COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

CERTIFICA:

Que en la Sesión del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones número 24/02, celebrada el día 4 de julio de 2002, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE EL CONFLICTO DE INTERCONEXIÓN ENTRE VALENCIA DE CABLE, S.A., REGIÓN DE MURCIA DE CABLE, S.A., CABLE Y TELEVISIÓN DE ANDALUCÍA, S.A., MEDITERRÁNEA SUR SISTEMAS DE CABLE, S.A., MEDITERRÁNEA NORTE SISTEMAS DE CABLE, S.A. y CABLEUROPA, S.A. CONTRA TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., POR NO HABER ATENDIDO A LA REVISIÓN DE LAS CONDICIONES ECONÓMICAS DE SUS SERVICIOS DE INTERCONEXIÓN.

En relación con el procedimiento que se sigue en esta Comisión relativo a la denuncia interpuesta por VALENCIA DE CABLE, S.A., REGIÓN DE MURCIA DE CABLE, S.A., CABLE Y TELEVISIÓN DE ANDALUCÍA, S.A., MEDITERRÁNEA SUR SISTEMAS DE CABLE, S.A., MEDITERRÁNEA NORTE SISTEMAS DE CABLE, S.A. y CABLEUROPA, S.A. contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., por no haber atendido a la revisión de las condiciones económicas de sus servicios de interconexión, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 24/02 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Resolución de 4 de julio de 2002, recaída en el expediente núm. **RO 2001/5670.**

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 5 de noviembre de 2001, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de Dª . María Consuelo Roger Rull, en nombre y representación de VALENCIA DE CABLE, S.A., REGIÓN DE MURCIA DE CABLE, S.A., CABLE Y TELEVISIÓN DE ANDALUCÍA, S.A., MEDITERRÁNEA SUR SISTEMAS DE CABLE, S.A., MEDITERRÁNEA NORTE SISTEMAS DE CABLE, S.A. y CABLEUROPA, S.A. (en adelante ONO) por el que plantea conflicto de interconexión contra la entidad TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante TELEFÓNICA) por no haber atendido ésta a la revisión de las condiciones económicas de sus servicios de interconexión, solicitada por ONO el 14 de septiembre de 2001.

En su escrito, la representación de ONO expone lo siguiente:

- Que de acuerdo con lo establecido en el apartado segundo del Resuelve de la Resolución de esta Comisión de 9 de agosto de 2001, mediante carta de fecha 14 de septiembre de 2001, solicitaron a TELEFÓNICA la aplicación inmediata de los nuevos precios de interconexión aprobados en la misma Resolución, requiriendo la modificación de los Anexos de Precios de los AGI.

- Que con fecha 19 de septiembre de 2001, TELEFÓNICA remitió una carta en la que solicitaba la modificación de las condiciones económicas del servicio de terminación que le era prestado por ONO en sus niveles local, tránsito simple y tránsito doble.

- Que con fecha 8 de octubre de 2001, TELEFÓNICA envió ya sellados los Addenda donde se recogían los nuevos precios fijados por la OIR para los servicios prestados por ambas partes.

- Que con fecha 10 de octubre de 2001, ONO comunicó a TELEFÓNICA que los precios de terminación en su red debían ser objeto de negociación, reiterando la solicitud de aplicación de los precios establecidos en la OIR 2001.

- Que con fecha 19 de octubre, y no habiendo obtenido contestación por parte de TELEFÓNICA, ONO volvió a reiterar su solicitud.

- Que mediante carta de fecha 24 de octubre de 2001, TELEFÓNICA, en

virtud de la cláusula 14.4 del AGI vigente solicitó la aplicación de los precios de la OIR a los servicios de interconexión prestados por ONO, omitiendo cualquier posicionamiento respecto a la previa solicitud de ONO.

- Que con fecha 29 de octubre de 2001, TELEFÓNICA solicita la revisión de los precios de los servicios de interconexión prestados por ONO.

SEGUNDO.- Con fecha 24 de diciembre de 2001, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de D. Pablo de Carvajal González en nombre y representación de TELEFÓNICA en el que exponía lo siguiente:

- Que TELEFÓNICA en ningún momento se ha negado a modificar los precios de sus servicios de interconexión desde la fecha de solicitud de ONO.

