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 AIRTEL MÓVIL, S.A. UNA REDUCCIÓN MEDIA EN SUS PRECIOS DE TERMINACIÓN DE LLAMADAS EN SU RED PROVENIENTES DE LA RED DE AIRTEL MÓVIL, S.A. (Exp. RO 2002/7397)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 9 de agosto de 2002 tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito de AIRTEL MÓVIL, S.A. (en lo sucesivo VODAFONE) por el que se planteaba conflicto de interconexión contra RETEVISIÓN MÓVIL, S.A.,(en adelante AMENA). VODAFONE planteaba en su escrito lo siguiente:

- Que con fecha 20 de noviembre de 1998 suscribió Acuerdo General de Interconexión (en adelante AGI) con AMENA en el que se regulan las condiciones técnicas y económicas aplicables a los servicios de interconexión que ambas operadoras se prestan a través de la interconexión directa de sus redes. En el mismo se preveía la aplicación del principio de simetría a los precios ofrecidos para los servicios de interconexión de ambas operadoras.

- Que el pasado 11 de julio el Consejo de la CMT adoptó Resolución sobre la determinación transitoria de los precios de interconexión de VODAFONE en la que se obligaba a ofrecer una reducción de los precios del servicio de

interconexión de terminación en red con aplicación desde el 1 de agosto de 2002, en los términos establecidos en la misma a aquellos operadores que se lo soliciten por escrito.

- Que el pasado 30 de julio AMENA solicitó formalmente *"la aplicación efectiva a partir del 1 de agosto de 2002, de los nuevos precios de terminación de llamadas en la red de AIRTEL Móvil, S.A. en los términos establecidos en la Resolución del Consejo de la CMT de 11 de julio de 2002 por la que se determinan los precios de interconexión transitorios de AIRTEL Móvil".*

- Que el 1 de agosto de 2002, VODAFONE envió a AMENA un Addendum en el que se procede a la modificación del Anexo III del AGI para formalizar la aplicación de la citada Resolución. En la misma fecha, VODAFONE procedió a solicitar formalmente a AMENA la aplicación en sus relaciones de interconexión de principio de simetría para los precios de interconexión de terminación en sus redes respectivas.

- Que VODAFONE y AMENA no han plasmado en un acuerdo de modificación del AGI vigente entre las partes para la aplicación efectiva del principio de simetría en sus precios de interconexión.

- Que la aplicación a AMENA de los precios de terminación en la red de VODAFONE establecidos en la citada Resolución de 11 de julio, sin modificación de los precios vigentes para el servicio de terminación en la red de AMENA daría lugar a una diferencia porcentual muy alta. Concretamente, y considerando una llamada media de 100 segundos y una distribución de tráfico entra las franjas pico y valle del 80/20% para AMENA y del 58,57/41,47% para VODAFONE, se obtiene una diferencia porcentual del 52,14%.

- Que esta situación daría lugar a unos efectos distorsionadores de la competencia. Así:

  - La diferencia incidiría directa y negativamente en la capacidad competidora de VODAFONE quien, para ofrecer en el mercado minorista el servicio de llamadas móvil-móvil (en llamadas con destino AMENA) incurriría en unos costes inexplicablemente muy superiores a los que incurrirá AMENA cuando preste y oferte el mismo servicio en la dirección inversa.

  - Se incrementarían sustancialmente los márgenes de AMENA de forma que podría emprender o consolidar prácticas de subvenciones cruzadas en beneficio de sus propios servicios rompiendo el equilibrio competitivo del mercado móvil.

- Que los precios de AMENA para la terminación en su red resultan ser alrededor de un 50% superiores a la media europea partiendo de la

comparación geográfica de los precios de terminación en Europa realizada a través de sistema *benchmark.*

- Que la aplicación del principio de simetría para precios de interconexión entre operadores que computen en un mismo mercado ha sido refrendada por esa Comisión en todas las ocasiones en la que dicho principio o su aplicación ha sido objeto de consideración regulatoria. Así, en el mercado de la telefonía fija se ha mantenido como una posición unívoca y contundente sobre la necesidad de la aplicación del mencionado principio de simetría en distintas resoluciones. Concretamente, la aplicación provisional del principio de simetría fue definitivamente ratificado y considerado como de aplicación permanente en las resoluciones de 13 de septiembre de 2001 sobre dichos conflictos de interconexión.

- Que existen precedentes regulatorios y de mercado que implícitamente apuntan la idoneidad y necesidad de aplicación de este principio de simetría también en las relaciones entre los operadores que compiten en el mercado móvil.

- Que AMENA tiene una posición de dominio *de facto* puesto que puede mantener sus precios de interconexión independientes de la evolución del mercado, provocando con ello una distorsión en el mercado minorista de servicios móviles.

