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 44/02 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 12 de diciembre de 2002, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE OBLIGA A RETEVISIÓN MÓVIL, S.A. A OFRECER A TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A. UNA REDUCCIÓN MEDIA EN SUS PRECIOS DE TERMINACIÓN DE LLAMADAS EN SU RED PROVENIENTES DE LA RED DE TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A. (Exp. RO 2002/7662)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Con fecha 18 de octubre de 2002 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.,(en adelante TME) por el que se planteaba conflicto de interconexión contra RETEVISIÓN MÓVIL, S.A., (en lo sucesivo AMENA) . TME exponía en su escrito:

- Que hasta enero de 2001 los precios de terminación de TME y AMENA se mantuvieron simétricos, hasta la decisión de TME de bajarlos voluntariamente. Posteriormente, el 15 de enero de 2001, el cambio del nominal del horario normal de TME abrió el diferencial de dicho horario hasta un 14,5 %, produciéndose una segunda bajada de TME en abril del mismo año suponiendo una ampliación del horario reducido en 16 horas semanales, horas en el que el diferencial de precios se disparó hasta un 107,9%.

- Que esta situación se ha mantenido inalterada hasta agosto de 2002 fecha en la que se ha incrementado el diferencial con el establecimiento de los precios transitorios de terminación en TME. Estos oscilan entre el 20,7%

durante los domingos y festivos, al 150,9% correspondiente al importante número de horas en horario reducido de TME en el que AMENA mantiene el horario normal.

- Que como resultado de esta situación, y a falta de iniciativa por parte de AMENA en la evolución de los precios de terminación, el 2 de agosto TME propone a AMENA abrir un proceso de negociación para la revisión de los precios de terminación de AMENA durante el mes de agosto.

- Que con fecha 26 de septiembre de 2002 AMENA hace llegar a TME su oferta de nuevos precios de terminación, válidos desde el 31 de octubre de 2002, oferta que supone una ligera reducción de los diferenciales existente permaneciendo inalterado el diferencial inferior en 20,7% y reduciendo levemente el diferencial mayor a un 128,2%. Con objeto de no perjudicar a sus clientes, TME decide aceptar la oferta de AMENA a la vez que insiste en mantener la negociación que sitúe el diferencial en unos niveles aceptables.

- Que según lo establecido en la Ley 12/1997 de Liberalización de las Telecomunicaciones, la creación de la CMT responde a la exigencia inaplazable de salvaguardar el cumplimiento efectivo por todos los partícipes en el mercado de las telecomunicaciones de los principios de libre competencia, transparencia e igualdad de trato. Dicha exigencia se concreta en el cuerpo de dicha Ley y en las funciones que tiene encomendadas para el cumplimiento de ese objeto. Por tanto, la CMT deberá adoptar con carácter de urgencia las medidas pertinentes para corregir la distorsión de la competencia provocada por la actuación de AMENA en la fijación de sus precios de interconexión.

- Que el comportamiento de AMENA en la prestación de servicios de interconexión denota que dicho operador no siente, en absoluto, presión competitiva en el mercado mayorista de interconexión. Esta nula necesidad de AMENA para competir en el mercado de interconexión no tiene como única consecuencia la inexistencia de competencia en dicho mercado, sino que además tiene un efecto pernicioso sobre el mercado descendente de servicios móviles, donde genera una distorsión de la competencia.

- Que de la doctrina de la CMT recogida en sus resoluciones de 13 de septiembre de 2001, se extrae que:

  - El precio de terminación de una llamada tiene escasa importancia para el usuario llamado y, por tanto, para el operador que termina la llamada que no posee incentivos para reducir esos precios, ya que, en principio, su cuota de mercado no se vería alterada.
  - Un operador no dominante obtiene una ventaja competitiva al exigir un precio alto en la prestación de los servicios de interconexión. Esta ventaja viene determinada por el diferencial de rentabilidad que puede obtener en la prestación de esos servicios respecto de sus competidores

y por la facultad que posee para, de este modo, frenar la reducción de los costes de los operadores rivales.

- Un operador no dominante que posee una ventaja competitiva, derivada de unos precios de interconexión elevados, no tiene ningún estímulo para conseguir una eficiencia en la producción del servicio y, por lo tanto, un precio más reducido que beneficie a los usuarios.
- La existencia de precios de terminación menos eficientes que la red más eficiente en el mercado de interconexión podría producir efectos indeseables y distorsionadores de una competencia justa y efectiva.
- Los precios de interconexión de los operadores declarados con poder significativo en el mercado deberán dar una señal de eficiencia hacia los que deberán tender los precios de los operadores que no ostenten la consideración de operadores PSM, con la finalidad última de beneficiar a los usuarios en capacidad de elección de servicios y precios.

– Que la propia CMT pone de manifiesto que, en el caso concreto de AMENA, no existen incentivos derivados de las reglas de la libre competencia que le condicionen, de algún modo, a reducir sus precios de interconexión. AMENA no sólo ha experimentado un elevado crecimiento de su cuota de mercado por ingresos de servicios finales, sino también en todos los demás parámetros utilizados para medir la evolución de un operador, entre los que destaca sobremanera la cuota de mercado por clientes.

– Que los datos anteriores ponen de relieve que la presión competitiva que posee AMENA y que podría incentivarle a realizar una reducción de sus precios de interconexión no sólo es inexistente, sino que además tiene estímulos favorables a un movimiento continuista o en sentido contrario al mencionado. Es decir, los clientes de AMENA parece que no han demandado reducciones de los precios de terminación de dicho operador, otorgando prioridad, en el proceso de elección de su operador móvil, a las ofertas que éste es capaz de hacer en los servicios finales. Este marco favorece la política de AMENA, consistente en la fijación de precios excesivos en los servicios mayoristas que le permitan obtener rentas de monopolio que podrá utilizar para competir en situación ventajosa en el mercado de servicios minoristas y, por tanto, atraer clientes de ingresos de dichos servicios finales, experimentando elevados crecimientos, en perjuicio del resto de los clientes del mercado español.

– Que AMENA ha mantenido durante 34 meses inalterables sus precios de interconexión, lo que le ha permitido obtener unas rentas de monopolio que ha destinado a obtener una posición de ventaja competitiva en el mercado de servicios móviles, al mismo tiempo que inducía un efecto contrario en sus directos competidores.

– Que el comportamiento de TME respecto de lo anterior, es el que puede esperarse de un operador en un mercado en competencia, de forma que a medida que ha ido obteniendo reducciones en sus costes derivadas de

mejoras en la eficiencia, ha trasladado dichas reducciones a los precios aplicados a los distintos servicios que presta, tanto al mercado minorista como al mercado mayorista a través de los precios de interconexión.

- Que la ventaja competitiva que ha obtenido AMENA es muy grande, ya que no sólo hay que tener en consideración el montante económico "en exceso" obtenido de TME, sino también el que ha obtenido de todos los otros operadores, tanto móviles como fijos, entre los que destacan especialmente AIRTEL y TESAU dado el alto volumen de minutos cursados en la interconexión con AMENA, a los que ha gravado durante este tiempo con unos precios excesivamente elevados por sus servicios de interconexión y continuará gravando si no tiene obligación de reducir sus precios más allá de la propuesta planteada a este operador recientemente.

- Que la diferencia abusiva que mantiene actualmente AMENA entre sus precios de terminación y los establecidos por TME representa un incumplimiento del principio de proporcionalidad. Si bien este principio no parece aplicable directamente a la cuantía de los precios, tal y como ha señalado la CMT en Resolución de 20 de julio de 2000, sino más bien a la existencia de estos para compensar de alguna forma los "sacrificios" que cada parte ha de hacer para cumplir la obligación de interconectarse y conseguir que se haga como mínimo su impacto, si los precios fueran excesivos, este principio se incumpliría porque la otra parte estaría sometida a condiciones que no le supondría un sacrificio mínimo, sino más bien, un "sacrificio máximo" para alcanzar la finalidad perseguida.

- Que, partiendo de la obligación de TME de ofrecer interoperabilidad con la red de AMENA, TME se encuentra en una situación de dependencia económica respecto de ella, puesto que dicho operador es el único que puede ofrecer a TME la posibilidad de que sus clientes llamen a los clientes de AMENA.

- Que los ingresos extraordinarios de interconexión que obtiene AMENA favorecerá, a través de mecanismo de subvención cruzada, el fortalecimiento de sus posición competitiva.

Por medio de este escrito TME insta la intervención de la CMT en el conflicto de interconexión existente como consecuencia de los precios abusivos para el servicio de interconexión cuyo pago impone AMENA a TME. TME no intenta, por tanto, abordar de nuevo la eventual declaración de AMENA como operador dominante en el mercado de la interconexión, sino de promover que la CMT, en ejercicio de las funciones y facultades que le reconoce el Reglamento de la Interconexión resuelva el presente conflicto de interconexión, y en consecuencia se solicitaba:

1. Una reducción de los precios de terminación de AMENA suficiente para dar lugar a la restauración del equilibrio en los precios de terminación

entre operadores móviles, garantizando así las condiciones de competencia efectiva en el mercado de la interconexión, en beneficio de los operadores presentes en el mercado de los servicios de telecomunicaciones y, muy particularmente, del conjunto de los clientes finales de dichos servicios.

2. Una equiparación de las franjas horarias que mantiene AMENA con las establecidas por esa Comisión en la Resolución de 11 de julio de 2002 de terminación transitoria de los precios de interconexión de TME.

3. Adoptara medida cautelar consistente en la aplicación inmediata de una bajada de al menos un 17,13% de los precios de terminación de AMENA, adaptado a su vez las franjas horarias de dicho operador a las establecidas en la Resolución de 11 de julio de 2002, al objeto de asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer durante la instrucción del presente procedimiento.

SEGUNDO.- Apertura de procedimiento administrativo. En cumplimiento de lo establecido en el artículo 42.4 de la LRJPC, con fecha 18 de octubre de 2002 se notificó a los interesados que había quedado iniciado el correspondiente procedimiento administrativo y que podrían, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, aducir las alegaciones y presentar los documentos y otros elementos de juicio que estimaran pertinentes.

TERCERO.- Presentación de alegaciones de RETEVISIÓN MÓVIL, S.A. Con fecha 7 de noviembre de 2002 AMENA presentó escrito de alegaciones en el que se ponía de manifiesto, entre otras cuestiones:

- Que el conflicto de interconexión planteado por TME es contrario a la LGTel y al RIN puesto que no respeta los límites temporales ni agota todas las posibilidades de acuerdo entre las partes previstos en dicha normativa. También se ignora el procedimiento previsto en el AGI vigente entre las partes de fecha 18 de noviembre de 1998, que establecía que en caso de discrepancia entre las partes sobre interpretación, modificación o ejecución del Acuerdo, las mismas se comprometían a emplear sus mejores esfuerzos para su resolución, evitando en la medida de lo posible, recurrir a litigios y creando, al efecto, un Comité de Conciliación, cuya actuación en ningún momento se consideraría como arbitraje.

- Que TME no había ofertado, a fecha del escrito presente, la oferta realizada por AMENA.

Por todo esto, solicitaba de la CMT que:

1. Inadmitiera a trámite el Conflicto de Interconexión planteado por TME, al no concurrir los supuestos exigidos normativamente para que pueda plantearse un conflicto de esta naturaleza.

2. Dada la sensibilidad comercial, industrial y estratégica de la información facilitada a la CMT se manifieste el carácter confidencial de la información.

CUARTO.- Trámite de audiencia. Una vez finalizada la instrucción del procedimiento y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 de la LRJPAC, esta Comisión procedió a comunicar a los interesados la apertura del trámite de audiencia previo a la resolución definitiva del expediente, mediante sendos escritos fechados el día 5 de noviembre de 2002, con objeto de que en el plazo de diez días pudieran alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimaran pertinentes.

QUINTO.- Solicitud de ampliación del plazo para presentar alegaciones. Con fecha 8 de noviembre de 2002 tiene entrada en el registro de esta Comisión escrito de AMENA por el que se solicita ampliación del plazo para formular alegaciones en cinco días, de acuerdo con lo establecido en el artículo 49.1 de la LRJPAC. Esta Comisión, considerando que no se dan las circunstancias necesarias exigidas por dicho artículo no accedió a la ampliación del plazo solicitado, dándole traslado de esta decisión mediante escrito de fecha 13 de noviembre de 2002.

SEXTO.- Alegaciones de TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A. Dentro del plazo conferido para realizar alegaciones en el trámite de audiencia, AIRTEL presentó escrito de alegaciones con entrada en el Registro de esta Comisión el día 18 de noviembre de 2002.

En su escrito, TME ponía de manifiesto, entre otras cuestiones, las siguientes:

- Que el informe de esta Comisión que acompaña al trámite de audiencia ha omitido analizar o valorar algunas de las fundamentaciones recogidas en el escrito de TME que dio lugar a la apertura del presente conflicto de interconexión, como la omisión sobre la adopción de medidas cautelares o la solicitud de la equiparación de las franjas horarias que mantiene Amena con las establecidas por la CMT en la Resolución de 11 de julio de 2002.

- Que ha evitado convertir el conflicto de interconexión en otro “recurso” a la declaración de operadores dominantes, y se ha centrado en su escrito en referirse a los efectos de la resolución del 5 de septiembre como un aspecto más que contribuye a la capacidad de comportamiento independiente de Amena, realizando un examen ex post de dicha conducta.

- Que el mercado relevante no lo constituye el mercado de los servicios de interconexión sino, exclusivamente, el de la terminación de llamadas en la red de AMENA. Si bien es cierto que la definición del mercado relevante a efectos de la declaración de dominancia sigue siendo la establecida en la LGTel, tal definición **no se corresponde con el mercado relevante en el ámbito del análisis ex post** que, teniendo en cuenta los criterios de sustituibilidad establecidos en la Comunicación de la Comisión sobre

definición de Mercados Relevantes[1], sí deberá ser el mercado de la red de AMENA. La CMT ha venido definiendo en diferentes ocasiones mercados diferentes de los contemplados en la normativa vigente, a fin de delimitar el ámbito en el que se circunscribe la intervención de la CMT.