- Que TELEFÓNICA entiende que el verdadero objeto de conflicto es la negativa de ONO a revisar los precios de sus servicios de interconexión.

- Que los precios de los servicios prestados por ONO deben estar referenciados a la OIR en vigor de acuerdo con lo establecido por esta Comisión en las Resoluciones de 13 de septiembre de 2001 sobre la solicitud de intervención de BT Telecomunicaciones, S.A. con relación al conflicto suscitado en la negociación de la interconexión de su red con la red de Telefónica de España y sobre la solicitud de intervención de Colt Telecom España, S.A. con relación al conflicto suscitado en la negociación de la interconexión de su red con la red de Telefónica de España.

TERCERO.- Una vez finalizada la instrucción del procedimiento y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 de la LRJPAC, esta Comisión procedió a comunicar a los interesados, ONO y TELEFÓNICA, la apertura del trámite de audiencia previo a la resolución definitiva del expediente, mediante sendos escritos fechados el día 24 de enero de 2001.

CUARTO.- Dentro del plazo conferido para realizar alegaciones en el trámite de audiencia, ONO presentó escrito de alegaciones con entrada en el Registro de esta Comisión el día 12 de febrero de 2002.

En su escrito, ONO ponía de manifiesto, entre otras cuestiones, las siguientes:

- Que los precios que TELEFÓNICA pague a ONO deben ser objeto de negociación entre ambos operadores.

- Que en los AGI vigentes entre TELEFÓNICA y ONO no figura ninguna cláusula de automaticidad para la modificación de los precios que TELEFÓNICA deba pagar a ONO.

- Que el objeto del conflicto debería limitarse a la modificación de los precios de interconexión que paga ONO y que deberían resultar de aplicación inmediata por parte de TELEFÓNICA.

- Que en el caso de que esta Comisión determinase los precios de los servicios de interconexión prestados por ONO a TELEFÓNICA, considere el 29 de octubre de 2001 como fecha en la que se realizó la solicitud de modificación de TELEFÓNICA.

QUINTO.- Igualmente, dentro del plazo que le fue conferido, TELEFÓNICA presentó escrito de alegaciones que tuvo entrada en el registro de esta Comisión el día 13 de febrero de 2002 y en el que, en resumen, expone lo siguiente:

- Que TELEFÓNICA tiene derecho a solicitar la revisión de los precios de interconexión con ONO y que en este sentido se expresa la Resolución de esta Comisión de 9 de agosto de 2001, sobre la modificación de la OIR de TELEFÓNICA y, en concreto, su Resuelve segundo.

- Que del contenido de la citada Resolución se deduce claramente:

  - Que las modificaciones económicas de la OIR aprobadas suponen una modificación del AGI sin más requisito que la previa solicitud escrita de una de las partes contratantes.

  - Que no se exige que la solicitud escrita tenga que hacer referencia expresa a una revisión del AGI, sino que es la propia modificación de la OIR la que conlleva una revisión de dicho AGI.

  - Que la obligación de revisión de las condiciones económicas, lejos de recaer sobre uno solo de los firmantes de un AGI incumbe a los operadores firmantes del mismo.

  - Y que, en consecuencia, TELEFÓNICA está perfectamente legitimada para exigir a ONO la revisión de las condiciones económicas de los servicios de interconexión y terminación en la red de ONO.

Incluye igualmente el escrito de TELEFÓNICA diversas alegaciones en relación con los criterios avanzados por los Servicios de esta Comisión en el escrito por el que se notificaba la apertura del trámite de audiencia a los interesados. Estas a legaciones serán analizados junto a los fundamentos jurídicos de la presente Resolución.

A los hechos relatados hasta el momento, los Servicios de esta Comisión entienden aplicables los siguientes

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

En relación con la solicitud de intervención presentada por ONO, las competencias de esta Comisión para intervenir se derivan de lo dispuesto en la normativa sectorial.

En concreto, la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, modificada por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre (en adelante Ley 12/97), en su artículo 1.Dos.1, establece que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene por objeto salvaguardar, en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, velar por la correcta formación de los precios en este mercado y ejercer de órgano arbitral en los conflictos que surjan en el sector. Idéntica previsión se establece en el artículo 4 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre (en adelante Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones).