Como consecuencia VODAFONE solicitaba de esta Comisión que:

1. Instara a AMENA a modificar el AGI vigente entre las partes y a aplicar el principio de simetría de los precios de terminación en sus respectivas redes, con efectos desde el día de la presentación del escrito.
2. Subsidiariamente determinara los precios que AMENA debe ofrecer a VODAFONE, desde la fecha de presentación del escrito, para el servicio de terminación de llamadas en su red, en cumplimiento de sus obligaciones de facilitar *"la interconexión en condiciones no discriminatorias, transparentes, proporcionales y basadas en criterios objetivos",* reduciendo los mismos, como mínimo, en el mismo porcentaje que ha sido aplicado a los precios de VODAFONE, de manera que éstos garanticen el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado de los servicios móviles.
3. Adoptara medida cautelar consistente en la aplicación inmediata del principio de simetría para los servicios de interconexión de terminación que ambos operadores se prestan mutuamente prestados por VODAFONE a AMENA, hasta que esa Comisión adopte una resolución definitiva en el expediente que abra en relación con esta solicitud.
4. Adicionalmente, de manera complementaria a todas las solicitudes anteriores y para el caso de que AMENA fuera declarada operador dominante en el mercado de la interconexión en la Resolución sobre el

expediente OM 2002/6936, impusiera automáticamente a AMENA unos precios transitorios para el servicio de interconexión de terminación en red móvil idénticos a los establecidos para VODAFONE en la Resolución de 11 de julio de 2002.

5. Incorporara al expediente OM 2002/6936 una versión no confidencial de las alegaciones vertidas en el presente escrito como complemento de las alegaciones presentadas por VODAFONE en el mismo con fecha 17 de julio de 2002 y en apoyo de la solicitud en estas últimas realizadas de declaración de AMENA como operador dominante en el mercado nacional de la interconexión.

SEGUNDO.- Apertura de procedimiento administrativo. En cumplimiento de lo establecido en el artículo 42.4 de la LRJPC, con fecha 22 de agosto de 2002 se notificó a los interesados que había quedado iniciado el correspondiente procedimiento administrativo, con el número de expediente arriba indicado, 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 AMENA Con fecha 3 de octubre de 2002, D. José Joaquín Mollinedo Chacano, en nombre y representación de AMENA, presentó escrito de alegaciones en el que manifestaba:

- Que el conflicto de interconexión planteado por VODAFONE tiene como verdadero objeto desvirtuar la Resolución de la CMT de 5 de septiembre de 2002, que determina los operadores que tienen la consideración de dominantes. VODAFONE no persigue resolver un verdadero conflicto de interconexión, sino simplemente lograr que un operador no dominante en el mercado de la interconexión reduzca sus precios de interconexión al mismo nivel que los de un operador dominante.

- Que VODAFONE ignora los procedimientos y plazos previstos en el AGI de fecha 20 de noviembre de 1998, así como la obligación de agotar todas las posibilidades de acuerdo entre las partes previa a la intervención de la CMT. En el apartado noveno del AGI se establece *"En el caso de discrepancia entre las partes sobre interpretación, modificación o ejecución del Acuerdo, las mismas se comprometen a emplear sus mejores esfuerzos para su resolución, evitando en la medida de lo posible, recurrir a litigios. En el caso de que fracasasen las iniciativas de resolución en el plazo de un mes desde el inicio de la controversia mencionado, cualquiera de las partes podrá acudir a la Administración competente en esa fecha...".* VODAFONE no respetó tales plazos, puesto que el 1 de agosto remitió a AMENA una carta por la que solicitaba formalmente la aplicación del principio de simetría para los precios de interconexión de terminación en sus redes. De forma inmediata, el 9 de agosto del 2002 VODAFONE solicitó la intervención de la CMT para resolver un supuesto conflicto de interconexión.

- Que la iniciación de este conflicto de interconexión por VODAFONE vulnera los principios de proporcionalidad, buena fe y confianza legítima. VODAFONE está utilizando la vía del conflicto de interconexión de forma instrumental con el fin de tratar de nuevo una cuestión que ya fue debidamente resuelta y motivada por la CMT mediante la Resolución de 5 de septiembre, anteriormente citada. La utilización de la vía del conflicto de interconexión para resolver una cuestión que ha quedado debidamente resuelta y motivada vulneraría el principio de proporcionalidad, que exige que toda medida adoptada por la Administración sea necesaria y adecuada al fin perseguido.

