



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON JAIME VELAZQUEZ 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 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 15 de abril de 2004, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LAS ENTIDADES UN2 TELECOMUNICACIONES, S.A.U., TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. Y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 18 DE DICIEMBRE DE 2003 POR LA QUE SE FIJAN LOS PRECIOS DE INTERCONEXIÓN DE TERMINACIÓN EN LA RED DE TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. (MTZ 2003/1356).

En relación con los recursos de reposición interpuestos por las citadas entidades contra la Resolución de fecha 18 de diciembre de 2003 sobre la fijación de los precios de interconexión de terminación en la red del citado operador móvil (MTZ 2003/1356), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 13/04 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 15 abril de 2004, recaída en el expediente AJ 2004/242.

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 26 de junio de 2003 se aprobó la Resolución sobre la verificación de los resultados de la contabilidad de costes presentados por la entidad Telefónica Móviles España, S.A.U. referidos a los ejercicios 2000 y 2001.

SEGUNDO.- Tramitado el oportuno procedimiento al efecto, el día 13 de noviembre de 2003 esta Comisión resolvió sobre la declaración de confidencialidad de la Resolución sobre la verificación de los resultados de la contabilidad de costes presentados por la entidad referidos a los ejercicios 2000 y 2001 mencionada anteriormente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TERCERO.- Con fecha 18 de diciembre de 2003, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó Resolución por la que se fijaban los precios de interconexión de terminación en la red de la empresa Telefónica Móviles España, S.A.U. (MTZ 2003/1356).

En la parte dispositiva de la mencionada Resolución se estableció lo siguiente:

***"Primero.-** Fijar el precio medio máximo del servicio de interconexión de terminación de voz de Telefónica Móviles España, S.A. en 0,145238 euros/minuto a partir del 31 de enero de 2004, calculando este precio medio conforme a los ponderadores establecidos en el Anexo II y teniendo en cuenta que los precios nominales aplicados en cada franja horaria deben ser en función de los costes de dicha franja horaria.*

Hasta el 31 de enero de 2004, seguirá vigente lo dispuesto en la medida cautelar adoptada en el presente procedimiento el 2 octubre de 2003.

***Segundo.-** Telefónica Móviles España, S.A. habrá de aplicar las mismas franjas horarias y los mismos precios nominales en cada una de ellas en la prestación de su servicio de interconexión de terminación de voz a todos los operadores interconectados.*

***Tercero.-** Los precios nominales y las franjas horarias establecidas en el Anexo II que dan lugar a través de la aplicación de los ponderadores al precio medio máximo fijado para el servicio de interconexión de terminación de voz, deberán ser ofrecidos por Telefónica Móviles España, S.A. a todos los operadores interconectados a partir del 31 de enero de 2004.*

Los nuevos precios de interconexión de terminación en la red de Telefónica Móviles España, S.A. modificarán los Acuerdos Generales o Addenda vigentes entre Telefónica Móviles España, S.A. y otros operadores, previa solicitud escrita de éstos a Telefónica Móviles España, S.A. La modificación entrará en vigor desde la fecha de notificación de la solicitud y, en el plazo de cinco días laborables a contar desde la notificación a Telefónica Móviles España, S.A., esta entidad y el operador solicitante formalizarán por escrito el texto que corresponda con el objeto de la aceptación.

***Cuarto.-** Telefónica Móviles España, S.A. no podrá modificar las franjas horarias y los precios nominales recogidos en el Anexo II sin la previa aprobación y, en su caso, recálculo de los ponderadores por parte de esta Comisión, siguiendo el mecanismo y los plazos generales establecidos en la normativa vigente."*

CUARTO.- Con fecha 21 de enero de 2004 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito de UNI2 Telecomunicaciones S.A.U. (en adelante UNI2) en virtud del cual interpone recurso de reposición contra la citada Resolución de fecha 18 de diciembre de 2003.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La entidad solicitante muestra su disconformidad con la Resolución impugnada con base en los siguientes motivos:

1º.- Sobre la indefensión causada al recurrente y la falta de motivación de la Resolución recurrida.

UNI2 considera que el expediente del que trae causa el presente recurso ha incurrido en graves defectos de forma que le han causado indefensión, habiendo incurrido también esta Comisión en cierta inactividad para la fijación de los precios de terminación en función de los costes.

La entidad recurrente alega que no se dio contestación formal alguna a su solicitud de acceso a la información contenida en la Resolución de 26 de junio de 2003, sobre la verificación de la contabilidad de costes, procediendo a dar publicidad de parte del contenido a través de la página web de la Comisión. De esta manera, se ha incumplido el artículo 14.6 del Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Interconexión, Acceso a redes públicas y Numeración, que obliga a la Comisión a poner a disposición de las partes interesadas, previa solicitud, una descripción de los sistemas de contabilidad de costes aprobados y la información sobre los costes de cada ejercicio, presentada por los operadores obligados.

En concreto, UNI2 alega que esta Comisión no ha puesto a disposición de este operador el coste por minuto del servicio de terminación y que UNI2 desconoce los costes totales y el margen entre ingresos y costes. Por todo ello, UNI2 expone que se ha generado una situación de indefensión al no poder constatar el cumplimiento de la obligación de orientar en función de los costes, siendo incapaz de valorar el efecto de la medida propuesta y alegar de forma completa sobre la misma.

Sostiene la recurrente que, al establecerse por la Comisión un precio medio de terminación en función de unos ponderadores declarados confidenciales, se impide a UNI2 conocer si dicho precio supone una reducción, una ampliación o simplemente el mantenimiento de los precios vigentes con anterioridad al 31 de enero de 2004 y ello hace que se adolezca de falta de transparencia y genera indefensión.

Por otra parte, se alega por UNI2 la falta de motivación de la Resolución impugnada, al no justificarse la cuantía de la divergencia entre los precios orientados a costes definidos en las Resoluciones de 18 de diciembre de 2003 y los costes determinados en las Resoluciones de 26 de junio de 2003.

A juicio de UNI2, en la Resolución impugnada no se justifica la imposición del precio recogido ni, por tanto, se motiva suficientemente la cuantía del precio de terminación. La recurrente señala que la “orientación en función de los costes”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

es un concepto jurídico indeterminado y que no supone necesariamente la estricta identidad entre los costes y los precios, pero que se debe describir la relación y su idoneidad.

Por último, la Comisión tampoco justifica la compatibilidad de esa *“importante diferencia”* entre los costes de terminación definidos en las Resoluciones de 26 de junio y los precios definidos en las Resoluciones de 18 de diciembre, con el principio de orientación a costes.

2º.- Sobre los costes de prestación de los servicios y la orientación en función de los costes.

Con carácter previo, UNI2 se cuestiona si los criterios de asignación de costes están aprobados por esta Comisión. En concreto, alega que si, como reconoce la Comisión en la Resolución impugnada, no han sido aprobados los criterios de asignación de subvención de terminales, a su entender, difícilmente se van a poder determinar los costes de prestación de servicios para el ejercicio 2001.

A juicio de UNI2, los criterios han sido aceptados para el ejercicio 2001, a pesar de la opinión del auditor externo, que confirmó que el criterio incumplía los principios de esta Comisión. Por ello, UNI2 solicita que se aplique la propuesta del auditor independiente.

En cuanto a la orientación a costes, la recurrente alega, en primer lugar, su incumplimiento por cuanto que los precios en vigor a partir del 31 de enero de 2004 no están orientados en función de los costes reales de ese momento, sino en función de los costes atribuidos por la prestación del servicio de terminación de 2001, a pesar de que la Comisión dispone de datos mucho más actualizados. Según UNI2, esta Comisión debería actualizar los costes y distribuirlos entre un mayor número de minutos de acuerdo con los datos más recientes de tráfico de los operadores móviles y sobre la amortización de un elevado número de elementos de red, lo que lleva a la existencia de un entorno de reducción de costes al que no resulta adecuado aplicar los precios orientados a costes de tres ejercicios anteriores. En definitiva, UNI2 concluye que esta Comisión no ha cumplido con la función de garantizar la efectiva orientación de los precios a los costes reales, ya que UNI2 entiende que los costes del ejercicio 2004 son menores que los de 2001.

En segundo lugar, UNI2 advierte la existencia de pinzamientos de precios (*price squeeze*) basado en precios excesivos de terminación en la red del operador móvil, como una prueba más del incumplimiento por la Comisión de la obligación de orientar los precios a costes. La recurrente sostiene que los operadores móviles dominantes tienen unas finanzas muy saneadas y disponen de la posibilidad de imponer precios de interconexión de terminación excesivos y el establecimiento de precios minoristas predatorios. A su entender, esta Comisión no está dispuesta a analizar en el marco de ese



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

expediente si existe tal conducta, limitándose a remitir dicho asunto al Servicio de Defensa de la Competencia.

3º.- Sobre el modelo de facturación del primer minuto y los desequilibrios entre los operadores móviles.

La recurrente alega que la Comisión ha ignorado la pretensión de UNI2 (también de otros operadores) relativa al modelo de facturación y, en concreto, al reconocimiento de la facturación del primer minuto completo independientemente de la duración de la llamada. Considera la recurrente que son diferentes y que no puede admitirse la equiparación que realiza la Comisión entre el modelo de pago por establecimiento de llamada y el modelo de cobro del primer minuto completo, pues la facturación de un precio de establecimiento debe ser justificada a fin de dar cumplimiento a la obligación de transparencia y objetividad y, sin embargo, UNI2 indica que la fijación de una franquicia de un minuto no ha sido justificada por los operadores móviles.

UNI2 expone que el modelo de facturación del primer minuto completo genera la necesidad de introducir complicados ponderadores para definir los precios nominales a partir del precio medio. En su opinión, la eliminación de este sistema de facturación eliminaría en gran medida la distorsión, a su juicio, que supone la existencia de los ponderadores confidenciales.

Por último, a juicio de UNI2, resulta desmesurada la preocupación de la Comisión sobre el efecto anticompetitivo que conlleva la existencia y el mantenimiento de diferentes precios de terminación entre los diferentes operadores móviles, sobre todo porque las distorsiones que provoca el desequilibrio en los pagos entre operadores móviles se multiplica cuando se trata de pagos de interconexión entre los operadores móviles y los fijos, circunstancia que no ha sido resuelta con la Resolución impugnada orientando a coste el precio de terminación y permitiéndoles un “beneficio extraordinario”.

