



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

JAIME ALMENAR BELENGUER, 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 33/06 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 05 de octubre de 2006, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en relación con el expediente RO2004/1278 se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE INTERCONEXIÓN ENTRE RETEVISIÓN MÓVIL, S.A. Y COMUNITEL GLOBAL, S.A., SOBRE LOS PRECIOS DE INTERCONEXIÓN DE ACCESO A LOS SERVICIOS 900.

HECHOS

Primero.- Con fecha 22 de julio de 2004, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de D. José Joaquín Mollinedo Chocano, en nombre y representación de RETEVISIÓN MÓVIL, S.A., (en adelante, Amena), por el que plantea conflicto de interconexión contra la entidad COMUNITEL GLOBAL, S.A., (en adelante Comunitel), en relación con la aplicación, por parte de este operador, de las condiciones relativas a los precios de acceso de llamadas en la red de Amena a números de servicio 900 asignados a Comunitel.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En su escrito, la representación de Amena alega que:

- Con fecha 21 de mayo de 2004, Comunitel solicita a Amena la modificación automática de los precios de acceso a numeración gratuita a Comunitel para llamadas originadas en la red de Amena con efectos desde el 2 de octubre de 2003.
- Con fecha 4 de junio de 2004, Amena contesta a Comunitel comunicándole la ausencia de obligación de que sean iguales los precios de interconexión de acceso y de terminación por cuanto las reducciones exigidas por la CMT se referían únicamente a precios de terminación.
- Con fecha 16 de junio de 2004, Comunitel comunica a Amena que unilateralmente ha decidido pagar a Amena los mismos precios por el servicio de acceso que por el servicio de terminación de llamadas.
- Con fecha 30 de junio de 2004, Amena respondió a Comunitel que una aplicación unilateral de Comunitel sin previa intervención de la CMT supone un incumplimiento del AGI suscrito entre las partes.
- El AGI suscrito entre Amena y Comunitel establece claramente los servicios de acceso y los precios que se cobrarán por los mismos sin remisión a cláusula ulterior alguna.
- La CMT ha de exigir a Comunitel el cumplimiento de los acuerdos pactados y el reintegro a Amena de las cantidades pendientes de pago desde mayo de 2004.
- La conducta unilateral de Comunitel no respetando las competencias de la CMT para resolver vulnera la cláusula 9 "Resolución de conflictos" del AGI suscrito y los artículos 11 y 14 de la Ley 32/2003.
- Amena tiene un conflicto con Telefónica por el importe de los precios de interconexión de acceso, según se constata en las Actas mensuales de consolidación, y su presentación ante la CMT dependerá de su propia voluntad.
- El AGI entre Amena y Telefónica no tiene las mismas previsiones que el suscrito entre Amena y Comunitel por lo que Amena no puede estar discriminando a Comunitel ya que la discriminación se predica cuando se aplican a situaciones iguales condiciones diferentes.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En virtud de lo anterior, Amena solicita:

- a) Instar a Comunitel a cumplir el Acuerdo General de Interconexión que tiene suscrito con Amena y, por tanto, a pagarle los precios recogidos en el AGI para los servicios de interconexión de acceso y servicio 900 de inteligencia de red, de cobro revertido automático.
- b) Instar a Comunitel a abonar de manera automática a Amena las cantidades pendientes de pago y las que se devenguen hasta el momento de la Resolución, importe resultante de la diferencia entre lo que Amena ha facturado a Comunitel en concepto de servicio de interconexión de acceso y servicio de red inteligente de cobro revertido automático y lo realmente pagado por esta última.

Segundo.- Mediante escrito del Secretario de esta Comisión con fecha de 2 de agosto de 2004 se comunicó a los interesados el inicio del expediente administrativo para la resolución del conflicto planteado por Amena, dando traslado de la solicitud de intervención para alegaciones.

Tercero.- Con fecha 13 de agosto de 2004 tuvo entrada en el Registro de la CMT escrito de Comunitel alegando que:

- Comunitel tiene conocimiento de que Amena de facto está aplicando a Telefónica los mismos precios de interconexión para el acceso y terminación en su red.
- El 21 de mayo de 2004 Comunitel solicitó a Amena la renegociación de los precios aplicables al servicio de acceso a números gratuitos de Comunitel y que Amena cesara en el tratamiento discriminatorio en las condiciones de interconexión aplicadas respecto de Telefónica.
- El 4 de junio de 2004 Amena contestó a Comunitel señalando (i) la inexistencia de su obligación de aplicar los mismos precios de interconexión para acceso y para terminación y (ii) que Amena cumplía su obligación de facilitar la interconexión en condiciones no discriminatorias, transparentes, proporcionadas y fundadas en criterios objetivos.
- Habiendo constatado que Amena seguía de hecho aplicando a otros operadores los mismos precios de acceso y de terminación, el 16 de junio de 2004 Comunitel comunicó a Amena que abonaría para servicios



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de acceso a numeración gratuita de Comunitel el precio fijado para el servicio de terminación, dejando pendiente una regularización según lo que dijera la CMT.

- Con fecha 21 de junio de 2004, Telefónica comunicó a Comunitel la provisionalidad de los precios de tránsito a redes móviles hasta que no se resolviera la discrepancia con los tres operadores móviles. Con fecha 22 de julio de 2004, Amena comunicó a Comunitel su sorpresa por la actitud de Comunitel.
- Amena sigue aplicando a Telefónica precios de acceso más favorables que a Comunitel y con ello vulnera el principio de no discriminación establecido en el artículo 10.2 de la Directiva de Acceso, el artículo 9 del Reglamento de Interconexión y el párrafo 120 de la Comunicación de la Comisión Europea respecto a los acuerdos de acceso en mercados de comunicaciones.
- Comunitel no está incumpliendo el AGI sino que, por el contrario, se ha limitado a solicitarle a Amena una modificación del mismo en lo que respecta a los precios de interconexión de acceso. Asimismo, Comunitel decidió dejar en suspenso, hasta la adopción de la Resolución de la CMT y a la que Amena supedita la modificación solicitada, la aplicación de las cantidades legítimamente disputadas. Tampoco está incumpliendo Comunitel el marco normativo de telecomunicaciones, en especial en lo que respecta a la competencia de la CMT para la resolución de los conflictos de interconexión entre los operadores, ya que lejos de no reconocer dicha competencia, Comunitel únicamente ha intentado una solución entre las partes de dicho conflicto.
- Amena es operador dominante y por ello está sujeto, entre otras, a las obligaciones de transparencia y no discriminación. Amena está obligada a ofrecer unos precios de terminación orientados a costes y el establecimiento de precios diferentes para los servicios de acceso y terminación carece de justificación jurídica y económica (la CMT ha indicado que si las condiciones técnicas de interconexión son similares, las condiciones económicas también tienen que ser las mismas) y deja vacío de contenido el criterio de orientación a costes que debe regir en estos precios.