- Que AMENA no tiene posición de dominio desde el punto de vista del derecho de la competencia, tal y como acaba de confirmar la CMT mediante la Resolución de 5 de septiembre de 2002. Por tanto imponer a AMENA la orientación de sus precios a coste equivaldría en la práctica imponer una obligación propia de un operador dominante a una operador que no goza de dicha cualidad. De esta forma AMENA no puede incurrir en conductas abusivas restrictivas de la competencia, puesto que no tiene posición de dominio.

- Que la prueba de ausencia de posición de dominio se materializa en la bajada de los precios de terminación en un 10% ofertada a VODAFONE por carta de 26 de septiembre de 2002. Esta reducción es consecuencia directa de la reducción de precios de terminación de TME y de VODAFONE operada por la CMT en las resoluciones de 11 de julio. Es evidente que AMENA no puede comportarse con independencia en el mercado y que debe reaccionar ante disminuciones de precios por parte de sus competidores, independientemente del origen voluntario o no de las mismas.

- Que un operador no dominante en servicios de telefonía móvil no dispone de independencia de comportamiento en el mercado nacional de interconexión. Dichos mercados están relacionados, por lo que cualquier conducta negativa desarrollada en el mercado de interconexión tendría una repercusión negativa en el mercado de servicios de telefonía móvil.

- Que la relación entre VODAFONE y AMENA nunca se ha regido por el principio de simetría. El AGI de 20 de noviembre de 1998 celebrado entre ambos operadores no prevé ni ha previsto nunca dicho principio, tal y como ha sido confirmado por la CMT en su Resolución de fecha 24 de marzo de 2001. Por otro lado, la obligación legal de orientación a costes a la que VODAFONE está sometido, no puede justificar la aplicación de un principio de simetría en sus relaciones con AMENA.

- Que la obligación de simetría ha sido aplicada con carácter excepcional por la CMT en el mercado de la telefonía fija, y ello por unas circunstancias concretas que en ningún caso concurren en el ámbito de la telefonía móvil.

Por otro lado, la estructura del mercado de telefonía móvil y su regulación no pueden justificar tampoco la existencia del principio de simetría solicitado por VODAFONE. De hecho, la situación de competencia efectiva que existe en el mercado de la telefonía móvil se vería gravemente distorsionada por la imposición por parte de la CMT de una obligación de simetría a AMENA.

– Que no concurren los requisitos necesarios para la adopción de las medidas cautelares solicitadas por VODAFONE, puesto que la medida solicitada no es adecuada ni proporcionada y perjudicaría gravemente intereses de terceros.

Por todo lo anterior AMENA solicitaba de esta Comisión que:

a) Se rechazara de plano el Conflicto de interconexión planteado por VODAFONE con fecha 9 de agosto de 2002, al constituir dicho conflicto un cauce procedimental inadecuado para resolver las cuestiones planteadas por VODAFONE en su escrito.

b) Subsidiariamente se resolviera el citado conflicto mediante Resolución en la que se desestimaran las pretensiones elevadas por VODAFONE en su escrito de 9 de agosto de 2002, en concreto:

   – Se determinara la inexistencia de la obligación de que AMENA modifique el AGI vigente entre ambas compañías así como la inexistencia de la obligación de que AMENA aplique el principio de simetría en los precios de terminación aplicados a VODAFONE.

   – Se determinara la inexistencia de la obligación de que AMENA reduzca sus precios de terminación de llamadas en su red en el mismo porcentaje que ha sido aplicado a los precios de VODAFONE, y

   – Se rechazara la adopción de la medida cautelar solicitada por VODAFONE consistente en la aplicación inmediata del principio de simetría para los servicios de interconexión de terminación que AMENA y VODAFONE se prestan mutuamente.

CUARTO.- Ampliación de interesados en el procedimiento. Con fecha 3 de octubre de 2002 se recibió escrito de María Luisa Rodríguez López, en nombre y representación de TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A. (en adelante TME) en el que solicitaba se parte interesada del expediente en tramitación. Con fecha 10 de octubre de 2002 se remite carta a los interesados comunicándoles la personación en tiempo y forma de TME en este procedimiento por entender tiene intereses legítimos que podrían resultar afectados por la Resolución que ponga fin al mismo.

QUINTO.- Apertura de trámite incidental para declarar la confidencialidad de documentos. Mediante escrito de fecha 16 de octubre de 2002 TME, dado su condición de interesado, solicita acceder al expediente administrativo de

referencia. Con objeto de garantizar el cumplimiento del art. 37 de la Ley 30/1992, se procedió a la apertura de un trámite incidental para valorar la confidencialidad de los documentos aportados a lo largo del procedimiento. Así, se solicitó de los interesados mediante carta de 16 de octubre identificaran, de forma motivada, la parte específica de los documentos presentados que consideraran tenía carácter confidencial. Mediante escrito de fecha 29 de octubre VODAFONE comunica *"la no confidencialidad de la integridad de la información aportada hasta la fecha en el expediente de referencia".* Mediante escrito de la misma fecha, AMENA identifica la parte que considera confidencial de la documentación aportada.