- Que AMENA ostenta una posición de dominio en dicho mercado, y ello se pone de manifiesto por la **dependencia de TME respecto de AMENA** para la provisión de servicios en el mercado relevante definido que es absoluta, puesto que TME viene obligada a ello en virtud de la obligación de interoperabilidad, y no existen alternativas a la red de AMENA para el establecimiento de esa interoperabilidad. Además de por la **ausencia absoluta de poder de negociación de TME frente a AMENA,** derivada de la obligación de interoperabilidad, el carácter dominante de TME y de la obligación que pesa sobre ésta de orientar sus precios de interconexión a costes.

- Que el punto de partida del conflicto de interconexión que TME mantiene con AMENA proviene de la primera bajada de precios efectuada por TME el pasado 15 de enero de 2001, y no desde la Resolución de determinación transitoria de precios de interconexión de TME, que en informe se considera representan "***el punto de equilibrio*** *en el que ambas partes, voluntariamente, han decidido fijar la retribución del uso de sus respectivas redes"*. Sin embargo, es necesario destacar que ya entonces el desequilibrio era inaceptable para TME.

- Que el análisis de los datos que esta Comisión incorpora en su informe relativos a la evolución del número de clientes de telefonía móvil, evolución del tráfico cursado y composición de los ingresos por operaciones de los operadores móviles, son datos que se encuentran referidos al año 2001, utilizados de forma comparativa con datos del año 2000. No obstante, para un análisis adecuado de las circunstancias reales en que se encuentra el mercado de los servicios de interconexión entre redes móviles resulta esencial adecuar y añadir al estudio los datos que se han obtenido durante el transcurso del año 2002.

- Que la ausencia de tratamiento de la diferencia en las bandas horarias utilizadas por AMENA respecto de TME provoca una fuerte distorsión de la competencia. AMENA tiene tarifa normal durante 76 horas semanales, mientras TME y AIRTEL aplican su tarifa más elevada únicamente en 60 horas cada semana. Asimismo, la nueva propuesta de Amena reduce el anterior número de horas a 70 semanales. De este modo, la estructura horaria de los servicios mayoristas condiciona la estructura horaria de los servicios minoristas. Llevado a la práctica, esto supone que la tarifa reducida aplicada a los usuarios finales en las llamadas terminadas en la red de AMENA y originadas en otros operadores será ofrecida,

[1] Comunicación de la Comisión Europea sobre Definición de Mercados Relevantes a los efectos del Derecho de la Competencia, publicada en el DOCE de 9-12-1997, página 5

generalmente, en la misma banda horaria en la que AMENA aplica sus precios reducidos de terminación en el mercado mayorista de interconexión. Esto hace que impida a los otros operadores móviles competir en igualdad de condiciones, se condicionen fuertemente las estructuras de precios de los operadores fijos, se perjudique a los usuarios de telefonía fija y a los clientes finales de TME.

- Que para neutralizar el efecto de la Resolución de 11 de julio **no resulta suficiente con mantener la diferencia en valor absoluto** entre los precios de terminación de TME y los de AMENA anteriores a dicha resolución, ya que un procedimiento de ese tipo supondría un mayor distanciamiento del precio de AMENA respecto al de TME, en puntos porcentuales, si lo comparamos con la diferencia existente antes de la Resolución de fijación transitoria de los precios de terminación de TME. El mantenimiento de la diferencia en valor absoluto supondría un incremento de la diferencia en valor relativo entre el precio de terminación de AMENA y el de TME. Por tanto dicha comparación se debería hacer en términos relativos, es decir, en porcentaje.

- Que la CMT debe de fomentar la eficiencia en la interconexión, y, en concreto, en la fijación de los precios de interconexión de AMENA, atendiendo siempre al beneficio de los usuarios finales. La distorsión creada por AMENA procede de que, **si bien AMENA ha sido capaz de conseguir fuertes reducciones de costes** derivadas de mejoras en la eficiencia y economías de escala, **ha decidido no trasladar a sus servicios mayoristas dichas reducciones y, como consecuencia, los únicos perjudicados han sido los usuarios**, que han visto condicionadas sus tarifas finales por los precios de terminación de AMENA y por la distribución horaria de sus precios normal y reducido.

Por todo lo anterior, solicitaba de esta Comisión que:

1. Estableciera las bandas horarias de AMENA de acuerdo con las establecidas por la CMT para el resto de operadores móviles en la Resolución de 11 de julio de 2002 de determinación transitoria de los precios de interconexión de TME.

2. Se impusiera a AMENA una reducción inmediata del 17,13% sobre sus precios de terminación.

3. Que se retrotraiga al 2 de agosto de 2002 la fecha de efectividad de estas dos medidas, fecha en la cual TME solicitó formalmente por escrito a AMENA la renegociación del AGI suscrito entre ambos operadores, en lo referente a los precios de terminación de llamadas en la red de AMENA.

4. Se impusiera a AMENA la obligación de que la diferencia en puntos porcentuales de sus precios de terminación respecto de los de TME no se vieran incrementados, sino que, en todo caso, se tienda a converger con el del resto de los operadores móviles presentes en el mercado.

SÉPTIMO.- Alegaciones de RETEVISIÓN MÓVIL, S.A. Dentro del plazo conferido para realizar alegaciones en el trámite de audiencia, AMENA presentó escrito de alegaciones en el que ponía de manifiesto, entre otras cuestiones, las siguientes:

- Que no existe en el ordenamiento jurídico una habilitación competencial que, de forma similar a lo que ocurre con los operadores dominantes, permita a la CMT modificar los precios de interconexión que aplican los operadores que, como AMENA, no han sido declarados dominantes en el mercado nacional de la interconexión. Dicha falta de habilitación no puede ser suplida, como pretenden los Servicios de la CMT, mediante una interpretación arbitraria del principio de proporcionalidad que han de respetar los operadores de telecomunicaciones, ni por la habilitación general que tiene la CMT de resolver conflictos de interconexión entre operadores. Ni siquiera el principio de simetría podría servir de base legal para la regulación por la CMT de los precios de interconexión de los operadores que, como AMENA, no son dominantes.

- Que la propuesta de obligar a AMENA a reducir sus precios de interconexión, contradice y vacía de contenido la Resolución de la CMT de 5 de septiembre de 2002 de declaración de dominancia, así como las Resoluciones de 11 de julio de 2002 por la que se fijan transitoriamente los precios de interconexión de los operadores dominantes. La CMT, cuando dictó las Resoluciones de 11 de julio citadas, era perfectamente consciente de los efectos que sobre el mercado las mismas podrían ocasionar. Sería, en este sentido, contradictorio con la intención del Órgano Regulador, retrotraer la situación a la fecha anterior a las Resoluciones de 11 de julio de 2002, ya que dicha medida tendría como consecuencia el posicionamiento de los operadores de telefonía móvil en una situación que era la que dichas Resoluciones pretendían evitar. La propuesta de los Servicios de la CMT, por el contrario, produciría como efecto el fortalecimiento de la posición de los dominantes que retornan a su posición favorable de desequilibrio al anular, total o parcialmente, la ventaja regulatoria del débil, sin contar con el efecto de predación financiera.

- Que TME interpuso el Conflicto de Interconexión de referencia ignorando, los procedimientos y plazos previstos en el artículo 2.4 del RIN y en el AGI suscrito entre TME y AMENA, de 18 de noviembre de 1998, así como la obligación de agotar todas las posibilidades de acuerdo entre las partes previa intervención de la CMT.

- Que la apertura de un conflicto de interconexión para resolver el problema planteado por TME viola el principio de proporcionalidad puesto que, conforme a este principio general de proporcionalidad, se exige que toda medida que se adopte por la Administración, ya sea normativa o de otro carácter, sea a la vez necesaria y adecuada al fin perseguido, esto es, que esté subordinada al requisito de que los medios que utiliza sean adecuados para la consecución del objetivo legítimamente perseguido por la normativa de que se trate y que, además, no excedan de lo que sea necesario para obtenerlo. Que también se violaría los principios de buena fe y de confianza legítima.

- Que el informe vulnera el principio de no discriminación puesto (i) impone, *de facto*, a Amena que, tal y como ha reconocido la CMT, no es dominante, obligaciones similares a las que están sometidos TME y AIRTEL, que sí son dominantes en el mercado; (ii) además, lo hace en una situación que no es comparable a la que tenían TME y AIRTEL cuando fueron declarados dominantes y, por tanto sometidos a las obligaciones citadas; (iii) porque, a diferencia de lo que el Informe de la CMT pretende con la regulación de AMENA, ni TME ni AIRTEL fueron obligados a reducir sus precios de interconexión con anterioridad a su declaración de dominancia por la CMT; y (iv) teniendo en cuenta la posición global de los operadores, la medida que proponen los Servicios de la CMT en todo caso causaría a AMENA un sacrificio mayor que el sacrificio que causa a los operadores dominantes el mantenimiento de la situación actual.

- Que el perjuicio que puede sufrir AMENA como consecuencia de la medida propuesta en el Informe de los Servicios de la CMT, es mucho mayor que el perjuicio que, de acuerdo con los Servicios de la CMT, pudieran sufrir TME y AIRTEL como consecuencia de la situación actual. La situación actual de AMENA no es equiparable a la de TME y AIRTEL cuando fueron declaradas dominantes. Además, no fueron obligados a reducir sus precios de interconexión con anterioridad a dicha declaración de dominancia.

- Que la normativa de telecomunicaciones fomenta el tratamiento asimétrico de operadores en situaciones diferentes. Esta actuación preventiva corresponde a un modelo de regulación asimétrica que tiene como principal objetivo fomentar que las empresas entrantes incrementen su presencia en el mercado protegiéndolas frente a eventuales abusos por parte de las empresas en posición de dominio, así como aminorar la fuerza de las empresas dominantes frente a los demás operadores que carecen de la robustez de sus cifras de clientes y facturación.

- Que respecto de la solicitud de la aplicación de un principio de simetría, es necesario dejar claro que una obligación de simetría en el ámbito de la telefonía móvil no tiene sentido. Una vez más, la regulación existente fomenta el trato diferente y asimétrico de operadores que se encuentren en situaciones diferentes. Igualar a AMENA y a los operadores dominantes sería totalmente desproporcionado. Además las relaciones entre AMENA y

los operadores móviles dominantes nunca se han regido contractualmente por una obligación de simetría.

- Que el principio de proporcionalidad aplicado en el informe entra en contradicción con las afirmaciones de la CMT vertidas en la Resolución de 20 de julio de 2002, en el sentido de que dicho principio no es aplicable a la cuantía de los precios de interconexión, sino más bien a la existencia de éstos para compensar de alguna forma los "sacrificios" que cada parte ha de hacer para cumplir la obligación de interconectarse y de conseguir que se haga mínimo su impacto.

- Que el análisis de los precedentes de otros países realizado por el informe de los Servicios de esta Comisión no es correcto, en concreto porque los precios de interconexión (y los márgenes) pueden ser completamente distintos entre países por razones basadas en costes (distintas tecnologías usadas, diferente orografía y densidad de población, grados de cobertura distinta, etc.) o de demanda (número de abonados, tráfico y elasticidad de la demanda). La diferencia de costes entre ambos tipos de tecnología es más importante cuanto menor es la cuota de mercado del operador.

- Que no corresponde a la CMT determinar de forma arbitraria el momento a partir del cual un operador que no es dominante tiene que trasladar eficiencias, ni en qué medida operadores no dominantes deben trasladar estas supuestas eficiencias de red a sus servicios mayoristas y a sus servicios minoristas, respectivamente. Es claro que si la decisión de AMENA fuera desproporcionada, que no lo es, sería el propio mercado el encargado de penalizar de forma desproporcionada a dicha compañía, pero en ningún caso la CMT.

- Que es incorrecto suponer que las ganancias en eficiencia pueden trasladarse a medida que aumenta el número de abonados o de minutos simplemente porque existen economías de escala. Es solamente a partir de un punto crítico, entendido en este caso como aquél a partir del cual el servicio es rentable, cuando estas ganancias en eficiencia se trasladan.

- Que AMENA ha aplicado una reducción de sus precios de terminación de un 10% y, además, está trasladando eficiencias al mercado de servicios finales, lo que le permite competir en dicho mercado con los operadores dominantes, beneficiando en última instancia a los consumidores finales.

- Que la intervención en el precio de interconexión de AMENA por parte de la CMT conducirá sin dudas a un aumento de precios en el sector de telefonía móvil, y eso por dos motivos. En primer lugar, por el desarrollo de la competencia en el mercado de la telefonía móvil y, en segundo lugar, porque dicha intervención generará un aumento del coste de capital de AMENA.

- Que el impacto de la reducción propuesta por los Servicios de la CMT en los precios de interconexión es mínimo para TME y AIRTEL en relación con el incremento en su resultado operativo, para Amena la pérdida de estos ingresos de interconexión puede reducir su resultado operativo en torno al 8%. Esta pérdida de ingresos tiene dos implicaciones directas. En primer lugar, esta rebaja del precio de interconexión puede afectar a la financiación de proyectos futuros y puede afectar a la viabilidad presente del proyecto empresarial.

- Que dicha reducción también tendría efectos predatorios en el mercado, puesto que se traduciría inevitablemente en unas mayores necesidades de financiación por parte de AMENA, en un contexto en el que la disponibilidad de estos fondos para el sector de las telecomunicaciones es escasa y cara. Tendría, pues, esta reducción como efecto inmediato limitar la accesibilidad de AMENA a los mercados financieros en unas condiciones aceptables, que le obligarían a mantener en el mercado de comunicaciones móviles una posición subordinada frente a sus competidores más saneados.

- Que esta medida tendría también un efecto inequívocamente anticompetitivo, que fortalecería la posición de los operadores dominantes, TME y AIRTEL, en un doble sentido. De una parte, les permitiría lanzar en el mercado de prestación de servicios móviles, haciendo uso de la predación financiera, ofertas competitivas que serían inimitables por AMENA, que de este modo se vería incapacitada para competir en ese mercado. De otra parte, frente a ese efecto predatorio, introduciría un trato simétrico entre operadores que deben recibir precisamente un trato asimétrico, anulando el sentido final de la regulación sectorial de las telecomunicaciones.

- Que se rechaza de plano la aplicabilidad en el presente expediente del principio de “equilibrio”, puesto que no está recogido en modo alguno en el ordenamiento jurídico aplicable ni puede invocarse para otorgar a la CMT una potestad (regular los precios de interconexión de un operador no dominante) que no tiene legalmente atribuida.