Dichas competencias generales se concretan en la habilitación competencial de esta Comisión para actuar en esta materia, recogida en el artículo 1.Dos.2, letra e), de la citada Ley 12/97, y en los artículos 19.2 y 22 del mencionado Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que establecen que es función de la Comisión la resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre operadores en materia de interconexión de redes si hubiese un desacuerdo sobre la forma y condiciones de hacer efectiva la misma.

Asimismo, tanto el artículo 25 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (en adelante LGTel), como en el artículo 2.6 del Reglamento de Interconexión, acceso a las redes públicas y a la numeración, aprobado por Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio (en adelante, Reglamento de Interconexión), establecen que la Comisión habrá de resolver los conflictos relativos a la ejecución e interpretación de los acuerdos de interconexión.

2. Delimitación del objeto de la presente Resolución.

El conflicto de interconexión planteado por ONO contra TELEFÓNICA responde a dos premisas fundamentales. Por una parte, la solicitud de ONO para que TELEFÓNICA le aplique los nuevos precios establecidos en la OIR 2001 y que TELEFÓNICA ha condicionado a la modificación, también conforme a dicha OIR, de los precios por los servicios de interconexión y terminación que le presta ONO. Y por otra parte, nos encontramos con la negativa de ONO a aplicar unos precios que considera no la obligan y que, conforme a la normativa vigente, deben ser objeto de negociación entre las partes.

Dando por sentado el derecho de ONO a que le sean aplicados los precios OIR desde el momento de su solicitud, derecho que, por evidente conforme a la normativa vigente, no ha sido discutido por TELEFÓNICA, la solución del presente conflicto pasa por la resolución de dos cuestiones: por un lado, si el operador dominante tiene derecho, como considera TELEFÓNICA, a solicitar la adecuación de los precios de interconexión a los que se establezcan en la OIR; y, por otro, si solicitada la revisión de los precios por el operador dominante, éstos han de ser aplicados desde el momento en que fue solicitada su modificación.

Tanto una como otra cuestión han sido tratadas con anterioridad por esta Comisión en la Resolución de 17 de enero de 2002 por la que se contesta a la Consulta planteada por MADRITEL COMUNICACIONES, S.A. sobre si se deriva alguna obligación para un operador no dominante en el mercado de telefonía fija del Resuelve segundo de la Resolución de 9 de agosto de 2001 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por la que se modifica la oferta de interconexión de referencia presentada por TELEFÓNICA y a las interpretaciones que en ella se vertieron nos remitiremos a lo largo de la presente Resolución.

3. Sobre el derecho del operador dominante a solicitar la adecuación de los precios de interconexión a los establecidos en la OIR tras la aprobación de ésta.

La contestación de esta cuestión ha de partir de la afirmación que en su escrito con entrada en el Registro de esta Comisión el 24 de diciembre de 2001 realiza la representación de TELEFÓNICA. En el escrito mencionado se afirma, en relación con el apartado segundo de la parte dispositiva de la Resolución de esta Comisión de fecha 9 de agosto sobre modificación de la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica de España[1], que:

[1] En concreto, el mencionado Resuelve segundo disponía lo siguiente:

«La obligación de revisión de las condiciones económicas, lejos de recaer sobre uno solo de los firmantes de un AGI incumbe a los dos operadores firmantes del mismo».

Pues bien, aunque es cierto que TELEFÓNICA tiene derecho a solicitar la modificación de los precios de los AGI, este derecho no nace, como afirma TELEFÓNICA, de la Resolución citada, sino de la propia naturaleza de los Acuerdos de Interconexión y, más concretamente, de lo recogido en los distintos AGI vigentes entre TELEFÓNICA y las distintas entidades que integran el Grupo ONO, en cuyo apartado 14.4 establecen lo siguiente:

«El presente Acuerdo se revisará, parcial o totalmente, a petición escrita de alguna de las partes dirigida a la otra, cuando concurra alguno de los siguientes supuestos:

(...)

b) Modificación de las condiciones técnicas o económicas de interconexión por la autoridad administrativa o judicial de acuerdo con la normativa vigente».

De acuerdo con la cláusula citada, y como ya señalaba la Resolución de esta Comisión de 17 de enero de 2002, antes mencionada, *«la Resolución de esta Comisión de 9 de agosto, al modificar las condiciones económicas de la OIR de Telefónica, da derecho a ambas partes a solicitar la revisión del acuerdo»*.