En virtud de estas alegaciones Comunitel solicita a esta Comisión que:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- a) Dicte Resolución en que se determine la obligación de Amena de modificar los precios de acceso a numeración gratuita contenidos en el Acuerdo General de Interconexión suscrito con Comunitel en los términos y con el alcance solicitado por esta última en la carta remitida con fecha de 21 de mayo de 2004.
- b) Determinar la obligación de Amena de abrir la negociación solicitada para alcanzar un nuevo acuerdo con Comunitel sobre las condiciones económicas de interconexión de acceso y que se señale expresamente que, durante el período que duren las negociaciones, en aras del principio de no discriminación, se aplicarán a las interconexiones en acceso a numeración gratuita los precios que se aplican a las interconexiones de terminación en la red de Amena.
- c) Previa apertura del correspondiente procedimiento administrativo, dictar Resolución por la que se fijen, con carácter transitorio, los precios de acceso a la red de Amena en los términos establecidos en las alegaciones.
- d) Previa apertura del correspondiente procedimiento sancionador, dictar Resolución en la que se fije la sanción correspondiente al incumplimiento de sus obligaciones de no discriminación y transparencia derivadas de su condición de dominante, en especial al haber tolerado la misma discrepancia con Telefónica durante 18 meses, y que ésta solo haya resultado evidente tras el conflicto surgido entre Amena y Comunitel.

Cuarto.- Con fecha 4 de mayo de 2005 por parte de esta Comisión se evacuó requerimiento a Amena para que esta entidad aportara la siguiente información y documentación:

- Actas mensuales de Consolidación firmadas con Telefónica de España, S.A.U. desde la fecha en la que consten las discrepancias sobre los precios de acceso de Amena.
- Regularizaciones efectuadas entre Amena y Telefónica sobre el importe de los precios de acceso respecto al periodo en el que existían las discrepancias y su acreditación documental (actas, facturas, pagos bancarios, etc..).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Estado actual del conflicto existente entre Amena y Telefónica sobre el precio de acceso y acreditación de la solución alcanzada, si así fuera, con indicación de si la misma es provisional o definitiva.

Con fecha 17 de mayo de 2005 tuvo entrada escrito de Amena dando contestación al requerimiento evacuado por parte de esta Comisión.

Quinto.- Mediante sendos escritos de fecha 7 de julio de 2006, con salida de esta Comisión el mismo día, una vez finalizada la instrucción del procedimiento y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 de la LRJPAC, se procedió a comunicar a los interesados, Amena y Comunitel, la apertura del trámite de audiencia previo a la resolución definitiva del expediente así como el Informe elaborado por los Servicios de esta Comisión de fecha 7 de julio de 2006.

Sexto.- Mediante escrito de fecha 14 de julio de 2006, con entrada en el Registro de esta Comisión con fecha 20 de julio, el representante legal de Amena solicita ampliación de plazo para formular alegaciones al trámite de audiencia de conformidad con lo establecido en el artículo 49 de la LRJPAC.

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 24 de julio de 2006, se procede a conceder dicha ampliación de plazo por un período máximo de otros cinco días más al inicialmente concedido.

Séptimo.- Dentro del plazo conferido para realizar alegaciones en el trámite de audiencia, la representación de Comunitel presentó escrito de alegaciones que tuvo entrada en el registro de esta Comisión el día 2 de agosto del 2006 y en el que, en resumen, manifestaba que:

- Los AGIs tienen fuerza de ley entre las partes por lo que lo pactado entre ellos libremente tiene plena validez y no existen razones para modificar los precios en dicho acuerdo incluidos.
- Los AGIs al tener un carácter semipúblico encuentran el límite en las obligaciones que afectan a una de las partes derivadas de su condición de dominancia en el mercado en el que ostenta dicha posición, como son en este caso la provisión del servicio en condiciones no discriminatorias y sin base alguna en causas objetivas.
- El servicio ofrecido por Amena es un input imprescindible para la prestación del servicio 900 a cualquier usuario y por tanto, la prestación de dicho servicio en condiciones diferentes a Comunitel supone una desventaja competitiva respecto de Telefónica.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- La discriminación ejercida por Amena no está basada en causas objetivas (ni técnicas ni derivadas de los costes).
- Se ha de tener en cuenta si el operador con peso significativo en el mercado ofrece condiciones distintas a distintos operadores en circunstancias similares de forma que las diferentes condiciones de transacción no se justifican objetivamente pudiendo distorsionar la competencia.
- En virtud de la obligación de no discriminación a la que está sujeta Amena por su condición de operador dominante en el mercado de interconexión, ésta debió haber ofrecido condiciones equivalentes a Comunitel y a Telefónica.
- El impacto en la competencia se ha producido al limitar la capacidad de Comunitel de competir en el mercado de servicios 900 y por tanto, teniendo efectos exclusionarios sobre un competidor.

Finalmente en este escrito solicita a esta Comisión:

“Solicita que teniendo por presentado este escrito se sirva admitirlo (...) de forma que se resuelva (i) obligando a Amena a ofrecer los mismos precios de acceso en interconexión a numeración gratuita asignada a Comunitel que ha permitido a Telefónica por el mismo servicio (ii) en el plazo de quince días laborables desde la notificación de la Resolución que ponga fin al expediente se obligue a Amena a abonar la diferencia de precio resultante de calcular la diferencia entre el precio ofrecido a Telefónica y el precio ofrecido a Comunitel durante el período comprendido desde el 13 de septiembre del 2003 y el 1 de diciembre de 2004.”

Octavo.- Dentro del plazo conferido para realizar alegaciones en el trámite de audiencia, la representación de Amena presentó escrito de alegaciones que tuvo entrada en el registro de esta Comisión el día 2 de agosto del 2006 y en el que, en resumen, manifestaba que:

- Existen diferencias sustanciales entre el AGI de Amena y Telefónica respecto al de Amena y Comunitel en *“la determinación de la valoración de los precios por el servicio de acceso a los números de red inteligente asignados a Telefónica y Comunitel, y en consecuencia, en la determinación de los precios de interconexión para el servicio de acceso a números 900 de las redes de uno y otro operador, así como en otros*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

aspectos, que justifican la divergencia resultante de dichos acuerdos en la determinación de la forma de valorar tales servicios”.

- El AGI de Amena y Telefónica no tiene un contenido predeterminado detallado en materia de precios de interconexión para el servicio de acceso a números 900 de Telefónica, a diferencia de lo que ocurre en el AGI de Amena y Comunitel, por considerar Telefónica que no podía determinarse su valoración de forma diferenciada respecto de los servicios de terminación.
- La fórmula de valoración prevista en el AGI de Amena y Telefónica, necesita de interpretación adicional al indicar que el servicio de acceso al número 900 de Telefónica se consolidará en agrupaciones de tráfico correspondientes al sentido fijo-móvil según lo prevenido en el apartado C3-0 del Anexo del AGI.
- Desde el día 1 de septiembre de 2004, fecha en que entró en vigor el Addendum firmado entre Amena y Telefónica, el 22 de noviembre del mismo año, se determinó exactamente el precio de acceso a los servicios 900 de cobro revertido automático asignados a Telefónica, renunciando entonces a la fórmula anterior.
- En el momento del conflicto existían diferencias técnicas entre la interconexión con Comunitel y la interconexión con Telefónica en cuanto a los puntos de interconexión abiertos con cada uno de ellos, lo cual se traducía en mayores eficiencias para Amena consiguiendo un ahorro de costes de la red de transporte para encaminar llamadas al número 900 asignado a Telefónica. Por ello, incluso desde esta perspectiva tampoco se podía hablar de trato discriminatorio por parte de Amena puesto que en todo caso, se hubieran aplicado realidades económicas distintas a situaciones distintas.
- Amena en ningún momento ha ofrecido a Telefónica que pagara por el servicio de acceso al número 900 el precio correspondiente a los servicios de terminación de llamadas acordado por esta Comisión, es más, la voluntad de Amena ha sido la de que Telefónica pagara lo previsto en el AGI, siendo Telefónica unilateralmente quien decidiera no cumplir con dicho acuerdo.
- Este desacuerdo se ha plasmado en las Actas de Consolidación y que en ningún momento ha sido consentido por Amena que se condonara



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

por parte de la misma la deuda que se fuese generando por parte de Telefónica.