Por todos estos motivos, UNI2 solicita lo siguiente:

- Que anule la Resolución adoptada en materia de precios de 18 de diciembre de 2003.
- Que proceda a la publicación de los costes por minuto del servicio de terminación de TME para los ejercicios 2000 y 2001, así como de los ponderadores propuestos para la determinación de los precios nominales y, una vez publicados, se abra una fase de alegaciones.
- Que proceda a determinar los precios de terminación con los siguientes criterios:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Eliminación del actual modelo de facturación del primer minuto completo.
- Seguimiento de los criterios propuestos por el auditor independiente en el marco de la determinación de los costes de terminación.
- Ponderación de los costes del año 2001 a la actualidad.
- Estricto ajuste de los precios a los costes.

QUINTO.- Con fecha 22 de enero de 2004 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por Telefónica Móviles España, S.A.U. (en adelante TME) en virtud del cual solicita que se acuerde la aprobación de la propuesta de precios de terminación de TME que figura en el ANEXO 1 que acompaña.

A su entender, según se establece en el resuelve tercero de la Resolución impugnada, los precios nominales y bandas horarias señaladas en el Anexo II de esa Resolución deberán ser ofrecidos por TME a todos los operadores interconectados, a partir del 31 de enero de 2004, para el caso de que esa empresa con anterioridad a esa fecha no comunicase modificación alguna de los mismos a esta Comisión o, si habiéndola comunicado, se decidiera no proceder a su aprobación.

Por ello, TME presenta su propuesta de modificación de precios y franjas al objeto de someterse a la aprobación de esta Comisión, incluyendo, asimismo, las consideraciones efectuadas en el expositivo IX del presente escrito, en relación con la aplicación de dichos precios. En concreto, las consideraciones efectuadas por TME en el expositivo IX son las siguientes:

“a.- La obligación de TME de aplicar los precios y bandas horarias aprobados desde el 1 de febrero de 2.004 a todos los operadores interconectados.

b.- Subsidiariamente, y para el caso de que la resolución finalmente no recoja la propuesta expresada en el punto anterior, TME solicita que dicha resolución establezca la obligación de esta Compañía, en los cinco días siguientes a la notificación a TME de la Resolución, de notificar a su vez a los operadores interconectados que dichos precios serán aplicados desde el 1 de febrero de 2.004, salvo en el caso de que dicho operador interconectado comunique expresamente a TME su voluntad de hacer aplicables al servicio de terminación los precios anteriores a la adopción de medidas cautelares de 2 de octubre de 2.003, es decir, devolviendo la vigencia a los precios establecidos mediante Resolución de la CMT de 11 de julio de 2002.”

SEXTO.- Con fecha 5 de febrero de 2004 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de 29 de enero de 2004 del representante de Telefónica de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

España, S.A.U. (en adelante Telefónica de España) en virtud del cual interpone recurso de reposición contra la Resolución de fecha 18 de diciembre de 2003 a la que se refiere el antecedente tercero.

La entidad solicitante muestra su disconformidad con la Resolución impugnada alegando la nulidad de pleno de derecho de la misma por incurrir en las causas previstas en el artículo 62.1 a) y e) de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), así como por causar perjuicios a los usuarios y operadores de telefonía fija.

En concreto, y con base en el artículo 62.1.a) de la LRJPAC, la recurrente considera que la Resolución recurrida adolece de nulidad de pleno derecho por infringir el artículo 24 de la Constitución Española. Dicha vulneración se ha producido al declararse por esta Comisión la confidencialidad de los anexos presentados por TME, impidiendo con ello el ejercicio legítimo de su derecho de defensa al no obtener la información necesaria para formular eficazmente sus alegaciones. Asimismo, considera nula de pleno derecho la Resolución impugnada por haberse dictado prescindiendo totalmente del procedimiento legalmente establecido (artículo 62.1.e) de la LRJPAC), al no haberse motivado debidamente la declaración de confidencialidad de aquéllos documentos del citado operador móvil.

Respecto a los supuestos perjuicios que se causan con la referida Resolución, la entidad recurrente alega que con la determinación de los precios de terminación se perjudica, por un lado, a los abonados del servicio telefónico fijo *“por continuas y reiteradas modificaciones en los precios, que además constituirán una posible discriminación frente a los abonados de telefonía móvil provocando una posible pérdida de tráfico ante el desconcierto que genera la movilidad continua de precios”* y, por otro lado, a los operadores de redes fijas que, como dice la propia recurrente, *“podrían tener un perjuicio”* en relación con su imagen respecto a sus clientes que tendrán que comunicar y cobrar tales precios de terminación, así como comunicarles las modificaciones de precios que pueden ser al alza o a la baja.

Por último, considera que los precios de terminación que han de abonar los operadores fijos a los operadores móviles por las llamadas fijo-móvil deben calcularse no llamada por llamada, sino aplicando la media ponderada que corresponda a cada operador en función de los precios establecidos por el operador móvil y del número de llamadas que terminen en su red, ya que, en este caso, el operador de telefonía fija no tendría la presión de trasladar de inmediato al cliente la modificación de las tarifas en todos los casos.

En atención todo lo anterior, la entidad recurrente solicita:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que se declare la nulidad de pleno derecho de la Resolución impugnada o, subsidiariamente, se apruebe la propuesta del sistema de ponderación para el pago de los precios de terminación a los operadores móviles.
- En su defecto, que se mantenga en todos sus términos la medida cautelar dictada por la Comisión con fecha 3 de octubre de 2003, fijando los precios de interconexión por terminación móvil orientados a costes para cada una de las franjas horarias.

SÉPTIMO.- Mediante escritos del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 16 de febrero de 2004, se notificó a todas las entidades interesadas en el procedimiento del que trae causa la presentación de los referidos recursos, la calificación dada al escrito del operador móvil como recurso de reposición y el acuerdo de acumular los mismos para su tramitación y resolución, así como se dio traslado de una copia de los recursos para que en el plazo de diez días alegasen cuanto estimasen procedente.

Finalizado el plazo conferido al efecto, tan sólo han presentado escrito de alegaciones las entidades Vodafone España, S.A., Telefónica Móviles España, S.A.U., UNI2 Telecomunicaciones, S.A. y Telefónica de España, S.A.U.

OCTAVO.- La entidad Vodafone España, S.A. (Vodafone) presenta el día 9 de febrero de 2004 escrito de alegaciones contra el recurso de UNI2, en el que señala que los argumentos de esa empresa son los mismos que se esgrimieron en el expediente de origen, cuya contestación ya fue objeto en la Resolución impugnada, careciendo de sentido su reiteración en esta fase.

NOVENO.- El 13 de febrero de 2004 TME contesta al recurso de reposición interpuesto por UNI2, formulando las siguientes alegaciones:

1ª.- En relación con el procedimiento de orientación de los precios en función de los costes.

Frente a la pretendida inactividad de esta Comisión que sostiene UNI2, al considerar excesivo el plazo de 40 meses transcurrido entre la declaración de dominancia y la Resolución ahora impugnada, alega TME que la Comisión ha cumplido escrupulosamente los trámites necesarios para la tramitación de las diferentes fases de las que se compone un proceso como el que nos ocupa.

Dicho proceso corresponde a la fijación de los precios de interconexión de terminación en la red y se compone, entre otros, de los siguientes trámites necesarios como: La aprobación del modelo de contabilidad analítica, presentación de los costes, validación de los mismos y orientación de los precios en función de los costes validados, habiéndose aprobado durante aquellos cuarenta meses, entre otras, las Resoluciones de 20 de diciembre de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2001, por la que se aprobó el modelo de Contabilidad de Costes de TME, de 11 julio de 2002, por la que se aprobaron los precios de interconexión transitorios de TME, y de 26 de junio de 2003, sobre verificación de los resultados de la contabilidad de costes presentados por TME.

2ª.- En relación con la publicidad de los datos de la contabilidad analítica.

Entiende TME que la pretensión de UNI2 de conocer el precio unitario establecido supone ir más allá de las obligaciones que impone el marco regulador vigente y, en particular, el artículo 14 del Reglamento de Interconexión, que tan sólo obliga a poner a disposición de las partes interesadas, y previa solicitud de éstas, una descripción de los sistemas de contabilidad de costes aprobados y la información sobre los costes de cada ejercicio, con un grado de agregación tal que permita conocer la relación entre los precios de interconexión ofertados y sus costes asociados y que sea compatible con la confidencialidad de la estrategia comercial. De este modo, el contenido de la Resolución ha de resultar del adecuado balance entre el nivel de desglose necesario para que se conozca la relación entre ingresos y los costes y la garantía del derecho que asiste al operador de mantener confidencial aquella información que constituya parte fundamental de su estrategia comercial.

3ª.- En relación con la libertad de fijación de precios nominales de los operadores móviles.

La entidad TME señala que el nuevo criterio seguido por esta Comisión en la determinación de los precios de terminación resulta conforme con el principio de intervención mínima, al no regular de forma directa los precios nominales ni las bandas horarias, limitándose a fijar un precio medio objetivo, lo que da mayor libertad al operador para que decida los precios nominales y la distribución de las bandas horarias, siempre que el precio medio sea igual o inferior al precio medio máximo fijado por la Comisión (en este caso 0,145238 Euros/min.).

En cuanto a los ponderadores que conforman el mecanismo de verificación del cumplimiento del precio medio máximo fijado por la Comisión, que tienen en cuenta la distribución real de tráfico del operador en cada una de las bandas, entiende TME que la indefensión a la que hace referencia UNI2 en su recurso, basada en el desconocimiento de dichos ponderadores, carece de fundamento ya que la declaración de confidencialidad de los ponderadores tiene como objeto la salvaguarda de las condiciones de competencia efectiva en el mercado, protegiendo de este modo la estrategia comercial tanto de los operadores móviles como de los fijos.