SEXTO.- Declaración de confidencialidad. Mediante escrito de fecha 6 de noviembre de 2002, esta Comisión estimó la pretensión de confidencialidad de AMENA, teniendo en cuenta que era susceptible de revelar secretos comerciales o de estrategia que son dignos de protección. A continuación se comunicó a los interesados dicho extremo reconociendo su derecho de acceso a la documentación adjuntada en el procedimiento de referencia, a excepción de la parte de los documentos declarada confidencial.

SÉPTIMO.- 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.

OCTAVO.- Solicitud de ampliación de 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.

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

- Que en el escrito de 9 de agosto en el que VODAFONE solicitó la intervención de esa Comisión, se señalaba la existencia de un conflicto de interconexión con AMENA en relación con la aplicación del principio de simetría en sus relaciones de interconexión.

- Que la urgencia en solucionarlo no era caprichosa sino que se derivaba directamente de la fecha establecida en la Resolución de 11 de julio como

inicio de la aplicación de los precios transitorios de terminación a los operadores que, como AMENA, lo solicitaran antes de la citada fecha. Por otra parte, de la actuación de AMENA cuando, en un momento anterior, se planteó la aplicación del principio de simetría, resulta evidente que esa compañía no tenía intención alguna de hacerlo efectivo de manera voluntaria.

- Que la Resolución de 5 de septiembre de 2002, únicamente resulta relevante a los efectos de la imposición de obligaciones regulatorias especificas con carácter anterior a la verificación de la existencia de una actuación o de una situación que merma la competencia en el mercado.

- Que los conceptos de dominancia *ex ante* y *ex post* pueden eventualmente coincidir pero son conceptos diferentes e independientes. Así la posición que un operador detente en los mercados especificados en la Ley General de Telecomunicaciones a los efectos de la regulación *ex ante* no prejuzgan ni determinan la posición que ese mismo operador puede detentar en esos mismos mercados o en otros mercados (si de las circunstancias se infiriera la necesidad de definir un mercado relevante diferente) a los efectos de la adopción de medidas correctoras *ex post*. VODAFONE desea reiterar de esta forma que AMENA tiene una posición dominante, cuanto menos, a los efectos de la regulación *ex post.*

- Que el equilibrio negociador entre AMENA y VODAFONE sufrió una ruptura con anterioridad al 11 de julio de 2002, también derivado de una intervención regulatoria. Concretamente relativa a la bajada de tarifas de interconexión realizada en febrero de 2001, que no fue realizada voluntariamente por VODAFONE a AMENA, a diferencia de a los operadores fijos, para los cuales sí se produjo de forma voluntaria. Lejos de ello, VODAFONE trató de renegociar con AMENA la aplicación de una rebaja a los precios de terminación en los dos sentidos, es decir, trató de negociar el mantenimiento de la aplicación del principio de simetría que se venía aplicando en la relación bilateral entre ambos tal y como estaba recogido en el AGI.

- Que AMENA, como consecuencia de lo anterior, planteó conflicto de interconexión ante la Comisión, conflicto en el que se adoptaron medidas cautelares con fecha 22 de febrero de 2001 y sobre el que resolvió definitivamente con fecha 24 de mayo de 2001 obligando a VODAFONE en la primera resolución, y confirmando después, a ofrecer a AMENA los mismos precios de interconexión que había ofrecido voluntariamente a los operadores fijos. Esta fue la primera intervención regulatoria que invirtió el poder de negociación de las partes y no la surgida como consecuencia de la Resolución de 11 de julio.

- Que sobre la oferta realizada por AMENA a través de carta de 26 de septiembre y de aplicación desde el 1 de noviembre VODAFONE desea manifestar que la misma ha sido aceptada y está siendo aplicada desde el 1

de noviembre de 2002, por lo que los efectos de la misma son cuantificables con total exactitud. La reducción global que supone dicha bajada es, en la interconexión con mi representada, de exactamente el 8,76% respecto a la tarifa anteriormente vigente.

- Que la actuación regulatoria sobre los precios de VODAFONE frente a los de AMENA está produciendo un escaso crecimiento en el número de clientes de VODAFONE en el mercado. Igual ocurre en relación con el crecimiento cursado, que fue del 10,48% frente al 65,27% de AMENA

- Que AMENA ha podido recibir menores ingresos directos de clientes ya que los compensa con los mayores ingresos que percibe en interconexión. Es decir, AMENA ya está realizando subsidios cruzados favoreciendo el servicio final de telefonía móvil a costa del servicio de interconexión en cuya prestación es dominante. Y ello porque VODAFONE está subvencionando, a través de la rebaja de sus precios de interconexión, no sólo las mejores ofertas de AMENA sino también la captación de clientes propios de VODAFONE.