- Finalmente los desacuerdos entre ambos operadores dieron lugar a “*un acuerdo global*” a modo de compensación de forma escalonada, por los importes debidos, teniendo en cuenta todas las relaciones contractuales existente entre ambos y no solamente en lo referido a interconexión.
- Este acuerdo global no se ha formalizado en documento alguno puesto que las cantidades que Amena y Telefónica se comprometieron a reconocerse y compensarse no estaban provisionadas desde el punto de vista contable, además de no existir obligación de plasmar en un acuerdo formal y por escrito los pactos alcanzados entre ambos, finalizando así el conflicto entre las partes existente hasta el momento.
- Del conflicto abierto entre Amena y Comunitel no resulta que Comunitel haya reclamado que se le reconozcan los mismos precios que a Telefónica desde la fecha en la que Amena es declarada operador dominante sino que tal exigencia la reclama desde el día 16 de junio de 2004, fecha en la cual le comunica a Amena su decisión unilateral de abonar por dicho servicio los precios establecidos para la terminación.
- La imposición de la obligación de regularizar los precios durante un periodo anterior al discutido por Comunitel adolece de incongruencia, vulnerándose con ello el principio de proporcionalidad por cuanto que esta Comisión penalizaría o sancionaría a Amena con efecto retroactivo al obligarle a regularizar el precio de acceso a un período no discutido por Comunitel, como si de una sanción se tratara, vulnerando con ello el artículo 57.3 de la LRJPAC.

Finalmente en este escrito solicita a esta Comisión:

Que se dicte Resolución resolviendo (...) “obligar a Comunitel a cumplir el acuerdo general de interconexión que tiene suscrito con Amena, y por tanto, a pagar los precios recogidos en el mismo por el servicio de acceso al número 900 de inteligencia de red, de cobro revertido automático, asignado a Comunitel desde el momento en que Comunitel dejó de abonarlos, adoptando esa Comisión las medidas necesarias para preservar la confidencialidad de la información aportada por Amena que debe ser calificada de secreto comercial o industrial”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Noveno.- Con fecha 14 de agosto de 2006, se remitió a Amena y Comunitel escrito de declaración de confidencialidad en relación con la información solicitada como confidencial por parte de Amena en su escrito de fecha 22 de julio de 2006.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), en su artículo 48.2, dispone que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto, entre otras cuestiones, el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y la resolución de los conflictos entre operadores. Dichas competencias generales se concretan en la habilitación competencial de esta Comisión para actuar en esta materia, recogida en el apartado 3. letra d) del mismo artículo, que establece que es función de esta Comisión la resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre operadores en materia de acceso o interconexión.

Asimismo, el artículo 11.4 de la LGTel establece que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 del mismo texto legal. A tales efectos, el artículo 14 de la LGTel señala que conocerá la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de esta ley y de sus normas de desarrollo.

Segundo.- Objeto del Procedimiento.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La representación de Amena planteó conflicto de interconexión ante esta Comisión en relación con la modificación unilateral por parte de Comunitel de las condiciones económicas del AGI vigente entre las partes, en especial, la modificación de los precios de interconexión aplicables al servicio de acceso y al servicio 900 de inteligencia de red, de cobro revertido automático, para equipararlos a los precios de terminación en la red de Amena.

Para ello, han de analizarse las siguientes cuestiones:

- a) La equiparación de precios de interconexión de acceso con los precios de terminación y la fijación por parte de esta Comisión de los primeros.
- b) La existencia o no de un incumplimiento del AGI por parte de Comunitel, y su modificación.
- c) El trato discriminatorio por parte de Amena a Comunitel con respecto a otros operadores competidores de ésta.

Tercero.- Sobre la regulación de los precios de terminación en la red de Amena.

Mediante Resolución de esta Comisión de 11 de septiembre de 2003 Amena fue declarada operador dominante en el mercado nacional de servicios de interconexión.¹

Tal y como recoge el artículo 10 del Real Decreto 1651/1998 (en vigor en el momento de plantearse el conflicto)², de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el Título II de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, en lo relativo a la interconexión y al acceso a las redes públicas y a la numeración (en adelante, Reglamento de Interconexión), en cuanto que Amena es un operador de telefonía móvil dominante en el mercado nacional de interconexión, debe cumplir las obligaciones establecidas en los apartados 1, 6 y 7 del artículo 9 del Reglamento de Interconexión. Esto es, Amena debe:

¹ Resolución de 11 de septiembre de 2003 de la CMT por la cual se determinan los operadores que tienen consideración de dominantes.

² Aplicable al presente conflicto por tratarse de la normativa en vigor en el momento de la presentación del mismo ya que en base al principio fundamental de derecho transitorio, los expedientes ya iniciados bajo una cierta normativa han de tramitarse y resolverse con arreglo a ésta (TS de 18 de noviembre de 2002).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- facilitar la interconexión en condiciones no discriminatorias, transparentes, proporcionales y fundadas en criterios objetivos
- atenerse, en la fijación de sus precios de interconexión, a los principios de transparencia y de orientación a costes
- presentar anualmente a la CMT las cuentas separadas de los servicios de interconexión

A raíz de la declaración de dominancia indicada, con fecha 2 de octubre de 2003, se adoptaron medidas cautelares por las cuales se fijaron los siguientes precios nominales de terminación en interconexión en los horarios normal y reducido:

- *Horario Normal: de lunes a viernes, de ocho a veintidós horas: 0,190026 euros/minuto, facturándose un minuto de conversación completo para duraciones iguales o inferiores al minuto y efectuándose el cómputo en segundos para duraciones superiores.*
- *Horario Reducido: de lunes a viernes, de veintidós a ocho horas; sábados, domingos y festivos de ámbito nacional, durante todo el día: 0,100489 euros/minuto, facturándose un minuto de conversación completo para duraciones iguales o inferiores al minuto y efectuándose el cómputo en segundos para duraciones superiores.*

Posteriormente, mediante Resolución de 18 de diciembre de 2003 se fijó el precio medio máximo de terminación en Amena en 0,177572 euros/minuto a partir del 31 de enero de 2004. También se señaló que Amena debía ofrecer a todos los operadores interconectados los mismos precios nominales y bandas horarias y se aprobaron unos concretos:

- *Horario Normal (de lunes a viernes, de ocho a veintidós horas): 0,190026 euros/minuto*
- *Horario Reducido (de lunes a viernes, de veintidós a ocho horas; sábados, domingos y festivos de ámbito nacional, durante todo el día): 0,100489 euros/minuto*

Finalmente, mediante Resolución de 7 de octubre de 2004, esta Comisión fijó un nuevo precio medio máximo para Amena, 0,151655 euros/minuto con unos determinados precios nominales y bandas horarias a partir del 31 de octubre, los cuales podrían modificarse previa aprobación por parte de esta Comisión. Los precios nominales y bandas aprobados fueron los siguientes:

- *Horario Normal (de lunes a viernes, de ocho a veintidós horas): 0,160572 euros/minuto facturándose un minuto de conversación completo para*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

duraciones iguales o inferiores al minuto y efectuándose el cómputo por segundos para duraciones superiores.

