



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON JOSE GIMENEZ CERVANTES, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que en la Sesión del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 13 de diciembre de 2001, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCION POR LA QUE RESUELVE EL RECURSO DE REPOSICION PRESENTADO POR TELEFONICA MOVILES ESPAÑA, SAU CONTRA LA RESOLUCION DE LA COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES DE 19 DE JULIO DE 2001, POR LA QUE SE INSTA A LA MODIFICACION DE LOS ACUERDOS GENERALES DE INTERCONEXION SUSCRITOS CON LINCE TELECOMUNICACIONES S.A.

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por Telefónica Móviles España, SAU contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 19 de julio de 2001, por la que se insta a la modificación de los acuerdos generales de interconexión suscritos por la recurrente con Lince Telecomunicaciones, S.A. el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 42/01 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 13 de diciembre de 2001, recaída en el expediente AJ 2001/5298.

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 30 de marzo de 2000 Lince Telecomunicaciones S.A (en adelante Lince) solicitó la intervención de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en un conflicto de interconexión abierto entre aquella y Telefónica Móviles España Sociedad Anónima (en adelante TME) relativo a la interpretación y aplicación de los Acuerdos Generales de Interconexión suscritos entre ambas partes. La citada solicitud dio lugar a la instrucción del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

correspondiente expediente ME 2000/2429 que terminó mediante Resolución de 27 de julio de 2000.

SEGUNDO.- Con motivo de la instrucción del citado procedimiento, por parte de los servicios de la Comisión se detectaron determinadas cláusulas de los Acuerdos Generales de Interconexión suscritos entre las partes que protagonizaban aquel conflicto que podrían justificar la apertura de un expediente independiente. Así, el 10 de abril de 2000 la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones acordó iniciar expediente de modificación del Acuerdo de Interconexión suscrito entre Lince y TME (Expediente ME 2000/2430), por contener determinadas cláusulas que podrían ser contrarias a la libre competencia, concretamente la cláusula primera párrafo cuarto y la cláusula XIV, párrafo segundo punto 3, lo que fue notificado a las partes.

TERCERO.- Con fecha 26 de mayo de 2000, Lince presentó alegaciones anteriores al trámite de audiencia por las cuales solicita de la CMT, no sólo que modifique los Acuerdos Generales de Interconexión de referencia y suprima las cláusulas cuya revisión ha iniciado la CMT de oficio, sino también que amplíe el expediente de revisión a otras cláusulas

- a) Que elimine el segundo inciso del párrafo quinto de la cláusula III, por la que, en la práctica, se obliga a Lince a asumir la totalidad del pago que genera la instalación, gestión, mantenimiento y medios de transmisión necesarios para la interconexión con TME, a favor de establecer una co-financiación real de estos gastos entre dos operadores o una interconexión en fibra óptica en términos razonables.
- b) Que modifique la cláusula IV en el sentido de obligar a TME contractualmente a facilitar el acceso de Lince a los edificios de Telefónica SAU en los que se ubiquen instalaciones de TME conectadas a los PDI desplegados entre Lince y TME.
- c) Que modifique el punto 2 de la cláusula XV e impida la resolución unilateral de los AGIs suscritos entre Lince y TME y, en todo caso, lo someta previamente a la decisión de la CMT.
- d) Que elimine el punto 3 del Anexo 3 y establezca que el despliegue de Pdl's se realizará en función del incremento efectivo de tráfico entre Lince y TME, conforme a los acuerdos a que lleguen las partes en cada momento.

Con fecha 28 de junio de 2000 TME presentó alegaciones previas al trámite de audiencia por las que puso de manifiesto su disconformidad con el procedimiento.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

CUARTO.- Previa tramitación del correspondiente procedimiento administrativo y practicado el trámite de audiencia, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó Resolución con fecha 19 de julio de 2001 en la que se acuerda lo siguiente:

Dictar las siguientes instrucciones a TME y Lince, instando a la modificación de sus acuerdos generales de interconexión:

Primera.- *Suprimir de la Cláusula I el párrafo cuarto: "Lince se compromete a que siempre que curse tráfico con destino a un cliente o servicio de Telefónica Móviles, dicho tráfico transitará exclusivamente por uno de los puntos de interconexión existentes entre ambas redes. Asimismo, Telefónica Móviles se compromete a que siempre que curse tráfico con destino a un cliente o servicio de Lince, dicho tráfico transitará exclusivamente por uno de los puntos de interconexión existentes entre ambas redes."*

Segunda.- *Suprimir de la Cláusula XIV, párrafo 2.3, la posibilidad de solicitar la revisión total o parcial del acuerdo "si durante la vigencia del presente Acuerdo existiera cualquier otro acuerdo de interconexión entre Lince y cualquier otro operador móvil, cuyas condiciones fuesen discriminatorias respecto de las aquí pactadas."*

Tercera.- *Sin perjuicio de que las partes acuerden, si lo desean, una compensación económica en el caso de que un sobredimensionamiento del Pdl ocasione costes hundidos a una de las partes, el párrafo quinto de la cláusula III quedará sustituido por el siguiente, "Cada parte se responsabilizará de la instalación gestión y mantenimiento y pago, en su caso, del 50% de los medios de transmisión necesarios para la interconexión."*

Cuarta.- *Sin perjuicio de que las partes acuerden, si lo desean, una cláusula en la que se tenga en cuenta el tráfico efectivo que genera cada Pdl y su impacto en la otra red, quedará suprimido el punto 3 del Anexo III de los AGIs desde el párrafo segundo "adicionalmente .. " hasta el final del apartado III.3.*

Quinta.- *Incluir en la cláusula XV punto 2 el siguiente párrafo: "La apreciación de la concurrencia de esta circunstancia habrá de efectuarse por las partes de mutuo acuerdo, o en su caso, someterse a la resolución de la Comisión del Mercado de las telecomunicaciones."*

QUINTO.- Con fecha 27 de agosto de 2001 se recibe en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de Telefónica Móviles España por medio del cual interpone recurso potestativo de reposición contra la resolución de 19 de julio de 2001, por no ajustarse el Acuerdo a derecho en lo relativo a la cláusula primera en su párrafo cuarto, la décimo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cuarta en su párrafo 2.3, la modificación propuesta para la tercera y la supresión acordada para el Anexo III en su punto 3.

Fundamenta esta afirmación, entre otras, en las siguientes alegaciones:

Primero.- La intervención de la Comisión infringe el principio de legalidad al no estar fundamentada en las causas que justifican la limitación del principio constitucional de la libertad de empresa.

TME alega que la Comisión no ha acreditado que las cláusulas objeto de la modificación amparan efectivamente prácticas contrarias a la libre competencia o que son limitativas de la interoperabilidad de los servicios y que al actuar en el ámbito del Derecho de la Competencia, la CMT sólo podrá limitar la libertad de empresa constitucionalmente protegida a través de la aplicación de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia.

La aplicación de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia exige para la imputación de un abuso, la delimitación de mercado relevante, la apreciación de la existencia de una posición de dominio y la prueba del abuso de dicha posición, lo cual no ha sido realizado por la Comisión.

Además, en el caso concreto de la financiación de circuitos al 50% como en la asunción de los costes adicionales del transporte de la llamada cuando se entrega en un punto alejado del origen de la llamada, la CMT no ha demostrado la falta de equidad de las condiciones pactadas.

En este sentido la imposición a una de las partes en una relación contractual de la obligación de apartarse de un plan de negocio eficiente, supone una limitación de la libertad de empresa. Dicha intervención administrativa que limita la esfera de la libertad empresarial, obligando a una de las partes a restar eficiencia a su actividad, sólo podría instrumentarse mediante una norma con rango de Ley.

La intervención de la CMT constituye, en sí misma, una alteración de las condiciones de libre competencia en el mercado, la cual para ser lícita debería haberse realizado conforme a la figura de las ayudas públicas, de acuerdo con el artículo 19 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Segundo.- La Comisión ha infringido las normas del procedimiento administrativo al no hacer tomado en consideración todas las alegaciones de TME efectuadas en el procedimiento, lo cual sería contrario al artículo 79 y al artículo 89 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tercero.- Sobre el acuerdo adoptado para la cláusula I, párrafo cuarto, TME sostiene que las razones que justifican la exclusividad radican en un compromiso mutuo de ambos operadores de dotar de cierta estabilidad a la interconexión entre ambos. (Este principio de estabilidad es el que sostiene el modelo de interconexión por capacidad propuesto por la CMT en la OIR de TESAU).

Asimismo, alega TME, que es falso que esta cláusula impida a Lince conseguir alternativas más económicas, puesto que TME en su consideración de operador con poder significativo en el mercado de interconexión se encuentra obligada a ofrecer la interconexión en condiciones no discriminatorias, transparentes y objetivas, lo cual excluye que Lince pueda obtener un precio mejor, excepto que el tránsito se realice a través de operador extranjero, donde en el mercado de carriers el juego de compensaciones entre tasas contables y volúmenes de tráfico de retorno puede llegar a crear temporalmente situaciones de ofertas donde el tráfico destino móvil sea más barato. El simple desdoblamiento de la tasa contable en función de la naturaleza fija o móvil de la red nacional de destino, determinaría la inviabilidad de este tipo de prácticas. En consecuencia la pretendida eficiencia no radica en una mejora de la gestión de recursos, ni en un incremento de la eficiencia de sus redes, lo cual es contrario al principio de eficiencia global en la interconexión que ha sido sancionado por la propia Comisión en la Resolución por la que se aprueba la modificación de la OIR de Telefónica de España, S.A.U. para el año 2001, a propósito del recargo por inserción ineficiente.

Por otra parte, el tránsito de las llamadas a operadores móviles a través de operadores internacionales no presiona a la baja los precios de interconexión, sino que redundando simplemente en un mayor margen para el operador fijo de acceso indirecto.

TME se remite a los argumentos presentados en su escrito de alegaciones respecto a la afirmación de la CMT de que ni la legislación española ni la normativa comunitaria permiten la prohibición del tránsito internacional.