Además, la declaración de confidencialidad de los ponderadores no supone un menoscabo de la obligación establecida en el artículo 14 del Reglamento de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Interconexión, puesto que la información publicada por la Comisión en su Resolución de 26 de junio de 2003, donde se verifican los resultados de la contabilidad de costes de TME para los ejercicios 2000 y 2001, permite, por sí misma, a UNI2 conocer la relación entre los precios de terminación ofertados por TME y sus costes asociados, no resultando preciso hacer pública adicionalmente la información relativa a los ponderadores de tráfico utilizados en la Resolución de 18 de diciembre de 2003, en la que se fijan los precios de terminación de TME.

4ª.- Sobre la ausencia de posibles perjuicios a UNI2 por el supuesto retraso en la orientación a costes.

TME alega que, cuando UNI2 manifiesta que se han dañado sus intereses al no haber podido beneficiarse de la reducción de los precios de terminación con anterioridad, omite intencionadamente que, desde la declaración de dominancia en julio de 2000, los precios de terminación en la red de TME han experimentado una reducción superior al 35%. Sin embargo, lejos de disminuir los costes de interconexión en las llamadas fijo-móvil para ofrecer unas tarifas más atractivas a sus usuarios, UNI2 ha efectuado un incremento constante del margen retenido en este tipo de llamadas.

5ª.- Sobre el incumplimiento de la obligación de orientación a costes.

a) Estimación de los costes.

Frente a las alegaciones de UNI2, en las que sugiere que la orientación de los precios de terminación se realice “estimando” los costes en base a los últimos datos de tráfico y de amortización de los elementos de red, y no sólo teniendo en cuenta los costes resultantes del sistema de contabilidad de costes aprobado por la Comisión, considera TME que, de acuerdo con la normativa reguladora del sector de las telecomunicaciones, el coste del servicio de terminación debe determinarse siguiendo rigurosamente un sistema de contabilidad de costes que asegure un retorno de la inversión del operador obligado y, por tanto, el fomento de la inversión y de la competencia a largo plazo.

b) Situación relativa de los precios de TME respecto al *benchmarking* europeo.

Considera TME que UNI2 omite intencionadamente las consideraciones de la Comisión Europea sobre la evolución de los precios de terminación móvil, donde sitúa a España entre los países donde más se han reducido éstos. Si bien en un determinado momento el precio de terminación de TME se encontraba ligeramente por encima de la media europea (1,5%), tras aplicarse la reducción del 7%, los precios se situaron por debajo de la misma.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sin embargo, TME coincide con UNI2 en valorar positivamente que se incluya en el *Working Plan* del IRG la elaboración de un *benchmarking* de los precios de terminación móvil a los efectos de unificar los criterios en su elaboración.

6ª.- En relación con las consideraciones de UNI2 relativas al primer minuto.

Se alega en este apartado que las afirmaciones de UNI2 resultan contrarias al principio de intervención mínima contenido en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. De acuerdo con este principio, la Comisión fija un precio medio máximo por el servicio de terminación en la red, teniendo en cuenta el resultado de la contabilidad de costes, otorgando libertad a los operadores para elegir el esquema de facturación que consideren más adecuado. Este precio medio es comprobado por la Comisión mediante un modelo de cálculo basado en moderadores de tráfico que tiene en cuenta todos los efectos de los diversos componentes del precio, incluyendo el compromiso de consumo mínimo de un minuto en cada llamada.

En este sentido, entiende TME que el establecimiento, dentro de la estructura tarifaria, de un componente fijo determinado por el compromiso de un consumo mínimo por llamada de un minuto, es la mejor alternativa para fomentar la eficiencia y la consecución de reducciones en los costes, ya que se exige al operador origen de la llamada el pago de un precio fijo de establecimiento de llamada y permite fijar unos precios nominales más reducidos y un amplio horario de precios reducidos. En todo caso, señala TME que son los operadores donde se originan las llamadas los responsables de trasladar estas ventajas a los usuarios, sin que ésta haya sido, sin embargo, la práctica habitual.

DÉCIMO.- Con fecha 25 de febrero de 2004 tiene entrada en el Registro de esta Comisión escrito de UNI2 en virtud del cual presenta alegaciones a los recursos presentados por Telefónica de España y TME contra la citada Resolución de fecha 18 de septiembre de 2003.

La interesada muestra su disconformidad con los mismos manifestando lo siguiente:

1ª.- Interpretación de la Resolución de 18 de diciembre de 2003.

A juicio de UNI2, la operadora móvil propone una interpretación de la Resolución contraria a la literalidad de la parte dispositiva de la misma, que resulta muy clara al respecto, especialmente el resuelve tercero. Considera que, si bien la referida Resolución permite a TME solicitar una modificación de los precios incluidos en el Anexo II, no obstante, excluye de su letra y espíritu una interpretación que permita una eventual modificación con anterioridad al 31



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de enero de 2004 o que se pudiera dotar a la Resolución de efectos retroactivos a dicha fecha.

2ª.- Sobre la pretendida aplicación de los precios anteriores a las medidas cautelares dictadas por la Resolución de 2 de octubre de 2003.

UNI2 considera que bajo ninguna interpretación posible podrían resultar de aplicación los precios vigentes con anterioridad a la Resolución de 2 de octubre de 2003. Se alega que los precios resultantes de las medidas cautelares son precios que forman parte ya de los vigentes AGIs suscritos entre las partes, con estatus contractual, que no cesa en el momento en que expiran las medidas cautelares. A mayor abundamiento, considera injustificada la citada pretensión por cuanto que los referidos precios anteriores a la Resolución de 2 de octubre de 2003 no están orientados a costes, siendo contrario a la normativa de aplicación.

3ª.- Sobre el correcto funcionamiento del mecanismo de precio medio.

En opinión de UNI2, en el caso de que esta Comisión aprobase nuevos precios propuestos por los operadores móviles, de acuerdo con el procedimiento establecido en el resuelve tercero de la Resolución impugnada, serán de aplicación únicamente en el supuesto de que el operador interconectado lo solicite y siendo de aplicación desde ese momento. De esta manera, en el supuesto de que el operador interconectado no solicite la aplicación de la modificación de precios aprobada por esta Comisión, deberán seguir aplicándose los precios incluidos en el Anexo II de la Resolución recurrida de 18 de diciembre de 2003, pues los mismos son conformes con el precio medio máximo establecido por la Comisión. En definitiva, se alega que la aprobación de una modificación de precios y franjas del Anexo II no tendría como efecto sustituir por nuevos precios y franjas que inicialmente se retuvieron para determinar el precio máximo, sino que sería simplemente declarativa de la conformidad de esos otros precios y franjas diferentes de los inicialmente establecidos en el Anexo II, con el precio medio máximo.

A su juicio, así debe entenderse, en buena lógica, un sistema de precio medio, que posibilita la existencia de varios esquemas de precios de interconexión conformes al precio máximo y al principio de orientación a costes. De lo contrario se permitiría la discriminación a un operador o grupo en función de su tráfico.

ÚNDECIMO.- Con fecha 27 de febrero de 2004, Vodafone presenta nuevo escrito de alegaciones contra el recurso de Telefónica de España, en el que se pone de manifiesto su total desacuerdo con los argumentos expuestos por Telefónica de España, en particular, con los motivos tercero (sobre los daños y perjuicios ocasionados por la resolución impugnada) y cuarto (sobre cuál debería ser el contenido de la resolución) de su recurso.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Señala Vodafone que no existen tales daños y la medida que propone Telefónica de España relativa a establecer una tarifa única, sin distinción de franjas horarias y diferentes para cada operador interconectado, no puede admitirse por las siguientes razones:

1ª.- Injustificación de la medida propuesta.

Con carácter previo, Vodafone considera totalmente infundada la conclusión a la que llega Telefónica de España de que un operador móvil puede estar interesado en modificar de manera sistemática y frecuente sus tarifas de terminación, cuando la realidad demuestra que su ingreso medio debe permanecer constante, siendo destacable el hecho de que la modificación de tarifas es un proceso complejo para el operador que tenga una red a la que estén conectados muchos operadores.

Vodafone considera que dicha conclusión de Telefónica de España se basa en que todo cambio de tarifas de interconexión de algún operador móvil conlleva necesariamente una modificación de sus tarifas de cliente para el servicio fijo a móvil. Frente a ello, Vodafone señala que dicho argumento es consecuencia de una errónea interpretación de la obligación de no discriminación en la retención percibida en las llamadas de fijo a móvil, en virtud de la cuál ha de establecerse un mismo precio por la parte que corresponda a la remuneración de la red fija, con independencia de la red móvil en que terminen las llamadas.

Entiende Vodafone que esta obligación no debe cumplirse de forma individual en cada franja horaria y para cada operador, como entiende Telefónica de España, sino según la media ponderada de las franjas horarias existentes, de modo que un cambio concreto de tarifas de terminación de uno de los tres operadores móviles tendrá previsiblemente un efecto nulo o despreciable en la retención media de Telefónica de España, no siendo, por tanto, necesario el consiguiente cambio en las tarifas de cliente de la operadora de telefonía fija.

2ª.- La medida propuesta supondría una limitación adicional a la ya escasa libertad comercial de Vodafone.

Se alega que admitir la propuesta de Telefónica supondría una importante merma de la libertad comercial de los operadores móviles, ya que el establecimiento de una tarifa única unificando las franjas horarias (pico y valle) impediría a aquéllos modular la distribución del tráfico en su red estableciendo precios más reducidos en las horas de menos tráfico, lo que a su vez conllevaría una concentración de las llamadas en aquellas franjas de tráfico más intenso. A juicio de Vodafone, lo que pretende ese operador fijo es trasladar sus limitaciones como operador dominante a terceros operadores hasta el punto de condicionar la estructura de las tarifas de interconexión de los operadores móviles.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

3ª.- La medida propuesta supondría el incumplimiento por parte de Vodafone del principio de no discriminación.

Señala Vodafone que la propuesta de Telefónica implicaría que los operadores móviles ofreciesen precios diferentes para cada operador en función de su perfil de tráfico, lo que contradice el principio de no discriminación y difiere notablemente del contenido de la Resolución impugnada, que obliga a Vodafone a aplicar las mismas tarifas a todos los operadores interconectados.

Por todo lo expuesto, Vodafone solicita que se admita su escrito y se dicte Resolución desestimando íntegramente la solicitud de Telefónica.