- *Horario Reducido (de lunes a viernes, de veintidós a ocho horas; sábados, domingos y festivos de ámbito nacional, durante todo el día): 0,084913 euros/minuto facturándose un minuto de conversación completo para duraciones iguales o inferiores al minuto y efectuándose el cómputo por segundos para duraciones superiores.*

Previo solicitud de Amena, con fecha 20 de enero de 2005, esta Comisión aprobó los siguientes nuevos precios nominales y franjas horarias del servicio de interconexión de terminación en la red de Amena:

- *Horario Normal (de lunes a viernes, de ocho a veintidós horas y sábados de ocho a catorce horas): 0,152543 euros/minuto facturándose un minuto de conversación completo para duraciones iguales o inferiores al minuto y efectuándose el cómputo en segundos para duraciones superiores.*
- *Horario Reducido (de lunes a viernes, de veintidós a ocho horas; sábados de catorce a veinticuatro horas, domingos y festivos de ámbito nacional, durante todo el día): 0,096284 euros/minuto, facturándose un minuto de conversación completo para duraciones iguales o inferiores al minuto y efectuándose el cómputo en segundos para duraciones superiores.*

Finalmente, con fecha 29 de septiembre de 2005, esta Comisión aprobó los siguientes precios nominales de interconexión que debería ofrecer Amena a todos los operadores interconectados a partir del 31 de octubre de 2005:

- *Horario Normal (de lunes a viernes, de ocho a veintidós horas y sábados de ocho a catorce horas): 0,130867 euros/minuto facturándose un minuto de conversación completo para duraciones iguales o inferiores al minuto y efectuándose el cómputo en segundos para duraciones superiores.*
- *Horario Reducido (de lunes a viernes, de veintidós a ocho horas; sábados de cero a ocho horas y de catorce a veinticuatro horas, domingos y festivos de ámbito nacional, durante todo el día): 0,082602 euros/minuto, facturándose un minuto de conversación completo para duraciones iguales o inferiores al minuto y efectuándose el cómputo en segundos para duraciones superiores.*

Cuarto.- Sobre la necesidad de que el precio del servicio de interconexión de acceso sea igual al precio del servicio de interconexión de terminación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Establecida en el apartado anterior la regulación existente en lo referente a los precios de terminación de interconexión aplicables por Amena en cuanto que operador dominante, en el presente conflicto se plantea por parte de Comunitel la discrepancia sobre si los precios del servicio de acceso y del servicio de terminación han de ser los mismos, puesto que, según Comunitel, Amena no puede ofrecer unos precios de interconexión para el acceso y para la terminación diferentes al tratarse de unos servicios con condiciones técnicas similares que no implican una diferencia de costes. Por ello la solicitud de Comunitel a Amena de modificar automáticamente los precios de acceso a numeración gratuita a Comunitel para llamadas originadas en la red de Amena con efectos desde 2 de Octubre de 2003.³

Es necesario recordar en este punto que esta Comisión en diversas ocasiones ha determinado que no existen razones por las que los precios de acceso y terminación deban mantenerse iguales, como se desprende de la Resolución de 1 de julio de 2004 en el conflicto entre Vodafone y Uni2, en relación con la modificación parcial de AGI (precios de acceso desde la red de Vodafone) entre otras.

En concreto, tal cuestión también ha sido abordada por la CMT mediante su Acuerdo de 3 de septiembre de 2004 en el que se dio contestación a la consulta formulada al respecto por Jazz Telecom, S.A.U.. En la citada Resolución esta Comisión ya concluyó que el servicio de interconexión de acceso es un servicio diferenciado del servicio de interconexión de terminación y que, por tanto, nada impide que en un acuerdo de interconexión a ambos servicios se le apliquen precios de distinto importe. Para llegar a esta conclusión, la CMT tomó en consideración:

- Que desde la perspectiva de los elementos de red que se utilizan para su realización, los costes subyacentes de ambos servicios (acceso y terminación) difieren,
- Que existen otros conceptos de costes con una posible imputación diferenciada para ambos servicios,
- Que el distinto comportamiento del tráfico en cada uno de los servicios podría justificar diferencias en el precio de ambos servicios,
- Que habría que estar al resultado del análisis de mercados y la subsiguiente imposición de obligaciones,

³ Fecha en que se adoptó por esta Comisión el acuerdo por el cual se aprueba la Resolución relativa a la adopción de medidas cautelares tendentes a fijar transitoriamente los precios de terminación de interconexión de Retevisión Móvil, S.A.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Los antecedentes de la CMT donde se indica la posibilidad de que los operadores desvinculen los precios de acceso y de terminación
- Por las razones anteriores, el servicio de interconexión de acceso es un servicio diferenciado de interconexión de terminación, con lo que nada impide que se le aplique un precio distinto en un acuerdo de interconexión.

En la misma Resolución se establece que “desde la perspectiva de los costes subyacentes, cabría considerar que los precios del servicio de terminación y del servicio de acceso podrían diferir al menos por el distinto uso de los elementos de red que realizan dichos servicios a pesar de los numerosos aspectos comunes. A modo de ejemplo, puede indicarse que un servicio de terminación, en el cual el destino final de la llamada no necesariamente se encuentra cercano al punto de interconexión, podrá movilizar en general más recursos de conmutación y transporte que un servicio de acceso, en el cual las llamadas se encaminan siempre al punto de interconexión más cercano. Por el contrario, un servicio de terminación movilizará menos recursos de la red de acceso radio que un servicio de acceso cuando sea significativa la proporción de llamadas que terminen en los sistemas de mensajería.

Tampoco puede olvidarse que existen conceptos de costes cuya imputación no puede hacerse mediante criterios tan objetivos como el uso de determinados elementos de red y donde podría contemplarse una imputación diferenciada para los dos servicios. Igualmente el distinto comportamiento del tráfico de cada uno de los servicios (distribución diaria, duración media de la llamada, etc.) podría también justificar diferencias adicionales. Así pues, también desde la perspectiva de la orientación a costes podrían obtenerse precios distintos para ambos servicios de interconexión”.

Por tanto, queda claro que no se puede concluir como argumenta Comunitel que el precio del servicio de interconexión de acceso deba ser el mismo que el del servicio de interconexión de terminación sobre la base de los costes relevantes en la prestación de uno y otro servicio.

Quinto.- Sobre las previsiones económicas contenidas en los AGIS suscritos por Amena con Comunitel y Telefónica y posteriores Addenda.

En el escrito presentado por Amena por el cual se plantea el conflicto de interconexión ante esta Comisión, con fecha 22 de julio de 2004, expresa el hecho de que el Acuerdo General de Interconexión (en adelante, AGI) suscrito entre Amena y Comunitel es claro en sus términos y establece detalladamente



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

los servicios que las partes se prestan y los precios que se cobrarán por los mismos sin remisión a cláusula ulterior alguna y por tanto sin necesidad de interpretación adicional.