En cuanto a la calidad de las llamadas TME alega que hay distintos criterios de calidad para las llamadas nacionales e internacionales (la Orden de 14 de octubre de 1999 permite un porcentaje de llamadas fallidas en llamadas nacionales inferior al 1% mientras que las internacionales intracomunitarias se permite inferior al 2% y las internacionales extracomunitarias inferior al 2,5 %). De este distinto tratamiento deriva TME que la utilización de elementos de red internacional para cursar llamadas nacionales se traduce objetivamente en una disminución de la calidad del servicio percibida por el usuario. TME además entiende que Lince fácilmente puede no asumir de cara al usuario esta mala



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

calidad imputable al juego de tránsitos, dado que es sólo un operador de acceso indirecto.

Quinto.- Sobre el acuerdo adoptado para la cláusula XIV, párrafo 2, punto 3

TME considera que la eliminación de esta cláusula supone una limitación de la libertad contractual de las partes que no se justifica en la facultad de la CMT de modificar los acuerdos de interconexión cuando pudieran amparar cláusulas anticompetitivas puesto que esta cláusula únicamente abre la posibilidad de que cualquiera de las partes pueda abrir un procedimiento de revisión del acuerdo vigente, cuyo resultado será, en todo caso, fruto de la libertad contractual de las partes y no una imposición unilateral. Así, no amparando el contenido de la cláusula prácticas anticompetitivas, sino que éstas sólo podrían derivarse de una incorrecta interpretación de su contenido, lo procedente será limitarse a una modificación de la cláusula para evitar esa interpretación errónea, pero no la supresión del contenido que las partes han convenido recoger.

Sexto.- Sobre la modificación propuesta para la cláusula tercera, párrafo quinto

TME alega que las condiciones contenidas en esa cláusula, a diferencia de lo afirmado por la Comisión, son equitativas y que el reparto de costes es reflejo de las ventajas que cada parte obtiene al entrar en el acuerdo.

En primer lugar, porque cada una de las partes se hace cargo de los costes que corresponden a las funciones que efectivamente realizan. En el acceso indirecto, la selección de operador lleva a un modelo que diferencia al operador de acceso, operador de transporte y operador de destino de la llamada. No puede decirse que el operador seleccionado realiza el transporte real de la llamada exigido por el artículo 17.5 del Reglamento de Interconexión. Del hecho de que TME obtenga beneficios cuando Lince le entrega llamadas para su terminación, no puede concluirse que TME deba contribuir a sufragar los costes de los que Lince debe responsabilizarse, porque no es justo que el operador que realiza la función de terminación deba sufragar los costes que se corresponden con la función de transporte. De ahí que una solución de cofinanciación al 50% de los circuitos de interconexión no sea equitativa.

TME argumenta que la CMT no ha tomado en cuenta esta alegación y que los gastos relacionados con los puntos de interconexión no se circunscriben únicamente al precio de los circuitos de interconexión, sino que existe toda una serie de actividades relativas a la constitución del punto de interconexión tales como acondicionamiento de la sala de interconexión, la adquisición e instalación del bastidor de interconexión, el tendido de puentes desde el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

bastidor a la central, que son asumidos en exclusiva por TME y que la Comisión parece desconocer.

TME concluye que la CMT parece estar presumiendo la existencia de un abuso de posición de dominio (que sería el efecto anticompetitivo de la cláusula que justificaría la intervención de la CMT) en el hecho de que TME no se ofrezca a subvencionar los costes en que incurriría Lince en la ejecución del Acuerdo de Interconexión. La imposición de esta obligación a TME alteraría las condiciones de competencia en el mercado, sin que se hubiera procedido de la forma prevista en la Ley de Defensa de la Competencia para la concesión de ayudas de Estado.

Además este esquema es contrario al que se reproduce en la OIR donde el operador que solicita la interconexión se responsabiliza de la construcción de los medios de interconexión entre la red del operador y la red del operador dominante. En concreto cuando un operador se interconecta a Telefónica de España mediante circuitos alquilados a ésta última (caso equiparable al de la interconexión TME-Lince), el operador que solicita la interconexión a Telefónica, sufraga el costes del alquiler de circuitos de interconexión. Además el número de Pdl's desplegados con Telefónica de España (al menos 50 para un operador con licencia B1 nacional) y el número de circuitos de interconexión que un operador establece con Telefónica de España es muy superior a los establecidos con TME.

En segundo lugar, no es cierto que los costes de Pdl que corresponderían a TME y que ésta hace repercutir a Lince están siendo además incorporados, por formar parte de sus recursos de red, en los precios de terminación que TME está cobrando a Lince, puesto que el Pdl, según la recurrente, no forma parte de la infraestructura de la red de TME.

El Pdl es un punto o interfaz ubicado en un repartidor en las dependencias de TME y que determina dónde termina la red de Lince y empieza la de TME, marcando así el límite regulatorio entre la responsabilidad de cada operador en el tráfico que circula por sus respectivas redes. Entonces, si es Lince quien sufraga el circuito hasta el repartidor, el precio de terminación de TME orientado a costes no puede incluir dicho circuito.

En tercer lugar, porque teniendo en cuenta la asimetría del tráfico en interconexión no es justo que aunque Lince entrega el 100% del tráfico a TME, es a éste último a quien corresponde sufragar el 50% de los circuitos de interconexión puesto que su obligación de ofrecer interconexión se limita a la terminación y no al transporte y la terminación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A mayor abundamiento, respecto de las alegaciones realizadas en relación con los beneficios que cada parte obtiene del acuerdo, si TME estuviese obligado a sufragar el 50% de los circuitos porque Lince ha decidido optar por cursar las llamadas con destino en la red de TME, perdería su derecho a optar por cursar las llamadas con destino en la red de Lince en tránsito por un tercer operador. Esta situación se volvería absurda ya que a TME no le interesaría pagar un tránsito si a la vez está sufragando circuitos directos con el operador de destino, lo que limita su libertad de elección sin verse condicionado por la decisión de otro operador. Esto es considerado por TME contrario a los principios de la libre competencia. Esta situación de asimetría es también la propia del tráfico internacional donde el reparto de los costes de los circuitos hasta llegar al punto de presencia del operador carrier internacional corre a cargo del operador de origen, y a la inversa, el operador nacional no puede negarse a que cualquier carrier le entregue llamadas, pero los circuitos de interconexión correspondientes al tráfico entrante correrán a cargo del carrier internacional.

TME considera además que no obtiene ningún beneficio por utilización del Pdl, puesto que TME obtiene el precio de terminación tanto si se le entrega el tráfico en ese Pdl como si se le entrega en tránsito. Sin embargo, si bien no existe para TME un beneficio adicional por la constitución del Pdl, lo que sí es cierto es que el operador que solicita la interconexión directa sí obtendría un beneficio adicional, siempre y cuando la constitución de circuitos directos le supusiera un ahorro respecto a lo que pagaba un tercer operador por el servicio de tránsito. La diferencia entre las posiciones de Lince y TME estriba en que es la decisión libremente adoptada por Lince la que le lleva a elegir el esquema de interconexión que le genera el menor coste, pero ocasionando, a su vez, según la resolución de la CMT, un mayor coste a TME. Esta solución es contraria al principio de causalidad defendido por la Comisión en materia de compartición.

La red de interconexión está constituida por una infraestructura de red de telecomunicaciones dedicada de forma exclusiva a la interconexión entre dos o más operadores que no forma parte de la red originaria de los operadores y ha de ser desplegada siempre que un operador solicite interconexión directa a otro operador. Sin embargo, dado que la obligación de ofrecer interoperabilidad puede cumplirse mediante interconexión directa o indirecta, en un esquema de interconexión unidireccional tiene sentido que el operador que genera los costes (i.e. el operador que solicita la interconexión) ha de asumir la responsabilidad de los circuitos que le corresponden como se reconoce en la Resolución de la Comisión 9 de agosto de 2001 de aprobación de la OIR.

En consecuencia, TME considera que la limitación ex-ante de la libertad de un operador constituye una grave violación del principio de mínima intervención que ha de regir las actuaciones de la CMT.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Séptimo.- Sobre el acuerdo adoptado respecto al anexo III, punto 3, en el que se obligaba a Lince a pagar un precio más alto por llamadas entregadas en zona distinta de la de origen.

La CMT en este punto insta a las partes a su eliminación, *por "recoger condiciones inequitativas, las cuales consisten en obligar a incurrir al operador que tiene una posición más débil en el acuerdo de interconexión en mayores costes de los que corresponden al servicio prestado y que no han sido debidamente justificados"*.

Respecto de esta Resolución, TME formula las siguientes alegaciones:

a) La cláusula modificada no es anticompetitiva porque no es inequitativa, puesto que 1) fue libremente pactada entre las partes y 2) porque los costes adicionales al precio de interconexión de terminación que Lince tiene que sufragar son los que se corresponden con los costes adicionales en los que se hace incurrir a TME si Lince opta por un número bajo de Pdl.

De acuerdo con TME, la CMT considera no equitativo y por tanto abusivo, el hecho de que TME no se obligue a subvencionar la actividad de Lince, a través de la asunción del coste adicional que representa el que la llamada no se entregue en el punto de interconexión más cercano al origen.

Respecto a esta cuestión, TME, en primer lugar se remite a sus alegaciones de 7 de noviembre de 2000 en las que explicaba por qué sí son equitativas estas condiciones al tratarse de acceso indirecto, las cuales mantiene que no han sido valoradas por la CMT en su resolución.

En segundo lugar, los costes adicionales al precio de interconexión de terminación que Lince tiene que sufragar son los que se corresponden con los costes adicionales en los que hace incurrir a TME por el hecho de que Lince opte por un esquema de número de Pdl. muy bajo, lo que obliga a TME a realizar un transporte adicional, dado que un 80% del tráfico se resuelve en cercanía. El planteamiento de la CMT en la Resolución recurrida es contrario al principio de eficiencia manifestado en la Resolución de 9 de agosto de 2001 de aprobación de la OIR 2001 de TESAÚ.