DUODÉCIMO.- Con fecha 5 de marzo de 2004 tiene entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Telefónica de España en virtud del cual presenta alegaciones a los recursos presentados por UNI2 y TME.

La entidad Telefónica de España muestra su disconformidad con base en las siguientes alegaciones:

1ª.- Respecto a los precios nominales de interconexión por terminación móvil que TME solicita que se aprueben por parte de la Comisión y las consecuencias que para Telefónica de España ello tiene.

Frente a la propuesta de TME de disminuir los precios de interconexión en horario normal y aumentarlos considerablemente en horario reducido, señala Telefónica de España que, al tener que calcular el precio de cada franja horaria, cualquier modificación en el precio de terminación móvil en una franja tendría una repercusión inmediata en el precio final al usuario, salvo que se mantuviera el mismo a costa de su remuneración.

2ª.- Respecto a las posibilidades que las Resoluciones de 18 de diciembre de 2003 confieren a los operadores móviles y su implicación en la fijación del precio al usuario final.

En cuanto a las implicaciones que puede tener la Resolución recurrida en la fijación del precio al usuario final, Telefónica de España alega que pueden ocasionársele los siguientes perjuicios:

- El único límite que establecen las Resoluciones de 18 de diciembre de 2003 a los operadores de telefonía móvil es el de no superar el precio medio máximo establecido en ellas, por lo que respetando este requisito aquellos operadores podrán modificar los precios cuando estimen conveniente, obligando a Telefónica de España no sólo a modificar su retribución o su precio final, sino también a comunicárselo al cliente final, con el consiguiente perjuicio para la imagen de la compañía.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Si Telefónica de España asumiera parte de la modificación de los precios a costa de su remuneración fija, para no tener que trasladar subidas al mercado en perjuicio de sus clientes, las llamadas dirigidas al operador móvil que no hubiera variado sus precios se beneficiarían de una rebaja de precios a su costa. En este caso, de acuerdo con el principio de no discriminación y conforme a lo dispuesto en la Orden PRE/3130/2003¹, Telefónica de España vendría obligada a asumir parte de la modificación respecto a cualquier operador móvil, con independencia de que el mismo hubiera modificado o no sus precios.
- El nuevo sistema de fijación de precios de interconexión impide a los usuarios conocer en cada momento los precios que se les estarían cobrando en sus llamadas fijo-móvil, ya que las modificaciones de precios llevadas a cabo por los operadores móviles obligarían a Telefónica de España a emitir continuas modificaciones de sus precios, dificultando de este modo la información a los usuarios acerca de dichos cambios, confundiendo al usuario y generando una mala imagen de la empresa.

3ª.- Respecto al mecanismo de verificación de cumplimiento de la igualdad de retribución para la red fija en todos los operadores en las llamadas fijo- móvil.

Telefónica de España manifiesta que los dos componentes del precio de las llamadas fijo-móvil deben estar sujetos a la misma regulación, de modo que, al igual que con los precios de terminación móvil, Telefónica de España espera que la Comisión implante un sistema de verificación conforme al principio de no discriminación que permita a Telefónica de España aplicar remuneraciones a la red fija distintas para cada móvil de destino, siempre que la retribución media a la red fija sea la misma para todos los móviles, utilizando para ello los ponderadores que rigen el modelo de límites máximos anuales de precios o *Price Cap*.

Por todo ello, Telefónica de España solicita que, para el caso de no modificarse la Resolución de 18 de diciembre de 2003, se permita la verificación de la retribución a su red en las llamadas fijo-móvil en términos medios, sea cual sea la red móvil de destino, a efectos de cumplir con lo dispuesto en la Orden Ministerial PRE 3103/2003 y de no verse perjudicada a la hora de establecer los precios de sus llamadas fijo-móvil.

DECIMOTERCERO.- Con fecha 5 de marzo de 2004 la entidad TME presenta de nuevo en esta Comisión escrito en virtud del cual efectúa alegaciones a la

¹ Orden PRE/3130/2003, de 5 de noviembre, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Delegada de Gobierno para Asuntos Económicos, por la que se aprueba el marco de regulación de los precios de determinados servicios prestados por Telefónica de España, S.A.U., para el año 2004.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

acumulación acordada y calificación de su escrito como recurso, así como al recurso presentado por Telefónica de España.

La citada entidad muestra su disconformidad con base en las siguientes alegaciones:

1ª.- De carácter previo.

A la vista de las actuaciones realizadas en el marco del presente expediente, TME considera que, tras su escrito de 22 de enero de 2004, esta Comisión ha procedido a la apertura de dos expedientes administrativos: el AEM 2004/104, sobre autorización de la modificación por TME de los precios nominales recogidos en el Anexo II de la Resolución de 18 de diciembre de 2003, y el AJ 2004/242, sobre la interpretación dada por TME para la aplicación de lo establecido en la Resolución de 18 de diciembre de 2003 en cuanto a la modificación solicitada. En este sentido, y siguiendo ese *iter* procedimental, TME no se opone la acumulación acordada por la Comisión ni a la calificación de su escrito como un recurso de reposición.

2ª.- Sobre la nulidad alegada por Telefónica de España por vulneración de la Resolución impugnada de varios preceptos de la Constitución.

Frente a los argumentos expuestos por Telefónica de España, que considera que se le ha causado indefensión al declararse la confidencialidad de los Anexos II y III de la Resolución de 18 de diciembre de 2003, impidiéndole conocer los ponderadores específicos de cada operador para cada franja horaria, TME alega que no existe tal vulneración a la Constitución Española por estar plenamente legitimada la actuación llevada a cabo por esta Comisión.

Así, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), las Autoridades Nacionales de Reglamentación, entre ellas la Comisión, deben garantizar la confidencialidad de la información suministrada que pueda afectar al secreto comercial o industrial, al objeto de salvaguardar las condiciones de competencia efectiva en el mercado. Además, señala TME que la declaración de confidencialidad se extiende únicamente a los valores concretos de los ponderadores y no a los criterios de ponderación, que aparecen contemplados en el Anexo I de la Resolución.

3ª.- Sobre el alcance de la libertad de los operadores móviles en la fijación de los precios nominales de terminación de acuerdo a la Resolución de 18 de diciembre.

Considera TME que, aunque, de acuerdo con el principio de intervención mínima, los operadores móviles tienen libertad para proponer los precios nominales, ello no implica, tal y como demuestra la experiencia extraída de la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

realidad, que vayan a modificar de forma continua o reiterada los precios de terminación, sobre todo teniendo en cuenta que se trata de un proceso complejo para cualquier operador y con tendencia a la estabilidad y continuidad en el tiempo.

Respecto al posible aumento de las reclamaciones de los clientes de la telefonía fija, señala TME que, hasta el momento presente, la evolución de los precios medios de terminación ha sido decreciente, y que en la mayoría de las ocasiones las reducciones en los precios de las llamadas fijo-móvil se han debido exclusivamente a las disminuciones de los precios de terminación de los operadores móviles.

En este caso concreto, la propuesta de TME de incremento en el precio nominal en horario reducido puede compensarse, según la operadora móvil, con la oferta de disminución de los precios en horario normal.

Por otro lado, entiende TME que la modificación de los precios nominales ofrecidos por los operadores móviles no ha de conllevar necesariamente una modificación de los precios finales a los usuarios de los operadores de servicios de telefonía fija. Si se tiene en cuenta que un 30% del precio de los servicios de telefonía fijo-móvil corresponde a los operadores fijos, puede considerarse que éstos tienen margen suficiente para decidir si trasladan las subidas al mercado o varían la distribución de su remuneración en las diferentes franjas horarias.

Por último, se alega que el hecho de que la remuneración media de la red fija en las llamadas fijo-móvil haya de ser la misma cualquiera que sea el operador móvil, debe ser compatible con la libertad de estos últimos de fijar los precios nominales y las bandas horarias, respetando en todo caso el precio máximo de terminación establecido por la Comisión.

4ª.-Sobre las implicaciones de los precios de los operadores móviles en la aprobación de los precios finales de Telefónica de España.

Sobre el esquema propuesto por Telefónica de España de regulación de los precios de terminación, la entidad TME considera que la propuesta de la operadora fija consistente en que *“el precio de terminación que abonarán los operadores fijos a los operadores móviles por las llamadas fijo-móvil se calculará en función de los precios establecidos por cada operador móvil y en función del número de llamadas que terminen en su red aplicando la media ponderada que corresponda a cada operador”*, resulta contraria a la regulación establecida por la Comisión, ya que tal pretensión implicaría la realización de una ponderación individual para cada operador móvil, cuando, sin embargo, en el sistema aprobado por la Comisión para la fijación de los precios nominales, calculados en base a un precio medio máximo, lo que se tiene en cuenta son



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

los ponderadores de tráfico real de la totalidad de los operadores interconectados.

Además, se alega que la pretensión de Telefónica de España implicaría la existencia de un precio de terminación diferente para cada uno de los operadores fijos, independientemente de los precios nominales y de la distribución de tráfico real, lo que resultaría, por un lado, una discriminación en la medida en que la distribución de tráfico de los diferentes operadores puede presentar grandes diferencias, y, por otro, un impedimento a los operadores móviles para el ejercicio de la libertad de fijación de precios necesaria para el fomento de una utilización eficiente de su red.

Por otro lado, señala TME que admitir la propuesta del establecimiento de un único precio ponderado para el pago de la terminación de redes móviles, deja sin efecto la libertad de los operadores móviles para fijar los precios nominales y bandas horarias, lo que supone un retroceso al *status quo* anterior, en el que la Comisión establecía los precios de terminación móvil nominales máximos en cada banda horaria. De este modo, entiende TME que, para garantizar que la remuneración de la red telefónica fija de Telefónica de España sea la misma cualquiera que sea la red móvil en que terminen las llamadas, tal y como se establece en el apartado VIII. 6 de la Orden PRE/3103/2003, no es necesario fijar un único precio de terminación ponderado del operador móvil por cada operador con el que tiene interconexión, sino que la verificación del cumplimiento de la igualdad de la remuneración deberá tener lugar cuando la Comisión evalúe las propuestas de Telefónica de España de precios minoristas, a la luz de la media ponderada (por la distribución de tráfico en cada banda horaria) de las diferencias entre los precios a cliente final propuestos por Telefónica de España para las llamadas a cada operador móvil y los precios de terminación correspondientes.