Por otro lado, señala Amena en su escrito de alegaciones al trámite de audiencia de fecha 28 de julio del presente año, que el AGI firmado de 18 de enero de 1999 entre Amena y Telefónica (a diferencia del anterior entre Amena y Comunitel) no tiene un contenido predeterminado en materia de precios de interconexión para el servicio de acceso a números 900 de Telefónica hasta el día 1 de septiembre del 2004 que entró en vigor el Addendum firmado entre ambas partes.

Señalado lo anterior, procede en el marco del presente conflicto analizar con carácter particular los precios relativos al servicio de acceso contenidos en los Acuerdos firmados entre las partes interesadas y la existencia o no de incumplimiento de los mismos.

1. AGI suscrito entre Amena y Comunitel.

Con fecha 7 de diciembre de 1999 Comunitel y Amena suscribieron un AGI, que incorporaba como Anexo 3 la descripción de los servicios de interconexión pactados entre las partes y los precios aplicables a los mismos. En lo que aquí interesa, este Acuerdo prevé las siguientes cuestiones:

- Apartado 3.4: servicio 900 “*Cobro revertido automático*” de inteligencia de red de Comunitel con el pago de 41 ptas⁴/minuto en horario normal y 21 ptas⁵/minuto en horario reducido.
- Apartado 3.5: servicios 10XY de Atención al Cliente de Comunitel con un precio de interconexión a favor de Amena que será el establecido para llamadas entregadas por Comunitel a Amena según señala el apartado 3.3.1 “*Terminación en la red de Retevisión Móvil. Llamadas entregadas por Comunitel en el punto de interconexión de Retevisión Móvil*” del propio AGI (41 ptas/minuto o fracción para horario de lunes a viernes, de 8 a 22 horas y sábados, de 8 a 14 horas; y 21 ptas/minuto o fracción, en horario de lunes a viernes de 22 a 8 horas; sábados a partir de las 14 horas y domingos y festivos de ámbito nacional, durante todo el día).

⁴ 0,246414 €

⁵ 0,126212 €



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Dicho Acuerdo fue modificado mediante la formalización de diferentes Addenda. Así, el 15 de marzo de 2000, Comunitel y Amena modificaron el AGI suscrito determinando que Comunitel debía pagar a Amena por las llamadas encaminadas a servicios 900 de cobro revertido automático los siguientes precios:

- desde 1 de julio hasta el 31 de diciembre de 1999 se aplicaban los precios de 39,5 y 19 ptas/minuto
- a partir del 1 de enero de 2000 se aplicaban los precios de 39,5 y 19 ptas/minuto facturando un minuto de conversación completo para duraciones iguales o inferiores al minuto y computando en segundos para las duraciones superiores.

Con posterioridad, el 27 de septiembre de 2001 y con efectos desde ese día, Comunitel y Amena suscriben un Addendum por el que modifican el Anexo 3 “*Servicios entre Comunitel y Retevisión Móvil*”. En concreto, ambos operadores pactan, entre otras cuestiones, las siguientes:

- a) Servicio de acceso desde la red de Retevisión Móvil a los siguientes servicios ofrecidos por Comunitel (acceso a números cortos de tarjetas y atención al cliente)
- b) Precios del servicio de acceso:

“Horario normal, de lunes a viernes, de ocho a veintidós horas, y sábados de ocho a catorce horas: 39,5 pts/minuto, facturando un minuto de conversación completo para duraciones iguales o inferiores al minuto y se efectuará el cómputo en segundos para las duraciones superiores.

Horario reducido, de lunes a viernes, de veintidós a ocho horas; sábados a partir de las catorce horas; domingos y festivos de ámbito nacional, durante todo el día: 19 ptas/minuto facturando un minuto de conversación completo para duraciones iguales o inferiores al minuto y se efectuará el cómputo en segundos para las duraciones superiores.”

Finalmente, el 20 de diciembre de 2004, con entrada en vigor el día 1 del mismo mes, ambos operadores formalizaron un Addendum en el que pactaron los siguientes precios para el servicio de acceso desde la red de Amena a los servicios ofrecidos por Comunitel:

*“Horario normal, de lunes a viernes, de ocho a veintidós horas, y sábados de ocho a catorce horas: **0,211038 €/minuto**, facturando un minuto de*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

conversación completo para duraciones iguales o inferiores al minuto y se efectuará el cómputo en segundos para las duraciones superiores.

*Horario reducido, de lunes a viernes, de veintidós a ocho horas; sábados a partir de las catorce horas; domingos y festivos de ámbito nacional, durante todo el día: **0,103016 €/minuto** facturando un minuto de conversación completo para duraciones iguales o inferiores al minuto y se efectuará el computo en segundos para las duraciones superiores.”*

2. AGI suscrito entre Amena y Telefónica

En cuanto a la relación entre Amena y Telefónica se regula en su AGI de fecha 18 de enero de 1999.

Señala Amena en su escrito de alegaciones al trámite de audiencia que el AGI suscrito entre ambos no tiene un contenido predeterminado detallado en materia de precios de interconexión para el servicio de acceso a números 900 de Telefónica, a diferencia de lo que ocurre con el AGI de Amena y Comunitel, según se establece en el Anexo 3C del mismo al indicar lo siguiente:

“El servicio que proporciona Retevisión Móvil en las llamadas dirigidas a números 900, y en las llamadas al 082 para actualización de números de destino en Telefónica personal, y en llamadas al 083, para acceso a la Red Conmutada fija de Telefónica, en ningún caso se tarificará cantidad alguna al usuario originador de la llamada desde la red DCS-1800, y se consolidarán en agrupaciones de tráfico correspondientes al sentido fijo-móvil, según el apartado C3.0”

Analizando dicho apartado C3.0 en cuanto al precio por utilización de la red DCS-1800 de Retevisión Móvil en llamadas nacionales fijo a móvil se establece:

*“Horario de lunes a viernes, de ocho a veintidós horas, y sábados, de ocho a catorce horas: **41 pts/minuto**, siempre que no sean días festivos de ámbito nacional.*

*Horario de lunes a viernes, de veintidós a ocho horas; sábados a partir de las catorce horas; domingos y festivos de ámbito nacional, durante todo el día **21 pts/minuto.**”*

Con posterioridad, mediante el Addendum aportado y comunicado a esta Comisión de fecha 22 de noviembre de 2004 con fecha de entrada en vigor de 1 de diciembre de 2004, se establecieron los siguientes precios:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*“Horario normal, de lunes a viernes, de ocho a veintidós horas, y sábados de ocho a catorce horas: **0,211038 €/minuto**, facturando un minuto de conversación completo para duraciones iguales o inferiores al minuto y se efectuará el cómputo en segundos para las duraciones superiores.*

*Horario reducido, de lunes a viernes, de veintidós a ocho horas; sábados a partir de las catorce horas; domingos y festivos de ámbito nacional, durante todo el día: **0,103016 €/minuto** facturando un minuto de conversación completo para duraciones iguales o inferiores al minuto y se efectuará el computo en segundos para las duraciones superiores.”*

Como se puede apreciar, hay que tener en cuenta dos consideraciones: (i) los precios pactados para el servicio de acceso desde la red de Amena a los servicios 900 de cobro revertido automático asignados a Telefónica se definieron en el mismo sentido que los precios establecidos por primera vez entre Amena y Comunitel⁶, y que (ii) la última modificación en ambos AGIs entre Amena y Comunitel por un lado, y Amena y Telefónica por otro, en cuanto a los precios aplicables por el servicio de acceso que cobra Amena por las llamadas de cobro revertido, se han establecido los mismos tanto para Comunitel como para Telefónica.