TME alega que la Comisión no tiene razón al mantener que la forma de estructurar los servicios resulta poco transparente y no asentada sobre criterios objetivos. La estructura de TME está diseñada y dimensionada para satisfacer las necesidades de tráfico de sus abonados, tanto para el tráfico entrante como el tráfico saliente, así como para los usuarios en itinerancia. Dado que el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

porcentaje de llamadas cuyo origen y destino se encuentran en la misma provincia supera las 3/4 partes del total de las llamadas, resulta razonable pensar que en un porcentaje equivalente de las llamadas fijo-móvil se encuentra dentro de la misma provincia. En consecuencia, una distribución racional del Tráfico fijo móvil sería aquella que entregara la llamada al operador móvil en la misma área geográfica donde se ha originado la llamada puesto que de no ser así determinaría que el operador móvil tendría que transportar nuevamente de regreso la llamada desde el mismo área desde donde se originó. Ahora bien dado que la eficiencia desde el punto de vista técnico debe ser modulada con la eficiencia desde el punto de vista económico resulta preciso llegar a una solución de compromiso en el despliegue de puntos de interconexión, libremente pactada con los operadores que permite la suficiente flexibilidad para el operador interconectado al que se le deja la opción de despliegue de Pdl o el pago del transporte a TME o la entrega a través de un tercer operador.

b) En cuanto a la cuantía del coste adicional por el despliegue de un número reducido de puntos de interconexión, TME entiende que la Comisión no ha entrado a valorar sus alegaciones lo cual constituye una vulneración del derecho que reconocen los artículos 79 y 84 de la LRJPAC y además que no ha quedado acreditado el efecto anticompetitivo consistente en la falta de equidad de la cláusula, por lo que no está justificada la intervención de la Comisión.

En primer lugar, alega TME que la cantidad adicional a pagar por Lince no es una penalización, de la misma manera que no se entiende por tal el que un operador pague a TESAU un precio diferente OIR según que la terminación de la llamada precise de tránsito local, simple o doble. De ahí que cuanto mayores sean los recursos que TME tenga que emplear para terminar llamadas como consecuencia de la decisión del otro operador de no desarrollar puntos de interconexión suficientes, mayor será el precio que dicho operador tendrá que abonar a TME.

Siendo el precio de referencia en la interconexión fijo móvil el precio que paga TESAU, la cual dispone de más puntos de interconexión con TME que provincias, TME entiende que aplicar el mismo precio a TESAU que a Lince resultaría discriminatorio hacia TESAU. La solución adoptada en el AGI, no obliga al mismo despliegue de Pdl para que se aplique el precio de referencia, pero sí es justo pagar una mayor cantidad si no se realiza un despliegue mínimo.

En segundo lugar, TME está en contra de la afirmación de la CMT que entiende que en *"el propio precio de terminación en la red móvil, en principio y hasta que no se profundice en mayor medida en su contabilidad de costes, va implícito el*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

tránsito que hay que hacer en su propia red. Las características antes señaladas para la terminación en una red móvil llevan implícito el hecho de que haya que realizar un tránsito por la red, puesto que, a priori, se desconoce la localización del terminal llamado." TME alega que la Comisión confunde la orientación a costes con la desagregación de los precios de interconexión, al entender que hasta que no se produzca la orientación a costes de los precios de interconexión de TME por terminar llamadas en su red no podrían estar desagregados, asunto que la estructura tarifaria de interconexión de TME incumple el principio de desglose de los precios de interconexión recogido en el Reglamento de Interconexión.

Sin embargo, TME a través de una estructura tarifaria de interconexión dependiente del despliegue de interconexión de los operadores cumple el principio de desglose de los precios de interconexión, eludiendo aplicar un precio único en el que se incluya de forma implícita el coste del transporte de la llamada por la red de tránsito. TME asume una estructura tarifaria de interconexión vinculada a la estructura de red que soporta la interconexión y en dependencia directa de los elementos de red involucrados en la prestación de los servicio de interconexión. Por ello el establecimiento de precios distintos por servicios de interconexión que involucren elementos de red diferentes, no puede considerarse una penalización.

En otro orden de cosas, la cuantía de 2 ptas/min tiene por objeto remunerar el coste de los elementos adicionales de conmutación y transmisión utilizados cuando el operador entrega la llamada fuera del área geográfica donde se originó la misma. El valor del sobrecoste resulta equitativo y en modo alguno anticompetitivo, al coincidir con el precio medio del servicio de tránsito en la OIR, valor que la Comisión había aprobado para un servicio de interconexión equivalente para el operador dominante en redes fijas, cuya red es mucho más eficiente que la red de cualquier operador móvil. Si se entiende que este sobrecoste es anticompetitivo habría que admitir que los precios aprobados por la CMT para la OIR son anticompetitivos.

c) En cuanto a la imputada falta de transparencia en los precios de interconexión TME disiente de la interpretación que la CMT realiza del término transparencia en los precios de interconexión.

TME entiende que el desglose y la transparencia constituyen cualidades independientes que ha de caracterizar los precios de interconexión, mientras que la primera hace referencia a la consideración individualizada de todos los servicios y productos que pueden ser individualmente adquiridos, evitando cualquier paquetización o vinculación de los mismos, la transparencia se refiere a la clara determinación de la cuantía económica asociada a cada uno de los servicios y productos desglosados.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En consecuencia la transparencia aplicada a los precios de interconexión implica, tanto la identificación precisa del precio correspondiente a cada uno de los conceptos, como la inexistencia de vinculación alguna de tales precios a variables ajenas al servicio contratado, cuya determinación no fuera objetivamente verificable y quedara al arbitrio de una de las partes. En este sentido la estructura de precios de interconexión de un operador es transparente cuando el operador solicitante puede determinar por su cuenta la factura de interconexión simplemente multiplicando el precio de los elementos que se incluyen en el esquema de tarificación acordado por las magnitudes físicas correspondientes. Es decir, el operador solicitante tiene un conocimiento previo y preciso de las contraprestaciones económicas relativas a la interconexión y no existen ambigüedades relativas a los conceptos facturables o a la cuantía de los mismos, requisitos que cumple perfectamente el apartado 3.3. del Anexo 3 del Acuerdo. Así, si Lince no ha desplegado 10 puntos de interconexión y si el total del tráfico que Lince entrega a TME en zonas distintas a aquellas en las que se han originado las llamadas supera el porcentaje correspondiente a cada período temporal, la facturación de interconexión se calcula como el producto de los minutos de terminación en la red de TME en cada franja horaria por el precio correspondiente, asimismo los minutos que excedan del porcentaje correspondiente devengarán un cargo adicional de 2 ptas/minuto. En este caso la facturación depende tanto del total de minutos como de la distribución del tráfico por zonas.

En el supuesto de aplicar la interpretación del concepto de transparencia como el suficiente desglose de los precios de interconexión se llegaría a una situación de inseguridad jurídica para el operador fijo. Así si TME desglosara el precio de los servicios de transporte y terminación en función de la distancia y/o topología de la red (tránsito simple o doble) para todas y cada una de las llamadas, el operador interconectado se vería en una situación tal que tendría que pagar por los servicios de interconexión sin posibilidad de contrastar la validez de los precios aplicados puesto que, a diferencia de una llamada entregada en interconexión con destino a un terminal con numeración geográfica cuya ubicación es conocida, en las llamadas entregadas en interconexión con destino a un terminal con numeración móvil no es posible para el operador interconectado conocer la ubicación de destino. De ahí que se llegue en el acuerdo a una solución de compromiso negociada libre y bilateralmente entre las partes.

SEXTO.- Con fecha 28 de septiembre de 2001 Lince presenta escrito por el que solicita que la CMT adopte Resolución desestimando en su totalidad el recurso de reposición interpuesto por TME y confirme su Resolución de 19 de Julio de 2001 y ello sobre la base de las siguientes alegaciones:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Primera.- Debe desestimarse el motivo tercero punto a) del recurso interpuesto pues la Resolución ha sido adoptada dentro de los límites de la legalidad y de lo que permite la normativa sectorial en cuanto a la modificación de acuerdos de interconexión ya concluidos.

Así siempre que un acuerdo pudiera amparar prácticas contrarias a la libre competencia o resulte preciso para garantizar la interoperabilidad de los servicios se da la nota de excepcionalidad a que hace referencia el artículo 22.2 de la Ley General de Telecomunicaciones.

Además este artículo no obliga a la Comisión a justificar su intervención en base a la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, en particular en lo que se refiere a definición de dominancia y abuso. Las funciones de la Comisión no son contradictorias con las de los órganos encargados de aplicar la LDC, por ser estas funciones de distinto alcance y contenido (Resolución de la CMT de 2 de diciembre de 1999). En una situación de mercados previamente sujetos a un monopolio de ley la normativa sectorial otorga a los órganos reguladores un amplio mandato de adopción de medidas para salvaguardar la libre competencia en el mercado, mandato más amplio del que se derivaría de la aplicación de la LDC al sector de las telecomunicaciones. No se conforma la normativa sectorial, como lo hace la de competencia, con prohibir y sancionar conductas anticompetitivas una vez se han producido, sino que pretende evitar su aparición o continuación, pudiendo actuar ex ante con el fin de evitar estas prácticas en un mercado proclive a las mismas por su estructura monopolística.

En línea con lo expuesto, el artículo 22.2. de la LGT considera suficiente para justificar su aplicación que, a juicio del regulador, un acuerdo de interconexión pudiera amparar prácticas anticompetitivas, sin requerir que las mismas sean consecuencia necesaria del acuerdo, ni que se hayan producido ya. Los criterios para evaluar si existe esta posibilidad no se limitan a los que recoge la LDC sino que podrá tomar en consideración la situación relativa de las partes en el mercado, las obligaciones que la normativa sectorial impone a los operadores dominantes, el interés de los usuarios, y en última instancia el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados que la Comisión tutela. Por otra parte Lince entiende que habiendo sido declarado dominante TME a efectos de la Ley General de Telecomunicaciones (en los términos utilizados por el artículo 23 de la LGT) no resulta preciso declarar la dominancia en los términos que requeriría la LDC.