- Que la reducción de los precios nominales que propone, está obligando a AMENA a reducir su precio medio en más del 15,94%, cuando para mantener el equilibrio existente antes de la intervención de precios de TME y AIRTEL, solo sería necesario reducir el ingreso medio en un 13,58%. De esta forma, la reducción del ingreso medio es mayor en 1,6 puntos porcentuales de la que sería necesaria para mantener el diferencial de ingresos medios con TME.

- Que en relación con la denegación de la petición de ampliación de plazo comunicada por Acuerdo dictado con fecha 13 de noviembre, AMENA entiende que:

- La decisión es inadecuada, toda vez que concurrían las circunstancias para conceder la ampliación solicitada. Se entendía que la concesión de la ampliación no hubiera generado ningún perjuicio a derechos de tercero.

- Que la decisión no está motivada. Si bien es cierto que la concesión de la prórroga es potestativa, esto significa que la Administración dispondrá con cierta discrecionalidad, pero no de forma arbitraria, no siendo suficiente el decir que no se dan las circunstancias necesarias, sino que debería haber señalado qué circunstancias son las que han aconsejado la no concesión de la ampliación solicitada.

- Que la decisión genera indefensión a AMENA, toda vez que se le está impidiendo la defensa en debida forma de sus derechos al someter el trámite de audiencia a un plazo que podía ser ampliado sin generar perjuicios a terceros.

Por todo lo anterior, solicita a esta Comisión:

1. Se inadmita a trámite el Conflicto de Interconexión planteado por Telefónica Móviles de España, S.A. ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones con fecha de 18 de octubre de 2002, al no concurrir en este supuesto los requisitos exigidos normativamente para que pueda plantearse un conflicto de esta naturaleza.

2. Subsidiariamente, se desestimen íntegramente las pretensiones formuladas por Telefónica Móviles, S.A. en su escrito de fecha 17 de octubre de 2002.

3. Subsidiariamente, que se determine que cualquier medida que se adopte en el seno del presente expediente es de aplicación exclusiva a los operadores de telefonía móvil.

4. Subsidiariamente, que cualquier medida que se adopte en el seno del presente expediente tome en consideración la reducción de precios aplicada por AMENA a partir del 1 de noviembre de 2002.

5. Que se realice la práctica de la prueba, al amparo del artículo 80 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que habrá de versar sobre los puntos de hecho consistentes en:

   - La determinación del diferencial de ingresos extraordinarios percibidos por TME como resultado de no hacer efectiva su obligación de orientar sus precios de interconexión a costes en el periodo que media entre la Resolución de fecha 9 de marzo de 2000, por la que se declara a TME dominante en el mercado nacional de interconexión, y la Resolución de la CMT de 11 de julio de 2002 (con efecto de 1 de agosto de 2002), de determinación transitoria de precios, como consecuencia de la cual TME hace efectiva dicha obligación de orientar a costes, y,

– La determinación del diferencial de ingresos extraordinarios presumiblemente obtenido por TME en el período comprendido entre las fechas 1 de agosto y 1 de noviembre de 2002, como consecuencia de no haber aplicado TME el 17,13% de reducción en los precios de interconexión ofrecidos a TESAU y a AIRTEL, reducción que resultaba de lo dispuesto en la Resolución de fecha 11 de julio de 2002.

– La determinación de las fuentes, precios nominales y otros datos relativos al benchmarking utilizados por los Servicios técnicos de la CMT en su Informe y que generan los resultados de la comparativa realizada y determinan la proposición contenida en el informe.

6. Que, dada la sensibilidad comercial, industrial y estratégica de la información facilitada a esta Comisión, se pone de manifiesto el carácter confidencial de dicha información, solicitando la adopción de las medidas necesarias para preservar tal carácter a todos los efectos oportunos, comprendidos, entre otros, los previstos por el artículo 37.5d) de la LRJPAC.

OCTAVO.- Requerimentos de informaciòn. Con fecha 29 de noviembre del año en curso, el Presidente de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dirigió sendos requerimientos de información a las partes en conflicto solicitando remisión de determinada acreditación sobre ingresos y tráfico recíproco de interconexión desde enero de 2001 hasta la fecha.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- HABILITACIÓN COMPETENCIAL. El artículo 1.Dos.1 de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, (en adelante Ley 12/97), establece que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones 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.

En cumplimiento de este objeto, y concretamente en el ámbito de la interconexión, la propia Ley 12/1997 reconoce diversas funciones a desarrollar por esta Comisión, en particular:

– *"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".* (art. 1.Dos.2 c)).

– *"La resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre operadores en materia de interconexión de redes si los obligados a*

permitirla no lo hicieren voluntariamente, o si no llegaren los interesados a un acuerdo satisfactorio sobre la forma y condiciones en que aquélla deba llevarse a efecto." (art. 1.Dos.2.e))

– *"Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de ofertas 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".* (art. 1.Dos.2 f))

SEGUNDO.- CONFLICTO RELATIVO A LA INTERPRETACION Y EJECUCIÓN DE LOS ACUERDOS DE INTERCONEXIÓN.

En desarrollo de lo anterior, la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (LGTel), dispone en su artículo 25, según redacción dada por la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social de 29 de diciembre de 2000, lo siguiente, bajo el título de "*Resolución de conflictos":*

"De los conflictos en materia de interconexión de redes si los obligados a permitirla no lo hicieran voluntariamente y de los relativos a la ejecución e interpretación de los acuerdos de interconexión y de los producidos por el acceso a las redes públicas de telecomunicaciones conocerá la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Esta, previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto de conflicto, en el plazo máximo de seis meses a partir del momento en que se pida su intervención, sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva. La resolución adoptada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones será recurrible en vía contencioso-administrativa".

El artículo 25 de la Ley es desarrollado por el artículo 2.6 del Reglamento de Interconexión y acceso a las redes públicas de telecomunicaciones, aprobado por el RD 1651/1998, de 24 de julio, a cuyo tenor:

"6. Los conflictos que se produzcan en relación con los acuerdos de interconexión se resolverán por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley General de Telecomunicaciones.

A efectos de dirimir los conflictos anteriormente mencionados, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá en cuenta, en particular, los siguientes criterios:

a) El interés del usuario.
b) Las obligaciones o restricciones reglamentarias impuestas a cualquiera de las partes.

c) La conveniencia de fomentar ofertas innovadoras en el mercado y de dotar a los usuarios de una amplia gama de servicios de telecomunicación de ámbito nacional y comunitario.
d) La disponibilidad de alternativas técnica y comercialmente viables a la interconexión solicitada.
e) La conveniencia de garantizar la igualdad en las condiciones de acceso.
f) La necesidad de mantener la integridad de la red pública de telecomunicaciones y la interoperabilidad de los servicios.
g) La naturaleza de la solicitud, en relación con los recursos disponibles para satisfacerla.
h) Las posiciones relativas de las partes en el mercado.
i) El interés público.
j) La promoción de la competencia.
k) La necesidad de mantener un servicio universal.

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.

El contenido de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, se pondrá a disposición del público con arreglo a los procedimientos que ella establezca".

De la diversidad de funciones que se atribuyen a la CMT en relación a la interconexión y al acceso, la de resolución de conflictos "sobre la ejecución e interpretación de los acuerdos de interconexión" se caracteriza especialmente por situar a este organismo en un papel similar al de un árbitro que debe decidir sobre los extremos objeto de conflicto dando razón a unas u otras partes según corresponda, valorando sobremanera un conjunto de criterios que, en definitiva, tratan de salvaguardar la libre competencia entre empresas y el interés de los usuarios.

Este aspecto característico de la función de la CMT conviene destacarlo en el presente expediente en el que se advierte una cierta confusión en las alegaciones de las partes sobre las facultades y competencias de intervención de este organismo. Sabido es que la CMT tiene otras facultades para intervenir sobre estos asuntos como son las declaraciones de operadores dominantes o la modificación de oficio de acuerdos de interconexión (de utilización excepcional como hemos visto en el artículo 2.6), o la fijación también de oficio de precios de interconexión. En el presente caso no se ha hecho uso de esas otras funciones sino que, como consecuencia de petición de parte, como es preceptivo en estas ocasiones, se ha procedido a la apertura y tramitación de un expediente de resolución de conflicto de interconexión.

Las consecuencias que se dimanan de esta evidencia se producen no sólo en el terreno procedimental sino también en el de criterios para la emisión de una resolución. A continuación nos referiremos a dichos criterios.

TERCERO.- CRITERIOS A SEGUIR EN LA RESOLUCION DE CONFLICTOS SOBRE INTERPRETACION Y EJECUCIÓN DE ACUERDOS DE INTERCONEXIÓN.

El artículo 22.1 de la LGT y el artículo 2.1 del Reglamento de Interconexión 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 de 22 de septiembre de 1998, del Ministerio de Fomento, que regula el régimen jurídico de las Licencias Individuales (en adelante OLI), dice de la interconexión, en sus artículos 23.2 y 26.2, que acceder a la misma es un derecho de los operadores titulares de una Licencia que les habilite para la prestación del servicio telefónico, y en su artículo 27.1.1, que es una obligación proveerla a los operadores que se lo soliciten.

Por lo tanto, la normativa sectorial de aplicación 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. Esta especial relación bidireccional es lógica si tenemos en cuenta la interoperabilidad propia de los servicios y, en particular, del servicio telefónico. El propio concepto del servicio implica que un usuario pueda hablar con otro de idéntico servicio aunque pertenezca a un prestador- operador- diferente.

Establecido este principio, el artículo 22.2 de la misma LGT dispone que: "Los acuerdos de interconexión se celebrarán libremente entre las partes", y que el Gobierno podrá establecer reglamentariamente (lo cual hizo mediante el artículo 8 del RIN), con carácter previo a la interconexión, las condiciones mínimas que sean aplicables a dichos acuerdos, condiciones que habrán de incluirse en los mismos. En el Punto 7 del mismo artículo 22, la LGT abunda en esta idea al establecer que el Gobierno, reglamentariamente fijará las condiciones mínimas relativas a la interconexión.

En estas circunstancias, una vez que se configura la interconexión como un derecho y al mismo tiempo como un deber, la Ley prevé su materialización de manera contractual entre los operadores, es decir, como un asunto a acordar libremente entre las dos partes. En consecuencia, el Acuerdo General de Interconexión (AGI) resultante de dicho acuerdo bilateral será un contrato privado, en concreto un contrato de arrendamiento de servicios, regulado en el

artículo 1.544 del Código Civil (en adelante CC), y que consiste en que "...una de las partes se obliga a (...) prestar a la otra un servicio por precio cierto".

La ejecución del contenido de las diferentes Cláusulas integrantes del AGI se regirán, como regla general, por las reglas generales de las obligaciones contractuales dimanadas de los contratos privados.

Así, la teoría general de las obligaciones de nuestro Derecho Común, y en concreto el artículo 1.091 del Código Civil (en adelante CC) dispone que: "Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos.".

Para resolver los conflictos sobre la interpretación y ejecución de los acuerdos de interconexión la CMT debe tener en consideración que tales acuerdos son, como hemos dicho, contratos de derecho privado, por lo que no puede desconocer, en la medida en que sean de aplicación, las normas generales y especiales de la legislación civil y mercantil sobre obligaciones y contratos. Ahora bien, la CMT no puede resolver los conflictos de interconexión tomando en consideración exclusivamente los preceptos civiles o mercantiles, pues en tal caso no estaría justificada la atribución de tal potestad en la resolución de conflictos en detrimento de la jurisdicción ordinaria. La justificación de esta potestad y de su intervención radica en que en este tipo de controversias en las que están al finan en juego principios de interés general (como el de interoperabilidad de servicios en beneficio de los usuarios) escapan a una visión exclusivamente iusprivativista de los conflictos entre agentes que operan en un mercado liberalizado.[2]

CUARTO.- CONFLICTO EXISTENTE ENTRE LAS PARTES.

Tal como se describe en el hecho primero de esta resolución el conflicto substanciado por TME respecto de AMENA tiene por objeto el que por esta CMT se inste a AMENA a modificar el AGI vigente entre las partes de tal manera que reduzca sus precios de interconexión de terminación para retornar al equilibrio que esa operadora considera perdido desde el 11de julio de 2002. Asimismo, solicita una modificación de las actuales bandas horarias que se aplican a la terminación en la red de AMENA y, ya en el escrito de alegaciones, solicita que se imponga a dicho operador una obligación de que la diferencia en puntos porcentuales de sus precios de terminación tienda a converger con el resto de operadores móviles presentes en el mercado.

[2] Como se decía en la Resolución de esta CMT de 19 de octubre de 2000, “esta Comisión no puede resolver teniendo en cuenta únicamente los términos contractuales del Acuerdo General de Interconexión cuya extinción se ha invocado, sino que ha de velar en sus Resoluciones por que los ciudadanos accedan sin limitaciones a los servicios de telecomunicaciones y a que dichos servicios estén soportados en redes interconectadas que les permitan comunicarse entre ellos de manera eficaz”.

Como se ha indicado, el objeto del presente expediente no consiste en fijar los precios de AMENA para el servicio de terminación de llamadas en su red sino resolver un conflicto sobre la ejecución e interpretación del Acuerdo de Interconexión existente entre las partes. TME realiza una serie de consideraciones sobre las ventajas competitivas que estima está obteniendo AMENA de manera injustificada y solicita de esta CMT que se corrijan.

No obstante, y aún cuando estas consideraciones se contesten más adelante, debe señalarse que en este expediente lo que se resuelve no es la comprobación de eventuales abusos de AMENA en el mercado de terminación de redes móviles, o una revisión de la resolución de esta CMT sobre operadores dominantes de fecha 5 de septiembre de 2002, sino un concreto conflicto de interconexión, que ha sido además planteado por TME en estos términos, y , en consecuencia, a la normativa y doctrina de esta CMT sobre interconexión habrá que remitirse.

QUINTO.- CONTENIDO INICIAL DE LOS AGIS EN RELACION A LOS PRECIOS Y MODIFICACIONES ULTERIORES.

Aplicando los criterios antes enunciados respecto de la manera de resolver este tipo de conflictos, procede examinar en primer lugar el contenido del acuerdo suscrito entre las partes con relación a los precios de interconexión.

El AGI vigente es el original fechado el 18 de noviembre de 1998, que dedica su punto 6. A las contraprestaciones económicas. En el apartado 1 se dice que “con carácter general, las tarifas de interconexión por utilización de las redes, serán las acordadas por las partes en cada momento”.