Aclarado lo anterior, como se plantea en la denuncia presentada por Amena ante esta Comisión, Comunitel dejó de aplicar los precios de acceso para los servicios de cobro revertido automático regulados en el AGI acordados entre ambos, en base al principio de no discriminación respecto de las condiciones que está ofreciendo Amena de facto a Comunitel.

Dicho esto, procede analizar si como indica Comunitel esta Comisión debería instar a la modificación del AGI pactado entre ambas partes para adaptarlo a la situación de facto que existe entre ambos operadores o si, como señala Amena, procede obligar a Comunitel a cumplir con los acuerdos pactados y, por tanto, reintegrar a Amena las cantidades pendientes de pago.

Como esta Comisión ha definido con anterioridad en reiteradas ocasiones, el AGI puede definirse como el contrato que vincula a dos operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas y que regula las relaciones de interconexión entre ambos. Así, se puede entender como un contrato de arrendamiento de servicios, definido en el artículo 1544 Código Civil (en

⁶ En horario normal se estableció un precio de 0,246414 €/ minuto y en horario reducido de 0,126212€ / minuto.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

adelante, Cc), donde las partes firmantes se obligan recíprocamente a prestarse servicios de interconexión a cambio de un precio cierto.

Es claro, y así lo establece el Cc en su artículo 1258, que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, por su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley.

Por otro lado, también resulta necesario recalcar como esta Comisión ha señalado en repetidas ocasiones que los AGIs presentan un doble carácter, público y privado.

La vertiente pública del AGI encuentra su más clara manifestación en la obligación de facilitar el acceso y la interconexión, que, conforme al artículo 11.2 de la LGTel, pesa sobre todos los operadores.

Asimismo, esta obligación se completa en el apartado 4 del mismo artículo 11 de la misma Ley cuando se habilita a la CMT para intervenir en las relaciones contractuales entre operadores al objeto de fomentar y garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios.

De este modo, si una vez iniciadas las negociaciones entre las partes, bien para suscribir un acuerdo de interconexión, bien para modificar un acuerdo ya existente, o bien para la ejecución de las relaciones dimanantes de un AGI ya suscrito, los operadores no alcanzan un acuerdo, esta Comisión puede sustituir la voluntad de las partes, ya sea estableciendo los términos y condiciones del acuerdo, modificándolos o interpretando el acuerdo previamente alcanzado, de modo que quede garantizada tanto la interconexión como su adecuación, como la interoperabilidad de los servicios o la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 de la LGTel.

Sentado lo anterior, sobre la base de su naturaleza contractual, y sin perder de vista las capacidades públicas de intervención que asisten a esta Comisión (aunque sometidas al principio de intervención mínima), los AGIs quedan sujetos, tanto en su interpretación como en su ejecución, a las normas propias del Derecho común.

Así, fiel al principio de mínima intervención de esta Comisión en la negociación de los AGIs, es aconsejable respetar en la medida de lo posible las condiciones alcanzadas por las partes en los restantes aspectos del acuerdo, y proceder, a fijar las condiciones de interconexión únicamente en los citados aspectos de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

discrepancia entre las mismas o cuando dichos acuerdos no estén teniendo en cuenta los principios y obligaciones impuestos en la normativa sectorial de telecomunicaciones que sea aplicable.

Dicha función otorgada a esta Comisión queda reflejada en la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 27 de diciembre de 2005 (1161/2003), que señala que *“solo en aquellos aspectos de dichos acuerdos que afecten a principios de trascendencia jurídico pública puede intervenir el Organismo regulador, quedando fuera de su ámbito las cuestiones jurídico privadas que sean ajenas a tales principios. (...)”*

Sobre la base del principio de la autonomía de la voluntad, las partes de un AGI pueden modificar las relaciones obligatorias que lo integran, si bien, mientras no se modifiquen, tales relaciones tienen fuerza de ley entre las partes. Así, el artículo 1091 del Cc señala que *“las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos”*. Por tanto, los acuerdos de interconexión, por su propia naturaleza contractual, son de obligado cumplimiento para las partes que los firman.

Visto lo anterior, el acuerdo entre ambos operadores se debe considerar válido, pues se trata de un acuerdo voluntario firmado entre ambas partes. Esto supone que en principio no existen razones para modificar los precios de acceso a llamadas a servicios a numeración de cobro revertido en la red de Amena.

Cuestión distinta es que en base al principio de no discriminación (como principio básico que debe respetar Amena en su condición de operador dominante en interconexión), y debido a que dicho operador ha permitido o tolerado precios de acceso a Telefónica más bajos que los que está cobrando a Comunitel, Amena deba ofrecer los mismos precios de acceso a Comunitel circunstancia en que más tarde se entrará.

Por último, en lo relativo a la solicitud de Comunitel a esta Comisión de que se obligue a Amena a abrir un periodo de negociación para fijar las condiciones económicas de interconexión de acceso y que se determine expresamente que, transitoriamente, durante el periodo que duren las negociaciones, en aras al principio de no discriminación, se apliquen a las interconexiones en acceso los precios que se aplican a las interconexiones de terminación en la red de Amena, cabe decir que, puesto que Amena negoció nuevos precios para el servicio de acceso en interconexión para llamadas de cobro revertido tanto con



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Comunitel como con Telefónica⁷, no resulta necesario pronunciarse sobre lo solicitado por Comunitel, habiendo desaparecido la necesidad de que la Comisión se pronuncie sobre dicha cuestión.

Sexto.- Sobre el trato discriminatorio por parte de Amena a Comunitel con respecto a otros operadores competidores de ésta.

Visto lo anterior, procede en este momento analizar por parte de esta Comisión el alegado tratamiento discriminatorio por parte de Amena a Comunitel con respecto a Telefónica, por haber exigido de Comunitel un precio superior al pagado por Telefónica por el mismo servicio de acceso.

Amena, en virtud de su condición de operador dominante en el mercado de servicios de interconexión, según la Resolución de esta Comisión de 11 de septiembre de 2003, tiene la obligación de facilitar la interconexión en condiciones no discriminatorias.

Según Comunitel, Amena está aplicando a operadores competidores, como es el caso de Telefónica, precios de interconexión para el servicio de acceso a números 900 idénticos a los precios establecidos para el servicio de terminación en la red de Amena. De esta forma, añade Comunitel, *“Amena está ofreciendo, de facto, interconexión en condiciones discriminatorias en tanto en cuanto, está aplicando precios para el servicio de acceso mas favorables a Telefónica mientras que a Comunitel se los está negando, incumpliendo de esta forma las obligaciones de transparencia y no discriminación que ostenta Amena como operador dominante y ello en base al principio de no discriminación aplicado en los AGIS y recogido en el artículo 10 apartado segundo de la Directiva de Acceso y el artículo 9 del Reglamento de Interconexión así como lo establecido en el párrafo 120 de la Comunicación de la Comisión Europea sobre acuerdos de acceso en mercados de telecomunicaciones”*.