Segunda.- Debe desestimarse el motivo tercero b) del recurso de reposición dado que la resolución decide todas las cuestiones planteadas por los interesados, habiendo tenido las partes oportunidad de plantear alegaciones que el órgano regulador ha tenido en cuenta pero que no constituyen en sí el objeto del procedimiento sobre el que la CMT estaba llamada a decidir.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tercera.- Lince presenta las siguientes alegaciones sobre la modificación de la cláusula 1 párrafo 4, relativa a la obligación de exclusividad en el tránsito de las llamadas:

En primer lugar, Lince alega que la cláusula fue producto de la imposición de TME con el objeto de forzar a Lince a la constitución de un número excesivo de Pdls so pena del pago de una penalización abusiva, y sufragando además Lince el 100% de los medios de transmisión para su constitución. No fue un compromiso mutuo para dotar de estabilidad el acuerdo puesto que un acuerdo de interconexión con un operador dominante no requiere de cláusulas que lo doten de estabilidad dado que la interconexión con él es una condición necesaria para la entrada y supervivencia en el mercado de un nuevo entrante.

En segundo lugar, no corresponde a TME arrogarse el papel de regulador imponiendo restricciones al encaminamiento del tráfico para velar por la calidad del servicio de unos clientes que no son los suyos puesto que, sean o no clientes de TESAU han contratado el servicio de acceso indirecto para llamadas con destino a un terminal móvil con Lince al que hacen responsable del servicio que reciben. Lince considera que debe ser la Comisión, y no TME a través de cláusulas restrictivas y anticompetitivas, quien siga velando por los intereses de los usuarios y por la calidad de los servicios de telecomunicaciones.

Por otra parte, Lince alega que habida cuenta del nivel de los precios de interconexión para originar o terminar llamadas en la red de TME, desproporcionados, no orientados a costes y que han llevado a una financiación ilegítima de las llamadas móvil-móvil por parte de los operadores que ofrecen el servicio fijo móvil y su clientes, TME no puede alegar la existencia de pretendidas fuentes financiadoras de operadores oportunistas.

Además la obligación de exclusividad, al determinar los encaminamientos de las llamadas del operador nuevo entrante, restringe los tránsitos que este puede efectuar e infringe el principio de interoperabilidad de los servicios, y ello con independencia de que el operador que presta el servicio de tránsito sea o no un operador nacional.

Por último, en cuanto a la referencia a los conceptos de eficiencia global correspondientes a la OIR de TESAU para el año 2001, Lince indica que la eficiencia global supone considerar las redes en su conjunto y no cada comunicación en particular, y que, en ningún caso la interpretación de la Comisión sanciona una obligación de exclusividad ni impide los tránsitos. Además cualquier recargo aplicado sobre el precio de interconexión de TESAU no excluye que la llamada sea cursada indirectamente en tránsito a través de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

otro operador y que el recargo se aplique sobre un precio de interconexión aprobado por la CMT con las necesarias garantías de objetividad, transparencia, proporcionalidad y orientación a costes.

Cuarta.- Sobre la modificación de la cláusula XIV, párrafo 2, punto 3 relativa a la obligación de no discriminación, Lince alega que la inclusión de esta cláusula no responde al establecimiento de un mecanismo de garantía y refuerzo de las obligaciones contenidas en la normativa sectorial ni es el fruto del mutuo acuerdo de las partes.

La potencial interpretación errónea que TME admite como posible es la única que cabe esperar. Esta cláusula tiene por objeto y como efecto asegurar el mantenimiento del oligopolio existente en el mercado de móviles, al permitir a TME beneficiarse de precios de interconexión superiores a los que ella ofrece que un operador móvil decidiera o pudiera mantener en razón de su situación de mercado. Por ello, en última instancia, para el supuesto de que la Comisión decidiera modificar la cláusula se solicita que se diga expresamente que "Lince no estaría infringiendo el principio de no discriminación en el sentido del artículo 6 y 22.4 de la LGTel al ofrecer precios (de interconexión) diferentes a otros operadores móviles.

Quinta.- Sobre la modificación de la cláusula 3 párrafo 5º relativa al régimen de financiación de los circuitos utilizados en la interconexión entre Lince y TME.

En cuanto a la interpretación del artículo 17.5 del RI, Lince alega que la cláusula controvertida no está realizada en términos de la función de transporte efectivamente realizado por una parte, ni del enrutamiento de llamadas, ni siquiera del número de Pdl's, sino exclusivamente en atención al tráfico cursado en uno y otro sentido. Por lo tanto no procede aducir el artículo 17,5 del RI que nada tiene que ver con el reparto de los costes de los circuitos alquilados utilizados en la interconexión. Efectivamente el concepto de transporte eficiente del artículo 17,5 tiene que ver con el transporte realizado por el operador internamente en su propia red y no quién sufraga los medios utilizados para construir el punto de interconexión. Incluso si se entendiera aplicable el artículo 17,5 RI sería el párrafo segundo el que debería analizarse. El transporte real y eficiente de las llamadas es un concepto modulable en función de las redes globales que entran en juego. En el supuesto particular de las llamadas de acceso indirecto con destino a terminales móviles el párrafo 2 del artículo actúa como Ley especial respecto del párrafo primero. La Resolución de 9 de junio de 1999 de la CMT, interpretó el artículo 17.5 párrafo en un sentido que en absoluto obligaría al operador interconectado a sufragar el 100% de los medios de transmisión y que además permitía la entrega de las llamadas a través de Pdl's constituidos con terceros operadores. No puede interpretarse esa resolución en el sentido de penalizar al operador que se interconecta cuando



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

elige hacerlo directamente con el operador móvil dominante en una serie de puntos obligándole a sufragar el 100% de las líneas utilizadas para establecer esa interconexión.

En segundo lugar, en lo que se refiere a conexiones con otros operadores, es falso que Lince sufrague a TESAU el 100% de las líneas alquiladas utilizadas para la interconexión con esta última.

El único supuesto en que Lince satisface un pago a TESAU es cuando Lince solicita a ese operador que establezca la estructura de transmisión hasta las dependencias de Lince, y aún así el pago es compartido. Así se deriva del AGI firmado entre Lince y TESAU donde mientras en el caso del Pdl óptico cada parte sufraga el 50% de los costes, pues la interconexión se realiza en un punto intermedio entre las instalaciones de ambos operadores, en el caso de interconexión con Pdl eléctrico en las dependencias de Lince (que se corresponde con el punto 7.4.2.1 de la OIR 2000 y el punto 2 del Anexo 2 de precios de esa OIR bajo la acepción de servicio de acceso a la Red y punto F del anexo 3 y 3C actualmente vigente) la estructura física del Pdl, físicamente situado en las dependencias de Lince se concreta en una serie de circuitos de 2Mbits que la misma TESAU se encarga de instalar y llevar hasta las dependencias de Lince. Por este servicio TESAU recibe de Lince 600.000 pesetas en concepto de alta más 57.000 pesetas al mes por cada E1 habilitado. Este precio representa efectivamente un reparto del coste de un circuito BOE incluso cuando es TESAU quien establece los medios de transmisión para acceder a las dependencias del operador (el precio mensual de una línea de 2 Mbps de 0 kms es de 125.000 pesetas y para una distancia de 5 km el precio mensual es de 178.755 pesetas, si se tiene en cuenta que el precio del servicio de acceso a la red no ha sido modificado desde hace dos años, lo que en realidad supone es un 50% del precio mensual de una línea alquilada BOE de la época).

Por otra parte la interconexión entre Lince y Amena, con independencia del desbalanceo del tráfico en uno y otro sentido, que es prácticamente estructural, el coste de los medios de transmisión es compartido al 50% entre ambos operadores. Así los Pdl son eléctricos y el reparto de su localización se hace en un 50% en las dependencias de uno u otro. Cada operador se responsabiliza de la gestión, instalación, mantenimiento y financiación al 100% de los circuitos que se instalan cuando el Pdl se constituye en las dependencias del otro operador.

Por el contrario, en el acuerdo de interconexión con Airtel, Lince sufraga el 100% de los costes de transmisión en función del desequilibrio del tráfico, circunstancia esta que Lince atribuye a su condición de dominante y la consiguiente limitación de la capacidad de negociación, puesto que el tráfico



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

con Amena está igualmente desbalanceado y, sin embargo, se aviene a repartir los costes al 50%.

Por otra parte, sería contraria a la interoperabilidad de los servicios que TME decidiera no solicitar la interconexión de sus clientes móviles a servicios de Lince, siendo esta una de las finalidades esenciales de la interconexión tal y como viene establecida por el artículo 22,4 de la LGTel y los artículos 2 y 4 del Reglamento de Interconexión, sobre los que ha tenido ocasión de pronunciarse la CMT en su resolución de 8 de febrero de 2001.

El menor interés comercial de un operador dominante en interconectarse directamente con un operador nuevo entrante es una consideración que la LGTel y el RI integra únicamente para establecer obligaciones adicionales a los operadores dominantes, pero no justifican que se cobrecarguen los costes físicos de la interconexión de los nuevos entrantes.

En relación con el pretendido derecho de TME a optar por terminar las llamadas originadas en su red y con destino a la red de Lince a través de un operador de tránsito, en realidad, correspondería ejercitarlo a Lince, pues dado que la mayor parte de esas llamadas tienen su destino en numeración de red inteligente y servicios especiales de Lince, es posible que Lince sufrague también al operador tercero el servicio de tránsito además del precio de interconexión de TME por originación de llamadas en su red.

En cuanto a la analogía establecida por TME con el modelo de interconexión de precios por capacidad incluido en la OIR 2001 de TESAÚ, la misma está fuera de lugar puesto que hasta la fecha la interconexión con TME es objeto de tarificación por minuto, lo que resulta diferente a un modelo en que se paga un precio de interconexión por capacidad solicitada y donde el reparto de responsabilidades es también diferente y ello se traduce en unas condiciones económicas de la interconexión particulares.

Sexta.- Sobre las modificaciones adoptadas al Anexo III punto 3, relativo a las obligaciones de despliegue.

