



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON JAIME VELÁZQUEZ VIOQUE, 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 43/03 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 20 de noviembre de 2003, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE EL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR VODAFONE ESPAÑA, S.A. CONTRA LA RESOLUCIÓN DE ESTA COMISIÓN, DE FECHA 2 DE OCTUBRE DE 2003, RELATIVA A LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES TENDENTES A FIJAR PRECIOS DE INTERCONEXIÓN DE VODAFONE ESPAÑA, S.A. ORIENTADOS A COSTES (MTZ 2003/1357).

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por VODAFONE ESPAÑA, S.A. contra la Resolución de esta Comisión de fecha 2 de octubre de 2003, sobre la adopción de medidas cautelares tendentes a fijar precios de interconexión, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, ha adoptado, en su sesión núm. 43/03, la siguiente Resolución:

Resolución de 20 de noviembre de 2003, recaída en el expediente AJ 2003/1441.

HECHOS

PRIMERO.- En el marco del expediente MTZ 2003/1357, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó, en su sesión de fecha 2 de octubre de 2003, la adopción de medidas cautelares tendentes a fijar precios de interconexión orientados a costes de VODAFONE ESPAÑA, S.A.

En concreto, la citada Resolución manifiesta en su parte dispositiva lo siguiente:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“Primero.- Fijar los siguientes precios del servicio de interconexión de terminación de Vodafone España, S.A.:

- Horario Normal (de lunes a viernes, de ocho a veinte horas): 0,159802 euros/minuto, facturándose un minuto de conversación completo para duraciones iguales o inferiores al minuto y efectuándose el cómputo en segundos para duraciones superiores.

- Horario Reducido (de lunes a viernes, de veinte a ocho horas; sábados, domingos y festivos de ámbito nacional, durante todo el día): 0,088007 euros/minuto, facturándose un minuto de conversación completo para duraciones iguales o inferiores al minuto y efectuándose el cómputo en segundos para duraciones superiores.

Segundo.- La modificación económica fijada en el punto dispositivo anterior, modificará los Acuerdos Generales de Interconexión o Addenda entre Vodafone España, S.A. y otros operadores a partir del día siguiente a la notificación de la solicitud escrita de estos a Vodafone España, S.A.

Ambas partes se obligan a formalizar por escrito la modificación de los Acuerdos o Addenda afectados en el plazo de cinco días desde la fecha de recepción de la solicitud efectuada por el operador interconectado a Vodafone España, S.A.”

SEGUNDO.- Con fecha 8 de octubre de 2003, ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión, escrito de VODAFONE ESPAÑA, S.A. (en adelante Vodafone) en virtud del cual se interpone recurso de reposición parcial contra la Resolución de la Comisión mencionada anteriormente.

La entidad recurrente solicita en su escrito que por esta Comisión se modifique la Resolución recurrida de manera que las medidas cautelares ordenadas en la misma únicamente resulten de aplicación a aquellos operadores fijos que así lo soliciten. A tal efecto, presenta como único motivo de impugnación el que *“no concurren los requisitos necesarios para adoptar las medidas cautelares contenidas en la Resolución de 2 de octubre de 2003, y la aplicación de las mismas a los operadores móviles sería contraria al objetivo declarado de garantizar “la competencia efectiva en el mercado”.*

Básicamente, los argumentos en los que se basa el único motivo del recurso señalado anteriormente son los que se exponen a continuación:

Por un lado, se alega que no concurren los requisitos necesarios para adoptar la citada medida cautelar, cuestionándose la justificación de la urgencia y la necesidad dada para su adopción por esta Comisión, a los efectos de su aplicabilidad exclusiva a los operadores fijos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A juicio de la recurrente, el requisito de la necesidad y la urgencia empleado para adoptar la medida cautelar tan sólo se justifica en la Resolución respecto a la inminente adaptación al régimen del Price Cap que Telefónica de España S.A.U. (en adelante TESAU) debe hacer antes del 1 de noviembre del presente año.

Así, y dado el argumento empleado en la Resolución recurrida, Vodafone considera que la referida medida cautelar únicamente estaría justificada para dicha operadora o para sus competidores directos, pues estos operadores fijos son los únicos que ofrecen el servicio de llamadas fijo a móvil. De este modo, Vodafone expone que los operadores que no compiten con TESAU y que no se ven afectados, ni directa ni indirectamente, por el régimen del Price Cap, esto es, los operadores móviles, no se deben ver afectados por la medida cautelar.

Por otra parte, también invoca como motivo para reponer la medida cautelar la existencia de perjuicios económicos para Vodafone por la aplicación de la resolución a todos los operadores móviles.