⁷ Amena firmó con Comunitel un nuevo Addenda con fecha 20 de diciembre de 2004 con entrada en vigor el 1 de diciembre de 2004 y otro con Telefónica de fecha 22 de noviembre de 2004 que entró en vigor el 1 de septiembre del mismo año. En ambos se fijaron como precios de acceso para el servicio de cobro revertido automático los siguientes: Horario normal, de lunes a viernes, de ocho a veintidós horas, y sábados de ocho a catorce horas: 0,211038 €/minuto, facturando un minuto de conversación completo para duraciones iguales o inferiores al minuto y se efectuará el cómputo en segundos para las duraciones superiores. Horario reducido, de lunes a viernes, de veintidós a ocho horas; sábados a partir de las catorce horas; domingos y festivos de ámbito nacional, durante todo el día: 0,103016 €/minuto facturando un minuto de conversación completo para duraciones iguales o inferiores al minuto y se efectuará el cómputo en segundos para las duraciones superiores.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por su parte, Amena en su escrito de denuncia de 20 de julio de 2004, confirma la existencia de un conflicto con Telefónica en relación con los precios de interconexión para el servicio de acceso, que se está formalizando en las actas de consolidación que tienen lugar mensualmente entre operadores, si bien ese conflicto no se ha planteado a esta Comisión pues es Amena como operador quien decide el momento que le resulta más propicio por sus intereses para la interposición de denuncias contra terceros operadores.

Alegado lo anterior, es necesario determinar si efectivamente Amena está incumpliendo el principio de no discriminación, al cual debe acogerse en base a su calidad de operador dominante.

Efectivamente Amena, en cuanto que declarado operador dominante en el mercado nacional del servicio de interconexión, tiene unas obligaciones específicas, recogidas en los artículos 9 y 10 del Reglamento de Interconexión. Entre otras, está obligado a facilitar la interconexión en condiciones no discriminatorias, transparentes, proporcionales y fundadas en criterios objetivos. A este respecto, las condiciones técnicas y económicas en las que los operadores dominantes proporcionen los servicios de interconexión a sus propios servicios o a los de sus filiales o asociadas, en particular las relativas a la calidad de los servicios, los plazos de entrega y las condiciones de suministro, deberán ser ofrecidas a los restantes operadores. (Apartado 1 del artículo 9 del Reglamento de Interconexión).

En el artículo 10 del mismo Reglamento se especifica que los operadores de redes públicas telefónicas móviles y de servicios de telefonía automática y de comunicaciones móviles personales que tengan la consideración de dominantes en el mercado nacional del servicio de interconexión, deberán cumplir también las obligaciones de atenerse, en la fijación de precios de interconexión a los principios de transparencia y de orientación a costes así como de presentar anualmente a la CMT cuentas separadas de los servicios de interconexión, incluyendo las de los prestados internamente, las de los prestados a terceros y las de otros servicios.

La Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva acceso) establece que las obligaciones de no discriminación garantizarán, en particular, que el operador aplique condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a otras empresas que presten servicios equivalentes y proporcione a terceros servicios e información de la misma calidad que los que proporcione para sus propios servicios o los de sus filiales o asociados y en las mismas condiciones.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, según la Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones (98/C 265/02) (en adelante, Comunicación de Acceso) “el prestador de acceso dominante no podrá discriminar entre las partes participantes en los distintos acuerdos de acceso, cuando tal discriminación restrinja la competencia [...] Esta discriminación podría concretarse en la imposición de condiciones diferentes, incluida la aplicación de tarifas diferentes, o cualquier otra diferenciación entre acuerdos de acceso, salvo en el caso de que tal discriminación esté justificada objetivamente, como por ejemplo, cuando se base en consideraciones de costes o de carácter técnico o en el hecho de que los usuarios operen a niveles diferentes”.

De ello se desprende que la obligación de no discriminación afecta a las condiciones económicas y técnicas bajo las que se presta el servicio, en este caso el servicio de interconexión de acceso. Dentro de las condiciones económicas, el precio aplicado a los diferentes demandantes constituye una variable a tomar en consideración.

Asimismo, el análisis de una práctica de discriminación requiere valorar si se han aplicado condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a otras empresas que presten servicios equivalentes. Trasladado al presente conflicto, se debe analizar si Amena ha aplicado precios desiguales (esto es, condiciones no equivalentes) en la prestación del servicio de interconexión de acceso (esto es, en circunstancias equivalentes) a Telefónica y Comunitel, que prestan el servicio 900.

A la vista de la información recabada se constata que Amena, de facto, ha prestado a Telefónica el servicio de interconexión de acceso a un precio igual al de terminación mientras que a Comunitel le ha mantenido un precio de acceso superior. En la medida que el servicio de acceso ofrecido por Amena es un input imprescindible para la prestación del servicio 900 a cualquier usuario (ya que ningún otro operador está capacitado para prestarlo), la prestación de dicho servicio en condiciones diferentes impone una desventaja competitiva a Comunitel frente a Telefónica.

Únicamente esta discriminación estaría justificada, si tal y como señala la Comunicación de Acceso, estuviera basada en causas objetivas, como pueden ser diferencias en costes y/o en aspectos técnicos. En relación con esto, Amena tampoco aporta una justificación objetiva ya que se limita a señalar que el AGI entre Amena y Telefónica no contiene las mismas previsiones que el suscrito entre Amena y Comunitel (que como hemos visto en el apartado



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

quinto no resulta ser así) y por otro lado que en el momento del conflicto existían diferencias técnicas entre la interconexión con Comunitel y la interconexión con Telefónica en cuanto a los puntos de interconexión (PdIs) abiertos con cada uno de ellos, lo cual se traducía en mayores eficiencias para Amena. Este último argumento tampoco constituye evidencia que muestre que la práctica de discriminación esté justificada, puesto que en el mercado de la telefonía móvil a diferencia de la fija, el hecho de entregar en un punto de interconexión más lejano que otro no implica obligatoriamente un aumento en los precios a pagar entre los operadores. Asimismo, la propia realidad de los acuerdos suscritos a finales de 2004 entre Amena y tanto Telefónica como Comunitel demuestra que Amena consideraba en definitiva procedente dar el mismo tratamiento a ambos operadores –de hecho, fijó el mismo precio-, a pesar de las mencionadas diferencias técnicas y de eficiencia en las relaciones con uno y otro.

En conclusión a juicio de esta Comisión, Amena ha incumplido la obligación, derivada de su condición de operador dominante en el mercado de interconexión, de no discriminación en la prestación del servicio de interconexión de acceso, ya que ha ofrecido precios menores a Telefónica frente a Comunitel por el mismo servicio, y por ello está justificado que Comunitel exija la aplicación del mismo precio.

Por otro lado, efectivamente, revisando la documentación aportada en este procedimiento, se desprende que existía un desacuerdo entre Telefónica y Amena sobre los precios que debe cobrar Amena para el servicio de acceso. Este desacuerdo tenía su origen en las reducciones de precios en el servicio de terminación en la red de Amena que esta Comisión ha acordado en sucesivas resoluciones como hemos visto en el apartado Tercero de los Fundamentos de Derecho.