Lince alega que la cláusula no fue libremente pactada sino que se trata de un conjunto de provisiones impuestas por TME para obligar a Lince a desplegar un número de Pdl's no necesariamente justificado por el tráfico, so pena de incurrir en una penalización sobre los precios de interconexión por minuto de comunicación, lo que sobrecarga injustificadamente los costes de interconexión de Lince y constituye un beneficio neto no orientado a costes para TME, que además no sufraga el coste de los elementos necesarios para la constitución de esos Pdl's.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La supresión de la cláusula por la CMT deja al libre acuerdo de las partes el acordar la apertura de nuevos Pdl cuando el volumen de tráfico lo requiera. Junto a ello, el reparto equitativo de los costes de transmisión acordado por la Comisión facilitará el despliegue de Pdl en función de las necesidades reales de tráfico. Por otra parte, Lince alega que el despliegue de Pdl sería mayor si TME no hubiera obstaculizado sistemáticamente la conexión en fibra en condiciones razonables.

La penalización por incumplimiento de despliegue además de ser arbitraria y desproporcionada no es transparente, en el sentido dado por la CMT al término en su resolución de 20 de julio de 2000 que alude tanto a que el operador interconectado conozca todas y cada una de las prestaciones facilitadas por las cuales paga un precio como a que el peticionario de la interconexión no sufrague más de lo estrictamente relacionado con el servicio solicitado.

Por último, Lince reitera que la cláusula ampara prácticas anticompetitivas puesto que la obligación de despliegue de un número determinado de Pdl, la penalización por incumplimiento y la cuantía de la misma sobrecargan injustificadamente el coste de interconexión de Lince, o en la alternativa, resultan en un pago ilegítimo de Lince a TME bajo la forma de un recargo no transparente ni orientado a costes sobre unos precios de interconexión que ya son inadmisiblemente elevados, pues el sobrecargo (que toma por referencia el precio del servicio de interconexión en doble tránsito de TESAÚ en la OIR 2000) se añade a un precio por el servicio de interconexión de terminación en la red de TME aproximadamente 20 veces superior al precio del servicio de interconexión del operador dominante en el mercado fijo con el cual TME pretende establecer una analogía. En estas condiciones TME no puede alegar eficiencia global del mercado, ni tampoco puede la CMT tener en cuenta las alegaciones referidas a la eficiencia de TME en un escenario en que los precios de interconexión no están orientados a costes.

Los anteriores Antecedentes de Hecho les son de aplicación los siguientes,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A. Fundamentos jurídicos procedimentales.

Primero.- Competencia para resolver.

La competencia para resolver el presente recurso corresponde, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

Segundo.- Admisión a trámite.

La Resolución de la CMT de 19 de julio de 2001 pone fin a la vía administrativa por lo que es recurrible en reposición de acuerdo con el artículo 116 de la LRJPAC. TME invoca como motivo del recurso infracción del principio de legalidad a través de la intervención de la CMT no fundamentada en causas que justifican la limitación del principio constitucional de la libertad de empresa e infracción de las normas del procedimiento administrativo. Así pues, el recurrente alega la existencia de causa de nulidad o anulabilidad prevista en los artículos 62 y 63 de la misma Ley, conforme requiere el artículo 107.

Por todo ello, el recurso ha sido interpuesto cumpliendo con todos los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC. Asimismo, se ha interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117 de la misma Ley. Teniendo en cuenta lo anterior, se admitió a trámite el recurso interpuesto.

B. Fundamentos jurídicos materiales.

Primero.- Sobre la infracción del principio de legalidad a través de la intervención de la CMT no fundamentada en las causas que justifican la limitación del principio constitucional de la libertad de empresa.

La Constitución Española en su artículo 38 reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Dicho derecho, conforme al artículo 53, se protege especialmente en nuestro ordenamiento jurídico puesto que sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse su ejercicio.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Precisamente el artículo 22 de la Ley General de Telecomunicaciones viene a desarrollar una limitación al ejercicio de este principio constitucional, puesto que atribuye a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la facultad de dictar instrucciones a las partes que hayan celebrado un acuerdo de interconexión, instándolas a su modificación cuando el contenido pudiera amparar prácticas contrarias a la libre competencia o resulte preciso para garantizar la interoperabilidad de los servicios.

La recurrente sostiene que la CMT en su Resolución de 19 de julio de 2001 no ha demostrado que el AGI ampare prácticas contrarias a la libre competencia, y que, actuando en el marco de la defensa de la competencia, la CMT sólo podrá limitar la libertad de empresa constitucionalmente protegida a través de la aplicación de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado CEE.

A este respecto hay que contestar que el tenor literal del artículo 22 de la Ley General de Telecomunicaciones no deja lugar a dudas puesto que legitima la actuación de la Comisión cuando el contenido del acuerdo pudiera amparar prácticas contrarias a la libre competencia o resulte preciso para garantizar la interoperabilidad de los servicios. En uno y otro caso, del contenido del artículo se pone de manifiesto claramente que no estamos en presencia de una actuación donde se haya constatado la existencia de prácticas contrarias al ordenamiento jurídico y que vayan a desencadenar el ejercicio de la potestad sancionadora por aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia o de los artículos 81 y 82 del Tratado CEE, sino que se trata de una potestad específica de actuación preventiva de futuras prácticas contrarias a la libre competencia que pudieran verse amparadas por el contenido de un acuerdo.

Además, parece desprenderse de la argumentación de la recurrente que la CMT, en su función de salvaguarda de la libre competencia, no le quedan más que dos opciones: o aplicar los preceptos de la regulación específica de telecomunicaciones (en este caso reglamento de interconexión) o acudir a los principios y normas generales del derecho de la competencia, español y comunitario, como si de compartimentos estancos se tratara.

Esta lectura de las funciones de la CMT no es compartida por este Consejo en la medida en que ignora que en cualquiera de los supuestos de intervención de la CMT, para salvaguardar la libre competencia, incluso cuando aplica estrictamente preceptos de la normativa específica de telecomunicaciones sobre interconexión y acceso, lo hace considerando genéricamente los principios de derecho de la competencia comunitarios, no en vano las directivas dictadas al efecto en el ámbito europeo se han sustentado, entre otros preceptos del TCEE, en los artículos 81 y 86.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Es más, la propia Comisión Europea, en su Comunicación 98/C 265/02, sobre aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones, contiene pronunciamientos del siguiente estilo, que no coinciden con la visión que sobre las funciones y competencias de la CMT sostiene la recurrente:

“14. Las normas comunitarias de competencia no bastan para resolver la multitud de problemas de todo tipo que se plantean en el sector de las telecomunicaciones. Las ANR disponen, por tanto, de un ámbito bastante más amplio y desempeñan una función importante y de gran trascendencia en la reglamentación del sector. También cabe subrayar que, tal como establece la normativa comunitaria, las ANR deben ser independientes.

15. Asimismo, es importante hacer hincapié en que las Directivas ONP imponen a los operadores de telecomunicaciones con un poder de mercado significativo, determinadas obligaciones de transparencia y no discriminación más estrictas que las que les impondrían normalmente con arreglo al artículo 86 del Tratado CE. Las Directivas ONP imponen la obligación de transparencia, así como las obligaciones de suministro y de fijación de precios. Las ANR garantizan el cumplimiento de estos criterios, pero también están facultadas para adoptar medidas que permitan una competencia efectiva”

No solamente en esta Comunicación se contienen referencias a la adopción de medidas por las ANR garantizando la libre competencia. En algunas Directivas de telecomunicaciones se recogen menciones a esta posibilidad. Así, por poner un ejemplo atinente al acceso al que alude la Comunicación, en el artículo 9.3 de la Directiva 97/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, se dispone que “las condiciones establecidas por la autoridad nacional de reglamentación podrán incluir, en particular, condiciones tendentes a garantizar la competencia efectiva, condiciones técnicas, tarifas, condiciones de suministro.....”.

Estas previsiones resultan coherentes, se insiste, si tenemos en cuenta que buena parte de dichas Directivas, especialmente las denominadas de liberalización, se dictan en aplicación de lo dispuesto en el artículo 90 del Tratado CE(hoy artículo 86), que a su vez contiene excepciones al régimen de los artículos 85 y 86 del mismo Tratado (hoy artículos 81 y 82).

Se trata pues de un procedimiento especial y de una facultad atribuida por ley y con carácter excepcional a la CMT como órgano regulador del mercado de las telecomunicaciones.

Por otra parte, en la resolución recurrida, la Comisión acredita suficientemente, con el análisis pormenorizado de cada una de las cláusulas objeto de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

controversia en qué medida lo pactado puede amparar prácticas restrictivas de la competencia o contrarias a la interoperabilidad de los servicios. Así, en primer lugar en cuando que pactos colusorios, se describen los posibles efectos anticompetitivos de la cláusula por la que se acuerda la exclusividad en el tránsito (cláusula I, párrafo cuarto) y la cláusula que puede dar lugar a la fijación de precios (cláusula Cláusula XIV, párrafo 2, punto 3).

En segundo lugar, se analizan en detalle las cláusulas que imponen a Lince condiciones inequitativas que resultan en un incremento de los costes y una disminución de los márgenes, con el consiguiente estrangulamiento de los mismos para la parte que, por su posición en el mercado, carece de poder de negociación (Cláusula Tercera párrafo quinto y Anexo III, punto 3).

La caracterización de la imposición de condiciones inequitativas resultantes en la provocación a la otra parte de costes arbitrarios como práctica anticompetitiva ha sido reconocida, por ejemplo, por el Tribunal de Defensa de la Competencia en su Resolución de 27 de julio de 1999 (Expte. 397/97 *Telefónica-Ibertext* y en la *Comunicación de la Comisión Europea relativa a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones 98/C 265/2*, de particular relevancia ésta en lo que se refiere al estrangulamiento de márgenes.

En relación con estas cláusulas la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en la Resolución recurrida llega a la convicción de que se dan los requisitos de actuación del artículo 22 sin necesidad de realizar un análisis más exhaustivo de los mercados afectados, dada la cuota de mercado de TME en los mercados de servicios móviles (más del 50% del mercado), unida a su cuota del mercado de interconexión (más del 40%) (página 32 de la Resolución) y la posición relativa de Lince y TME en este contexto y el distinto peso de las partes en la negociación. Una vez constatada, sin que se haga preciso un mayor análisis formal, esta posibilidad de independencia de comportamiento respecto de sus competidores y usuarios que quieren terminar sus llamadas en números de TME, independencia que caracteriza a una empresa en posición de dominio en el mercado, la Resolución describe en detalle los posibles efectos de estas cláusulas y porqué deben considerarse inequitativas.