El Acuerdo añade que “los procedimientos de valoración y los precios correspondientes a los distintos servicios que los operadores se prestan mutuamente , se describen en el Anexo 3”

El Anexo 3 al que hace mención el párrafo anterior contiene una indicación de los servicios que los operadores se prestan mutuamente y respecto a las llamadas entregadas por cada operador al otro operador interconectado se fijan los siguientes precios:

- En horario normal: 41 pts/minuto o fracción

- En horario reducido: 21 pts/minuto o fracción.

Las franjas horarias de aplicación de precios son las mismas.

Del clausulado del Acuerdo respecto de los precios se desprende que si bien no está estipulado formalmente un principio de simetría en los precios de terminación en las redes de ambos operadores, lo cierto es que inicialmente ambos operadores pactaron no sólo el mismo precio, sino también las mismas

franjas horarias. Esto es, las condiciones de aplicación de los precios fueron idénticas para ambos operadores, recogiéndose en un único ANEXO sin especificidades o particularidades aplicables a uno u otro operador.

Otro aspecto importante es el de la facturación y el establecimiento de un procedimiento de compensación.

Respecto de la facturación, el apartado 6.2 del AGI señala que la facturación será mensual y que cada operador emitirá una factura al operador interconectado en la que se contendrán todos los conceptos facturables.

Las facturas se liquidarán por la diferencia entre ambas, a favor de la que posea el mayor importe.

En consecuencia, y salvo que intervengan otros conceptos facturables (como penalizaciones por retraso en el pago, por ejemplo), lo natural es que a igualdad de minutos de terminación en ambas redes, se produzca inexistencia de pagos de una de las partes, al haber igualdad en el precio.

Esto es, mediante este procedimiento de compensación, sólo se producen pagos por parte del operador que tenga un tráfico desbalanceado, por inferior, respecto del otro operador.

Este principio de identidad en las condiciones e importe de los precios se ha mantenido con carácter general en posteriores revisiones producidas de común acuerdo, como por ejemplo en la revisión fechada el 16 de mayo de 2000 en la que se acordó modificar las tarifas de las llamadas móvil-movil de tal manera que el precio 41/21 Pts/minuto contenido en el acuerdo pasaba a ser 39,5/19 pts/minuto.

Como única excepción cabe mencionar el acuerdo de fecha 26 de julio de 2001 que modifica los precios para el servicio de terminación de mensajes cortos, que inicialmente era idéntico para ambos operadores (15Pts/mensaje) y que, tras este acuerdo queda de la siguiente manera: 10 pts/mensaje corto terminación en TME; 11 pts/mensaje corto, terminación en AMENA.

Además de estas modificaciones en los precios adoptadas siempre de común acuerdo, se han producido dos modificaciones resultado de sendas intervenciones de la CMT, ambas en relación a los precios de terminación en la red de TME:

- Modificación con efectos 30 de abril de 2001, como consecuencia de la resolución de la CMT de fecha 24 de mayo de 2001, y que supone los siguientes precios de terminación: 34,5 pts/minuto horario normal; 19 pts/minuto, horario reducido. Asimismo se modifican los horarios reducidos, ampliándose las franjas horarias de este último horario a la totalidad del sábado y a los viernes de 20 a 22 horas.

- Modificación con efectos 1 de agosto de 2002, como consecuencia de la resolución de la CMT de 11 de julio de 2002, con los siguientes precios: 0,171830 euros/minuto horario normal; 0,094631 euros/minuto, horario reducido.

Respecto de la primera de las modificaciones, si bien la resolución de la CMT ha sido recurrida, no consta que TME solicitara una revisión o adaptación de los precios de terminación en la red de AMENA, en aplicación del ahora invocado principio de simetría. Parece, en consecuencia, que hubo conformidad por TME al mantenimiento de los precios que para ese servicio se contienen en el AGI.

No acontece lo mismo en el caso de la segunda modificación, en el que si se ha instado esa adaptación, sin que TME, por otra parte, haya aceptado la propuesta unilateral de AMENA de reducir un 10% los precios del servicio de terminación en su red.

De la relación de hechos acaecidos respecto de los AGIS, suficientemente conocidos por las partes y por esta CMT (constan en su registro todas las modificaciones de los AGIS), se desprenden las siguientes consecuencias:

- Que las partes pactaron originalmente precios idénticos para sus servicios respectivos de terminación en interconexión, respetándose este acuerdo de precios en cuantas ocasiones se ha producido de consuno una modificación en los precios (a excepción de un único caso, con leve diferencia de precios, cual es el del servicio de interconexión de terminación para mensajes cortos) o en las bandas horarias.

- Que se han producido dos modificaciones unilaterales en los precios de terminación en la red de TME como consecuencia de sendas resoluciones de la CMT obligando a modificar a la baja dichos precios.

- Que en la primera de esas modificaciones, con efectos de 30 de abril de 2001, TME no instó a AMENA (al menos no existe constancia documental de que lo hiciera) a la modificación de sus precios de terminación.

- Que en la segunda de las modificaciones, con efectos de 1 de agosto de 2002, TME ha reclamado ante la CMT, mediante el oportuno conflicto, la modificación de los precios de terminación de AMENA y casi de manera coetánea, AMENA ha ofrecido unilateralmente una rebaja en sus precios de terminación, que no ha terminado de satisfacer a TME.

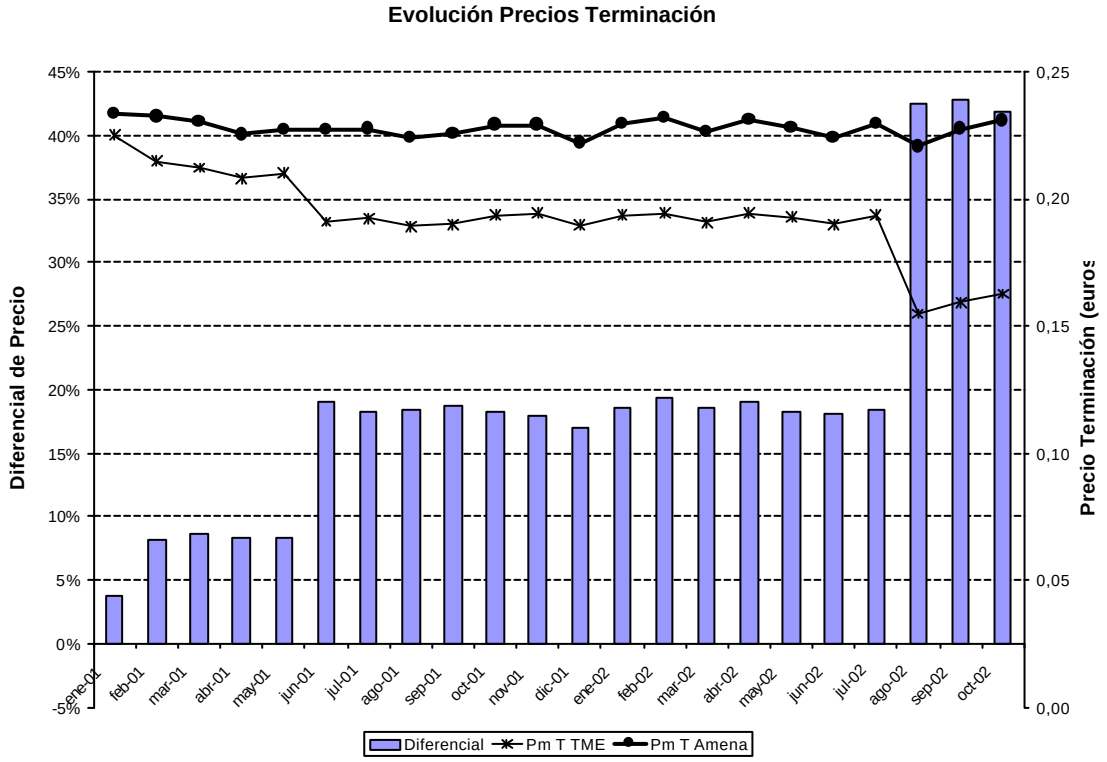
A continuación se analizará el impacto de los hechos anteriormente relacionados sobre los precios de TME y VODAFONE y como estos han provocado una situación de desequilibrio entre ambos.

En la siguiente tabla se exponen las modificaciones de los precios nominales del servicio de terminación en el periodo analizado:

Precios nominales de terminación operadores móviles (céntimos de Euro)	*Anterior 1 de febrero 2001*		*Anterior 30 de septiembre 2001*		*Anterior 1 de agosto 2002*		*A partir del 1 de agosto 2002*	
	TME	Retevisión Móvil	*TME*	Retevisión Móvil	*TME*	Retevisión Móvil	*TME*	Retevisión Móvil
Lunes a viernes de 8 a 20 horas	23.74	23.74	20.73	23.74	20.73	23.74	17.18	23.74
Lunes a viernes de 20 a 22 horas	23,74	23,74	20,73	23,74	11,42	23,74	9,46	23,74
Lunes a viernes de 22 a 24 horas y de 0 a 8 horas. Sábados de 14 a 24 horas, domingos y festivos	11,42	11,42	11,42	11,42	11,42	11,42	9,46	11,42
Sábados de 8 a 14 horas	23,74	23,74	20,73	23,74	11,42	23,74	9,46	23,74

La última modificación en los precios de terminación en la red de TME, como consecuencia de la resolución de la CMT de 11 de julio de 2002, ha acentuado la situación de desequilibrio existente entre las partes, deviniendo en el consiguiente conflicto de interconexión.

El análisis de los datos sobre tráfico e ingresos de interconexión entre ambos operadores permite comprobar el alcance de la última modificación de precios. En el siguiente gráfico se muestra la evolución del diferencial de precios de terminación entre enero de 2001 y octubre de 2002:



Como se puede apreciar en el gráfico anterior, la reducción de precios de terminación de TME a raíz de la Resolución de 11 de julio de 2002, incrementó

el diferencial de precios entre ambos operadores en un 20%, situándolo en torno al 40%. De igual modo, se puede observar como con anterioridad a dicha rebaja ya existía una situación de desequilibrio, aceptada por ambas partes, en la que dicha diferencia era de un 18%.

En el siguiente gráfico se puede observar el efecto que dicho diferencial ha tenido sobre el saldo neto en interconexión de AMENA. Asimismo, se muestra el desbalanceo entre ambas redes con el fin de comprobar en qué medida ha podido influir dicha variable en el saldo de AMENA (CONFIDENCIAL).

A la vista del gráfico anterior, se puede comprobar como las diferentes reducciones de precios han contribuido de manera sustancial en el saldo de AMENA, en especial la llevada a cabo en agosto de 2002. Del mismo modo, se observa como el porcentaje de desbalanceo ha tenido una influencia escasa en dicho saldo, dado que en ningún caso ha sido superior al (CONFIDENCIAL).

SEXTO.- DEL DERECHO DE TME A INSTAR LA MODIFICACION DE LOS PRECIOS DE AMENA.

De conformidad con el AGI vigente entre las partes, las tarifas de interconexión pueden siempre revisarse adicionalmente a voluntad y acuerdo expreso de ambas partes.

Esto significa que, en los términos acordados por las partes y que no cabe en principio considerar como no aceptables, cualquier modificación de precios deberá realizarse de común acuerdo, tal como por lo demás ha sucedido habitualmente en al ejecución del Acuerdo que tienen concluido.

Cabe colegir de esta afirmación que no proceden las modificaciones unilaterales, con la salvedad de las que resulten, como ha acontecido en el presente conflicto, de resoluciones administrativas o judiciales.

Ahora bien, producida una modificación como consecuencia de una resolución administrativa, caso de las adoptadas por la CMT, ¿qué impacto tiene en los Acuerdos de interconexión respecto de los precios del operador que no ha sido obligado a modificarlos?

El AGI concluido entre AMENA y TME contempla en la cláusula 13 la posibilidad de cualquiera de las partes de solicitar la revisión total o parcial del mismo, mediante solicitud por escrito a la otra parte por una serie de razones, entre las que menciona la existencia de "cambios normativos en materia de interconexión de redes y servicios que afecten a este Acuerdo".

No parece que concurra en el presente caso este supuesto, por cuanto no se ha producido ningún cambio normativo, sino resoluciones adoptadas por el regulador con incidencia directa en los precios percibidos por una las partes. Tampoco hay en el AGI la posibilidad de solicitar la revisión por causas imprevistas o acontecimientos extraordinarios con incidencia en el contrato.

En el AGI que examinamos no existe una previsión de esta naturaleza lo cual no significa que una de las partes, ante determinados hechos imprevistos y que alteran de manera substancial los términos acordados, pueda solicitar la revisión unilateral si se da una situación de desequilibrio contractual.

En efecto, aunque el derecho de contratos español parte del principio de la fuerza obligatoria del contrato, expresado en el viejo axioma "pacta sunt servanda" (que recoge el artículo 1091 del C. civil), se ha construido doctrinal y jurisprudencialmente la posibilidad de modificar la relación jurídica contractual como consecuencia de una alteración sobrevenida de las circunstancias, sobre todo económicas, que sirvieron de base para la celebración del negocio y que , al cambiar, determinan que el mismo pueda resultar objetivamente injusto o excesivamente onerosa su ejecución para una de las partes.

Partiendo de este planteamiento común pueden mencionarse diversas teorías, como la más antigua de la cláusula "rebus sic stantibus", la del riesgo imprevisible (muy extendida en la doctrina francesa) o la de la ruptura de la base del negocio (nacida en la doctrina alemana). En las mismas ideas se inspira la teoría inglesa de la "frustration", que conduce a la ineficacia del contrato, o a su novación, cuando acontecimientos posteriores a la celebración de aquél determinan que su ejecución resulte imposible, ilegal o sumamente gravosa para alguna de las partes.

Este tipo de teorías no tienen una plasmación concreta en el derecho positivo español, lo cual no significa que la jurisprudencia no las haya aplicado de una u otra manera, invocando con carácter general para apoyar su existencia en nuestro ordenamiento contractual en el principio general de buena fe que se refleja especialmente en el artículo 1258 del Código civil, así como la reciprocidad real y efectiva de las obligaciones en los contratos bilaterales, vinculada a la causa propia de los mismos (arts. 1124, 1274 y 1289 del C.civil), de tal modo que la ruptura del equilibrio de las prestaciones produce una desaparición de la función económica o social de la causa contractual.