Debido a las reducciones establecidas en dichas resoluciones de esta Comisión respecto de los precios de terminación en redes móviles, Telefónica decidió unilateralmente pagar por el servicio de acceso el mismo precio que el de terminación, cosa que Amena ha tolerado. Así, ante tal situación, y a la espera de resolver el conflicto Amena y Telefónica entre ellos mismos sin declararlo ante esta Comisión, las posiciones se mantuvieron enfrentadas hasta que llegaron a un acuerdo entre las partes firmándose la modificación del AGI con fecha 22 de noviembre de 2004 que entraría en vigor el 1 de diciembre del mismo año.

Con posterioridad, según señala Amena en su escrito de alegaciones al trámite de audiencia, finalmente Amena y Telefónica han llegado a un acuerdo global a



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

modo de compensación escalonada, por los importes debidos por parte de Telefónica a Amena en cuanto a precios de acceso, teniendo en cuenta todas las relaciones contractuales existentes entre ambos y no solamente en lo referido a la interconexión, pero todo ello *“sin formalizarse en documento alguno”*.

En primer lugar, debe partirse del hecho de que, acreditado un trato desigual ante circunstancias análogas –cobro transitorio de un precio de acceso distinto por el mismo servicio de acceso–, compete al operador respecto del que se reprocha la discriminación la prueba definitiva de que los precios que se pagaron definitivamente por el acceso fueron distintos a los liquidados en un primer momento de manera transitoria. Y no parece prueba suficiente la remisión a una compensación, que ni aparece documentada siquiera por ambas partes –podría haberse documentado en cualquier momento–, ni se funda sólidamente en elementos probatorios suficientes que permitan inferir a posteriori la voluntad común de Amena y Telefónica de acreditar fehacientemente la realidad de la compensación. La prueba de la compensación viene, por parte de Amena, de documentos internos que no son aptos por sí solos para el fin que se pretende conseguir. Cabe resaltar asimismo la extrañeza que supone que no exista apunte contable de dichas deudas objeto de la supuesta compensación.

Además, llama la atención el hecho de que Amena, a pesar de conocer perfectamente el aludido reproche de discriminación imputado por Comunitel, no instrumentara la compensación con Telefónica de manera objetiva a los fines de defenderse de la ya conocida reclamación de Comunitel. Si dicha compensación era de especial interés para negar la discriminación, Amena debería haber plasmado formalmente el acuerdo de compensación en un instrumento idóneo que sirviera de prueba ante los Tribunales de la inexistencia de discriminación.

Por otro lado, efectivamente, como afirma la denunciante, Amena no tiene obligación de plantear conflicto ante esta Comisión para esclarecer la discrepancia que existía y era reconocida entre Amena y Telefónica en lo relativo a los precios de acceso aplicables firmados en su AGI durante un período de tiempo, pero también es cierto que Amena ha estado “tolerando” de facto durante un periodo prolongado de tiempo el hecho de que Telefónica le pague el servicio de interconexión de acceso como si fuera terminación, suponiendo con esta actuación por parte de Amena indirectamente una consecuencia real y práctica, que no es otra que la de discriminar en los precios de acceso a Comunitel respecto de otros operadores, en este caso Telefónica.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Así, se aprecia una actividad de Amena cuyo resultado ha sido discriminatorio para Comunitel,, sin prueba bastante de que haya habido una regularización posterior entre Amena y Telefónica tendente a eliminar este tratamiento discriminatorio. En consecuencia, procede estimar la pretensión de Comunitel de que el precio de acceso sea el mismo que el abonado por Telefónica hasta el nuevo acuerdo económico, con efectos de 1 de diciembre de 2004.

Séptimo. Sobre la determinación del dies a quo a partir del cual resulta de aplicación el mismo precio abonado realmente por Telefónica a Amena, en las relaciones entre Amena y Comunitel.

En el informe de los servicios se proponía la fijación del día inicial para los nuevos precios de acceso a abonar por Comunitel en la fecha de la declaración de dominancia de Amena, en la medida en que desde dicha fecha estaba ya obligada Amena a aplicar la no discriminación, y en dicha fecha ya estaba Amena percibiendo unos precios de acceso de Telefónica inferiores a los que pagaba Comunitel, como reconoce Telefónica. Amena, en su escrito de alegaciones, ha manifestado su disconformidad con la medida, por concurrir una vulneración del principio general de irretroactividad de los actos administrativos. Además, entiende Amena que la decisión adolecería de incongruencia “ultra petita”, al resolverse sobre una cuestión no demandada por Comunitel, quien, según Amena, sólo estaría interesado en obtener el reconocimiento de su petición desde la fecha de la primera reclamación, en junio de 2004.

Pues bien, debe descartarse este argumento de Amena, toda vez que la propia naturaleza del conflicto de interconexión, como procedimiento cuasijurisdiccional, en el que la Comisión actúa como tercero independiente en la heterotutela de las pretensiones de los operadores, implica de suyo el pronunciamiento sobre cuestiones anteriores a la fecha de la resolución del conflicto. La interpretación de Amena significaría entender que la Comisión no puede decidir sobre problemas de acceso o interconexión pasados o presentes en el momento del inicio del conflicto, sino sólo sobre las cuestiones futuras que surjan entre los operadores, quedando la Comisión como un órgano meramente consultivo o regulador de las condiciones futuras de interconexión, lo cual tropieza formalmente con la naturaleza de las funciones de esta Comisión. Además, la fijación de un precio de acceso idéntico desde la fecha de la declaración de dominancia de Amena, en sus relaciones con Telefónica y Comunitel, no deriva propiamente de esta resolución del conflicto, sino de la normativa de interconexión, ya vigente en el momento de la declaración de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

dominancia, que obligaba a Amena a evitar cualquier discriminación. Si desde la fecha en que Amena fue declarado operador dominante ya estaba sometido al principio de la interdicción de la discriminación en la interconexión, no resulta nada novedoso ni retroactivo, que se le obligue desde dicho momento a aplicar las mismas condiciones a unos y a otros operadores.

Por otro lado, en cuanto a la supuesta incongruencia ultra petita, por entender que Comunitel no ha reclamado la regularización de precios desde la declaración de dominancia de Amena, debe dejarse constancia de que la petición de Comunitel abarca desde dicho momento inicial, por lo que no existe dicha incongruencia. En cualquier caso, y de conformidad con el art. 89.1 de la Ley 30/1992, aun en el supuesto de que Comunitel no hubiera efectuado dicha petición, debe recordarse que el procedimiento administrativo en general, y en especial, los conflictos de interconexión, no se rigen por el principio dispositivo, sino por el de oficialidad, de manera que habiendo sido oídas las partes sobre la fijación del dies a quo en la fecha en que esta Comisión declaró la dominancia de Amena, y no en la fecha de la primera reclamación de Comunitel, no existiría problema alguno de indefensión.

En atención a lo recogido en los anteriores Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho,

RESUELVE

Único.- Amena debe ofrecer a Comunitel Global, S.A. los mismos precios de acceso en interconexión a numeración gratuita asignada a Comunitel Global, S.A. que ha percibido fehacientemente de Telefónica de España, S.A.U. —en los términos del Fundamento Sexto— por el mismo servicio, en base al principio de no discriminación, desde la fecha de la declaración de dominancia de Amena y hasta el 1 de diciembre de 2004.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de lo dispuesto en el número dos del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL VICEPRESIDENTE

Jaime Almenar Belenguer

Marcel Coderch Collell

P.S. art. 39 R.D. 1994/1996 de 6 septiembre
(B.O.E. de 11 de abril de 1997)