, máxime siendo AIRTEL operador dominante en los mercados de telefonía móvil y de servicios de interconexión, y estando obligado a ofrecer sus servicios de interconexión, y en concreto la terminación de llamadas en su red móvil (artículo 22.1 de la LGT), y a hacerlo en condiciones objetivas, no discriminatorias y orientados a costes (artículos 22.4 y 26 de la LGT).

Cuarto.- A la vista de todo lo anteriormente expuesto, hay que tener en cuenta el hecho relevante de que el marco regulatorio aplicable a los operadores móviles (artículos 26 y 28 de la LGT, y artículos 9 y 10 del RIAN), a diferencia de lo que sucede en el mercado de telefonía fija, no prevé la existencia de una Oferta de Interconexión de Referencia de los operadores de servicios móviles dominantes en el mercado nacional de la interconexión que sirva de salvaguardia y contrapeso para los operadores entrantes, es preciso arbitrar otros mecanismos que impidan la imposición unilateral de condiciones no equitativas a los operadores que quieren interconectarse con un operador de telefonía móvil dominante (en este caso con AIRTEL).

En este contexto, resultan claramente condiciones no equitativas la conjunción en el AGI analizado de lo dispuesto en las Cláusulas 3.8.2.2 a 3.8.2.6 del Anexo 3 del mismo, ya que en la práctica, y teniendo en cuenta que como ya se ha señalado anteriormente la relación de tráfico entrante y saliente entre las redes de ambos operadores es muy superior en el sentido LINCE-AIRTEL que a la inversa, la aplicación de las fórmulas contenidas concretamente en los puntos 3.8.2.3, 3.8.2.4 y 3.8.2.5 supone que LINCE asume de hecho todos los costes derivados de la administración, gestión y pago de los circuitos de conexión de las redes de LINCE y de AIRTEL, lo cual no está justificado de ninguna manera pues como ya se ha señalado de la interconexión entre ambas redes se benefician ambos operadores:

- En efecto, la estructura actual de liberalización del mercado de las telecomunicaciones y la existencia de múltiples operadores de redes y

servicios hace inconcebible la existencia de redes cerradas que no estén interconectadas con ninguna otra; así lo entiende la propia regulación sectorial al propugnar el Principio de Red Abierta y la obligación de facilitar la interconexión y el acceso a las redes (artículos 22.1 y 24.1 de la LGT).

- En el marco de la interconexión entre dos redes, el precio que paga un operador por terminar una llamada en la red de otro operador, y máxime si el operador donde termina la llamada ha sido declarado dominante en el mercado de interconexión como es el caso de AIRTEL, estará en función de los recursos de red que se vayan a emplear para completar la llamada.

Dentro de estos recursos de red a emplear para la interconexión estarán los propios PdIs que se ven involucrados en la terminación de las llamadas cursadas por ambos operadores, y que son necesarios para ambos operadores en el marco de dicha interconexión. El hecho de que AIRTEL obligue a LINCE a correr unilateralmente con todos los gastos de instalación, administración y gestión de los PdIs entre ambas redes tiene unos claros efectos anticompetitivos, puesto que supone hacer incurrir a LINCE en unos costes desproporcionados cuando ambos operadores necesitan utilizan esos PdIs, y obtienen beneficios de esta interconexión por posibles incrementos de tráfico, además del hecho de que el operador que termina la llamada le cobra a otro por la utilización de todos sus recursos que se ven involucrados.