- Que no se comparten las afirmaciones sobre la diferente situación que la aplicación del principio de simetría conlleva en redes móviles respecto a redes fijas. La decisión o no de aplicar el principio de simetría implica asumir que los costes internos de un operador alternativo deben equipararse con los de un operador eficiente, independientemente de sus obligaciones de despliegue, ya que, como ya ha sido comentado, estas obligaciones están también presentes en la mayor parte de los operadores fijos (en una cuantía equiparable a la de los móviles para los operadores de cable y los LMDS, y en menor medida también en los titulares de licencias B1). La existencia o no de una OIR resulta por tanto irrelevante, siendo el hecho fundamental la existencia o no de unos precios que en el mercado deben considerarse como referencia al corresponder teóricamente a los de un operador eficiente.

- Que en relación con la comparativa internacional esta Comisión ha utilizado datos que resultan sorprendentes y contradictorios. VODAFONE entiende que para el cálculo de la tarifa media típica resulta crítico el parámetro de distribución de tráfico en franjas horarias, por lo que se entiende que al no disponer de los datos exactos de tal distribución, ha utilizado demasiadas hipótesis que han producido distorsiones en sus conclusiones.

- Que es un error considerar que el reequilibrio económico a la situación aceptada por las partes deba llevarse a cabo mediante el mantenimiento de la diferencia absoluta que existiera en ese momento. Esto daría lugar a que, automáticamente, la diferencia porcentual existente entre las tarifas medias de VODAFONE y AMENA suba hasta un 24,08%, con lo que, lejos de recuperar la situación relativa inicial, ésta se empeora. Así, cualquier propuesta que esta Comisión realice deberá hacerse bajo la imposición de una diferencia porcentual máxima sobre las tarifas medias de VODAFONE.

En cualquier otro caso no se estarán manteniendo las posiciones relativas de las partes, siendo dichas diferencias crecientes en el tiempo, y por tanto inestables y falaces. De perpetuar esta Comisión la situación vigente con anterioridad a 1 de agosto de 2002, estaría aceptando como razonables y proporcionales unas diferencias relativas del 22, 32%, diferencias sustancialmente superiores a las admitidas por cualquier otro regulador europeo que se haya manifestado en esta materia.

Por todo lo anterior se solicitaba de esta Comisión:

1. Declarara anticompetitiva la situación actual recogida en el presente expediente y adoptara las medidas correctoras oportunas, obligando a AMENA a reducir sus precios de interconexión en su relación con VODAFONE mediante:

   - La aplicación del principio de simetría.

   - El reequilibrio económico para restituir la situación a aquella libremente acordada entre las partes a fecha 1 de febrero de 2001.

   - El establecimiento, en consonancia con el entorno europeo y con la posición relativa de cada operador en el mercado móvil, de un porcentaje máximo diferencial de los precios medios de AMENA y VODAFONE que se situara entre un 5% y un 10%.

2. Ordenara a AMENA a aplicar el resultado de la medida correctora que definitivamente se adopte en el presente expediente, desde la fecha de la presentación de la solicitud de VODAFONE, es decir el 9 de agosto de 2002; y obligara a formalizar tal resultado en el correspondiente Addendum al Acuerdo de Interconexión vigente en un plazo máximo de veinte días.

DÉCIMO.- Alegaciones de AMENA Mediante escrito de fecha 19 de noviembre de 2002 AMENA presentó alegaciones, en las 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 VODAFONE 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 VODAFONE 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 VODAFONE 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 VODAFONE, que sí son dominantes en el mercado; (ii) además, lo hace en una situación que no es comparable a la que tenían TME y VODAFONE 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 VODAFONE 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 VODAFONE como consecuencia de la situación actual. La situación actual de AMENA no es equiparable a la de TME y VODAFONE 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 VODAFONE 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 VODAFONE, 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 VODAFONE, 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 VODAFONE.

- 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 de esta Comisión:

1. Se inadmita a trámite el Conflicto de Interconexión planteado por VODAFONE ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones con fecha de 9 de agosto 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 VODAFONE en su escrito de fecha 9 de agosto 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 VODAFONE 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 27 de julio de 2000, por la que se declara a VODAFONE 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 VODAFONE hace efectiva dicha obligación de orientar a costes, y,

– La determinación del diferencial de ingresos extraordinarios presumiblemente obtenido por VODAFONE en el período comprendido entre las fechas 1 de agosto y 1 de noviembre de 2002, como consecuencia de no haber aplicado VODAFONE el 17,13% de reducción en los precios de interconexión ofrecidos a TESAU y a TME, 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.