Tal y como expone la recurrente en su escrito, la Comisión ha extendido la aplicación de la medida cautelar ahora recurrida a los operadores móviles en el entendimiento de que no tendría trascendencia económica para los mismos al haberse adoptado otras medidas cautelares similares, en concreto, TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A. debe hacer una reducción de un 7% en sus precios de terminación (según Resolución de medida cautelar de 2 de octubre de 2003, recaída en el expediente MTZ 2003/1356), y RETEVISIÓN MÓVIL, S.A. (en adelante Amena) debe aplicar una reducción del 12% en sus precios de terminación (Resolución de 2 de octubre de 2003, recaída en el expediente MTZ 2003/1386).

Vodafone alega que la aplicación a Amena de las tarifas ordenadas por la Comisión, en combinación con la aplicación por parte de Amena a Vodafone de las tarifas ordenadas en el citado expediente MTZ 2003/1386, supone que la recurrente ve incrementada la vigente diferencia entre las tarifas de interconexión de ambos operadores, existiendo un impacto negativo en el balance neto de interconexión entre ambos operadores (tanto en términos relativos como absolutos) y aumentando la subvención cruzada a otros servicios que Amena puede realizar con estos ingresos extras.

Para explicar el efecto desfavorable que produce la aplicación conjunta de tales medidas cautelares, la recurrente aclara que los precios de terminación sobre los que debe aplicarse la bajada de precios ordenada cautelarmente a Amena son más elevados que los aplicados actualmente en el conflicto de interconexión entre Vodafone y Amena en el expediente RO 2002/7397.

Vodafone presenta la siguiente tabla comparativa:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

	Situación actual	Efecto combinado de ambas cautelares 2-10-03
Tarifa interconexión Amena (desde Vodafone)	19,559 ¹	19,614 ²
Tarifa interconexión Vodafone	16,142 ³	15,012 ²
Diferencial a favor de Amena	3,417	4,602
	21,2%	30,7%

Así, tomando la distribución pico/valle de Amena de un 78%/22% y sus precios medios, el efecto combinado de las citadas Resoluciones de 2 de octubre de 2003 llevaría a un aumento del diferencial desde 3,417 a 4,602 céntimos de euro/minuto, es decir, unos 1,2 cent€/minuto.

Vodafone considera que parte de este efecto podría compensarse modificando la distribución del tráfico intercambiado por Amena con Vodafone (en la medida cautelar 78%/22%), por no ajustarse a la real entre los dos operadores móviles. Asimismo, señala la dificultad para realizar tal hipótesis, dado que las franjas horarias aplicadas por Amena no coinciden con las analizadas.

Por último, se alega por la entidad recurrente que, en definitiva, la medida cautelar adoptada sería contraria al objetivo de garantizar *“la competencia efectiva en el mercado”*, ya que situaría a Vodafone en una posición de desventaja competitiva frente a Amena respecto a la que ostentaba con anterioridad a la declaración de dominancia de Amena.

TERCERO.- Mediante escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 2 de septiembre de 2002, se cumplió el trámite de información a la recurrente previsto en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

Asimismo, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 112.2 de la LRJPAC, mediante sendos escritos del Secretario de esta Comisión de fechas 10 de octubre de 2003 se dio traslado del recurso de reposición interpuesto a los mismos interesados que en el expediente de origen (MTZ 2003/1357) para que alegasen lo que estimasen conveniente.

¹ Cálculo con Resolución CMT 12-12-2002 RO 2002/7397: Tarifa Media de Vodafone + 3,417 Euros.

² Cálculo con suposiciones de la Resol recurrida: duración media de 100 segundos y ponderador 0,78/0,22

³ Cálculo con suposiciones de la Orden Ministerial de 18-5-1998: duración media de 100 segundos y ponderador 0,59/0,41



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

CUARTO.- Con fecha 4 de noviembre de 2003, previa petición de ampliación del plazo inicialmente concedido, la entidad Amena presentó escrito de alegaciones oponiéndose a los motivos de impugnación formulados por la recurrente, solicitando la desestimación del recurso de reposición interpuesto.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación.

El artículo 107 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones, entre otros actos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

El recurrente califica expresamente su escrito como recurso de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, que prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado, calificar el escrito presentado como un recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución de esta Comisión de fecha 2 de octubre de 2003.

SEGUNDO.- Competencia y plazo para resolver.

De conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, la competencia para resolver el presente recurso corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

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

TERCERO.- Admisión a trámite.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El recurso de reposición ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC.

No obstante, y de acuerdo con el propio escrito de interposición del recurso, el mismo será admitido a trámite parcialmente puesto que se solicita la modificación de la Resolución de fecha de fecha 2 de octubre de 2003 de manera que las medidas cautelares resulten de aplicación a aquellos operadores fijos que así lo soliciten.

B. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

1º - Respecto a que en la medida cautelar impugnada no concurren los elementos necesarios para su adopción respecto a los operadores móviles.

Con carácter previo, es preciso aclarar que la entidad recurrente limita este motivo de oposición (la ausencia de los requisitos de necesidad y urgencia de la medida) en relación con su aplicación a los operadores de telefonía móvil, no respecto de los operadores de telefonía fija, por considerar que el fundamento exclusivo de la medida cautelar adoptada se halla en la inmediata necesidad de TESAU de adaptación al régimen de Price Cup.

En este sentido, entiende Vodafone que la medida cautelar únicamente estaría justificada para TESAU o para sus competidores directos, pues los operadores de telefonía fija son los únicos que ofrecen el servicio de llamadas fijo a móvil, pero, en ningún caso, para los operadores de telefonía móvil.

Sin embargo, frente a la alegación de Vodafone sobre el único fundamento de la medida cautelar en el Price Cup de TESAU, es necesario reiterar que tal fundamento presenta un carácter secundario o subordinado al que motiva, *prima facie*, la adopción de la medida cautelar, cual es la necesidad, en beneficio de la competencia, de no dilatar en el tiempo la orientación a costes de los precios de interconexión de Vodafone, una vez identificada la diferencia existente entre el coste real y el precio aplicado así como la prolongación de tal discrepancia en el tiempo.

Efectivamente, la resolución impugnada en reposición afirma rotundamente:

“Ahora bien, una vez identificada la diferencia entre el precio aplicado y el coste real, tal y como refleja la Resolución de 26 de junio de 2003, y teniendo en cuenta el período de tiempo en el que los precios aplicados han venido siendo superiores a los costes (durante el año 2002 y lo transcurrido del 2003), y dado que esta Comisión tiene obligación de salvaguardar la libre competencia en el mercado, se hace necesario establecer una reducción de los precios de terminación de Vodafone con la mayor brevedad y eficacia posible.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como el plazo desde que se inicia el expediente MTZ 2003/1357 hasta que recaer resolución definitiva sobre él puede dilatarse en el tiempo, es totalmente necesario aprobar la presente medida cautelar para evitar que la situación de falta de orientación a costes de los precios de interconexión se postergue más en el tiempo.”

A estos efectos, no cabe desconocer la naturaleza del procedimiento en cuyo seno se adopta la medida cautelar. Tal como se recoge en los Fundamentos de Derecho de la Resolución impugnada, su adopción por la Comisión obedece al estricto ejercicio de las competencias atribuidas para, por un lado, fijar los precios máximos de interconexión, pudiendo exigir a los operadores que tengan la consideración de dominantes que justifiquen plenamente los precios de interconexión que apliquen y, por otro lado, adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la libre competencia en el mercado.

Tampoco cabe afirmar que la resolución impugnada menoscabe la competencia. Precisamente, la fijación de precios de interconexión orientados a costes a los operadores declarados dominantes en el mercado de referencia es una de las medidas más características que esta Comisión puede adoptar para asegurar una competencia efectiva en los mercados.

Así, por Resolución de 27 de julio de 2000, esta Comisión declaró a Vodafone operador dominante en el mercado de telefonía móvil y, mediante Resolución de 4 de octubre de 2001, al tiempo que se mantenía su declaración de dominancia en el mercado de telefonía móvil, se declaró su dominancia en el mercado nacional del servicio de interconexión. Dicha declaración de dominancia ha sido reiterada en las sucesivas declaraciones anuales, mediante Resoluciones de 5 de septiembre de 2002 y de 11 de septiembre de 2003.

De esta manera, Vodafone está sujeto a las disposiciones sobre operadores dominantes previstas en la legislación sectorial: En primer lugar, Vodafone ha de facilitar la interconexión en condiciones no discriminatorias (artículo 9.1 del Reglamento de Interconexión, en relación con el artículo 10 del mismo texto reglamentario); en segundo lugar, Vodafone ha de atenerse a los principios de transparencia y orientación a costes en la fijación de sus precios de interconexión (artículo 9.6 del Reglamento de Interconexión).

Una vez verificados definitivamente los costes de los servicios de interconexión de Vodafone por Resolución de 26 de junio de 2003, y teniendo en cuenta la diferencia existente respecto a los fijados transitoriamente por la Resolución de 11 de julio de 2002⁴, resultaba urgente y necesario ajustar estos precios para orientarlos a los costes verificados.

⁴ Horario Normal: de lunes a viernes, de ocho a veinte horas: 0,171830 euros/minuto, facturándose un minuto de conversación completo para duraciones iguales o inferiores al minuto y efectuándose el cómputo en segundos para duraciones superiores.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por tanto, la adopción urgente de la medida cautelar impugnada en reposición es el instrumento preciso para asegurar el mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados y el desarrollo del mercado interior, además de redundar en beneficio de los usuarios.