Es de destacar, que las mismas alegaciones de TME respecto a la definición de mercado y de la posición de dominio de TME, son de carácter formal-procedimental y no material, puesto que no alega que las practicas tengan efectos en otros mercados ni que TME no ostente una posición de dominio en el mismo, ni aporta datos de mercado que contradigan las afirmaciones de la CMT. Que la alegación es de carácter meramente formal, se pone de manifiesto todavía más al verse comparada con los argumentos en contra del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

carácter inequitativo de las condiciones pactadas, donde TME sí que entra a argumentar sobre el contenido de las mismas.

En conclusión, en la resolución recurrida, no se está pues, como dice la recurrente, presumiendo la existencia de cláusulas anticompetitivas al margen de la legalidad, sino previniendo la existencia de las mismas apoyándose en los hechos y fundamentos de derecho que motivan sobradamente la resolución adoptada.

Segundo.- Sobre la alegada infracción de las normas de procedimiento administrativo y la invocación de nuevos argumentos en el seno del recurso de reposición.

El artículo 79 de la Ley 30/1992 , de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común dispone que los interesados podrán en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio y que el órgano competente deberá tenerlos en cuenta al redactar la correspondiente propuesta de resolución. Al respecto TME presentó escrito de fecha 28 de junio de 2000 con alegaciones que fueron tomadas en cuenta en la redacción de la propuesta de resolución.

Con posterioridad a la presentación de dicho escrito, instruidos los correspondientes procedimientos y antes de redactar la propuesta de resolución se dio audiencia a TME, la cual presentó alegaciones en fecha 13 de noviembre de 2000. Respecto del tratamiento concreto que debe darse a las alegaciones realizadas en el trámite de audiencia, el artículo 84 que regula este momento procedimental no dice nada, por lo que debemos remitirnos al artículo 89 de la Ley 30/1992 el cual dispone que la resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas que derivan del mismo.

En este sentido, es preciso matizar que lo anterior no supone necesariamente que el órgano que instruye el procedimiento deba dar respuesta razonada a todos y cada uno de los argumentos en que TME basa sus distintas alegaciones. Dicho esto, del contenido de la Resolución resulta evidente que en la instrucción del procedimiento las partes han tenido oportunidad de poner de manifiesto sus distintos argumentos, que los mismos han sido tomados en consideración en la Resolución recurrida pues así deriva tanto de la exposición de los hechos como de los fundamentos de derecho y que la Resolución viene a decidir todas las cuestiones derivadas del procedimiento.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En consecuencia, no procede revisar la resolución por este motivo puesto que la resolución ahora recurrida tomó en cuenta todas las alegaciones realizadas tanto por Lince como por la parte recurrente, lo mismo antes como durante el trámite de audiencia, y decide todas las cuestiones planteadas en el curso del procedimiento.

Pero es más, conviene recordar a la recurrente que de acuerdo con el artículo 112 de la Ley 30/1992, en la resolución de un recurso de reposición no podrán tenerse en cuenta en la resolución, hechos, documentos o alegaciones del recurrente, cuando habiendo podido aportarlos en el trámite de alegaciones no lo haya hecho. A este respecto el escrito de recurso planteado por TME formula alegaciones y presenta datos que, pudiendo haber sido alegados en su correspondiente momento procedimental, no lo fueron, motivo por el cual no habrían de tomarse ahora en consideración.

Tercero.- Sobre el acuerdo adoptado para la cláusula I, párrafo cuarto.

La resolución recurrida resuelve en este punto suprimir el párrafo cuarto de la cláusula primera por el que se dice que "*Lince se compromete a que siempre que curse tráfico con destino a un cliente o servicio de Telefónica Móviles, dicho tráfico transitará exclusivamente por uno de los puntos de interconexión existentes entre ambas redes. Asimismo, Telefónica Móviles se compromete a que siempre que curse tráfico con destino a un cliente o servicio de Lince, dicho tráfico transitará exclusivamente por uno de los puntos de interconexión existentes entre ambas redes.*"

La resolución se basaba en que esta cláusula establece "*un criterio de exclusividad en el tránsito intercambiado entre ambos operadores en el sentido de limitar el tráfico intercambiado (tráfico directo y tráfico de selección de operador) exclusivamente por uno de los puntos de interconexión establecidos entre ambos operadores. De esta forma, el operador restringe su libertad de decidir el medio más eficiente para efectuar el transporte de una llamada dentro de los límites reglamentarios, impidiendo la posibilidad de contratar con terceros operadores el tráfico en tránsito. Es decir, se impide que existan alternativas más económicas que proporcionen a LINCE el tránsito de llamadas con destino a la red de TME*".

Las alegaciones de TME por las que consideran la remoción de esta cláusula contraria a derecho no pueden ser admitidas. Como alega Lince, la interconexión con TME no requiere de cláusulas adicionales en un AGI que lo doten de estabilidad puesto que la interconexión con TME es una condición necesaria para la entrada y supervivencia en el mercado de un operador entrante. Además, si la propia TME demuestra cómo sus márgenes no se ven



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

afectados por el incumplimiento de esta cláusula, cobra fuerza la alegación de Lince de que la cláusula en combinación con las otras examinadas, tenía por efecto forzar a la constitución de un número excesivo de Pdl's, so pena del pago de una penalización y sufragando Lince el 100% de los medios de transmisión para su constitución.

Por otra parte, TME en sus alegaciones (escrito de 7 de noviembre de 2000 y de 26 de junio de 2000) circunscribía el desacuerdo con la propuesta de la CMT al tránsito de redes no nacionales. Es decir, estaba de acuerdo con la supresión del compromiso de que el tráfico cursado con destino a un cliente transite exclusivamente por uno de los puntos de interconexión existentes entre ambas redes sí al mismo tiempo se garantizaba el transporte real y eficiente de las llamadas, siendo uno de los posibles, pero no el único, el limitar la posibilidad de tránsito a las redes nacionales. En este último caso el establecimiento de una diferencia respecto del tráfico nacional obedece, según TME a la justificación objetiva relativa al mantenimiento de un adecuado nivel de calidad de las llamadas dirigidas a los abonados de TME.

De acuerdo con eso, no pueden fundamentar una revisión de la Resolución recurrida las alegaciones que no toman en cuenta que TME había acordado en el expediente restringir la exclusividad al tránsito internacional y que concretamente alegaba que esta posibilidad ya había sido pactada con otros operadores. En esta circunstancias, no ofrecerla a Lince resultaría además discriminatorio.

La Resolución de la CMT correctamente circunscribió el problema a la propuesta de TME de prohibir el tránsito internacional y, centrada la discusión en esos términos, la obligación de garantizar el transporte real y eficiente de la llamada del artículo 17.2 es independiente de si el tránsito es nacional o internacional. En este sentido, el Reglamento de Interconexión en la disposición adicional primera establece que el Ministerio de Fomento (ahora Ciencia y Tecnología) previo informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, velará por el cumplimiento de los principios de igualdad de trato en las condiciones de interconexión entre las redes de los operadores nacionales y las de los extranjeros. Asimismo, los operadores de los países pertenecientes al Espacio Económico Europeo estarán sujetos a condiciones de interconexión equivalentes a las establecidas para los operadores nacionales.

En cuanto a la calidad de las llamadas y la alegación de TME en el presente recurso de reposición respecto a la existencia de los distintos criterios de calidad para las llamadas nacionales e internacionales, hay que precisar que una hipotética llamada cuyo número de origen y número de destino son nacionales debe entenderse nacional y cumplir con las exigencias de calidad



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

atribuidas a este tipo de llamada, con independencia del número y localización de las interconexiones que realice en su camino.

Así las cosas, y no correspondiendo a TME controlar la calidad de las llamadas de Lince respecto de los clientes de este, especialmente mediante la imposición de cláusulas restrictivas del tránsito, resultan indiferentes las alegaciones relacionadas con el funcionamiento del mercado de carriers que TME detalla en su escrito.

Por último, la referencia de TME a conceptos de eficiencia global correspondientes a la OIR 2001 de TESAU (al margen de no ser aplicable a la interconexión entre TME y Lince), como alega Lince, no debe ser entendida en el sentido que pretende TME. En primer lugar, la eficiencia global supone considerar las redes en su conjunto, y no cada comunicación en particular y en ningún caso se sanciona una obligación de exclusividad en la interconexión ni impide los tránsitos. En segundo lugar, cualquier recargo que fuera de aplicación sobre el precio de interconexión de TESAU no excluye que el mismo se curse indirectamente en tránsito a través de otro operador y, a diferencia de la Interconexión con TME, se aplica sobre un precio de interconexión aprobado por la Comisión con las necesarias garantías de objetividad, transparencia, proporcionalidad y orientación a costes.

Por estos motivos, procede desestimar el recurso de reposición interpuesto por TME en lo que a esta cláusula se refiere puesto que no se ha demostrado la existencia de causa de nulidad o anulabilidad que justifiquen su revisión.

Cuarto.- Sobre la modificación de la cláusula XIV, párrafo 2º, punto 3, relativa a la obligación de no discriminación.

La Resolución recurrida suprimía la cláusula por la que se permitía a TME solicitar la revisión total o parcial del acuerdo, mediante solicitud por escrito a la otra parte, si durante la vigencia del mismo existiera cualquier otro acuerdo de interconexión entre Lince y cualquier otro operador móvil, cuyas condiciones fuesen discriminatorias respecto de las pactadas.