5ª.- Sobre la necesidad de un marco favorable al libre ejercicio de la libertad de TME para la fijación de precios nominales establecida en la Resolución de 18 de diciembre.

Según TME, de acuerdo con el principio de no discriminación, los precios aprobados por la Comisión deberán ser aplicables a todos los operadores interconectados a TME, evitando con ello *“situaciones en las que se puedan producir arbitrajes entre operadores con diferentes condiciones en terminación”*.

Ahora bien, señala TME que debe distinguirse entre los casos en que los precios son los fijados por la Comisión, donde la efectividad de la nueva regulación depende de que los nuevos precios puedan ser aplicados a todos los operadores, y aquéllos en que existe propuesta de modificación por los operadores móviles, en cuyo caso las ofertas no serían directamente



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

aplicables, sino que serían los propios operadores destinatarios de las ofertas los que decidirían aceptarlas o rechazarlas.

Por último, según TME, el nuevo mecanismo de aplicación de los precios de terminación resulta beneficioso para el conjunto de los agentes que operan en el sector de las telecomunicaciones, ya que, por una parte, se elimina el riesgo de continuas modificaciones de precios de terminación, puesto que el operador interconectado podría optar entre acogerse a las ofertas aprobadas de los operadores móviles o a las modificaciones resultantes de la intervención regulatoria y, por otra, se mantiene con carácter general la libertad de acuerdo entre las partes en el marco de la interconexión. Además, señala TME que, con el nuevo sistema, se evita la aparición de arbitrajes indeseables.

DECIMOCUARTO.- Por último, y en contestación a la petición de suspensión formulada por Telefónica de España en su recurso, con fecha 11 de marzo de 2004 esta Comisión dicta Resolución por la que deniega la mencionada suspensión de la Resolución de 18 de diciembre de 2003 recurrida.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación.

El artículo 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), establece que contra las resoluciones 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.

Las entidades UN2 y Telefónica de España califican expresamente sus escritos de 21 de enero y 5 de febrero de 2004, respectivamente, como recurso de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que las Resoluciones de esta Comisión 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 los escritos presentados como recursos potestativos de reposición que se interponen contra la Resolución de esta Comisión de 18 de diciembre de 2003.

Respecto a TME, si bien dicha entidad no viene a calificar expresamente su escrito de fecha 22 de enero de 2004 como un recurso de reposición, cabe



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

recordar que, en virtud de este escrito, TME pretende llevar a cabo el reconocimiento de una determinada interpretación de la Resolución de 18 de diciembre de 2003, opuesta a su tenor literal, con el objeto de que se aprueben los precios propuestos en el Anexo 1 que acompaña a su escrito. Por ello, de acuerdo al principio antiformalista que preside las normas reguladoras del procedimiento administrativo (artículo 110.2 de la LRJPAC) y a la obligación de la Administración de atribuir a un escrito el verdadero carácter que le corresponda atendiendo a su pretensión y al contenido del acto impugnado, esta Comisión confirma la calificación dada al citado escrito el 16 de febrero de 2004 como un recurso de reposición al igual que los escritos de las anteriores entidades, en lo que se refiere a la interpretación que se pretende hacer de la Resolución de 18 de diciembre de 2003.

SEGUNDO.- Acumulación.

Habiéndose interpuesto los citados recursos de reposición contra la misma Resolución de 18 de diciembre de 2003, y de acuerdo con el contenido de los mismos anteriormente expuesto, cabe señalar que guardan entre sí una identidad sustancial e íntima conexión por lo que, de conformidad con el artículo 73 de la LRJPAC, procede confirmar el acuerdo de fecha 16 de febrero de 2003 por el que se acumularon los recursos al presente expediente para su tramitación y resolución final.

TERCERO.- Competencia para resolver.

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

CUARTO.- Admisión a trámite.

Los recursos han sido interpuestos cumpliendo con todos los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC, por lo que, procede admitirlos a trámite.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

PRIMERO.- Relativo al recurso de reposición interpuesto por TME en virtud del cual se pretende el reconocimiento de una determinada interpretación de la Resolución de 18 de diciembre de 2003 con el objeto de que se aprueben los precios propuestos en el Anexo 1 que acompaña a su escrito.

En virtud de lo dispuesto en el resuelve cuarto de la Resolución impugnada, la entidad recurrente presenta su propuesta de modificación de precios y franjas



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

horarias al objeto de someterla a la aprobación de esta Comisión, acompañada de una serie de consideraciones efectuadas en su escrito en relación con la aplicación temporal de dichos precios.

Como ya se ha señalado anteriormente, teniendo en cuenta el sentido de estas consideraciones contenidas en el escrito formulado por la entidad interesada, esta Comisión ha considerado que dicho escrito constituye una impugnación parcial de la Resolución de 18 de diciembre de 2003 en cuanto a la aplicabilidad de los precios de interconexión de terminación en la red del operador móvil fijados por esa Resolución.

Pues bien, analizadas las consideraciones formuladas por la recurrente, esta Comisión debe realizar al respecto las siguientes consideraciones:

En el marco del correspondiente procedimiento iniciado al efecto, mediante Acuerdo del Consejo de esta Comisión de 2 de octubre de 2003 se dictó una medida cautelar consistente en fijar bs precios máximos de interconexión de terminación en la red de TME (precios nominales y bandas horarias).

Con fecha 18 de diciembre de 2003, esta Comisión aprobó la Resolución por la que finalmente fijaba el precio medio máximo del servicio de interconexión de terminación de voz de TME en 0,146253 euros/minuto a partir del 31 de enero de 2004. En concreto, tal y como se indica en los Fundamentos de la citada Resolución *“lo que esta Comisión pretende es establecer un precio medio máximo que sea consecuencia directa de la aplicación de unos precios nominales con unas bandas horarias obtenidos a partir de los tráficos reales verificados por esta Comisión en el periodo incluido en los Anexos”*.

El artículo 72.4 de la LRJPAC establece que, en todo caso, la eficacia de las medidas cautelares se extingue con la eficacia de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento administrativo del que traen su causa. Por tanto, desde el día 3 de octubre de 2003 (fecha de notificación de la medida cautelar a TME) hasta el día 31 de enero de 2004 (fecha de la eficacia de la Resolución recurrida), TME debe ofrecer a todos los operadores interconectados los precios establecidos cautelarmente. Reflejo de esta obligación lo constituyen los diferentes Addenda formalizados por TME con otros operadores y depositados en esta Comisión en los que se viene a incluir la vinculación con esta medida cautelar.

No obstante lo anterior, en aras de la transparencia y seguridad jurídica, y con la finalidad de evitar posibles futuros conflictos de interconexión, esta Comisión consideró necesario determinar en la citada Resolución de 18 de diciembre de 2003, unos concretos precios nominales y franjas horarias (recogidos en el Anexo II de la propia Resolución) que TME debía ofrecer a todos los operadores. De esta forma, se evitó así que, con posterioridad al 31 de enero de 2004, no se encontraran vigentes y aprobados por esta Comisión precios nominales y bandas horarias correspondientes al precio medio determinado por



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

la Comisión mediante la propia Resolución.

Ahora bien, en cualquier momento a partir de la notificación de la Resolución de 18 de diciembre de 2003, TME puede modificar las franjas horarias y los precios nominales recogidos en el Anexo II con la previa aprobación de esta Comisión [Resuelve cuarto de la Resolución de 18 de diciembre]. De acuerdo con lo anterior es por lo que TME solicita mediante el referido escrito de fecha 22 de enero de 2004 la aprobación y la modificación de los precios del citado Anexo II, cuya aprobación por esta Comisión será objeto del oportuno procedimiento iniciado al efecto.

De esta manera, aprobando esta Comisión la modificación de los precios nominales (las franjas horarias no se han modificado) del Anexo II, ha de concluirse que los precios nominales recogidos en el Anexo II de la Resolución de 18 de diciembre de 2003 quedan sustituidos por los nuevos aprobados, de tal modo que serán estos los que TME deberá ofrecer a todos los operadores interconectados a partir de la fecha de la Resolución por la que se aprueben los nuevos precios. En el caso de que esta Comisión no aprobara los nuevos precios, se mantendrá la vigencia de los precios establecidos en la Resolución de 18 de diciembre de 2003, aplicables a partir del 31 de enero de 2004, que sustituyen, en cuanto definitivos, a los fijados con carácter cautelar por Resolución de 2 de octubre de 2003.

Para el supuesto de que algún operador interconectado no acepte los nuevos precios de TME, a este operador le resultarán de aplicación a partir de la fecha de aprobación de los nuevos precios los que tuviera vigentes con anterioridad a la adopción de las citadas medidas cautelares de 2 de octubre de 2003.

Por último, tal y como se recoge expresamente en la Resolución recurrida, en aras del principio de no discriminación, TME debe ofrecer los nuevos precios de terminación a todos los operadores y no solamente a aquellos que previamente le hayan solicitado la aplicación de la referida medida cautelar.

En atención a todo lo anterior, esta Comisión considera adecuado estimar parcialmente el recurso de reposición presentado por TME, adoptando el mecanismo de modificación de los precios nominales y su aplicabilidad temporal en los términos señalados en el presente apartado.

SEGUNDO.- Relativo al recurso de reposición interpuesto por UNI2.

Mediante el recurso de reposición presentado, UNI2 muestra su disconformidad con la Resolución impugnada, el cual debe ser desestimado en su integridad con base en lo que seguidamente se expone en contestación a cada uno de los motivos esgrimidos de contrario:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1º.- Sobre la indefensión causada al recurrente y la falta de motivación de la Resolución recurrida.

Como ya se ha expuesto en los antecedentes de hecho, en el presente apartado UNI2 denuncia que los expedientes que han dado lugar a las Resoluciones de 26 de junio y 18 de diciembre de 2003 adolecen de graves defectos de forma, y que, por parte de esta Comisión, ha existido cierta inactividad para la fijación de los precios de terminación en función de los costes.

No habiendo tenido acceso a la información contenida en la Resolución de 26 de junio de 2003 y con base en la declaración de confidencialidad de la información contenida en el Anexo II de la Resolución de 18 de diciembre de 2003, UNI2 expone que se ha generado una situación de indefensión al no poder constatar el cumplimiento de la obligación de orientar en función de los costes, siendo incapaz de valorar el efecto de la medida propuesta y alegar de forma completa sobre la misma.