UNDÉCIMO.- Alegaciones de TELEFÓNICA MÓVILES, S.A. TME no ha presentado alegaciones al trámite de audiencia en el presente procedimiento.

DUODÉCIMO.- Requerimientos de información a los operadores.
Con fecha 29 de noviembre el Presidente de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones formula requerimiento de información a los operadores en conflicto solicitando determinada información relativa a los ingresos y tráfico de interconexión de terminación entre las redes móviles 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 (en adelante RIN), 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 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 un conflicto de interconexión.

Las consecuencias que se dimanan de esta calificación del expediente 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, 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 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 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, 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 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 final 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.[1]

CUARTO.- CONFLICTO EXISTENTE ENTRE LAS PARTES.

Tal como se describe en el hecho primero de esta resolución el conflicto substanciado por VODAFONE respecto de AMENA tiene por objeto el que por esta CMT se inste a AMENA a modificar el AGI vigente entre las partes y a aplicar el principio de simetría de los precios de terminación en sus respectivas redes, con efectos desde el día de la presentación del escrito. Subsidiariamente, se pide que la CMT determine los precios que AMENA debe ofrecer a VODAFONE, desde la fecha de presentación del escrito, para el servicio de terminación de llamadas en su red, en cumplimiento de sus obligaciones de facilitar *"la interconexión en condiciones no discriminatorias, transparentes, proporcionales y basadas en criterios objetivos",* reduciendo los mismos, como mínimo, en el mismo porcentaje que ha sido aplicado a los precios de VODAFONE, de manera que éstos garanticen el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado de los servicios móviles.
En consecuencia, 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. VODAFONE considera que ese acuerdo se rige por el principio de simetría en lo concerniente a los precios de

[1] 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".

interconexión. Afirma que ese principio ha sido transgredido como consecuencia de sucesivas rebajas en los precios de terminación en la red de VODAFONE derivadas de decisiones regulatorias, por lo que debe corregirse el desequilibrio resultante mediante la recuperación de precios simétricos en la terminación de las redes respectivas.

AMENA, por su parte, no acepta esa supuesta simetría y se opone a la pretensión de VODAFONE, no obstante lo cual ha ofrecido a esta operadora una rebaja de un 10% en los precios de interconexión que actualmente percibe.

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 20 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, cuyo acuerdo será elevado al órgano competente de la Administración para su conocimiento".

El Acuerdo añade que "estas tarifas se recogen en el Anexo 3 y serán susceptibles de ser revisadas anualmente a partir de la firma del presente contrato de interconexión, sin perjuicio de que puedan existir revisiones adicionales a voluntad y mediante acuerdo expreso de ambas partes"

El Anexo 3 al que hace mención el párrafo anterior contiene una definición del servicio de terminación respecto de ambas redes, una referencia a que las llamadas se valorarán por minutos redondeados por exceso, a las franjas horarias y a las tarifas, disponiéndose que la tarifa aplicada será:

- En horario normal: 41 pts/minuto o fracción

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

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 la misma definición del servicio, franjas horarias y manera de valorar las llamadas. 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 2.3 del Anexo 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 21 de enero de 1999 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 excepción única a esta identidad en los precios puede mencionarse el Acuerdo de 1 de agosto de 2001 en el que se fijan precios diferentes para el servicio de terminación de mensajes cortos (10 pts/mensaje corto en el caso de terminación en VODAFONE; 11 PTS/mensaje corto si se termina 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 VODAFONE:

- Modificación con efectos 1 de febrero 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.

- 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 VODAFONE 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 VODAFONE 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 VODAFONE, por otra parte, haya aceptado la propuesta unilateral de AMENA de reducir un 10% los precios del servicio de terminación en su red.

Finalmente, debe hacerse mención a otra modificación importante de los AGIS, acordada de mutuo acuerdo entre las partes, con efectos de 1 de septiembre de 2001, cual es la modificación de las bandas horarias aplicables a la terminación en la red de AIRTEL, que rompe el principio de identidad en este aspecto contenido originalmente en el AGI. Tras esta modificación, se amplia el horario reducido a los sábados por la mañana y los viernes de 20 a 22 horas.

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 VODAFONE 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 1 de febrero de 2001, VODAFONE 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, VODAFONE 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 VODAFONE.