Presupuestos para la aplicación de esta modificación de la relación obligatoria son:

1º. La relación obligatoria ha de ser una obligación de tracto sucesivo y pendiente de ejecución en todo o en parte. NO afecta la desaparición de la base del negocio a las prestaciones ya ejecutadas.

2º. Debe producirse una desaparición sobrevenida de la base del negocio, que se da cuando la relación de equivalencia o de proporción entre las prestaciones desaparece totalmente, de manera que no puede hablarse ya de prestación y contraprestación.

3º. La desaparición de la base del negocio ha de producirse como consecuencia de una alteración de las circunstancias que deba considerarse como extraordinaria, en relación con las existentes en el momento de la celebración del contrato y que, además, resultara en aquel momento radicalmente imprevista e imprevisible.

4º. La alteración sobrevenida de las circunstancias debe determinar un perjuicio que resulte injustificado de acuerdo con el sistema de responsabilidad estatuido para la obligación.

SEPTIMO.- APLICACIÓN DE ESTE CRITERIO AL PRESENTE CONFLICTO.-

Invocando esta doctrina y jurisprudencia, debe comprobarse si es o no aplicable a la relación contractual privada que rige entre AMENA y TME:

1. La relación de interconexión, como resultado de un contrato privado de arrendamiento de servicios, es de tracto sucesivo, bilateral y no está totalmente ejecutado, en cuanto genera prestaciones recíprocas todos los meses.

2. Existe una evidente desproporción resultante del análisis de impacto que antes se ha realizado entre lo que las partes tienen acordado de mutuo acuerdo en el AGI (ya sea el acuerdo inicial sobre precios, ya las modificaciones ulteriores, siempre adoptadas de mutuo acuerdo) y el resultado real, derivado de modificaciones regulatorias. Así, de un saldo levemente positivo para AMENA en el momento anterior a la primera de las modificaciones regulatorias (resultado de las compensaciones de pagos de interconexión), en la actualidad, tras la última de las modificaciones regulatorias se ha pasado a un saldo favorable a AMENA claramente desproporcionado respecto al anterior, en un importe superior en el mes de octubre del presente año a los cinco millones de euros (según reconocen ambos operadores en la documentación remitida en el último requerimiento de información). Esta desproporción no se justifica ni por el desbalanceo de tráfico entre operadores (impacto muy limitado) ni por el cambio de bandas horarias acordado de mutuo acuerdo).

   En el ámbito de las diferencias de precios de terminación, de la identidad inicial se pasa a una diferencia que alcanza hasta el 40%.

3. La desproporción evidente entre lo acordado por las partes y el resultado efectivo de la relación contractual obedece a causas imprevistas en el momento de firmarse los acuerdos como son la declaracion de dominancia de TME y ulteriores decisiones regulatorias respecto de sus precios de interconexión de terminación. Estas circunstancias pudieron haber dado lugar a una adaptación de los AGIS que rompiera la identidad de precios, extremo que, no obstante, no ha tenido lugar.

Comprobado que se cumple esta doctrina, resta examinar como resolver el conflicto presentado.

Téngase en cuenta que AMENA ha ofrecido en el mes de agosto rebajar un 10% como media sus precios de interconexión, extremo no acaecido en la anterior modificación, reconociendo implícitamente con ello la existencia de una desproporción entre los precios de unos y otros. No se puede admitir la alegación de AMENA de que esta rebaja obedece a presiones del mercado cuando el impacto real de las medidas adoptadas por esta Comisión no ha tenido lugar hasta el mes de noviembre del año en curso.

En consecuencia, por el extremo inferior habrá que considerar que AMENA fija como corrección de la desproporción una rebaja del 10%

Hay que ver si con ello se corrige o no la situación de desequilibrio, teniendo en cuenta que no obstante no ha sido aceptada por la otra parte.

Por el lado superior, correspondiente a la posición deTME, se encuentra la identidad de precios que se reclama para alcanzar una situación de equilibrio entre operadores, que supondría inexistencia de diferencial de precios , con lo que los saldos quedarían equilibrados si existiera igualdad de tráfico y mismas bandas horarias.

Entre ambos límites, esta CMT considera razonable que, a falta de acuerdo entre las partes, AMENA debe efectuar una rebaja en sus precios de interconexión que los deje en el diferencial existente antes de la modificación de precios acordada con efectos de 1 de agosto de 2002 (este diferencial fue de un17,77% (los cálculos respecto de esta cifra y las que a continuación se recogen se adjuntan como Anexo Confidencial) , considerando que este diferencial de precios fue aceptado implícitamente por ambas partes en la primera de las modificaciones regulatorias que tuvo efecto en febrero del año 2001. No se olvide que en esa ocasión, muy parecida a la presente en cuanto obedeció a una decisión regulatoria, ni AMENA ofreció una rebaja, ni TME la instó, entendiendo en consecuencia que por el lado de los precios de AMENA la situación era tolerable, sin perjuicio de que se mantuviera la oposición de TME a la medida regulatoria adoptada en aquel momento por la Comisión consistente como es conocido en obligar a TME a extender a AMENA las

rebajas en los precios de interconexión que aquella operadora estaba ofreciendo a operadores de telefonía fija.

Para recuperar la situación anterior a la modificación de precios con efectos 1 de agosto de 2002, esta Comisión entiende que debe procederse a una reducción de precios de AMENA, en términos absolutos, de un 14,70 % que dejaría el saldo entre operadores y el precio medio para cada operador en los niveles anteriores al 1 de agosto de 2002 (los cálculos se acompañan como Anexo, tal como se ha indicado).

Las razones por las que se rechaza la pretensión de TME de mantener un diferencial en precios relativos o porcentuales, que supondrían una reducción en el precio medio de AMENA de un 17,31 % se exponen al contestar las alegaciones de esta operadora.

En relación a la aplicación retroactiva de esta reducción, teniendo en cuenta que según lo más arriba indicado respecto de la inaplicación de la teoría sobre revisión de los contratos por causas sobrevenidas imprevistas con daño para una de las partes en relación a las prestaciones ya ejecutadas, los efectos de la presente resolución no pueden retrotraerse a la fecha en la que TME ha planteado el presente conflicto. Por consiguiente, los efectos de la resolución se producirán con ocasión de su notificación a las partes.

OCTAVO.- CONSIDERACION DE LOS PRINCIPIOS CONTEMPLADOS EN EL ARTICULO 6.2 DEL REGLAMENTO DE INTERCONEXION.

Ya se ha comentado que al resolver conflictos de interconexión como el presente, en la interpretación y ejecución de los acuerdos no sólo prima la voluntad de las partes sino también una serie de principios generales de interés general que deben inspirar las decisiones de esta CMT.

De todos estos principios, sistematizados en el artículo 2.6 del Reglamento de Interconexión, esta CMT considera tres:

a) El interés del usuario.

Siempre presente en las decisiones de la CMT aunque no sea el destinatario concreto como aquí acontece en el que el conflicto se refiere a un servicio mayorista como es el de interconexión de terminación.

No obstante, debe valorarse aún cuando sea una mera hipótesis, una eventual influencia en los precios minoristas del mercado móvil de la decisión que en este expediente se adopte.

En concreto, AMENA sostiene en sus alegaciones que se puede producir un aumento de precios al usuario final, por dos razones que son la reducción de

los incentivos de competencia en la captación de clientes y el aumento en el coste de capital de AMENA.

Respecto de la primera razón señala AMENA que si bien una rebaja en sus precios de interconexión respecto de sus competidores debería producir en principio, al disminuir los costes de éstos últimos, un incentivo para la rebaja de los precios finales en las llamadas a AMENA, lo cierto es que lo previsible es que se produzca un efecto contrario cual sería que al obtener AMENA menores ingresos por interconexión, tendría esa operadora menos incentivos y más dificultades para luchar por la captación de clientes y por incrementar su cuota de mercado, lo cual al final resiente la presión competitiva y, por ende, un aumento en los precios.

Sobre este particular cabe decir que hasta la fecha los precios finales en las llamadas móvil-móvil se han manifestado poco elásticas a las rebajas en los precios de interconexión y, al tiempo, se advierte una escasa influencia de estas rebajas, de trasladarse finalmente a los precios, en las decisiones de los usuarios.

Esto es así, como se explicaba en la resolución de esta CMT de fecha 5 de septiembre de 2002 porque los usuarios de telefonía móvil no tienen como regla general información sobre los precios que se cobrarán a aquellos otros usuarios pertenecientes a otras redes que efectúan llamadas a los primeros, dado que el precio de interconexión por terminación de llamadas se factura al operador al que pertenece el usuario llamante, el cual repercute el precio a su propio cliente.

En consecuencia, los precios de interconexión por terminación de llamadas en redes de telefonía móvil no están influidos por los mismos impulsos de competencia que los precios de servicios finales. Esto es así porque, mientras los operadores de telefonía móvil tienen incentivos para reducir sus precios en los servicios finales con el fin de mantener su cuota de clientes, los precios de terminación en sus redes son pagados por usuarios pertenecientes a otras redes distintas -son clientes de sus competidores- lo que actúa para hacer desaparecer estos incentivos.

El resultado de todo ello es que apenas existe competencia en el mercado de terminación de llamadas, de modo que los precios asociados a este servicio no se ven afectados por la presión competitiva, lo que favorece que los operadores mantengan su capacidad para establecerlos con independencia de sus competidores.

Este razonamiento explica las disparidades que advierte AMENA en la política de precios de sus competidores, en especial Telefónica Móviles, respecto a un incremento reciente de los precios a sus usuarios en las llamadas móvil-móvil, con independencia de que el destino sea la red de TME o la de AMENA, no obstante las rebajas en los precios de interconexión respecto de TME, no así respecto de AMENA. Esto es TME aplica precios incrementados sin trasladar

como pudiera pensarse los ahorros de costes o incrementos que suponen los precios de interconexión de terminación.

No resulta aceptable el razonamiento de AMENA en el sentido en que una disminución de sus precios de interconexión producirá un incremento en el precio a sus usuarios finales dado que tendrá menos recursos para destinarlos a la captura de clientes.

Sostener este argumento supone admitir que la pugna competitiva de AMENA se hace depender no tanto de sus ingresos de interconexión de terminación como del saldo de interconexión que resulte de sus relaciones de interconexión con sus competidores, dado que el diferencial positivo en este saldo que destinaría a la captación supuesta de clientes no depende solamente de sus precios de terminación sino a su vez de los precios de sus competidores. Llevado al extremo este argumento, para asegurar una pugna competitiva por parte de AMENA habría que incentivar una bajada continua de los precios de interconexión de los competidores de AMENA, para de esta manera permitir que en todo momento existiera un saldo en la factura de interconexión suficiente para financiar las campañas de captación de clientes.

No parece que éste deba ser un escenario adecuado para una leal y sana competencia entre operadores, que es lo que se asocia mejor al interés del usuario, en el que cada operador ponga en juego todas sus capacidades para competir en el mercado, con independencia de que los precios de interconexión entre redes sean los que deban ser de acuerdo con lo que las partes acuerden libremente, sin perjuicio de las limitaciones regulatorias que procedan (por ejemplo la orientación a los costes de los operadores dominantes).

b) Las obligaciones o restricciones reglamentarias impuestas a cualquiera de las partes.

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

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

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

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

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

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

Una decisión razonable una vez declarado TME operador dominante hubiera sido, en el marco de una negociación exenta de conflicto, la modificación del Acuerdo para contemplar la diferente posición regulatoria de ambas partes, lo que supondría en cualquier caso y como parece obvio, la ruptura en la identidad de precios. Al no haberse producido esta adaptación, nos encontramos en la actual situación de conflicto que se pretende poner fin mediante esta resolución.
Con este razonamiento no pretende discutirse el diferente poder de negociación que AMENA pueda tener respecto de TME, declarado operador dominante. Prescindiendo de esta última calificación, ya se analizó esta cuestión en la resolución de 5 de septiembre de 2002, entendiendo que si bien en el caso de la interconexión de terminación quien ostenta el control de los medios de acceso a los usuarios de telefonía móvil es el operador móvil, cuanto mayor es el número de usuarios que posee un operador, mayor es su poder de negociación, y en este sentido AMENA es el que cuenta con un menor poder de negociación a la hora de determinar los precios de estos servicios.

Por esta razón esta Comisión no puede aceptar las alegaciones de TME que en todo momento abogan por mantener el principio de equilibrio de precios entre ambos operadores, acogiéndose a las previsiones iniciales del AGI. Esta Comisión no puede ignorar que sobre esas previsiones iniciales influye

necesariamente la declaración de dominancia, no pudiendo admitirse por ello el mantenimiento sin más de una identidad en los precios, aunque fuera acordada originalmente entre las partes.

c) Las posiciones relativas de las partes en el mercado

1. Evaluación de la posición de AMENA

Esta Comisión aprobó, el 5 de septiembre de 2002[3], la Resolución con relación a los operadores que, a los efectos de lo previsto en la Ley General de Telecomunicaciones, tienen la consideración de operadores dominantes en los mercados nacionales de servicios de telefonía fija, servicios de alquiler de circuitos, servicios de telefonía móvil y servicios de interconexión (en adelante, la Resolución).

En esa Resolución se analizaban los parámetros relevantes según la regulación *ex ante* vigente. Son estos criterios los que esta Comisión ha estimado para no declarar a AMENA operador dominante en el mercado nacional de interconexión.

De forma resumida, y en tanto no es objeto del presente procedimiento, se describen a continuación la valoración anterior:

– **Cuota de mercado.** Según la legislación vigente, este es el criterio relevante a la hora de evaluar la posición de dominio de un operador. El artículo 23.1 de la LGT, que transpone la Directiva 97/33/CE[4], indica que se considerará que un operador tiene un peso significativo en el mercado de telecomunicaciones cuando posea una cuota superior al 25% de un determinado mercado. AMENA cuenta con una cuota entre el 10 y el 15%. Por tanto, bajo la premisa de cuota de mercado este operador no contaría con peso significativo en el mercado nacional de interconexión. Ahora bien, esta Comisión analizó otros parámetros distintos a la cuota de mercado que la legislación vigente prevé con el fin de evaluar la eventual condición de dominio de estos operadores con cuota inferior al 25%. Estos se detallan a continuación.