Consecuentemente, como conclusión de todos los argumentos expuestos, y en base a la normativa sectorial vigente y a una parte de los Fundamentos de Derecho expuestos con anterioridad por esta Comisión en la Resolución del Consejo de la CMT de 19 de julio de 2001[6] y reproducidos parcialmente en diferentes párrafos de este epígrafe II.3.1, esta Comisión debe declarar contrarias a libre las Clausulas 3.8.2.2 a 3.8.2.6 del Anexo 3 del AGI de constante referencia, puesto que sus disposiciones hacen que de hecho se haga recaer sobre uno de los operadores (LINCE) todos los costes derivados de la interconexión entre las redes de ambos operadores; dicho factor de imputación de costes no es equitativo ni está justificado objetivamente, ya que el tráfico entre ambas no esta equilibrado o balanceado, y no va a estarlo a corto ni a medio plazo teniendo en cuenta la estructura de las citadas redes y el diferente volumen de tráfico entre ambos operadores, y sin embargo ambos operadores se benefician de la interconexión de ambas redes, especialmente AIRTEL, puesto que el mayor tráfico en el sentido LINCE-AIRTEL le supone unos mayores ingresos por servicios de interconexión de terminación de llamadas.

[6] Expediente nº: ME 2000/2430 “Modificación del AGI Lince-Telefónica Móviles España”.

De esta forma, las citadas cláusulas deberán suprimirse pues puede tener efectos anticompetitivos en el mercado al tratarse de una cláusula no equitativa que aumenta injustificadamente los costes en que debe incurrir LINCE, y en general un operador que quiera interconectarse con AIRTEL, el cual ostenta una posición de dominio en los mercados nacionales de la telefonía móvil y de los servicios de interconexión. Así, las citadas Claúsulas deben sustituirse por otras en las que se establezca una obligación de soportar paritariamente los costes derivados de la conexión de los PdIs de ambas redes.

Quinto.- En cuanto a la solicitud de LINCE de que en la Resolución a dictar se le exima expresamente del pago de las cantidades abonadas por AIRTEL para sufragar los circuitos de interconexión contratados a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. para hacer efectiva la interconexión en el PdI de Barcelona desde el 14 de julio de 2001 (fecha en que se encontraban ya operativos los circuitos contratados por LINCE a CATALANA para realizar dicha función), hay que señalar que la modificación del AGI objeto del procedimiento de referencia tiene efectos desde la notificación de la presente Resolución (artículo 57.1 de la LRJPAC: *"Los actos de las Administraciones Públicas sujetos a Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten"*).

En consecuencia, esta Comisión ha de desestimar la solicitud de LINCE de aplicar la retroactividad a los efectos de esta Resolución y, por tanto, los costes habidos para dicha interconexión entre LINCE y AIRTEL hasta ese momento se deberán distribuir entre las partes de conformidad con el texto del AGI vigente entonces, es decir, con lo dispuesto en las Claúsulas 3.8.2.1. a 3.8.2.6 del Anexo 3 de dicho AGI, en la redacción dada a los mismos por el Addendum al AGI suscrito por ambos operadores el 30 de diciembre de 1999.

Sexto.- Por último hay que señalar que un PdI, si bien es uno de los puntos más extremos de una red, forma parte integrante de esa red de telecomunicaciones al igual que forman parte el resto de elementos de transporte y de conmutación, por lo que el hecho de constituir PdIs es parte del propio despliegue de una red para ambos operadores que se interconectan y su constitución reportará beneficios a ambas partes.

Así, el objetivo de un PdI es precisamente el posibilitar el intercambio de un volumen de tráfico para el cual se han dimensionado todos los elementos. En función de este dimensionamiento, los operadores incurrirán en una serie de costes que serán mayores cuanto mayores sean las previsiones de tráfico. Si se diera el caso de que los elementos de un PdI se encontrasen altamente sobredimensionados en base a unas previsiones iniciales que no se han cumplido, se ocasionarían unos costes al otro operador que no van a poder recuperar y se trataría, por tanto, de unos costes hundidos.

Por todo ello, esta Comisión entiende que podría entenderse razonable que si las partes del acuerdo lo estiman oportuno, incluyesen en el propio Acuerdo de Interconexión algún tipo de compensación económica de un operador a otro por el hecho de haber incurrido en unos costes hundidos en situaciones de claro sobredimensionamiento de los PdIs.

II.3.2. Claúsula 3.1.1 del Anexo 1 del AGI.