A continuación se analizará el impacto de los hechos anteriormente relacionados sobre los precios de AMENA y VODAFONE

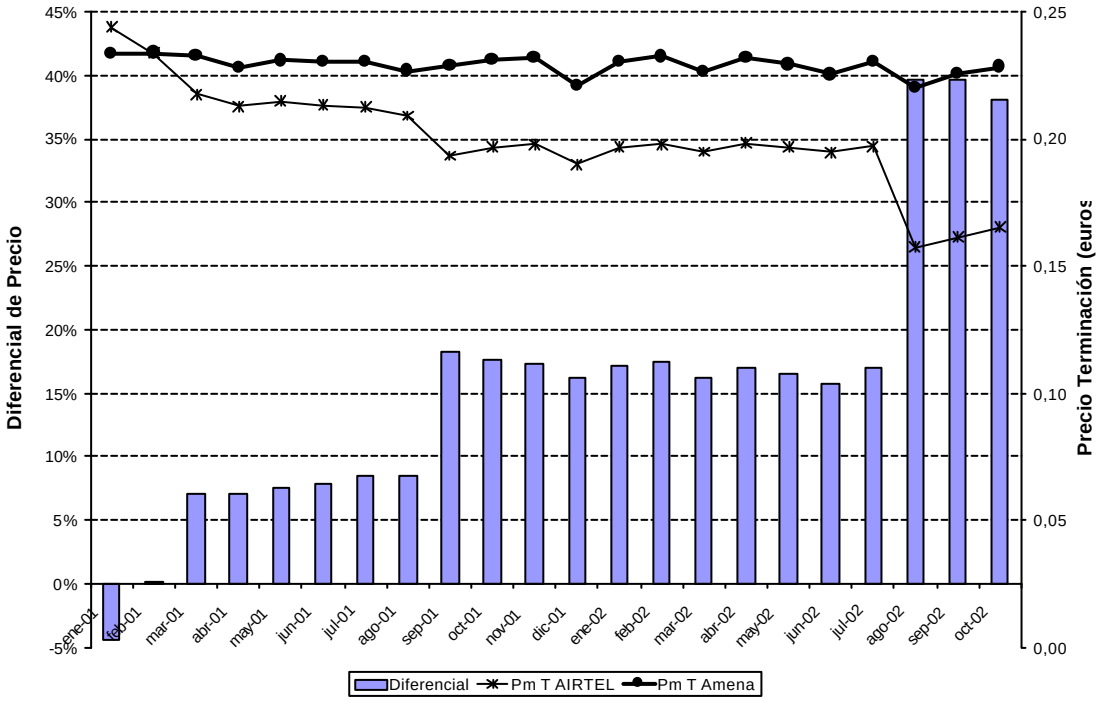
En la siguiente tabla se exponen las modificaciones de los precios nominales del servicio de terminación en el periodo analizado:

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*	
	Airtel	Retevisión Móvil	*Airtel*	Retevisión Móvil	*Airtel*	Retevisión Móvil	*Airtel*	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 VODAFONE, 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:

Evolución Precios Terminación



Como se puede apreciar en el gráfico anterior, la reducción de precios de terminación de VODAFONE 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 VODAFONE 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 VODAFONE y AMENA contempla en la cláusula 13.2 la posibilidad de revisar el acuerdo, incluyendo por ello también los precios, si bien indica que se habrá de proceder de mutua conformidad entre los firmantes. No está previsto la revisión unilateral, aunque sea por causas tasadas.

En otro tipo de acuerdos de interconexión es habitual introducir una cláusula de revisión cuando acontezcan situaciones extraordinarias o imprevistas como cambios normativos o decisiones o resoluciones administrativas con impacto en los términos acordados. En estos casos se permite instar la revisión para acomodar el acuerdo a las situaciones originalmente no contempladas.

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 según la jurisprudencia:

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 VODAFONE

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 negativo 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 tres millones de euros (según acta de consolidación aportada por AIRTEL en el último requerimiento de información y firmada por ambos operadores). 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 declaración de dominancia de AIRTEL 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% como

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 de AIRTEL, se encuentra la identidad de precios que se reclama en invocación del principio de simetría, 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 un 16,43% (los cálculos respecto de esta cifra y las que a continuación se recogen se adjuntan como Anexo I) , 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 VODAFONE 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 VODAFONE a la medida regulatoria adoptada en aquel momento por la Comisión consistente como es conocido en obligar a VODAFONE 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 14,89% que dejaría el saldo entre operadores y el precio medio resultante en los niveles anteriores al 1 de agosto de 2002 (los cálculos se acompañan como Anexo CONFIDENCIAL).

Las razones por las que se rechaza la pretensión de AIRTEL de mantener un diferencial en precios relativos o porcentuales, que supondrían una reducción en el precio medio de AMENA de un 17,43 % 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 VODAFONE 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 VODAFONE o la de AMENA, no obstante las rebajas en los precios de interconexión respecto de VODAFONE, 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 VODAFONE 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, VODAFONE 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 VODAFONE no había sido declarada operadora dominante en el mercado nacional de interconexión, (extremo que tuvo lugar por la Resolución de 27 de julio 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 VODAFONE, 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 VODAFONE 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 VODAFONE, 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 VODAFONE que en todo momento abogan por mantener el principio de simetría 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.