– **Control sobre los medios de acceso.** AMENA controlaba, en el año 2001, 5,225 millones de clientes lo que suponía un 17,62% del total de usuarios de telefonía móvil. En la Resolución se estimó que no se podía justificar su

[3] Resolución del Consejo de 5 de septiembre de 2002 en 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. (OM 2002/6936).

[4] Directiva 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 mediante la aplicación de los principios ONP.

peso significativo en el mercado cuando el siguiente competidor contaba con 2,4 millones de clientes más y una cuota de mercado del 25,75%.

– **Acceso a recursos financieros.** Dado el resultado neto de AMENA, sensiblemente inferior al de los otros operadores móviles, y la pertenencia al Grupo Auna, en proceso de reestructuración, este operador no contaba con especiales ventajas para obtener financiación. No sería tampoco este un criterio para justificar el eventual peso significativo en el mercado de AMENA.

– **Volumen de negocios.** De nuevo, las cifras de negocio de los operadores presentes en el mercado de interconexión no dan evidencias sobre la posición de AMENA en el mercado, al compararlos con los que poseen sus competidores en ese mismo mercado.

– **Experiencia en el mercado.** En este caso, la Resolución estimó parcialmente las alegaciones de AMENA. Así, este operador es el único que no cuenta con un socio tecnológico internacional que le permita beneficiarse de las economías a escala presentes en este mercado. Asimismo, el tiempo de presencia en el mercado español tampoco ofrecía una ventaja especial a AMENA que le considerara dominante en el mercado.

- **Otros factores.** Esta Comisión estimó que, si bien es cierto que el mercado de interconexión nacional adolece de ciertos factores estructurales que pudieran favorecer la posición de dominio de AMENA, la ponderación global de todos los criterios concluyó que <u>este operador no es dominante en el mercado nacional de interconexión</u>, tal como éste viene definido en la legislación vigente.

En cuanto a TME, como hemos señalado, fue declarada operadora dominante en el mercado de interconexión por resolución de 3 de marzo de 2000, posteriormente ratificada por la resolución de 4 de octubre de 2001 y la más reciente de 5 de septiembre de 2002.

d) La promoción de la competencia.

Uno de los aspectos más importantes que esta Comisión debe analizar al resolver los conflictos es el impacto que en el desarrollo de la competencia entre operadores pueda tener la resolución que al efecto dicte.

Para poder realizar un análisis sobre este impacto, debe examinarse una serie de parámetros que permiten situar a los diferentes operadores en el mercado teniendo en cuenta en este punto que el análisis debe permitir determinar si AMENA es capaz, dada su situación actual, de alcanzar y de soportar las pretensiones de reducción de precios de interconexión que TME solicita en su escrito, dado que ha alegado que de aprobarse dichas reducciones será expulsado del mercado.

d.1 Evolución del número de clientes de telefonía móvil.

Este parámetro es uno de los ratios que determinan el nivel de economías de escala alcanzado por la red de cada operador.

Tabla. Evolución del número de clientes por operador

	2000	2001	Incremento
TME	13.669.101	16.793.471	22,86%
Airtel/Vodafone	6.876.842	7.636.765	11,05%
Retevisión Móvil	3.719.116	5.225.493	40,50%
Total	**24.265.059**	**29.655.729**	**22,22%**

AMENA ha experimentado un incremento notable en su número de clientes, alcanzando una tasa de crecimiento del 40%. Esto supone una cuota de mercado criterio cercana al 18% del total de los clientes de telefonía móvil. A pesar de este incremento, las diferencias entre este operador y sus competidores son todavía notables: 2,4 millones de clientes con respecto a AIRTEL y de 11,5 millones con respecto a TME. Por tanto, no parece que AMENA cuente todavía con las mismas economías de escala de sus competidores. En consecuencia, una reducción de sus precios para equipararlos a los ofrecidos por sus competidores no se ajustaría al principio de proporcionalidad.

d.2. Evolución del tráfico cursado.

A continuación, y con la misma finalidad que en el apartado anterior, se analizará la evolución del tráfico cursado por las redes de los tres operadores móviles. Para ello, se ha contabilizado los siguientes conceptos:

- Tráfico total originado en la propia red (tráfico on net y off net).

- Tráfico originado en otras redes y terminado en la red del operador analizado (terminación).

Estos datos, así como su evolución, se reflejan en la siguiente tabla:

Tabla. Evolución número minutos cursados

	2000	2001	Variación %
TME	3.614.450	9.441.429	61,72%
Airtel/Vodafone	2.603.057	2.907.814	10,48%
Retevisión Móvil	737.425	2.123.294	65,27%

Como se puede observar, si bien el número de minutos cursados por AMENA no alcanza el volumen de sus competidores, dicho volumen es comparable al que tenía AIRTEL a finales del año 2000.

d.3. Composición de los ingresos por operaciones de los operadores móviles.

A continuación, se presenta la composición de los ingresos de los operadores móviles según su origen, esto es: servicios finales y servicios de interconexión. Para facilitar la comparación, se ha homogeneizado la magnitud en el ratio ingresos por usuario (ARPU), contemplando tanto ingresos finales como de interconexión.

Tabla. Evolución ARPU (euros/cliente/año)

	2000			2001					
	Servicios finales	Intx	Total	Servicios finales	Variación (%)	Intx	Variación (%)	Total	Variación (%)
TME	221,86	121,11	342,96	226,98	2,31%	103,22	-14,77%	330,20	-3,72%
Airtel/Vodafone	192,02	143,80	335,82	209,86	9,29%	137,67	-4,27%	347,53	3,49%
Retevisión Móvil	140,79	71,11	211,90	169,15	20,14%	112,10	57,64%	281,25	32,73%

Los datos anteriores permiten observar que AMENA es el operador con menor ingreso por cliente, consecuencia de su entrada tardía en el mercado y del perfil de tráfico de sus clientes. Ahora bien, es AMENA el operador que más ha incrementado esta magnitud, sobre todo debido a los ingresos por servicios de interconexión.

De los datos anteriores se puede concluir que la aplicación de precios simétricos entre AMENA y TME no sería una medida proporcionada, dadas las diferentes condiciones del tercer operador. Ahora bien, este operador ha obtenido, sin duda, economías de escala en el último año derivadas del incremento de clientes y de tráfico cursado en su red.

Asimismo, interesa hacer notar que los parámetros que presenta actualmente AMENA son perfectamente comparables con los que tenía AIRTEL en el momento de realizar, espontáneamente, su primera reducción en los precios de interconexión en febrero de 2001.

En este caso, no resulta de aplicación el razonamiento que esgrime TME en el sentido de aplicar el principio de precios interconexión referenciados a OIR establecido por esta Comisión para las redes de telefonía fija, según la Resolución de 13 de septiembre de 2001[5].

Y esto es así porque, en el caso de la telefonía fija, la existencia de una situación de precios referenciados a OIR en la aplicación de precios de interconexión entre el operador dominante y el resto de operadores se justifica en que, como consecuencia de la publicación de la Oferta de Interconexión de Referencia (OIR), todos los operadores que ofrecen servicios de telefonía fija tienen la posibilidad de tomar sus decisiones empresariales de invertir o de

[5] Resolución con relación a los conflictos de interconexión presentados por BT y Colt Telecom en la negociación de sus acuerdos generales de interconexión con Telefónica de España, S.A.U.

comprar prestaciones de red al dominante sobre la base de unos precios que corresponden a los de un operador eficiente. Así, cuando un determinado operador decide comprar prestaciones de red al dominante, lo hace tomando como referencia los precios fijados para éste, de modo que tiene la posibilidad de beneficiarse de sus economías de escala derivadas de ganancias de eficiencia en la operación de su red. Asimismo, cuando un nuevo operador toma la decisión de invertir en nuevos elementos de red, lo hará también tomando como referencia los costes en los que incurriría un operador eficiente, que son los recogidos en la OIR, de modo que las nuevas inversiones sólo resultarán rentables cuando vinieran a añadir eficiencia al conjunto de las redes instaladas.

En este escenario, no pareciera justificado que, al cursar una llamada, el operador dominante incurriera en costes mayores de los que incurriría si esa misma llamada la cursara exclusivamente haciendo uso de su propia red. De este modo, al predicar el principio de precios referenciados a OIR, se está admitiendo que los precios de interconexión que deben aplicar los operadores entrantes deberían a su vez corresponder con los de un operador eficiente, pues de lo contrario las inversiones realizadas no estarían introduciendo eficiencia en el conjunto de las redes instaladas.

Sin embargo, esta misma situación no se da en el marco de las redes de telefonía móvil. En efecto, los operadores de telefonía móvil, en virtud de la regulación sectorial vigente, tienen la obligación de extender sus propias redes, de modo que existe desplegada una red de telefonía móvil por cada uno de los operadores habilitados. Así, un operador de telefonía móvil no afronta decisiones de comprar prestaciones o invertir en nuevas infraestructuras, ya que el despliegue de nuevas redes es una imposición regulatoria que tiene que cumplir. En este contexto, el mercado no dispone de unos precios de interconexión de referencia que los operadores puedan invocar como los que correspondieran a un operador eficiente. En consecuencia, cada operador de los presentes en el mercado debe soportar sus propios costes, que naturalmente tienden a reducirse en términos unitarios conforme el tráfico cursado a través de su red se incrementa, lo cual sucede de forma paralela al tiempo de presencia en el mercado.

Por consiguiente, en el caso de las redes de telefonía móvil, no procede invocar el principio de precios de interconexión referenciados a una red eficiente, ya que cada operador sólo puede obtener ganancias de eficiencia en la operación de su red a medida que el tráfico que cursa a través de ella se ve incrementado, no teniendo la posibilidad de beneficiarse de la eficiencia alcanzada por otro operador establecido por la vía del acceso regulado a las infraestructuras de este último.

Esta Comisión está de acuerdo con TME cuando afirma que *"la aplicación del principio de precios referenciados únicamente tiene sentido en el escenario en el que los operadores involucrados han desplegado su propia red y poseen clientes de acceso directo (...)"*. Efectivamente, cuando un operador no dispone

de clientes de acceso directo no recibe ningún pago por interconexión, luego el principio de precios referenciados no tendría sentido.

Ahora bien, entre los operadores que cuentan con clientes en acceso directo debe hacerse la siguiente distinción, como se ha comentado anteriormente: operadores fijo y móviles. Los operadores fijos tienen la opción de invertir en su propia red o bien comprar el producto al operador dominante. Por el contrario, los operadores móviles tienen obligaciones sobre el despliegue de red.

Así, los operadores fijos que tomaron la decisión de invertir, la tomaron conscientes de que era más rentable que comprar dicho servicio en el mercado de interconexión. Esta opción no es factible para los operadores móviles, luego no es aplicable el principio de precios referenciados a un modelo de red eficiente como es la OIR.

En cuanto a los operadores de cable decir que si bien tienen obligaciones de despliegue de red, también es cierto que tienen otras compensaciones que hacen especial su condición. En particular, la posibilidad de difundir contenidos audiovisuales, que el resto de operadores fijos no tienen. Por tanto, los mayores costes en que incurren estos operadores deben ser imputados a los servicios audiovisuales que prestan y no a los servicios de voz. En este caso, también sería una situación diferente a los operadores de móviles, que desplegaron su red con la única finalidad de prestar servicios de voz.

Además de todo esto, no hay que olvidar que el mercado es un mercado oligopolístico, en el que las decisiones que cada uno de los operadores tomen repercutirán en mucha mayor medida que las que se puedan producir en un mercado, también en competencia, pero con un mayor número de agentes.

En cualquier caso, de los datos anteriores se puede concluir que la aplicación de precios idénticos entre AMENA y TME no sería una medida proporcionada, dadas las diferentes condiciones del tercer operador. Por otra parte, dado el volumen de los saldos notoriamente favorables a AMENA, mes a mes, en las facturas de interconexión desde abril de 2001 hasta agosto de 2002, como consecuencia de la primera de las decisiones regulatorias tomadas por esta CMT, cabe presumir que una decisión por parte de esta CMT de aplicar un principio de identidad en los precios tendría un impacto cierto y considerable en los ingresos de interconexión que haya podrido prever esa operadora a la vista de que durante estos dos años no se ha producido ninguna solicitud por parte de TME en relación a este desbalance y una eventual, en su caso, adaptación de los precios de AMENA al invocado principio de simetría.

Otra cosa es el impacto en la competencia y la situación particular de AMENA como consecuencia de las medidas regulatorias tomadas en el mes de julio de este año.

Según se desprende del meritado requerimiento de información, el saldo favorable a AMENA se ha incrementado a partir del mes de agosto, en tono

ascendente cada mes, en más cinco millones de euros mensuales, generando de esta manera ingresos de interconexión ni previstos ni previsibles en el momento de elaborar los planes de negocio de AMENA y las negociaciones con inversores a los que esta operadora hace mención.

La supresión de estos ingresos extra difícilmente pueden considerarse como una restricción de la competencia o una medida que expulse a esa operadora del mercado, por cuanto el efecto que produce es dejar a ese operador en la misma situación competitiva en la que se encontraba antes de la adopción de las medidas regulatorias a las que se ha hecho mención.

Cabe plantearse como hipótesis un escenario de impacto en la competencia como consecuencia de reconocerse a un operador como AMENA una absoluta libertad de precios en tanto en cuanto no sea declarado operador dominante. Un escenario de este tipo obligaría a analizar el impacto previsible de una disponibilidad completa de los saldos favorables resultantes de la interconexión y su uso en términos de traslación en precios finales de los diferentes servicios de telefonía móvil disponible al público.

Se trata de un escenario complejo y difícilmente previsible, por cuanto confluyen en las posiciones competitivas de las partes otros muchos elementos que, como se ha comprobado hasta la fecha, tienen incluso más influencia que los precios de interconexión a la hora de capturar cuotas de mercado o volúmenes importantes de clientes.

Lo cierto y verdad es que lo razonable en esta situación es dejar al mercado que fije esos precios cuando de no dominantes se trate y, en el presente caso, tal solución pasaría por simular una situación tal que colocara a las partes en la necesidad de negociar un nuevo acuerdo de interconexión en las condiciones actuales de limitación de precios para TME. Parece previsible considerar que si esta situación se diera no se alcanzaría un acuerdo que permitiera a AMENA fijar libremente sus precios mientras TME los tuviera sujetos a los criterios resultantes de la declaración de dominancia.