Primero.- La Claúsula 3.1.1 del Anexo 1 del AGI, que en su párrafo sexto dice que *"los circuitos de interconexión podrán ser suministrados bien por medios propios de cada operador o bien mediante circuitos alquilados a terceros siempre que el suministrador de circuitos de 2MB elegido para la interconexión tenga firmado un AGSC (Acuerdo General de Suministro de Circuitos) con Airtel Móvil. El suministrador de circuitos para cada PdI será elegido de mutuo acuerdo en el CTI"*.

AIRTEL y CATALANA no tienen firmado el citado AGSC, lo cual es esgrimido por la primera para negarse a utilizar los circuitos suministrados por la segunda para interconectarse con LINCE en el PdI de Barcelona, amparándose en la citada Claúsula.

Por su parte, la antes mencionada Claúsula 3.2.8.1 del Anexo 3 del AGI de constante referencia establece que desde el 1 de julio de 2000 LINCE ha asumido la responsabilidad de la administración y gestión de los PdIs de Madrid y Barcelona, y también la titularidad de los circuitos de conexión de ambas redes en dichos PdIs, que igualmente gestionará y asumirá su coste.

Segundo.- Según lo manifestado por LINCE y CATALANA, y en base a dichas Claúsulas del AGI, LINCE, como titular de la responsabilidad de la administración y gestión de los PdIs de Madrid y Barcelona, y también la titularidad de los circuitos de conexión de su red con la de AIRTEL en dichos PdIs, ha designado a CATALANA como proveedor de los citados circuitos de conexión en el PdI de Barcelona.

CATALANA ha puesto desde el pasado día 14 de julio de 2000 a disposición de LINCE 6 circuitos punto a punto de 2 Megabits por segundo para la interconexión de los nodos frontera de las redes de LINCE y de AIRTEL en el PdI de Barcelona ,estando plenamente operativos desde dicha fecha.

AIRTEL, sin embargo, se estaría negando desde el pasado día 14 de julio de 2000 a interconectar su red a la de LINCE en el Punto de Interconexión (en adelante, PdI) entre ambas redes sito en Barcelona utilizando el proveedor de

circuitos alquilados (CATALANA) que LINCE, como titular de la gestión de dichos circuitos, le ha señalado, en aplicación de lo dispuesto en la Claúsula 3.1.1 del Anexo 1 del AGI.

AIRTEL estaría condicionando la aceptación de dicha conexión con LINCE a través de los 6 circuitos punto a punto de 2 Megabits por segundo suministrados por CATALANA a la previa firma de un AGSC entre AIRTEL y CATALANA, de conformidad con lo establecido en la misma Claúsula 3.1.1 del Anexo 1 del AGI; además AIRTEL ha alegado razones de seguridad y de falta de espacio físico en sus centrales de conmutación para justificar la exigencia, con carácter general, de la existencia de dicho AGSC con sus suministradores de circuitos eléctricos, para poder exigir un eventual cobro por los costes de espacio y de seguridad adicionales generados por el acceso de terceros a sus centrales.

Tercero.- Sin embargo, CATALANA ha expuesto a esta Comisión que actualmente suministra a otro cliente (cuya identidad se mantiene confidencial por expresa solicitud de dicho cliente y de CATALANA, y por no ser determinante la misma para resolver el presente procedimiento) 2 circuitos punto a punto de 2 Megabits por segundo para su conexión con el nodo frontera de AIRTEL en Barcelona; en este caso, AIRTEL ha confirmado este extremo en su escrito de alegaciones de 23 de enero de 2002, reconociendo que para la conexión con el cliente referido AIRTEL sí acepta la conexión de dichos circuitos de CATALANA con su red, de idénticas características técnicas y comerciales que los suministrados para la conexión con la red de LINCE, sin exigirle en el primer caso la previa firma de ningún AGSC.