Con carácter previo hay que decir que, en relación con la publicación de la Resolución de 26 de junio de 2003 por la que se aprobó la verificación de los resultados de la contabilidad de costes, esta Comisión ha actuado en todo momento de acuerdo con los cauces legalmente previstos al efecto. Así, cabe recordar a la recurrente que:

Mediante Acuerdo del Consejo de esta Comisión, de fecha 26 de junio de 2003, se aprueba la Resolución sobre la verificación de los resultados de la contabilidad de costes presentados por la entidad TME.

Con fecha 1 de julio de 2003, se presenta en esta Comisión escrito de la entidad TME mediante el que se solicita se acuerde declarar confidenciales los puntos de la Resolución de 26 de junio de 2003 identificados en la alegación tercera del mismo escrito, y que se acuerde la no publicación de la citada Resolución en la página web de la Comisión en tanto no se resuelva el recurso de reposición que sobre el fondo de la misma iba a presentar TME, puesto que tal información afecta al secreto comercial o industrial.

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión se notificó a TME la apertura del correspondiente procedimiento para determinar la procedencia del tratamiento de confidencialidad de los resultados contables obrantes en la mencionada Resolución de 26 de junio de 2003.

Finalmente, con fecha 13 de noviembre de 2003, se dicta la oportuna Resolución relativa a la declaración de confidencialidad de la Resolución sobre la verificación de los resultados de la contabilidad de costes presentados por TME.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A la vista de lo realizado anteriormente por esta Comisión, se ha de rechazar en su totalidad la supuesta inactividad de esta Comisión alegada por la recurrente para la fijación de los precios de terminación en función de los costes. Es más, a este respecto debe recordarse que, en este periodo de tiempo, la Comisión ha realizado una reducción de los precios de terminación en TME del 7%, después de una reducción anterior del 17,13%, lo que pone en evidencia el hecho de que ha existido una actividad dinámica y paulatina para la orientación en función de los costes de los precios de terminación.

Por otra parte, ante la alegación sobre que esta Comisión no ha puesto a disposición de UNI2 el coste por minuto, ni los costes totales e ingresos totales, cabe reiterar que dicha información tiene carácter confidencial por afectar al secreto comercial e industrial, habiéndose hecho pública solamente la información sobre los servicios regulados. En detalle se puede observar que se han hecho públicos en la Resolución de 26 de junio de 2003 tanto los ingresos de los servicios de interconexión, como los márgenes y los márgenes corregidos. Todo ello de acuerdo con las obligaciones que tiene esta Comisión de hacer pública anualmente la información de costes y márgenes de los servicios regulados según el artículo 14 apartado 6 del Reglamento de Interconexión. Por el contrario, los ingresos totales y costes totales de todos los servicios, incluyendo los no regulados, se considera información que no es relevante para el objeto de la fijación de los precios de interconexión y, por tanto, no existe ninguna razón por la que dichos ingresos y costes deban hacerse públicos, tal y como solicita UNI2.

En cuanto a la valoración por parte de UNI2 de los precios medios por minuto, resulta necesario resaltar que, contrariamente a lo expuesto por UNI2, aunque conociera el tráfico total, no podría evaluar el efecto de la medida. Una reducción lineal en cada franja horaria, tal y como se realizó en la Resolución cautelar del día 2 de octubre de 2003, lleva razonablemente a una reducción en el precio medio de terminación en el mismo porcentaje. Ahora bien, para conocer cómo afectan reducciones diferentes en los horarios normal y reducido, no basta con conocer el tráfico agregado de todos los operadores en los distintos horarios sino que es necesario desagregar por cada tráfico según horarios y operador, tal y como se realiza en el Anexo II de las Resoluciones recurridas.

En el Anexo II se incluye desagregadamente tanto el tráfico de interconexión desde UNI2 (junto con otros) hacia TME, como el generado por los operadores móviles entre sí, por lo que hay que reiterar que, con dicha información, se desvela la estrategia empresarial no sólo del recurrente sino de cada operador. Ello es razón suficiente para mantener confidencial dicha información.

En cualquier caso, cabe reiterar que, aunque UNI2 no haya podido conocer la reducción de precio que se aplicaría porque no se establecen unos precios nominales en la Resolución de 18 de diciembre de 2003, sí podrá conocerlo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

con anticipación en cuanto el operador móvil solicite unos precios nominales y esta Comisión los apruebe. Por tanto, no existirá indefensión ya que siempre podrá conocer el impacto que supone unos precios nuevos porque esta Comisión debe aprobarlos, tramitando al efecto el correspondiente procedimiento del que será parte interesada, antes de que el operador móvil los ofrezca a los operadores interconectados, según se describe en el Resuelve cuarto de las Resoluciones recurridas.

A mayor abundamiento, resulta de interés destacar que, (1) la entidad UNI2 ha podido acceder a la información legalmente permitida recogida en la Resolución de 26 de junio de 2003 mediante el acceso a la página web de esta Comisión, (2) en ninguno de los dos procedimientos señalados anteriormente UNI2 ostentó la condición de parte interesada y (3) no consta en esta Comisión solicitud alguna por parte de UNI2 de acceso a los expedientes resueltos el 26 de junio de 2003.

De acuerdo con todo lo anterior, se puede observar que no ha existido vicio de procedimiento alguno ni arbitrariedad por parte de esta Comisión al hacer pública la información contenida en la Resolución de 26 de junio de 2003, habiéndose preservado la confidencialidad de la información que pudiera afectar al secreto industrial o comercial a que tiene derecho TME en el marco del oportuno procedimiento iniciado al efecto, cuyos argumentos, expuestos en los antecedentes de hecho, damos aquí por íntegramente reproducidos en aras de la economía procesal sin que hayan sido desvirtuados de contrario.

Por otra parte, sobre la falta de motivación de la Resolución para la determinación de los precios de terminación en función de la orientación a costes, con carácter previo, cabe manifestar que la recurrente confunde la falta de motivación con el hecho de que no comparta el resultado obtenido de aplicar el método o los criterios utilizados por esta Comisión para su determinación.

En relación con lo anterior, resulta de interés señalar la doctrina del Tribunal Constitucional que, en Sentencias como la 36/1982, de 16 de junio (RTC 1982/36), señala que *“lo que es exigible, para evitar la indefensión y cumplir con las exigencias de la motivación de las resoluciones, es que se analicen, aunque no sea de forma exhaustiva y pormenorizada, las cuestiones planteadas y se refieran las razones o circunstancias tenidas en cuenta para conceder o denegar la petición.”*

Del contenido de la Resolución que se impugna se aprecia claramente que dicho Acuerdo cumple con el requisito de motivación en los términos señalados por esa jurisprudencia. En concreto, hay que señalar que, precisamente, en contestación a la recurrente, la Resolución impugnada argumentó ampliamente y de forma clara los motivos por lo que determina el precio medio de terminación en función de la orientación a costes (páginas 38 a 42).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Respecto a la diferencia existente entre los costes y los precios orientados a costes, resulta de interés reiterar lo manifestado en la Resolución impugnada (página 42) que establece literalmente lo siguiente:

“En este sentido, si se imputara directamente el primer resultado contable sin haber concluido el proceso depurativo consustancial a la comprobación que a esta Comisión cumple respecto de las contabilidades aportadas por los operadores, se podrían trasladar a los precios ineficiencias productivas o el impacto económico de decisiones empresariales que en ningún caso pueden ser consideradas al fijar los precios de interconexión.”

Por todo lo anterior, la Resolución impugnada ha realizado al respecto una motivación razonada, sobre la base de las circunstancias concurrentes y las finalidades públicas de la normativa de telecomunicaciones, en concreto, respecto de la orientación de los precios de interconexión en función de los costes de los operadores móviles dominantes, por lo que se desestima la presente alegación realizada por UNI2 sobre la falta de motivación de la Resolución recurrida.

2º.- Sobre los costes de prestación de los servicios y la orientación en función de los costes.

En el presente apartado UNI2 se cuestiona si los criterios de asignación de costes están aprobados por esta Comisión. En concreto, alega que si, como reconoce la Comisión en la Resolución impugnada, no han sido aprobados los criterios de asignación de subvención de terminales, a su entender, difícilmente se van a poder determinar los costes de prestación de servicios para el ejercicio 2001.

Asimismo, alega de contrario que los criterios han sido aceptados para el ejercicio 2001, a pesar de la opinión del auditor externo que confirmó que el criterio incumplía los principios de esta Comisión. Por ello, UNI2 solicita que se aplique la propuesta del auditor independiente.

Con carácter previo hay que decir que ni el procedimiento por el que se fijan los precios de interconexión de terminación, ni el recurso que se interpone frente a esa Resolución, resulta el cauce adecuado para el cambio de los criterios de asignación de los costes de los operadores móviles.

En contra de lo alegado por UNI2, la Resolución recurrida sí ha aprobado los oportunos criterios de asignación (en este caso de subvención de terminales) para el ejercicio 2001. Lo que ha ocurrido en este caso, tal y como se describía en la Resolución de 26 de junio de 2003 (página 33), es que tanto el criterio o método propuesto por TME como el del auditor externo no garantizan



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

suficientemente la adecuada asignación de estos costes, por lo que esta Comisión, para aprobar los criterios, consideró apropiado no cambiar el criterio de reparto de los costes de desarrollo de mercado a los servicios de terminación para el ejercicio 2001 propuesto inicialmente por el operador móvil, sin perjuicio de que, para ejercicios posteriores, habrá de someterse a otros criterios de asignación que estime razonables y que sean respetuosos con los principios establecidos por esta Comisión.

Respecto de la atribución del Impuesto de Beneficios al que se hace mención en el recurso, tan sólo cabe decir que no es asignable a los servicios de interconexión, contrariamente a lo expuesto erróneamente por UNI2, según consta en la Resolución de 26 de junio de 2003.

Por otra parte, en cuanto a la orientación a costes, la recurrente alega su incumplimiento por cuanto que los precios en vigor a partir del 31 de enero de 2004 no están orientados en función de los costes reales de ese momento, sino en función de los costes atribuidos por la prestación del servicio de terminación de 2001, a pesar de que la Comisión dispone de datos mucho más actualizados.