Admitido lo anterior, parece que en un entorno competitivo como el presente, marcado por las decisiones regulatorias a las que se ha hecho mención, la solución más idónea para mantener la situación actual de competencia es considerar como antes se ha señalado que la diferencia entre los precios de los operadores en conflicto debe ser la inmediatamente anterior a la fijación de precios transitorios para TME, en el porcentaje que esta Comisión ha considerado.

Todo ello sin perjuicio de que las partes, como pareciera razonable, modificaran el AGI para contemplar la asimétrica situación regulatoria que les caracteriza, a fin de acordar un régimen de precios estable y duradero en el tiempo que contemple la posibilidad de, eventualmente, futuras resoluciones de esta CMT sobre precios de interconexión.

NOVENO.- CONTESTACION ALEGACIONES DE LAS PARTES

Algunas de las alegaciones ya han sido contestadas en los apartados anteriores. A continuación, respecto del resto de alegaciones, se procederá a su contestación atendiendo a manifestado por ambos operadores.

A) Alegaciones de AMENA

A-1) Con relación a la alegación de AMENA en virtud de la cual se afirma que se han ignorado los procedimientos y plazos previstos en el art. 2.4 del RIN y en el AGI suscrito por las partes, se ha de recordar que ya esta Comisión se ha pronunciado sobre estos extremos. Así, en la Resolución de 4 de julio de 2002 por la que se resuelve el conflicto de interconexión entre VALENCIA DE CABLE, S.A., REGIÓN DE MURCIA DE CABLE, S.A., CABLE Y TELEVISIÓN DE ANDALUCÍA, S.A., MEDITERRÁNEA SUR SISTEMAS DE CABLE, S.A., MEDITERRÁNEA NORTE SISTEMAS DE CABLE, S.A. y CABLEUROPA, S.A. contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., por no haber atendido a la revisión de las condiciones económicas de sus servicios de interconexión se decía:

> *"(...)ha de señalarse que la existencia de un conflicto de interconexión entre operadores no requiere la apertura formal de un período negociador entre las partes, sino sólo que se den las circunstancias para que uno de ellos entienda que debe ser el Regulador quien adopte una decisión cuando las posiciones de una u otra parte resulten difícilmente compatibles. En estos casos, la decisión que adopta esta Comisión no viene a sustituir de ningún modo la libre negociación de las partes y mucho menos cuando se trata de llevar a la práctica soluciones que ya fueron adelantadas por Resoluciones anteriores sobre casos similares.*
>
> *Conforme a la normativa vigente, esta Comisión está facultada para adoptar decisiones para la resolución de los conflictos que se le planteen, sustituyendo la voluntad de las partes en una determinada cuestión. Sin embargo, por mera lógica, no está en condiciones de obligar a ningún operador a negociar libremente con otro. Por esta razón, la inexistencia de una negociación previa puede ser considerada a la hora de valorar la mayor o menor flexibilidad de un operador al negociar determinadas condiciones o el simple desinterés por iniciar una negociación cuando se entiende que lo solicitado se ajusta a Derecho y no se plantea la posibilidad de transigir en determinadas cuestiones.*
>
> *De acuerdo con lo anterior, ha de entenderse que, una vez planteado un conflicto ante esta Comisión, la negociación entre las partes se ha manifestado insuficiente."*

No es necesario, por tanto, agotar los cuatro meses para interponer conflicto de interconexión.

Sobre la denegación de la ampliación del plazo para presentar alegaciones, hay que recordar que la Administración, tal y como refleja el artículo 49.1 de la LRJPAC *"**podrá** conceder de oficio o a petición de los interesados, una ampliación de los plazos establecidos, que no exceda de la mitad de los mismos, si las circunstancias lo aconsejan y con ello no se perjudican derechos de tercero".* Como bien dice AMENA en su escrito de alegaciones, la Administración actuante goza de cierta discrecionalidad, pero no de arbitrariedad, para otorgarla o denegarla en función de las circunstancias. En el presente procedimiento las partes ya habían presentado escrito de alegaciones con anterioridad al trámite de audiencia (escrito de TME de fecha 9 de agosto de 2002 por el que se interpone recurso de interconexión, así como el escrito de AMENA de fecha 3 de octubre de 2002). Esta circunstancia unida a que (i) se podían producir perjuicios a terceros (TME) como consecuencia del retraso de la decisión que pusiera fin al presente procedimiento, y que (ii) AMENA no ha aportado circunstancias que justifiquen los perjuicios que se derivarían en el supuesto de que se acordara la ampliación, dio lugar a que se denegara la ampliación del plazo solicitado, al considerar que existían argumentos suficientes para ello. Si bien, aún habiendo presentado AMENA su escrito de alegaciones fuera del plazo legalmente establecido[6], esta Comisión, en aplicación del art. 76.3 de la LRJPAC, ha tenido en cuenta las alegaciones y documentos presentados para la resolución del presente procedimiento. No puede por tanto AMENA declara indefensión en el seno del presente procedimiento por cuanto todas sus alegaciones han sido tenidas en cuenta.

A-2) Amena formula una serie de alegaciones entendiendo que mediante esta resolución se pretende revisar la resolución de fecha 5 de septiembre de 2002 que concluyó considerando que AMENA no era dominante en el mercado nacional de interconexión. Entiende que se vulneran los principios de proporcionalidad, buena fe y confianza legítima que debe inspirar la actuación de las Administraciones Públicas.

Como se ha razonado suficientemente en esta resolución, no se pretende revisar la resolución de esta CMT de 5 de septiembre de 2002, por cuanto en ningún momento se desprende de la presente resolución que se vayan a imponer a AMENA cualesquiera de las consecuencias dimanantes de una declaración de dominancia. Así, ni se le obliga a orientar los precios de interconexión a los costes, ni se le obliga a llevar una contabilidad adecuada a tal fin, ni el resto de obligaciones que pudiera derivarse de una declaración de esa naturaleza.

[6] La notificación a AMENA de la apertura del trámite de audiencia se produjo con fecha 5 de noviembre, con lo que el plazo para presentar alegaciones y documentos finalizaría el 18 del mismo mes. AMENA presentó escrito de alegaciones el 19 de noviembre mediante correo administrativo cuya entrada en el Registro de esta Comisión no se produjo hasta el día 22 de noviembre de 2002.

Tampoco indirectamente se le somete a una obligación de orientar a costes por cuanto en ningún momento se le obliga a seguir la política de precios de TME como consecuencia de las decisiones regulatorias adoptadas.

Como se ha insistido se trata pura y simplemente de resolver un conflicto de interconexión entre partes, formulado por una de ellas que se considera agraviada por el diferencial en los precios resultante de medidas regulatorias que estima no se compadecen adecuadamente con el AGI que tiene suscrito.

Planteado en esos términos el conflicto, esta CMT está obligada a pronunciarse acerca del diferencial resultante y su cohonestación con lo acordado por las partes y los principios de interés general que debe salvaguardar, sin que ello signifique ni imponer precios a AMENA ni declararle indirectamente operador dominante.

De haber sido esa la pretensión, la decisión hubiera consistido en fijar unos precios transitorios respecto de AMENA, al igual que se hizo con los operadores dominantes. Sin embargo, como se ha indicado, no es éste el resultado de esta resolución.

Por lo demás, no se está de acuerdo con algunas consideraciones que AMENA realiza respecto de las facultades de esta CMT en la fijación de precios de interconexión.

Sostiene AMENA que no cabe fijar precios a quien no es dominante en el mercado nacional de interconexión. Prescindiendo de que en este caso no se pretende la fijación de precios de AMENA, conviene recordar aquí lo prevenido en el Art. 1.Dos.2f de la Ley 12/1997, recogido en el FUNDAMENTO JURÍDICO PRIMERO de esta Resolución, sobre la adopción de medidas necesarias para "salvaguardar.....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."

Por su parte, el Art. 25 de la Ley 11/1998 mencionado en el FUNDAMENTO JURÍDICO SEGUNDO explicita que, en conflictos de interconexión, la CMT dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto de conflicto, que en esta ocasión incluyen precisamente los precios de la interconexión.

AMENA alega que la equiparación de sus obligaciones con las de los operadores dominantes limitaría su capacidad de competir. Por las mismas razones ya expuestas se rechaza esta alegación dado que en ningún momento se equipara a AMENA respecto de sus competidores en las obligaciones como operadores dominantes. A este respecto, recordar que la diferencia entre los precios de AMENA y de sus competidores asciende al 17,5% en horario normal, siendo este horario sensiblemente superior al de los operadores dominantes. Por tanto, AMENA no puede sostener que se estén equiparando

las obligaciones de todos los operadores en el mercado, con independencia de su condición de operador dominante.

A-3) Por otra parte, AMENA sostiene que la reducción de los márgenes en los precios de terminación en redes móviles desincentiva la competencia por la captación de nuevos clientes. Aún más, la disminución de los precios de interconexión de un operador provocaría el incremento de los precios finales en el mercado de telefonía móvil[7].

Ya hemos comentado esta alegación con anterioridad. Baste añadir que esta Comisión considera que los precios de interconexión en sus actuales magnitudes tienen un margen suficiente como para que continúe siendo rentable competir. Es más, de los datos suministrados en el último requerimiento de información se desprende, también como se ha reiterado, que antes al contrario de crearse una barrera competitiva a AMENA, este operador está generando de manera creciente saldos positivos en las facturas de interconexión que a lo que conducen es a conseguir beneficios extraordinarios en los ingresos de interconexión no previstos ni previsibles antes del mes de agosto de 2002. No se discute que AMENA no pueda generar mayores ingresos. Ahora bien, en el momento en el que esos ingresos se producen por diferencias resultantes de las bajadas en los precios de interconexión de los otros operadores móviles, éstos últimos están en su legítimo derecho a solicitar de AMENA y de esta CMT, una corrección si el ordenamiento jurídico y su acuerdo de interconexión se lo permite.

Finalmente, tampoco es cierto que la situación de AMENA después de la reducción de precios propuesta sea equivalente a la de TME. Según el escrito de TME, esta operadora se ha visto obligada a incrementar sus precios finales para recuperar el equilibrio anterior a la reducción de precios de 1 de agosto de 2002. Ahora bien, dada la metodología utilizada por esta Comisión para determinar la reducción de AMENA, los planes de negocio de esta operadora no se han visto alterados, dado que se ha equilibrado el saldo de que disponía.

AMENA alega en diferentes formas y sobre múltiples factores, que la reducción de sus precios de interconexión provocará *"(...) con toda certeza, la expulsión de AMENA del mercado (...)"*. Por la misma razón que se ha expuesto antes, esta Comisión no puede aceptar dichas alegaciones, dado que la Resolución de 11 de julio de 2002 provocó un incremento de sus márgenes, que con la modificación actual pasan a situarse en la magnitud de partida. Por tanto, la modificación actual no puede suponer una distorsión tal como presenta AMENA, dado que la reducción en los precios de terminación de TME y TME era desconocida por la operadora.

[7] A este respecto, AMENA cita a TME, que manifestó en su escrito que se ha visto obligada a incrementar sus precios para conseguir el equilibrio anterior a la fijación transitoria de precios.

A-4) AMENA menciona ciertos efectos anticompetitivos de la medida, si bien que los ciñe al informe elaborado por los servicios. Esta CMT no coincide con la valoración que realiza AMENA del efecto que puede producir una disminución del diferencial de precios de interconexión que resultaría de aprobarse la resolución en el margen que se contiene en la propuesta.

Así, respecto del beneficio que obtendrían los operadores dominantes, no es tal como se ha visto del resultado del último requerimiento de información realizado, sino lo contrario, un mantenimiento del margen de beneficio de AMENA sin incrementarlo sustancialmente que sería el resultado de no resolverse el conflicto en el sentido de la resolución.

Respecto del incremento previsible de precios y la reducción de incentivos a la competencia en la captación de clientes, ya ha sido contestada esta alegación, pero se añade que con la solución adoptada se mantienen los mismos incentivos que hoy puedan existir.

Es rechazable de plano la alegación de que con esta resolución se incrementan los costes de capital de AMENA. Más bien, lo que habría que decir es que de aceptarse el diferencial de precios resultante de la resolución de 11 de julio de 2002, AMENA, de manera inopinada, obtendría un beneficio consistente en poder revisar sus acuerdos sobre financiación del capital, para conseguir una rebaja en los costes que hoy tiene acordados.

A-5) Respecto de las alegaciones contrarias al principio de simetría en los precios de interconexión, esta CMT ha rechazado la aplicación de este principio. Las razones por las que se produce este rechazo se exponen a continuación en la contestación que se hace respecto de las alegaciones de TME, que es quien lo ha invocado.

Finalmente, se formula oposición a algunas de las consideraciones contenidas en el informe elaborado por los Servicios de la CMT en el trámite de audiencia así como en la utilización de sistemas de benchmarking para la resolución del conflicto. Como quiera que esta resolución definitiva se aparte en cierta medida del informe de los servicios, se estiman a estos solos efectos dichas alegaciones y, en consecuencia, no se procede a su contestación.

A-6) Una última observación de AMENA se refiere no tanto a la propuesta en sí como a la necesidad de aclarar cual será el comportamiento futuro de esta operadora respecto de los operadores fijos. Esto es, solicita aclaración respecto de si debe trasladar el importe de la rebaja a los precios que tiene estipulados con los operadores fijos.

De plantearse conflictos con otros operadores, esta Comisión resolverá conforme a las circunstancias propias de cada conflicto. No puede

desconocerse que el principio de no discriminación es uno de aquellos que la CMT debe respetar y hacer respetar, lo que supone la aplicación de criterios idénticos a situaciones equivalentes.

A.7) Finalmente, AMENA solicita la práctica de las siguientes pruebas:

- La determinación del diferencial de ingresos extraordinarios percibidos por TME como resultado de no hacer efectiva su obligación de orientar sus precios de interconexión a costes en el periodo que media entre la Resolución de fecha 9 de marzo de 2000, por la que se declara a TME dominante en el mercado nacional de interconexión, y la Resolución de la CMT de 11 de julio de 2002 (con efecto de 1 de agosto de 2002), de determinación transitoria de precios, como consecuencia de la cual TME hace efectiva dicha obligación de orientar a costes.

- La determinación del diferencial de ingresos extraordinarios presumiblemente obtenido por TME en el período comprendido entre las fechas 1 de agosto y 1 de noviembre de 2002, como consecuencia de no haber aplicado TME el 17,13% de reducción en los precios de interconexión ofrecidos a TESAU y a AIRTEL, reducción que resultaba de lo dispuesto en la Resolución de fecha 11 de julio de 2002.