Es decir, estaríamos ante situaciones técnicas objetivamente análogas en las cuales AIRTEL en un caso acepta la conexión de 2 circuitos suministrados por CATALANA, mientras que en el caso de la interconexión con LINCE en Barcelona deniega la conexión a través de los 6 circuitos del mismo tipo suministrados por el mismo operador, sin existir una razón objetiva ni técnica (los circuitos a conectar en uno y otro caso son idénticos: circuitos punto a punto de 2 Megabits por segundo suministrados por CATALANA para la interconexión de uno y otro cliente –*LINCE y el otro cuya identidad se mantiene confidencial*- con el nodo frontera de AIRTEL sito en L´Hospitalet de Llobregat, Barcelona) que justifique la diferente conducta en uno y otro caso.

Dicha diferencia de trato por parte de AIRTEL ante situaciones técnicas y comerciales idénticas tampoco estaría justificada jurídicamente, puesto que tanto la LGT (artículos 6 y 22.4) como el RIAN (artículo 9.1) establecen la obligación de AIRTEL de facilitar la interconexión a los demás operadores en condiciones no discriminatorias, transparentes, proporcionales y fundadas en criterios objetivos. Asimismo, esta Comisión ya se ha pronunciado respecto al

sentido del principio de no discriminación en varias ocasiones: Así, en la Resolución del Consejo de la CMT 20 de julio de 2000[7], la Comisión se pronunció sobre el sentido del principio de no discriminación en los siguientes términos: *"El principio de no discriminación en las condiciones de interconexión consiste en la aplicación de condiciones similares en circunstancias similares a los organismos interconectados que presten servicios similares"*.

Cuarto.- Y no olvidemos que, puesto que el AGI vincula a AIRTEL y LINCE, y atribuye la titularidad y la responsabilidad de la gestión del PdI de la Provincia de Barcelona a ésta última, los circuitos para conectar los nodos frontera de ambos operadores en dicho PdI han de ser provistos por LINCE, por lo que forman parte de la red de este operador, independientemente de que subcontrate la provisión de los mismos con un tercero.

Así, AIRTEL no puede negarse a interconectarse mediante los circuitos que provee LINCE como responsable de la gestión de ese PdI aduciendo razones extrañas al Acuerdo bilateral, e introduciendo para ello elementos referentes a un tercero que, a más de ser irrelevantes y discriminatorios, no pueden alegarse con un mínimo de coherencia pues, al igual que en el caso del otro cliente que se interconecta con AIRTEL subcontratando los circuitos a CATALANA, en el caso del AGI que nos ocupa el responsable de dichos circuitos a todos los efectos del citado AGI es LINCE, independientemente de que, utilizando la facultad señalada en la Claúsula 3.1.1, párrafo sexto, del Anexo 1 del AGI, el suministro de los mismos en Barcelona lo haya subcontratado con CATALANA.

Quinto.- En definitiva, la conducta de AIRTEL supone un trato discriminatorio para LINCE respecto de otros operadores, y sin una justificación objetiva para ello, lo cual supone una vulneración de la normativa sectorial de aplicación, la cual, reflejo de la normativa comunitaria sobre Oferta de Red Abierta, dispone con carácter general para todos los operadores de telecomunicaciones en el artículo 22.4 de la LGT que *"los titulares de redes públicas de telecomunicaciones facilitarán la interconexión en condiciones no discriminatorias, transparentes, proporcionales y basadas en criterios objetivos"*.

Asimismo, y en relación con otras obligaciones específicas que recaen sobre AIRTEL en su calidad de operador dominante, la normativa sectorial de aplicación dispone en el artículo 9.1, en relación con el artículo 10, del RIAN, que desarrolla la LGT en materia de interconexión, que los operadores de redes públicas móviles y de servicios móviles que hayan sido declarados dominantes en el mercado de telefonía móvil están obligados (al igual que el

[7] Expediente nº: ME 1999/990 "Conflicto de IX Rslcom-Airtel".

resto de operadores) a *"facilitar la interconexión en condiciones no discriminatorias, transparentes, proporcionales y fundadas en criterios objetivos"* .