A este respecto, si bien parece razonable pensar que los minutos de voz en las diferentes redes aumenten, no obstante, no se puede asegurar que los costes sean iguales o menores. A este respecto; cabe resaltar que TME posee la correspondiente licencia para dar servicio de telefonía móvil UMTS. El servicio de terminación de voz sobre tecnología UMTS no ha sido recogido en la contabilidad de costes del año 2001 y, en estos momentos, aún no se ha estudiado el trato que se realizará del servicio de terminación de voz sobre tecnología UMTS en la contabilidad para el año 2004. Así, si no se diferencia el servicio de terminación de voz en ambas tecnologías y los costes de ambas tecnologías se suman, entonces los costes del servicio podrían llegar a ser mayores en el año 2004 respecto del año 2001.

Una decisión motivada distinta a la expuesta en el párrafo anterior respecto al tratamiento de los costes, o simplemente que no se abriera el servicio de terminación de voz sobre UMTS en el año 2004, igualmente llevaría a una situación de costes para el servicio de terminación de voz distinta de la descrita. Por ello, no queda justificado que los costes de terminación en TME disminuyan en el año 2004 contrariamente a lo alegado por UNI2.

Por todo ello, además, hay que decir que una incorrecta estimación sobre los costes de los operadores, con aplicación directa a los precios de interconexión, sería contraria a los objetivos de fomento de la inversión y de la competencia a largo plazo de la que esta Comisión debe ser garante.

Por otro lado, y respecto a la supuesta existencia de pinzamiento de precios (*"price squeeze"*) por parte de los operadores móviles y la supuesta falta de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

tratamiento por esta Comisión, se han de rechazar tales alegaciones por las siguientes razones:

Es claro que el objeto del referido expediente es la fijación de los precios de interconexión de TME orientados a costes, y no el análisis de la existencia de pinzamientos de los precios en los operadores móviles, si bien el objetivo de la orientación a costes es evitar las posibles situaciones de pinzamiento de precios, como así resulta del presente caso. Por otro lado, de las alegaciones de UNI2 no queda demostrada, ni siquiera de forma indiciaria, que la situación económica de TME en sus cuentas de resultados sea consecuencia de las posibles prácticas anticompetitivas que ahora se le imputan.

Además, esta Comisión ya ha tenido en consideración en el marco de otros expedientes las prácticas de TME ahora denunciadas. Así, en la Resolución de 11 de julio de 2002, sobre la determinación de los precios de terminación de TME, según la disposición transitoria primera del Reglamento de Interconexión, se estableció:

“Sobre la interconexión igual al precio mínimo de móvil - móvil en la propia red del operador

UNI2 considera que TME discrimina los precios de interconexión según que el origen de la llamada sea fijo o móvil. Así, expone que los precios finales ofrecidos por estos operadores son inferiores (en llamadas con origen y destino su propia red, on-net) o ligeramente superiores (en llamadas con destino otras redes off-net) al precio de interconexión, cuando éstos deberían ser de orden de dos veces el precio de interconexión. A su juicio, esto produce una grave distorsión de la competencia ya que implica la existencia de competencia desleal de los operadores móviles.

A raíz de esto, UNI2 entiende que el precio provisional de interconexión no debería superar el precio minorista más bajo ofertado por cada operador para comunicaciones on-net. Así, UNI2 opina que debido a la discriminación de precios de interconexión según el origen de la llamada antes mencionada se produce, de cara a los operadores fijos, una pinza de precios de efectos claramente anticompetitivos.

(...)

Por otro lado, esta Comisión ha realizado una comprobación sobre las tarifas típicas de las ofertas comerciales publicadas por TME en su web con fecha de 10 de junio de 2002. Dicha comparativa revela que, en la modalidad de postpago, las tarifas finales de móvil a móvil resultan superiores a las tarifas de interconexión.”

Por tanto, contrariamente a lo alegado por UNI2, queda demostrado que, en el ámbito de los adecuados procedimientos instruidos al efecto, esta Comisión ha estudiado con anterioridad la relación entre los precios de terminación con los precios de las llamadas de móvil-móvil dentro de la red, lo que evidencia la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

incorrecta afirmación de la recurrente sobre la negativa de esta Comisión de analizar posibles conductas anticompetitivas de los operadores móviles, lo que conlleva a desestimar tales alegaciones.

Por todo lo anterior, se ha de rechazar el presente motivo por cuanto que esta Comisión ha cumplido con su función de garantizar la efectiva orientación a costes de los precios de terminación por ella fijados, sin que las alegaciones vertidas de contrario desvirtúen el método aprobado a este respecto mediante la Resolución ahora recurrida.

3º.- Sobre el modelo de facturación del primer minuto y los desequilibrios entre los operadores móviles.

En primer lugar, esta Comisión no ha ignorado las alegaciones de UNi2 (y de otros operadores) sobre el modelo de facturación, en concreto, al reconocimiento de la facturación del primer minuto completo independientemente de la duración de la llamada. La Resolución de 18 de diciembre de 2003 impugnada describe que el precio medio de terminación es la relación entre los ingresos del servicio de terminación de voz y los minutos de dicho servicio. Es decir, es independiente del modelo de facturación.

Sin embargo, para poder asegurar que la reducción sobre el precio medio es la adecuada, es necesario utilizar el criterio de la tarifa típica aplicándolo sobre el método de facturación del operador móvil. Contrario a lo alegado por UNi2 no presupone un juicio de valor sobre la bondad del mismo, se trata simplemente de utilizar el método correcto de obtención del precio medio en función del modelo de facturación del operador móvil. De este modo, y asumiendo un modelo de facturación igual, se obtienen unos ponderadores que permiten obtener el precio medio efectivo del operador móvil en interconexión.

En la Resolución recurrida no se incluye ninguna valoración sobre el modelo de facturación al no ser objeto del expediente. Por tanto, UNi2 puede solicitar, en cualquier momento, la modificación de la factura tarifaria y, en caso de conflicto, esta Comisión resolverá adecuadamente.

Por otra parte, y respecto de la complejidad o no del sistema, cabe señalar que esta Comisión considera el método elegido como objetivo, transparente y factible. Además, UNi2 no presenta un método alternativo, por lo que, ante la falta de un método alternativo que desvirtúe el ahora propuesto, será válido el sistema aprobado por esta Comisión.

Por último, y sobre los desequilibrios entre operadores móviles, cabe señalar que el objetivo del expediente del que trae causa el presente recurso es la orientación en función de los costes de los tres operadores móviles declarados dominantes. La existencia de desequilibrios entre los tres operadores, o entre estos y UNi2, no es el objeto del expediente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En atención a todo lo anterior cabe concluir que el método aprobado para la determinación de los precios de terminación en la red móvil en función de la orientación a costes cumple con todos los requisitos legalmente establecidos por la normativa sectorial de aplicación. Por su parte, no han sido aportados de contrario otros datos que desvirtúen el análisis efectuado a este respecto por esta Comisión, limitándose a repetir las alegaciones ya efectuadas en el expediente de origen, y que fueron puntualmente contestadas en la Resolución recurrida, que conlleva necesariamente a la desestimación de todo el presente motivo.

TERCERO.- Relativo al recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España.

La empresa Telefónica de España presenta recurso de reposición contra la Resolución de 18 de diciembre de 2003 solicitando la nulidad de pleno de derecho de la misma por incurrir en las causas previstas en el artículo 62.1 a) y e) de la LRJPAC, así como por causar perjuicios a los usuarios y operadores de telefonía fija.

1º.- Sobre la supuesta vulneración al derecho a la defensa y la falta de motivación de la Resolución recurrida.

La entidad recurrente considera que, al declararse la confidencialidad de los anexos presentados por TME, la Resolución impugnada le ha impedido el ejercicio pleno de su derecho de defensa al no obtener la información necesaria para formular eficazmente sus alegaciones. Asimismo, considera nula de pleno derecho la Resolución impugnada por no haberse motivado debidamente la declaración de confidencialidad de aquéllos documentos del citado operador móvil.

Telefónica de España pretende conocer la información incluida en el anexo II de la Resolución de 18 de diciembre de 2003 y, a su juicio, no concurren los elementos necesarios para declarar su confidencialidad por los siguientes motivos:

- La información podría ser confidencial, en su caso, para aquellos operadores que actúan en el mismo mercado que el operador que aporta la información, en este caso el mercado de telefonía móvil.
- En el supuesto de un conflicto de interconexión, Telefónica de España se encontraría en situación de desventaja al desconocer los criterios seguidos para la determinación de los precios.
- El precio que satisface el usuario de telefonía fija, se divide en dos componentes: la retribución a la red fija y la del operador móvil. Las modificaciones en los precios de terminación alterarían la estructura de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

los precios finales y se impediría repercutir tales modificaciones a sus clientes finales.

Con carácter previo, cabe recordar que la Resolución recurrida consideró a los anexos II y III necesariamente confidenciales y, consecuentemente con ello, motivó suficientemente las razones por las que tomó tal decisión.

Además, durante la tramitación del expediente del que trae su causa el presente recurso la entidad recurrente nada alegó a este respecto sobre la ahora cuestionada confidencialidad, a diferencia de la entidad UNI2 Telecomunicaciones. Por ello, carece de todo valor la supuesta indefensión que se pretende hacer valer ahora en vía de recurso. Por otra parte, y en cuanto a la falta de motivación en la declaración de confidencialidad, tan solo cabe recordar a la recurrente que, precisamente, en contestación a la única empresa que cuestionó la confidencialidad de tales datos, la Resolución impugnada argumentó ampliamente y de forma clara los motivos por lo que considera dicho carácter confidencial (páginas 40 y 41).