Según se determina en el art. 80 de la LRJPAC *"cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegado por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, el instructor del mismo acordará la apertura de un período de prueba (...)". Sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias mediante resolución motivada".* Queda claro que cuando no se den estas circunstancias la Administración no se verá obligada a la apertura de dicho trámite. En este caso, la solicitud de la prueba versa sobre posibles ingresos extraordinarios que una de las partes en el procedimiento ha podido obtener, que no son directamente relacionados con el fondo del asunto, y que no se han tenido en cuenta, ni son susceptibles de tenerse en cuenta, para la resolución del presente conflicto de interconexión. El hecho de que TME pueda haber obtenido ingresos extraordinarios como consecuencia de la aplicación tardía de una obligación de orientación a costes de sus precios o como consecuencia de la no aplicación de una Resolución, debería ser objeto de la apertura de otro procedimiento en donde se diluciden dichas situaciones, pero en ningún caso afecta al análisis de la situación de equilibrio o desequilibrio en el flujo de pagos y cobros de interconexión entre AMENA y TME, con arreglo a las cláusulas del Acuerdo General de Interconexión suscrito entre ambos, objeto exclusivo de este procedimiento. Se entiende, por tanto, que la práctica de esta prueba resultaría inapropiada en el seno del presente procedimiento y sólo daría lugar al retraso injustificado del mismo.

- La determinación de las fuentes, precios nominales y otros datos relativos al benchmarking utilizados por los Servicios técnicos de la CMT

en su Informe y que generan los resultados de la comparativa realizada y determinan la proposición contenida en el informe.

Sobre esta petición, dada la estimación de la alegación de AMENA y el hecho de que la presente resolución final del procedimiento no se tomen en consideración los datos del benchmarking, la prueba propuesta se revela innecesaria.

B) Alegaciones de TME

B-1) Debe principiarse por indicar las variaciones que TME ha mantenido en el curso de este expediente respecto de su petición inicial de plantear un conflicto de interconexión con AMENA respecto de reducción de precios de interconexión de éste último y corrección de bandas horarias. En su escrito de alegaciones, y refiriéndose a supuestas omisiones por parte del informe de los Servicios de la CMT, se produce un cambio de enfoque de la pretensión original con el objetivo de que por la CMT se realice un análisis de la posición de dominio de AMENA en el mercado de terminación en redes móviles, trayendo a colación las más recientes posiciones de la Comisión Europea y otros reguladores, a fin de que, sin perjuicio de mantener la pretensión originaria, se establezca una suerte de obligación de AMENA de converger progresivamente a los precios de los operadores móviles dominantes en el mercado nacional de interconexión.

Sobre esta pretensión y los razonamientos que la sostienen, sin perjuicio de lo que a continuación se dirá en torno a la posición dominante de AMENA en un mercado específico, baste decir que no puede ser objeto del presente expediente, dado que, come se ha reiterado, éste se ciñe a la resolución de un conflicto de interconexión entre partes, con lo que no puede contener obligaciones adicionales propias de un análisis del derecho de la competencia del que puedan resultar obligaciones singulares para un operador o fijación de precios específicos.

Este tipo de pretensiones, si es el caso, podrían tener adecuado tratamiento en otro tipo de expedientes, competencia de esta CMT, que siempre pueden ser promovidos por cualquier operador que vea sus legítimos derechos perjudicados por prácticas abusivas de otro operador.

B-2) Por las mismas razones indicadas respecto de AMENA, no se contestan las alegaciones contrarias a algunas consideraciones del informe de los Servicios que no han sido recogidas en la presente resolución. A los solos efectos de entender que no se incorporan esas consideraciones a la presente resolución, se admiten esas alegaciones.

B-3) Sobre la identificación de mercados relevantes diferentes cuando se hace un análisis conforme a la regulación sectorial o conforme a la regulación general de la competencia.

Es perfectamente aceptable la alegación de TME sobre la posibilidad que hay de identificar mercados relevantes diferentes cuando se aplica uno u otro tipo de regulación. Sin embargo, a medida que progrese la situación de competencia en estos mercados debe tenderse a transferir la regulación desde la aplicación de las normas sectoriales hacia las generales de la competencia, lo que es un incentivo actual para no acentuar las diferencias en cuanto a los criterios aplicables en los dos ámbitos de la regulación.

En particular, la declaración de dominante a efectos de la Ley de Defensa de la Competencia en el mercado de terminación de llamadas en su propia red para todos los operadores móviles serviría para identificar posibles situaciones de abuso de tal posición dominante, que sería sancionable. Sin embargo, la regulación sectorial que permite actuar "ex-ante" dispone de recursos suficientes para resolver los conflictos de interconexión entre operadores sin necesidad de invocar la identificación de mercados relevantes de terminación en cada una de las redes de cada operador.

Debe destacarse que en algún país ahora y en la nueva normativa reguladora de las comunicaciones electrónicas que debe incorporarse a nuestra legislación durante el año 2003, se puede identificar cada mercado de terminación en cada una de las redes móviles como un mercado relevante distinto.

Sin embargo, los argumentos en los que se puede justificar tal identificación, basados en que sólo hay una opción, sin alternativas, para terminar llamadas en una red móvil, extienden su eficacia no sólo a los mercados de terminación en redes móviles, sino en los de terminación en todas las redes de comunicaciones electrónicas, por lo que aquella identificación sería igualmente aplicable a cualquier operador que disponga de una red en la que otros, por virtud de la obligación de interconectarse, deban terminar llamadas. De no aplicarse aquellos argumentos con condiciones limitativas específicas del sector y de su situación actual, prácticamente todos los operadores titulares de redes, hasta los de presencia más incipiente o insignificante, caerían bajo la caracterización de operadores dominantes en interconexión, lo que supondría la obligación de orientar sus precios a costes probablemente acompañado de una intervención regulatoria absolutamente desproporcionada respecto a lo que hoy se concibe.

La incorporación de condiciones que limiten la fuerza expansiva de aquellos argumentos al ámbito de las comunicaciones móviles debe producirse en la regulación sectorial, bien porque se explicite así en la norma cuando el sistema jurídico correspondiente al Estado Miembro lo exija, bien porque sea aquel un criterio aplicable por el regulador si el sistema jurídico lo habilita como puede ser el caso del Reino Unido. Y es que, en efecto, de aplicarse el derecho general de la competencia no se encontraría en él nada que permita establecer diferenciaciones a la hora de aplicar este criterio entre operadores de redes móviles y operadores de redes fijas. Es necesario, pues, que lo previsto a este

respecto en el derecho sectorial no se extienda indebidamente al derecho general de la competencia.

Considerando que el conflicto es perfectamente resoluble sin necesidad de declarar dominante a AMENA desde la perspectiva de la legislación general de la competencia, como tampoco lo fuera desde la perspectiva de la normativa sectorial, aquélla es la opción retenida por la CMT respecto a esta alegación.

B-4) Fecha desde la que se ha producido un desequilibrio en las relaciones entre TME y amena que debe resolver la CMT.

El conflicto de interconexión lo ha planteado TME desde el momento en que el Consejo de la CMT adoptó su Resolución del 11 de julio de 2002 determinando transitoriamente los precios de interconexión que debía aplicar TME a petición de los demás operadores a partir del 1 de agosto de 2002.

Indica ahora TME que el desequilibrio en sus relaciones de interconexión con AMENA se remonta a febrero de 2001, momento en que la obligación impuesta por la CMT a TME de no discriminar entre operadores le obligó a reducir unilateralmente los precios aplicados a AMENA, alterando en este sentido las condiciones del acuerdo de interconexión entre ambos. Amena no correspondió con una reducción similar.

La intervención regulatoria de la CMT efectiva desde febrero de 2001 se refería parcialmente a la obligación de no discriminación que pesa sobre cualquier operador de redes públicas.

El desequilibrio que pudo producirse como consecuencia de aquella intervención de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones alteró las condiciones pactadas entre los dos operadores, pero no dio origen a un conflicto de interconexión entre TME y AMENA, ni a una pretensión de resolución del acuerdo de interconexión justificada en las nuevas condiciones sobrevenidas.

B-5) Sobre que la diferencia de precios de interconexión aplicados entre TME y AMENA debe establecerse en términos porcentuales y no en términos absolutos.

Las razones aducidas por TME para solicitar que la diferencia que se establezca entre sus precios de interconexión y los de AMENA se exprese en términos porcentuales y no en valores monetarios por minuto, resultan estrictamente formales: TME entiende que no se produce convergencia cuando una diferencia de precios se determina en una cantidad fija por minuto pero se traduce en términos porcentuales, ya que al establecer la proporción de la cantidad fija sobre una base de precios cada vez menor su expresión

porcentual aumenta, al contrario de lo que se asocia a un fenómeno de convergencia. Pareciera que no se trata de una cuestión de fondo sino más bien del tipo de presentación, porcentual o en términos absolutos, que permite valorar mejor la evolución de las diferencias.

Sin embargo en esta cuestión puede haber razones de fondo no explicitadas para preferir el establecimiento de esa diferencia en términos porcentuales. Una de ellas, quizá la más significativa, lo representaría el hecho de que los precios de interconexión que debe pagar TME a AMENA se convierten en costes para la primera, y que ello se asocie a la idea de que en la evolución general del negocio de TME las reducciones de precios finales debieran ir precedidas y en todo caso acompasadas en términos porcentuales con las reducciones de costes subyacentes para que no se deteriore la estructura general de precios y costes. En sentido contrario, cabe aducir que la reducción de precios finales de TME no conlleva necesariamente una reducción proporcional en todos y cada uno de los costes en los que TME incurre en su producción para ofrecer aquellos servicios finales. Indexar uno de estos costes, cual es el precio de interconexión que debe pagar a AMENA, haciendo abstracción de los demás (costes de personal, de adquisición de equipos, de consumos de energía, etc.) no deja de representar una singularidad que puede resultar aceptable pero cuya evidente conveniencia no está demostrada.

Así, si se reducen los precios por minuto que paga TME a AMENA en una cantidad igual al importe exacto del desequilibrio que se ha originado actualmente en esta relación concreta, el saldo de la relación bilateral de interconexión se mantendría exactamente igual a la que hubiera sido si no se hubiera producido cambio a partir de agosto de 2002. Por el contrario, si la reducción del precio de AMENA se produjera en el mismo porcentaje en el que se ha reducido el precio de TME, el saldo de la relación bilateral se reduciría también proporcionalmente, lo que puede ser más apropiado para una evolución continuada de los precios y demás parámetros económicos en estas actividades, cuestión que escapa al presente expediente.

En este conflicto de interconexión no se pretende crear las condiciones en las que deba producirse la convergencia de precios en una situación previsiblemente cambiante entre AMENA y sus otros dos competidores. Se trata de resolver este conflicto de interconexión constituyendo con la resolución un equilibrio justo entre los intereses legítimos de ambas partes, tal y como se recoge en el artículo 9.5. de la Directiva 97/33/CE anteriormente mencionada.

B-6) Sobre el desajuste de bandas horarias.

Vaya por delante que AMENA ha ofrecido recientemente una modificación de las bandas horarias que actualmente recoge el AGI, que en lo sustancial suprime las quejas manifestadas por TME (tan sólo queda como diferencia horaria la de los viernes de 20 a 22 horas).

No obstante, debe señalarse respecto de este asunto que los razonamientos que en esta resolución se sostienen respecto a las consecuencias en los precios de las decisiones regulatorias no son trasladables al problema de las bandas horarias, dado que la modificación de éstas ha obedecido a un acuerdo mutuamente aceptado por las partes a propuesta de TME. Sabrá este operador porque razón propuso a AMENA esta modificación de los AGIS.

En consecuencia escapa al presente conflicto la modificación de las bandas horarias sin perjuicio de que sea factible el que TME solicite de AMENA una corrección definitiva de las diferencias de horario que pervivirían tras la última propuesta de AMENA y, en caso de no obtener satisfacción, acudir a esta CMT planteando el oportuno conflicto en el que deberá justificarse adecuadamente las razones para la modificación del AGI.

Sin perjuicio de lo anterior, no pueden quedar sin comentario algunas alegaciones de TME respecto de este asunto:

- Sobre los efectos negativos en la posición competitiva de TME derivada de la diferencia de bandas horarias, cabe decir que por la misma razón que se ha considerado la inexistente relación entre precios de interconexión y precios finales al público, en la medida que un cambio en los primeros no se deriva en una incidencia directa en los segundos, como ha quedado además confirmado en las últimas comunicaciones de precios de esa operadora después de la resolución de esta CMT de 11 de julio, no se puede afirmar con la rotundidad que lo hace TME que ese diferencial horario, que a la postre se traduce en un impacto en los saldos de la interconexión, sea determinante para debilitar su posición en el mercado de precios finales al público.

  Se insiste en consecuencia que las estrategias competitivas de los operadores móviles en el mercado de usuarios finales y su política de precios no vienen marcados por los precios de interconexión de sus rivales, aunque evidentemente un elevado saldo negativo en la interconexión recíproca incide en general en la posición de los operadores en el mercado en su conjunto en cuanto que no sólo no produce ingresos sino que genera pagos a favor de sus competidores.

- No se acaba de entender la afirmación de que el mantenimiento de las bandas horarias de AMENA fuerza a los operadores fijos (singularmente Telefónica) a mantener esas mismas bandas horarias, con incidencia a su vez indirecta sobre los móviles, cuando el actual régimen tarifario permite tratamiento asimétrico a AMENA respecto de sus rivales en lo que se refiere a precios finales al público (llamadas fijo-móvil).

Por todo cuanto antecede, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

RESUELVE

PRIMERO. Obligar a AMENA a que ofrezca, en el plazo de cinco días hábiles, a TELEFONICA MOVILES ESPAÑA una reducción en sus precios que suponga como media un 14,70 % en los términos descritos en el Anexo.

SEGUNDO. AMENA podrá ofrecer, o TME solicitar, unas franjas horarias diferentes, debiendo en este caso realizar los ajustes necesarios en los precios nominales para respetar el porcentaje fijado en el resuelve primero. En caso de discrepancia entre las partes resolverá esta Comisión.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y 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.

EL SECRETARIO

Vº Bº
EL PRESIDENTE

José Giménez Cervantes

José Mª Vázquez Quintana