En la Resolución se concluye que esta cláusula puede amparar prácticas contrarias a la libre competencia y se explica cómo este tipo de cláusula restringe la facultad de las partes de negociar precios y condiciones distintas con otros operadores. Estas cláusulas limitan el rango de opciones estratégicas de una empresa y provocan que las empresas tengan respuestas menos agresivas ante cambios en el mercado. Por este motivo, las cláusulas de este tipo dificultan el aumento del grado de competencia en un mercado. Los incentivos de Lince a ofrecer precios mejores a otros operadores se



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

reducen, ya que no puede limitar sus descuentos a un sólo operador, sino que se obliga a hacer extensivos estos descuentos a TME. El efecto inmediato de estas cláusulas es la uniformidad en los precios de interconexión, manteniéndose siempre en el nivel prefijado sin que la cláusula llegue a invocarse nunca. De la misma forma, incluso cuando lo que se impide es pactar precios más altos con otros operadores, esta cláusula resultaría asimismo contraria a la libre competencia pues limita la libertad de diseñar la estrategia empresarial que cada empresa desee adoptar.

Por otra parte se dice en la resolución que la especial naturaleza de los acuerdos de interconexión, que son acuerdos bilaterales en los que la provisión de servicios se realiza en ambas direcciones, podría provocar que los efectos de esta cláusula se extendieran no sólo a los precios de los servicios ofrecidos por Lince a otros operadores, sino también a los precios de los servicios que otros operadores prestasen a Lince ya que, al existir pocos incentivos por parte de Lince a ofrecer precios mejores, es poco probable que otros operadores respondan con ofertas más competitivas. Dado el papel que juegan los precios de interconexión en la determinación de los precios finales de los servicios de telefonía fija, precios altos de interconexión se traducirían, probablemente, en precios altos de los servicios de telefonía fijo-móvil, u otros servicios que impliquen el uso de servicios de interconexión (por ejemplo, servicios prestados a través de números de inteligencia de red o números cortos).

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

Los motivos de reposición aducidos por TME frente a estas consideraciones, expuestas en el fundamento de derecho tercero apartado segundo de la resolución recurrida, no justifican su revisión.

La alegación de TME de que la cláusula no es sino la plasmación de la obligación de no discriminación ya fue respondida suficientemente en el mismo fundamento de derecho. Valga decir ahora que el respecto al principio de no discriminación en las condiciones de interconexión que la Ley General de Telecomunicaciones predica respecto de los operadores dominantes y no dominantes es un principio regulatorio y como tal, debe ser interpretado y aplicado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, como ya ha



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

tenido ocasión de hacerlo en sus Resoluciones de 6 de abril y de 20 de julio de 2000.

La aplicación de este principio a los operadores no dominantes precisa de un mayor desarrollo, bien normativo (recordemos que la Directiva de Interconexión sólo obliga a respetar el principio de no discriminación a los operadores dominantes, con lo cual no existen precedentes comunitarios que puedan servir de orientación), bien por parte de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a través de sus Resoluciones y Circulares de general aplicación. Es tarea pues de la Comisión interpretar cuándo los operadores están incumpliendo este principio y la complejidad de esa tarea ha sido reconocida por la recurrente.

Así las cosas, en tanto que no se produzca tal desarrollo, no debe permanecer en el AGI una cláusula por la que se permite a TME solicitar la revisión del acuerdo cuando unilateralmente decida que Lince está incumpliendo el principio de no discriminación (cuando la propia TME admite en sus alegaciones que la cláusula se presta a interpretaciones erróneas y contrarias a la libre competencia) pues se puede utilizar una situación de relativa inseguridad jurídica respecto de las condiciones que Lince puede ofrecer a terceros para producir los efectos anticompetitivos antes explicados.

Además, como ya se dijo en la resolución recurrida, la garantía del principio de no discriminación no justifica que se entre en un compromiso contractual de ligar la revisión automática de un contrato a los compromisos suscritos con terceros en contratos que deberían ser independientes los unos de los otros. Esta vinculación restringe la libertad de negociación de otros acuerdos a la vez que dificulta la flexibilidad de los precios en interconexión.

Por cuanto antecede, no procede estimar el recurso de reposición en cuanto a este motivo.

Quinto.- Cláusula Tercera, párrafo quinto.

La cláusula III párrafo quinto de los AGIs suscritos entre TME y Lince establecía que:

"Cada parte se responsabilizará de la instalación, gestión, mantenimiento y pago, en su caso, del 50% de los medios de transmisión necesarios para la interconexión en tanto en cuanto exista un equilibrio de tráfico entre la entrada y salida de ambos operadores, de forma que ambas partes se comprometen a dimensionar adecuadamente los puntos de interconexión, de acuerdo a este



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

principio de equilibrio. Si la relación de tráficos generados por una y otra red se desbalancea, el operador que genera el mayor volumen de tráfico asumirá la responsabilidad del dimensionamiento, instalación, gestión, mantenimiento y pago, en su caso, de los circuitos adicionales necesarios para cursar el diferencial de tráfico entre ambos operadores. Lo anterior no tendría validez mientras el desequilibrio de tráfico entre ambos operadores no sobrepase la relación 60/40."

Esta Comisión resolvió lo siguiente:

"Sin perjuicio de que las partes acuerden, si lo desean, una compensación económica en el caso de que un sobredimensionamiento del Pdl ocasione costes hundidos a una de las partes, el párrafo quinto de la cláusula III quedará sustituido por el siguiente, "Cada parte se responsabilizará de la instalación gestión y mantenimiento y pago, en su caso, del 50% de los medios de transmisión necesarios para la interconexión.""

TME centra los motivos de reposición de la resolución recurrida, en primer lugar, en que el reparto de costes de los medios de transmisión necesarios para la interconexión no es inequitativo, como sostiene la Resolución. En segundo lugar, TME sostiene que la CMT no ha tomado en cuenta las particularidades de la asimetría del tráfico en interconexión y que es falsa la consideración de la CMT de que los costes del Pdl que corresponderían a TME ya están incluidos en el precio de terminación, por formar parte de sus recursos de red que TME está cobrando a Lince.

Veamos ahora separadamente estas alegaciones:

a) Sobre si las condiciones son inequitativas, sobre el reparto de costes y sobre los costes incluidos en el precio de terminación.

En las alegaciones presentadas por TME que han dado lugar a este Recurso de Reposición, TME señala que la cláusula no es inequitativa puesto que cada parte se hace cargo de los costes que corresponden a las funciones que efectivamente realiza. Para ello explica de forma pormenorizada las funciones que realizan cada uno de los operadores interconectados en el caso de un acceso indirecto y concluye diciendo que esta Comisión presupone la existencia de un abuso de posición de dominio por el hecho de que TME no se ofrezca a subvencionar costes a Lince.

A este respecto, hay que recordar a TME que la Resolución recurrida por la que se acuerda la sustitución de esta cláusula motiva esta decisión en que la aplicación de dicha cláusula supondría que Lince debería correr con los costes de la práctica totalidad de los medios de transmisión necesarios para la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

interconexión, mientras que son los dos operadores los que se benefician de la existencia de puntos de interconexión, puesto que también TME estaría recuperando esos costes en los propios pagos que Lince tiene que realizar a TME en concepto de terminación de la llamada.

Por otra parte, como señala Lince en sus alegaciones, en cuanto a la interpretación del artículo 17,5 del Reglamento de Interconexión, la cláusula controvertida no está redactada en términos de la función de transporte efectivamente realizado por una parte ni del enrutamiento de las llamadas, ni siquiera del número de Pdl's sino exclusivamente en atención al tráfico cursado en uno u otro sentido.

Además, esta Comisión entiende que es justa la apreciación de Lince en el sentido de que el menor interés comercial de un operador dominante en interconectarse directamente con un operador nuevo entrante es una consideración que nuestro ordenamiento jurídico toma en cuenta para establecer obligaciones adicionales a los mismos y no para justificar que se sobrecarguen los costes físicos de la interconexión de los nuevos entrantes y se pueda poner, además, en cuestión la inoperabilidad de los servicios.

En consecuencia, la imposición de esta cláusula con contenido claramente inequitativo es producto de la distinta posición negociadora de las partes en el acuerdo y refleja la relativa independencia de TME para actuar en el mercado, debido a su posición en el mismo, que le permite obligar a la contraparte a asumir el 100% de los costes.

Ahora bien, sentado este principio de justo reparto de los costes, la Resolución recurrida también contempla la posible situación en que Lince hubiese generado unos costes a TME que ésta no pudiese recuperar vía el precio de terminación y dice expresamente:

“Ello no obstante, hay que tener en cuenta que el objetivo de un Pdl es precisamente el posibilitar el intercambio de un volumen de tráfico para el cual se han dimensionado todos los elementos. En función de este dimensionamiento los operadores incurrirán en una serie de costes que serán mayores cuanto mayores sean las previsiones de tráfico. El hecho de que los elementos de un Pdl se encuentren altamente sobredimensionados en base a unas previsiones que no se han cumplido ocasiona un coste al otro operador que no va a poder recuperar y se trataría, por tanto, de unos costes hundidos.

Por todo ello, esta Comisión entiende que podría entenderse razonable que las partes del acuerdo incluyesen en el propio Acuerdo de Interconexión algún tipo de compensación económica de un operador a otro por el hecho de haber



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

incurrido en unos costes hundidos en situaciones de claro sobredimensionamiento.”

Por lo tanto, cabe concluir que la modificación de dicha cláusula por imponer por parte de TME a Lince condiciones inequitativas en cuanto al reparto de los costes, no conlleva, como pretende inferir TME, un subsidio sino por el contrario, el restablecimiento de un equilibrio entre las partes.

Por último, TME se compara con Telefónica de España S.A.U (en adelante, TESAU), operador dominante en el mercado de la telefonía fija, y establece paralelismos entre esta cláusula y las condiciones establecidas en la Oferta de Interconexión de Referencia de TESAU.

TME ha sido declarado dominante en el mercado de telefonía móvil y en el mercado de interconexión, (al igual que TESAU para el servicio fijo) a los efectos del artículo 23 de la LGT, lo que tiene por consecuencia la imposición de la obligación de facilitar la interconexión en condiciones no discriminatorias, transparentes y fundadas en criterios objetivos y aplicando precios transparentes y orientados a costes junto con la aplicación de un sistema adecuado de contabilidad de costes y la presentación de cuentas separadas de los servicios de interconexión y de los otros servicios prestados por el operador.