En contestación a las alegaciones vertidas de contrario, cabe señalar que la Resolución impugnada no viene a regular directamente los precios de terminación del operador móvil según bandas horarias y precios nominales, sino que se limita a fijar un precio medio objetivo, dejando al operador móvil libertad para establecer precios nominales y la distribución de las bandas horarias. Este criterio resulta alineado con el principio de mínima intervención que establece el artículo 10.4 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

El ejercicio del establecimiento de unos precios nominales y bandas horarias del servicio de terminación de llamadas puede llegar a suponer una intervención con consecuencias en otros mercados, como es el de servicio cliente final móvil, y una limitación innecesaria al operador móvil. Ahora bien, (1) los ponderadores se obtienen a partir del tráfico entregado por los operadores interconectados con terminación en los operadores móviles, (2) los operadores fijos y los operadores móviles son los que generan el tráfico de terminación en los operadores móviles. De este modo, a partir de los ponderadores se conoce el tráfico según horario de los operadores interconectados. Además, según el tráfico, se puede tener información sobre la estrategia empresarial de los operadores y ello es independiente del mercado en el que actúa. Por tanto, se ha de rechazar el argumento de Telefónica de España relativo a que la confidencialidad solo es aplicable a los operadores que actúan en el mercado de telefonía móvil.

De cualquier modo, para evitar situaciones de inseguridad frente al posible desconocimiento de los precios a pagar por terminación en las redes de los operadores móviles, la citada Resolución establece en su resuelve tercero unos precios ciertos y, seguidamente en su resuelve cuarto, un mecanismo de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

modificación de tales precios, con el objetivo de que los operadores interconectados conozcan con antelación suficiente los precios ofrecidos por los operadores móviles, siendo esta Comisión garante de que los precios propuestos son los correctos.

Ahora bien, para conocer cómo afectan posibles reducciones en los distintos horarios no basta con conocer el tráfico agregado de todos los operadores en los distintos horarios, sino que es necesario desagregar por cada tráfico, tal y como se realiza en el anexo II de las Resoluciones recurridas. Así, como se explica en el anexo I (no confidencial), se debe desagregar el tráfico según las bandas horarias con un nivel de detalle suficiente.

En anexo II se incluye tanto el tráfico de interconexión desde Telefónica de España a los operadores móviles, como el de terminación de los operadores móviles entre sí, así como los tiempos medios de terminación por llamada según horario. Resulta claro que dicha información se considera confidencial porque desvela parcialmente la estrategia empresarial de cada operador interconectado al observarse los porcentajes de tráfico según horario y el tiempo medio de cada llamada. De esta manera, manteniéndose confidenciales dichos parámetros, se protege la estrategia empresarial no sólo de la propia Telefónica de España sino también del resto de operadores interconectados con TME.

A mayor abundamiento, la recurrente no critica el método expuesto en el anexo I, tan sólo afirma que es complejo. De esta manera, partiendo de la premisa de que el método es adecuado, solo podría dar un resultado erróneo si se utilizaran datos incorrectos.

Pues bien, para la elaboración de las tablas del anexo II, esta Comisión ha solicitado los tráficos de terminación en TME y los ha cruzado y comprobado con el tráfico entregado por este operador y Telefónica de España. A partir de los datos comprobados se elabora el anexo II, y TME puede comprobar la correcta aplicación por parte de esta Comisión del anexo I.

Es más, como el tráfico de terminación de cada operador móvil es confidencial, aunque Telefónica de España conociera los ponderadores no podría conocer si son correctos al ser confidenciales los tráficos de los demás operadores competidores con dicha entidad.

Por último, respecto de los componentes y las retribuciones que se deben imputar los operadores fijos, trasladándose o no a una posible reducción de sus precios finales, tales cuestiones quedan fuera del ámbito de este expediente y dependerán de las circunstancias particulares de cada operador fijo, no solo Telefónica de España, y de sus objetivos empresariales.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En definitiva, no se puede legitimar, como pretende la recurrente, el acceso a la totalidad del anexo II de la Resolución impugnada, debiendo quedar protegida su información bajo la declaración de confidencialidad. Mediante la Resolución impugnada se ha establecido un mecanismo en virtud del cual esta Comisión garantiza a los operadores interconectados con la red móvil que se conozca con antelación el precio cierto a pagar por terminación, sin que por ello se haya incurrido en las infracciones legales que ahora se le imputan.

En atención a todo lo anterior, deberán desestimarse las alegaciones esgrimidas en este motivo, pues las mismas carecen del fundamento necesario para la pretendida declaración de nulidad de la Resolución impugnada y sin que pueda apreciarse la vulneración de precepto constitucional o norma jurídica alguna al respecto que ampare su anulación.

2º.-Sobre los daños y perjuicios ocasionados por la Resolución impugnada.

La entidad recurrente alega que, con la determinación de los precios de terminación, se perjudica, por un lado, a los abonados del servicio telefónico fijo por las continuas modificaciones en los precios a las que se verían inmersos, creando desconcierto frente a los otros abonados de telefonía móvil y, por otro lado, a los operadores de redes fijas que se verían perjudicados en su imagen respecto a sus clientes al comunicarles las continuas modificaciones de sus precios.

Con carácter previo, cabe señalar que no se invocan perjuicios propios que pudieran ocasionarse a la entidad recurrente por la Resolución recurrida. En el presente apartado se limita a exponer los supuestos perjuicios que se ocasionarían a clientes y operadores de redes fijas.

Frente a ello, se ha de contestar que Telefónica de España carece de legitimidad alguna para invocar perjuicios de terceros en beneficio propio. Además, debe destacarse que, para el caso de sus clientes, la Resolución recurrida supone una rebaja significativa en los precios, que, como ella misma dice, tendrá su reflejo en los precios finales, lo que dista mucho de producirles perjuicio alguno. Por ello, esta Comisión reitera que el presente motivo de impugnación carece del mínimo argumento y motivación, sin olvidar el interés público que ostenta la Resolución recurrida para el mercado de las telecomunicaciones.

A mayor abundamiento, Telefónica de España, a través de su escrito de recurso tan sólo ha realizado una mera descripción sobre los posibles perjuicios en que se pudiera incurrir por las modificaciones de los precios de los operadores. Sin embargo, y a los efectos que ahora interesan, la recurrente no ha justificado ni evaluado los perjuicios que tendría con los precios determinados por la Resolución recurrida. En particular, no establece la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

relación entre la pérdida de imagen de Telefónica de España con los precios de terminación en los móviles, ni las condiciones en las que esta entidad debería asumir la reducción en los márgenes. Ante tales circunstancias, no se puede suponer que realmente exista una pérdida de imagen de Telefónica de España ante las modificaciones de los precios a los usuarios finales. Es más, y como ya se ha dicho anteriormente, esta circunstancia podría ser incluso una mejora de su imagen si los precios fueran menores como ha ocurrido en el presente caso.

En atención a todo lo anterior, cabe concluir que con la Resolución impugnada no se ha ocasionado perjuicio alguno a la recurrente. Por su parte, esta entidad no ha aportado otros datos que evidencien lo contrario, tan solo se ha limitando a alegar meras manifestaciones de parte carentes de prueba alguna, lo que conlleva necesariamente a la desestimación del presente motivo.

3º.- Sobre cuál debería ser el contenido de la Resolución impugnada.

Por último, considera que los precios de terminación que han de abonar los operadores fijos a los operadores móviles por las llamadas fijo-móvil deben calcularse no llamada por llamada, sino aplicando la media ponderada que corresponda a cada operador en función de los precios establecidos por el operador móvil y del número de llamadas que terminen en su red, ya que, en este caso, el operador de telefonía fija no tendría la presión de trasladar de inmediato al cliente la modificación de las tarifas en todos los casos.

A juicio de Telefónica de España, si no se admite dicha propuesta, no será posible llevar a efecto la Resolución impugnada sin grave detrimento para los abonados de telefonía fija y para los operadores fijos. Con carácter subsidiario solicita que, si no se aprueba su propuesta, se mantengan los precios acordados cautelarmente a través de la Resolución de 3 de octubre de 2003.

Cabe recordar a la recurrente que los operadores móviles declarados dominantes deben cumplir, entre otras, las obligaciones de transparencia y no discriminación. Es decir, tienen la obligación de ofrecer las mismas condiciones a todos sus operadores interconectados en situaciones iguales. La propuesta de Telefónica de España es contraria a la obligación de no discriminación, pues, de acuerdo con ella, a cada operador se le fijaría un precio medio diferente en función del tráfico y precio obtenido en el periodo de cálculo de los ponderadores de los anexos II. Ello conllevaría a que operadores que estuvieran en la misma situación estarían siendo discriminados al ofrecérseles condiciones diferentes pues pagarían precios medios diferentes. Por su parte, la propuesta de Telefónica de España también adolece de falta de transparencia, pues no se establecen las condiciones en las que cada operador debe pagar un precio de terminación de interconexión. De admitirse la propuesta de Telefónica, supondría una importante merma de la libertad comercial de los operadores móviles, pues impediría a aquéllos modular la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

distribución del tráfico en su red estableciendo precios más reducidos en las horas de menos tráfico.

Por otra parte, y en cuanto a la pretensión sobre la aplicabilidad de los precios acordados cautelarmente a través de la Resolución de 3 de octubre de 2003, tan sólo cabe reiterar lo ya manifestado anteriormente a este respecto en el primero de los fundamentos de derecho de la presente Resolución, que damos por íntegramente reproducido en aras de la economía procesal.

Por todo ello, cabe concluir que no puede tener favorable acogida la propuesta ahora esgrimida por la entidad recurrente, puesto que, de acuerdo con lo manifestado a lo largo de la presente resolución, en nada afecta a la legalidad de la Resolución dictada en el procedimiento de referencia, sin olvidar que la referida propuesta iría en contra de los principios de transparencia y no discriminación que deberán cumplir los operadores móviles declarados dominantes.

En atención a todo lo anterior, y vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso de reposición formulado por la entidad Telefónica Móviles España, S.A.U. contra la Resolución de fecha 18 de diciembre de 2003, sobre la fijación de los precios de interconexión de terminación en la red de Telefónica Móviles España, S.A.U. (MTZ 2003/1356), de acuerdo con la interpretación dada a la misma de su parte dispositiva en el fundamento de derecho primero de la presente resolución.

SEGUNDO.- Desestimar los recursos de reposición interpuestos por las entidades UNI2 Telecomunicaciones, S.A. y Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución de fecha 18 de diciembre de 2003, sobre la fijación de los precios de interconexión de terminación en la red de Telefónica Móviles España, S.A.U. (MTZ 2003/1356), 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 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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