En este sentido, recordemos de nuevo que con fecha 27 de julio de 2000 el Consejo de la CMT declaró a AIRTEL como operador dominante en los mercados nacionales de servicios de telefonía fija, telefonía móvil, alquiler de circuitos y servicios de interconexión, de conformidad con lo previsto en el artículo 23.2 de la LGT, y en el artículo 3 del RIN.

Dicha discriminación injustificada constituye, de acuerdo con lo establecido por el artículo 1.1, letra D, de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (que reproduce lo dispuesto en el artículo 81.1, letra D, del Tratado de la Comunidad Europea), una práctica anticompetitiva, puesto que, al amparo de dicha Claúsula 3.1.1 del Anexo 1 del AGI se están aplicando de hecho condiciones desiguales ante situaciones análogas, lo cual provoca como resultado fáctico que un operador, en este caso LINCE, esté en una situación desfavorable y desventajosa frente a otro (en este caso el otro cliente de AIRTEL interconectado en Barcelona mediante circuitos suministrados por CATALANA). Así, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 22.2 de la LGT, se justifica una intervención de esta Comisión para modificar dicha Claúsula anticompetitiva del AGI en cuestión.

Sexto.- Por tanto, dicha Claúsula 3.1.1 del Anexo 1 del AGI vigente entre LINCE y AIRTEL debe ser suprimida parcialmente, en lo referente a la exigencia de la previa firma de un AGSC entre el suministrador de circuitos y AIRTEL, por ser discriminatoria para LINCE y, en consecuencia anticompetitiva, vulnerando así los citados artículos 6 y 22.4 de la LGT, y 9.1 en relación con el 10, del RIAN.

Asimismo debe suprimirse el último inciso del párrafo sexto de la Claúsula 3.1.1 del Anexo 1 del AGI, que dice que *"El suministrador de circuitos para cada PdI será elegido de mutuo acuerdo en el CTI"*, ya que es incoherente con las previsiones posteriores de las Claúsulas 3.8.2.1 a 3.8.2.6 del Anexo 3 del AGI en su redacción dada por el Addendum de 30 de diciembre de 1999, ya que en las mismas se predispone qué operador se hará cargo de la conexión de cada PdI de acuerdo a unos criterios preestablecidos.

Consecuentemente, y en base a dichas Claúsulas del AGI, LINCE, como titular de la responsabilidad de la administración y gestión de los PdIs de Madrid y Barcelona, y también la titularidad de los circuitos de conexión de su red con la de AIRTEL en dichos PdIs, puede designar el proveedor es el único encargado de designar al proveedor de los citados circuitos de conexión en el PdI de Barcelona (y en este caso a designado al operador CATALANA).

II.3.3. Claúsula 3 del Cuerpo Principal del AGI: "Neutralidad".

Primero.- La Claúsula 3 del Cuerpo Principal del AGI establece lo siguiente: *"3. NEUTRALIDAD. LINCE se compromete a no ofrecer a ningún operador móvil unas condiciones económicas más favorables para el mismo servicio que las que se contemplan en el Anexo de Servicios (Anexo 3)"*.

Esta cláusula deberá ser suprimida pues podría resultar anticompetitiva. En efecto, el Derecho de la Competencia, y en concreto los artículos 81.1 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE), y 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), prohiben los acuerdos entre empresas que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia y, en particular, los que consistan en fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción.

Así, cuando se impide a LINCE ofrecer a cualquier operador móvil condiciones económicas más favorables respecto de las pactadas con AIRTEL, so pena de iniciar el procedimiento de revisión del acuerdo, se puede producir, al menos potencialmente, una limitación del grado de competencia en el mercado.