Sobre este asunto volveremos más adelante al contestar las alegaciones sobre la aplicación en el presente conflicto del principio de simetría en los precios entre ambas redes. Baste ahora con decir que esta Comisión ha considerado en el presente conflicto esta diferente posición reglamentaria para admitir precios no idénticos en la terminación entre ambas redes, frente a lo solicitado por VODAFONE.

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[2], 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[3], indica que se

[2] 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).
[3] 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.

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 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 VODAFONE, como hemos señalado , fue declarada operadora dominante en el mercado de interconexión por resolución de 27 de julio 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 VODAFONE solicita en su escrito, dado que ha alegado que de aprobarse dichas reducciones será expulsado del mercado.

a.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 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 VODAFONE 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.

a.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 VODAFONE a finales del año 2000.

a.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 VODAFONE no sería una medida proporcionada, dadas las diferentes condiciones del tercer operador. Por otra parte, dado el volumen de los saldos favorables a AMENA, mes a mes, en las facturas de interconexión desde marzo 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 simetría 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 VODAFONE 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 de un millón 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 VODAFONE. Parece previsible considerar que si esta situación se diera no se alcanzaría un acuerdo que permitiera a AMENA fijar libremente sus precios mientras VODAFONE 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 VODAFONE, 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.

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 VODAFONE 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 (VODAFONE) 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[4], 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.

[4] 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.

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.

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 VODAFONE 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[5].

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,

[5] 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.

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 VODAFONE era desconocida por la operadora.

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 VODAFONE, 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 VODAFONE como resultado de no hacer efectiva su obligación de orientar sus precios de interconexión a costes en el periodo que media entre la Resolución por la que se le declara 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 VODAFONE hace efectiva dicha obligación de orientar a costes.

- La determinación del diferencial de ingresos extraordinarios presumiblemente obtenido por VODAFONE 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 TME, 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 VODAFONE 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 VODAFONE

B-1) La principal alegación de VODAFONE ha consistido en invocar el principio de simetría en los precios de interconexión de ambos operadores, que estima resulta del AGI en su redacción original.

En principio debe rechazarse la aplicación de este principio por cuanto con independencia de la interpretación que pueda hacerse de las pretensiones originales de las partes (esto es, si del precio idéntico que indudablemente acordaron se desprende un principio de simetría), posteriormente, en especial después de la resolución de esta CMT que acordó imponer a VODAFONE una obligación de reducir sus precios de interconexión a AMENA con efectos de febrero de 2001, aquella operadora ha aceptado implícitamente la ruptura de ese hipotético principio, en la medida en que ha tolerado pacíficamente durante más de un año que AMENA tuviera precios diferentes de interconexión diferentes a los suyos propios.

Sin perjuicio de lo anterior, y más allá de esta evidencia fáctica, pretende que la CMT con ocasión del conflicto siente un principio general de simetría en las relaciones de interconexión de los operadores móviles, a la manera en la que hoy se constituyen las relaciones de interconexión de los operadores fijos.

Sobre esta alegación no resulta de aplicación el razonamiento que esgrime VODAFONE en el sentido de aplicar el principio de precios de interconexión referenciados a OIR establecido por esta Comisión para las redes de telefonía fija, según la Resolución de 13 de septiembre de 2001[6].

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

[6] 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.

Referencia (OIR), todos los operadores que ofrecen servicios de telefonía fija tienen la posibilidad de tomar sus decisiones empresariales de invertir o de 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 VODAFONE cuando afirma que *"la aplicación del principio de precios refereciados 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.

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 sólos 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 VODAFONE 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 VODAFONE y amena que debe resolver la CMT.

El conflicto de interconexión lo ha planteado VODAFONE 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 VODAFONE a petición de los demás operadores a partir del 1 de agosto de 2002.

Indica ahora VODAFONE 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 VODAFONE 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 VODAFONE 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 VODAFONE y AMENA debe establecerse en términos porcentuales y no en euros.

Las razones aducidas por VODAFONE 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: VODAFONE 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 VODAFONE 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 VODAFONE 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 VODAFONE no conlleva necesariamente una reducción proporcional en todos y cada uno de los costes en los que VODAFONE 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 VODAFONE 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 VODAFONE, 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.

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 VODAFONE una reducción en sus precios que suponga como media un 14,89 % en los términos descritos en el Anexo.

SEGUNDO. AMENA podrá ofrecer, o VODAFONE 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.

COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, 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