Sin embargo, hay que recordar a TME que el marco regulador de interconexión para operadores móviles es diferente al de interconexión con el operador dominante en fijo, puesto que para la interconexión con un operador móvil dominante, aunque tenga un peso significativo en el mercado, como es el caso, los operadores alternativos no disponen de una oferta de interconexión a la cual adherirse según prevé el marco sectorial para la interconexión con el operador con peso significativo en el mercado fijo.

En consecuencia, no parece razonable admitir que TME pueda acogerse, en razón de sus intereses, a determinados aspectos de una Oferta de Referencia del operador dominante en el mercado de la telefonía fija como también lo hace en sus alegaciones a la hora de justificar las 2 pesetas/minuto que Lince debe pagar a TME (punto 3 del Anexo III del AGI entre TME y Lince).

En este sentido, TME no ha acreditado en sus alegaciones el cumplimiento de sus obligaciones de transparencia y orientación a costes, puesto que se ha limitado a realizar, en aquello que le convenía, una analogía con los precios de la OIR 2001 de TESAU, dominante en fijo, sin aportar dato alguno sobre sus propios costes. De ahí que no pueda considerarse lícita la pretensión de TME de repercutir unos costes a Lince que, en principio, y hasta que no se



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

profundice en mayor medida en su contabilidad de costes, van implícitos en su propio precio del servicio de terminación.

b) Sobre las particularidades de la asimetría en el tráfico de interconexión.

TME señala que esta Comisión confunde el término Pdl cuando incluye bajo este término tanto la interfaz que delimita la responsabilidad de los operadores interconectados como el resto de medios que conectan la red de los operadores con el punto de interconexión. Sobre este particular, cabe aclarar que se trata de dos cuestiones diferentes: la delimitación de responsabilidades desde un punto de vista técnico y jurídico, por un lado y, por el otro, la delimitación de los costes en que incurre cada uno. Esta última cuestión es la que es objeto de análisis y no los límites en las responsabilidades técnicas y legales de cada una de las partes.

Sobre este particular, TME señala, además, que en caso de verse obligado a correr con el coste del 50% de los circuitos, TME perdería su derecho a optar a cursar llamadas con destino la red de Lince en tránsito por un tercer operador. Sin embargo, de esa primera condición difícilmente se puede derivar la pérdida de ese derecho. El poder de elección de TME a la hora de encaminar sus llamadas no se vería puesto en riesgo por la manera en que se repartan costes.

Esta Comisión coincide con TME en que hay muchos más ejemplos en el sector y no solamente circunscritos al servicio telefónico disponible al público como los expuestos por TME, de desbalanceo de tráfico. Pero mediante la modificación de la cláusula en cuestión, esta Comisión no está sentando el principio general, como pretende deducir TME, de que en casos de desbalanceo total de tráfico, ambas partes deben correr con la mitad de los costes, puesto que esta cláusula no se ha analizado de manera aislada, sino teniendo en cuenta toda una serie de condicionantes ya enunciados como son, por ejemplo, el hecho de se puedan estar recuperando esos costes vía los pagos que deberá llevar a cabo Lince a TME por el servicio de terminación de la llamada.

Atendiendo a las consideraciones expuestas no procede admitir este motivo de reposición del recurso puesto que la Resolución no incurre en causa de nulidad o anulabilidad que justifiquen su revisión.

Sexto.- Anexo III, punto 3.

Los acuerdos originales contemplaban el compromiso por parte de Lince de despliegue de un número determinado de puntos de interconexión con la red



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de TME, y en el caso de que este despliegue no se realizara en un cierto plazo se aplicaba la siguiente estipulación:

"Si el total de tráfico que Lince entrega a Telefónica Móviles en zonas distintas a aquellas en las que se han originado las llamadas supera un determinado porcentaje del total del tráfico nacional entregado por Lince en virtud del presente acuerdo, Lince se compromete a remunerar dicho exceso de minutos con 2 Ptas/min. adicionales a los precios establecidos en el presente apartado 3.3."

Lince describe en sus alegaciones al recurso de reposición, como ya lo hizo en las alegaciones realizadas en el curso del expediente principal, que la citada cláusula no es una condición libremente pactada sino impuesta por TME para obligar a Lince a desplegar un número de Pdl's no necesariamente justificado por el tráfico, so pena de incurrir en una penalización sobre los precios de interconexión por minuto de comunicación, lo que sobrecarga injustificadamente los costes de interconexión de Lince y constituye un beneficio neto (no orientado a costes) para TME, que además no sufraga el coste de los elementos necesarios de transmisión necesarios para la constitución de esos Pdl's.

Las alegaciones de TME pusieron de manifiesto en el expediente la legitimidad de establecer condiciones que tengan en cuenta el tráfico efectivo que genera cada Pdl desplegado y su impacto en la otra red. Ello no obstante, esta Comisión entendió que, en defecto de acreditación de una justificación objetiva para las condiciones concretas impuestas por parte de TME, este sobreprecio resultaba una condición inequitativa (consistente en obligar a incurrir al operador que tiene una posición más débil en el Acuerdo de Interconexión en mayores costes de los que corresponden al servicio prestado) que debía ser suprimida por anticompetitiva. Al mismo tiempo se instaba a las partes a negociar otro tipo de cláusula en la que sí se tenga en cuenta el tráfico efectivo que genera el Pdl y su impacto en la otra red, sin necesidad de llegar mimetizar la red de TME y así se dice expresamente en la resolución que:

"Sin perjuicio de que las partes acuerden, si lo desean, una cláusula en la que se tenga en cuenta el tráfico efectivo que genera cada Pdl y su impacto en la otra red, quedará suprimido el punto 3 del Anexo III de los AGIs desde el párrafo segundo "adicionalmente .." hasta el final del apartado III.3."

En el recurso de reposición objeto del presente procedimiento TME alega que la cláusula debería mantenerse dado que la condición no es inequitativa a la vista de las particularidades del acceso indirecto y el hecho de que los costes adicionales al servicio de interconexión que Lince tiene que sufragar son aquellos en los que hace incurrir a TME. En concreto, alega TME, que la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

solución adoptada garantiza el fomento de la eficiencia global del conjunto de operadores, que la estructura tarifaria se encuentra directamente vinculada a la estructura de red subyacente de conformidad con los principios sustentados por la CMT en materia de precios de interconexión y que la vinculación entre los precios de interconexión del operador se soporta en criterios objetivos y constatables tales como la estructura de red o el patrón de las llamadas fijo-móvil.

Las alegaciones sobre esta cuestión presentadas por TME vienen a insistir, al igual ya lo hicieron para la cláusula anteriormente analizada, en que la CMT considera no equitativa esta cláusula por el hecho de que TME no subvencione a Lince en su actividad.

Las motivaciones ya expuestas en la Resolución que ha dado lugar a la supresión de esta cláusula concluyen que mediante esta cláusula TME está obligando a Lince a incurrir en mayores costes de los que corresponden al servicio prestado sin que ello esté debidamente justificado. En especial se dice que en el propio precio elevado de terminación en red móvil, en principio y hasta que no se profundice en mayor medida en su contabilidad de costes, va implícito el tránsito que hay que hacer en su propia red. Por tanto no se trata de subvencionar una actividad sino por el contrario, de evitar que Lince incurra en mayores costes de los debidamente justificados.

En su escrito TME realiza una extensa exposición sobre las redes móviles y el origen y destino de las llamadas. A todo ello esta Comisión ya ha respondido en la Resolución de referencia. La CMT considera razonable que TME busque la eficiencia y procure minimizar el impacto en su red por la interconexión con otras redes. Sin embargo la redacción llevada a cabo en esa cláusula, como ya se razonó, puede llegar a resultar una carga demasiado elevada para el otro operador, sin que para ello se haya justificado debidamente. Y de hecho, como ya se ha indicado, en la Resolución se concluía señalando que:

“No obstante, procede instar a las partes a que negocien otro tipo de cláusula en la que sí se tenga en cuenta el tráfico efectivo que genera el Pdl y su impacto en la otra red, sin necesidad de llegar mimetizar la red de TME”.

Por otra parte, TME alega que los precios de interconexión son transparentes, y que la cuantía del coste adicional resulta equitativo al coincidir con el valor que la Comisión había aprobado para un servicio de interconexión equivalente para el operador dominante en redes fijas que es mucho más eficiente que la red de cualquier operador móvil. Respecto a estos extremos hay que destacar que TME en sus alegaciones en este apartado, vuelve a invocar los principios y precios establecidos en la interconexión con el operador dominante en fijo, TESAÚ, para justificar el coste adicional de 2 pts/min. Sobre este particular no



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cabe realizar ningún comentario adicional a los ya previamente realizados en el fundamento de derecho anterior salvo insistir en que el principio de transparencia aplicado a los precios de interconexión supone que los mismos deben estar suficientemente desglosados, de manera que el peticionario de la interconexión no sufrague más de lo estrictamente relacionado con el servicio solicitado (Resolución de la CMT de 20 de julio de 2000), por lo que puede admitirse la analogía con los aplicados por otro operador de un mercado de referencia diferente. (Especialmente, cuando, como señala Lince, el sobrecargo que toma como referencia los precios OIR de TESAU, se añade, en este caso, a un precio por el servicio de interconexión de terminación en la red de TME aproximadamente 20 veces superior al precio del servicio de interconexión del operador dominante en el mercado fijo con el cual TME pretende establecer una analogía).

Por ello esta Comisión no está eludiendo, como alega TME, analizar las alegaciones de TME sobre esta cuestión sino que no las toma en consideración porque las mismas parten de un principio erróneo cual es la legitimidad de imponer a Lince la obligación de asumir unos costes adicionales sin considerar el impacto real que puede generar sobre la red de TME y estableciendo un precio que toma como referente la red de TESAU.

Por cuanto antecede, la resolución recurrida no incurre en causa de nulidad o anulabilidad que fundamente la revisión en reposición de la misma.

ACUERDA

UNICO.- Desestimar el recurso de reposición interpuesto por Telefónica Móviles España, S.A.U contra Resolución de esta Comisión de fecha 19 de julio de 2001, Resolución que se confirma en sus propios términos.

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.

Contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que resuelve un recurso potestativo de reposición, no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

José Mª Vázquez Quintana

EL SECRETARIO

José Giménez Cervantes