Y no cabe confundir esta realidad con una presunta concrección de los ya citados artículos 6 y 22.4 de la LGT para evitar comportamientos discriminatorios de LINCE respecto de AIRTEL

Como ya se ha señalado anteriormente, esta Comisión ya se ha pronunciado respecto al sentido del principio de no discriminación en varias ocasiones, entendiendo siempre que el artículo 6 de la LGT se refiere de forma genérica a que la prestación del servicio se hará de forma no discriminatoria y, en particular, garantizando la satisfacción de las obligaciones de servicio público de telecomunicaciones. Ello no implica que los precios de los servicios sean los mismos sino que no se pueden establecer condiciones discriminatorias no objetivas en la prestación del servicio.

Asimismo, en la citada Resolución del Consejo de la CMT 20 de julio de 2000[8], la Comisión se pronunció sobre el sentido del principio de no discriminación en los siguientes términos: *"El principio de no discriminación en las condiciones de interconexión consiste en la aplicación de condiciones similares en circunstancias similares a los organismos interconectados que presten servicios similares. Expresado de otra forma, esto implica que el hecho de*

[8] Expediente nº: ME 1999/990 "Conflicto de IX Rslcom-Airtel".

cobrar precios distintos a operadores distintos no supone necesariamente conculcar el principio de no discriminación".

El respeto del principio de no discriminación implica así consecuencias distintas dependiendo de la situación en el mercado del operador que debe respetarlo y, viceversa, de la situación de los operadores respecto de los que se debe garantizar.

Es decir, que LINCE no estaría infringiendo el principio de no discriminación en el sentido del artículo 6 y 22.4 de la LGT al ofrecer precios diferentes a otros operadores móviles, pues su situación en el mercado no es equiparable a la de AIRTEL.

Sin esta precisión la cláusula puede ser interpretada en sentido contrario a la competencia, por lo que la misma deberá ser eliminada.

Segundo.- Además, la garantía del principio de no discriminación no justifica que se entre en un compromiso contractual de ligar la revisión automática de un contrato a los compromisos suscritos con terceros en contratos que deberían ser independientes los unos de los otros.

En efecto, la cláusula mencionada vincula las condiciones económicas del acuerdo de interconexión entre AIRTEL y LINCE a aspectos ajenos al acuerdo en sí. Esta vinculación restringe la libertad de negociación de otros acuerdos a la vez que dificulta la flexibilidad de los precios en interconexión.

Tercero.- Por otra parte, la especial naturaleza de los acuerdos de interconexión, que son acuerdos bilaterales en los que la provisión de servicios se realiza en ambas direcciones, podría provocar que los efectos de esta cláusula se extendieran no sólo a los precios de los servicios ofrecidos por LINCE a otros operadores, sino también a los precios de los servicios que otros operadores prestasen a LINCE ya que, al existir pocos incentivos por parte de LINCE a ofrecer precios mejores, es poco probable que otros operadores respondan con ofertas más competitivas.

Dado el papel que juegan los precios de interconexión en la determinación de los precios finales de los servicios de telefonía fija, precios altos de interconexión se traducirían, probablemente, en precios altos de los servicios de telefonía fijo-móvil, u otros servicios que impliquen el uso de servicios de interconexión (por ejemplo, servicios prestados a través de números de inteligencia de red o números cortos).

Cuarto.- Asimismo, como ya se puso de manifiesto en la Resolución del Consejo de esta Comisión de 27 de enero de 2000[9], al analizar una cláusula de contenido de similar, este tipo de cláusula restringe la facultad de las partes de negociar precios y condiciones distintas con otros operadores. Estas cláusulas limitan el rango de opciones estratégicas de una empresa y provocan que las empresas tengan respuestas menos agresivas ante cambios en el mercado. Por este motivo, las cláusulas de este tipo dificultan el aumento del grado de competencia en un mercado.

Los incentivos de LINCE a ofrecer precios mejores a otros operadores se reducen, ya que no puede limitar sus descuentos a un sólo operador, sino que se obliga a hacer extensivos estos descuentos a LINCE. El efecto inmediato de estas cláusulas es la uniformidad en los precios de interconexión, manteniéndose siempre en el nivel prefijado sin que la cláusula llegue a invocarse nunca.