Y si la adopción de la medida cautelar tiene también su reflejo en TESAU, operador que, por su consideración de operador dominante en los mercados de telefonía fija y nacional de interconexión, tiene establecido un régimen regulado de precios minoristas (la Orden de 10 de mayo de 2002), ello no obsta al fundamento prima facie de la Resolución, respecto al cual tiene un claro matiz subordinado.

Carente de fundamento el argumento básico invocado sobre la inexistencia de los presupuestos precisos para la adopción de la resolución impugnada, y su consiguiente aplicación a los operadores de telefonía móvil, decaen igualmente los razonamientos subordinados.

2º - Sobre los supuestos perjuicios que puede ocasionar la medida cautelar impugnada a Vodafone.

En cuanto a los eventuales perjuicios que le pudiera causar a Vodafone la adopción de la medida cautelar impugnada, es preciso tener en cuenta que la adopción de la medida cautelar implica siempre la adecuada ponderación, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, entre el fin que pretende conseguir y los eventuales perjuicios que su adopción pueda ocasionar.

A este respecto, es necesario partir de que la resolución impugnada no impone a Vodafone la asunción de un perjuicio o gravamen específico o adicional, sino que se limita a fijar, cautelarmente, unos precios de interconexión de terminación en su red orientados a costes, obligación que la Ley impone a Vodafone en su condición de operador dominante en los mercados de telefonía móvil y nacional de interconexión.

Como se ha expuesto, la fijación de los precios de terminación en función de los costes reales constituye, conforme a la legislación aplicable, uno de los instrumentos fundamentales para propiciar la efectiva competencia en el mercado de los servicios de telecomunicaciones, y satisface claramente el interés general subyacente en dicha finalidad.

Horario Reducido: de lunes a viernes, de veinte a ocho horas; sábados, domingos y festivos de ámbito nacional, durante todo el día: 0,094631 euros/minuto, facturándose un minuto de conversación completo para duraciones iguales o inferiores al minuto y efectuándose el cómputo en segundos para duraciones superiores.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Frente a ello, Vodafone invoca que la resolución impugnada le ocasiona perjuicios económicos respecto a su posición anterior a su adopción. No obstante, los argumentos ofrecidos por la entidad recurrente no pueden aceptarse sin contraste.

Efectivamente, en la Resolución de esta Comisión de 12 de diciembre de 2002 se obliga a Amena a ofrecer a Vodafone una reducción media en sus precios de terminación de llamadas en su red provenientes de la red de Vodafone de un 14,26%. Como resultado de dicha Resolución, Amena ha mantenido las siguientes tarifas de terminación desde la red de Vodafone a partir del 24 de diciembre de 2002:

Sin embargo, de acuerdo con la Resolución de esta Comisión de 16 de octubre de 2003, las referidas tarifas se corresponden a una reducción de un 12,78% y no del 14,26% establecido, por lo que debe procederse a una regularización de los pagos realizados desde la entrada en vigor de dichas tarifas.

Por tanto, para conocer la realidad del perjuicio invocado por Vodafone, sería preciso disponer de nuevos datos e informaciones correspondientes a las anteriores consideraciones, que acreditasen la realidad del perjuicio económico de Vodafone bien porque tuviese que abonar, por la terminación en la red de Amena, un precio superior al que venía satisfaciendo con anterioridad a la adopción de la medida cautelar, bien porque experimente un perjuicio en sus ingresos y pagos con Amena como consecuencia de la aplicación combinada de las diferentes medidas cautelares adoptadas en fecha 2 de octubre y, en este segundo caso, no por la simple comparación de la aplicación recíproca de los respectivos porcentajes de rebaja en sus precios de interconexión sino por la efectiva plasmación de dichos porcentajes en un perjuicio económico real.

No concurren, pues, elementos de juicio suficientes para apreciar la existencia de un perjuicio económico para Vodafone derivado de la Resolución impugnada que desvirtúe el interés general al que la medida cautelar adoptada pretende servir y, por tanto, que justificase su reposición.

En virtud de lo expuesto, y vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Desestimar el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad VODAFONE ESPAÑA, S.A. contra la Resolución de esta Comisión de fecha 2 de octubre de 2003, sobre la adopción de medidas cautelares tendentes a fijar



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

precios de interconexión de VODAFONE ESPAÑA, S.A. orientados a costes (MTZ 2003/1357), por estar plenamente ajustada a Derecho.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

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

EL SECRETARIO

Jaime Velázquez Vioque

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Carlos Bustelo García del Real