De la misma forma, incluso si lo que se impidiera es pactar precios más altos con otros operadores, esta cláusula resultaría asimismo contraria a la libre competencia pues limita la libertad de diseñar la estrategia empresarial que cada empresa desee adoptar.

Así, la cláusula objeto de controversia, sin llegar a restringir directamente la libertad de LINCE de ofrecer a terceros mejores condiciones comerciales que las pactadas con AIRTEL, sí puede indirectamente alcanzar el mismo efecto, pues LINCE perdería su incentivo a ofrecer condiciones de interconexión más competitivas a terceros si se viera obligada a revisar su AGI con AIRTEL o a hacerlas extensivas automáticamente en sus relaciones contractuales con AIRTEL.

Quinto.- Resumiendo, y de acuerdo con la normativa sectorial (artículos 6 y 22.4 de la LGT, y 9.1 en relación con el 10, del RIAN) y los Fundamentos de Derecho de las Resoluciones de esta Comisión citadas anteriormente, y en especial en la citada Resolución del Consejo de la CMT de 19 de julio de 2001[10], la Cláusula 3 del Cuerpo Principal del AGI debería ser suprimida, pues pudiera tener efectos anticompetitivos en el mercado, y ello con independencia de que las partes la hubiesen acordado voluntariamente o no.

En razón de las consideraciones de hecho y de Derecho expuestas, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

[9] Expediente nº: ME 1999/1494 “Modificación del AGI Telefónica-Jazztel”.
[10] Expediente nº: ME 2000/2430 “Modificación del AGI Lince-Telefónica Móviles España”.

RESUELVE

Dictar instrucciones a LINCE y a AIRTEL para que en el plazo de diez días a contar desde el siguiente a la notificación de esta resolución, procedan a la modificación del AGI vigente entre ambas partes en el siguiente sentido:

Primero.- Deberán suprimirse las Claúsulas 3.8.2.1 a 3.8.2.6 del Anexo 3 del AGI vigente entre LINCE y AIRTEL, en su redacción dada por el Addendum de 30 de diciembre de 1999, y sustituirlo por el siguiente texto: *"Cada parte se responsabilizará del 50 % de los costes derivados de la instalación, administración, gestión, mantenimiento y pago de los medios de transmisión necesarios para interconectar ambas redes, y en particular de los circuitos alquilados que se precisen para dicha misión"*.

No obstante, en el futuro las partes podrán acordar, si lo desean, alguna suerte de compensación económica dependiente de factores tales como el tráfico efectivo cursado en uno y otro sentido en cada PdI, o de un hipotético sobredimensionamiento excesivo y permanente de los PdIs que ocasionara eventualmente costes hundidos a una de las partes.

Segundo.- La Claúsula 3.1.1, párrafo sexto, del Anexo 1 del AGI quedará redactada en los siguientes términos: *"los circuitos de interconexión podrán ser suministrados bien por medios propios de cada operador o bien mediante circuitos alquilados a terceros."*. Por tanto, se suprime de dicha Claúsula la obligatoriedad de que el suministrador de circuitos tenga que tener firmado previamente un AGSC (Acuerdo General de Suministro de Circuitos) con AIRTEL, así como la necesidad de un previo acuerdo de las partes para designar dicho proveedor cuando es una de ellas la encargada de gestionar el PdI en cuestión.

Tercero.- Deberá suprimirse íntegramente la Claúsula 3 del Cuerpo Principal del AGI: *"3. NEUTRALIDAD. LINCE se compromete a no ofrecer a ningún operador móvil unas condiciones económicas más favorables para el mismo servicio que las que se contemplan en el Anexo de Servicios (Anexo 3)"*.

El incumplimiento de la presente resolución puede ser considerado como infracción muy grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998 de 24 de abril, General de Telecomunicaciones.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el Artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la

Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso 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 1.ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las 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 del 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 PRESIDENTE

EL SECRETARIO

D. José María Vázquez Quintana.

D. José Giménez Cervantes.