Igualmente, ha de advertirse que, en lo que a TELEFÓNICA se refiere, ya señaló la Resolución de 17 de enero de 2002 que *«su derecho a solicitar la revisión del AGI nace no sólo de la literalidad de la citada cláusula 14.4., sino del principio de reciprocidad en la negociación consagrado en la cláusula 14.5.a) del mismo AGI*: "Las partes se comprometen a negociar de buena fe, respondiendo pronta y constructivamente a las propuestas respectivas y a tratarse recíprocamente de modo no discriminatorio y no exclusivo"*. Si sólo una parte de los términos económicos de un acuerdo se modifica por resolución administrativa, es lógico, dado el carácter sustancial de los precios de interconexión, reconocer el derecho de la parte perjudicada a reclamar la renegociación de los aspectos no modificados».*

«Las modificaciones económicas de la Oferta de Interconexión de Referencia aprobadas mediante Resolución de esta Comisión, bien por la autoridad administrativa o judicial competente de acuerdo a la normativa vigente, que afecten a todas o parte de las condiciones económicas pactadas en Acuerdos Generales de interconexión o Addenda vigentes entre Telefónica de España S.A.U. y otros operadores, modificarán los Acuerdos Generales o Addenda previa solicitud escrita de una de las partes contratantes a la otra. La modificación entrará en vigor desde la fecha de la notificación, y afectará únicamente a la condición o condiciones económicas referidas en el escrito de solicitud realizado».

Sobre la base de lo anterior, conviene señalar que el derecho de Telefónica a solicitar la revisión de los precios no nace en ningún caso de lo dispuesto en la Resolución de esta Comisión de 9 de agosto de 2001, sino de los AGI en vigor entre las entidades en conflicto, toda vez que se ha producido una modificación de las condiciones económicas de la OIR como consecuencia de una Resolución administrativa.

En concreto, y como ya se señaló en la Resolución de 17 de enero de 2001, *«la única aclaración necesaria en torno al resuelve segundo de la Resolución de esta Comisión es la que se refiere a la legitimación para solicitar el cambio. Aparentemente, del texto de la Resolución cabría interpretar que ambas partes quedan obligadas por igual; sin embargo, la única interpretación conforme a derecho es que la parte legitimada para solicitar la aplicación de los nuevos precios ha de ser el receptor de la oferta y, en ningún caso, Telefónica, que es la parte que en puridad realiza la misma».* Téngase en cuenta además que *«la resolución de 9 de agosto se refiere a la OIR de Telefónica, por lo que parece conveniente recordar que esta Oferta sólo contempla los servicios que el operador dominante presta a otro operador»* y, consecuentemente, no puede admitirse en ningún caso la aceptación de la oferta por parte del propio oferente.

En este sentido, y en relación con las alegaciones de TELEFÓNICA en las que aboga por una interpretación literal de lo expresado en la Resolución de esta Comisión de 9 de agosto de 2001, ha de señalarse que, si bien la literalidad es el primero de los criterios interpretativos a tener en cuenta, habrá de recurrirse a una interpretación integradora cuando la aplicación de aquél criterio nos lleva a una solución jurídicamente inapropiada. Cualquiera que sea la literalidad de la Resolución por la que se aprueba la OIR, no puede obviarse el hecho de que dicha Resolución tiene por objeto la aprobación de una oferta que vincula en exclusiva al operador dominante que, al menos formalmente, actúa como emisor de la misma, y que, por esta misma razón, no puede ser a un mismo tiempo su receptor ni, mucho menos, exigir su cumplimiento. TELEFÓNICA en ningún caso puede exigir la aplicación de la OIR a ningún operador ni condicionar la aplicación de los precios OIR a la aplicación de estos mismos precios por parte del operador solicitante en los servicios que preste a TELEFÓNICA. En definitiva, sólo el operador receptor de la oferta puede aceptarla y solicitar la aplicación de los nuevos que TELEFÓNICA ofrezca en la OIR.

Cuestión distinta es la legitimación de TELEFÓNICA para solicitar la modificación de los AGI en vigor para que contemplen nuevos precios referenciados a la OIR. En estos casos, como ya se dijo, la legitimación de TELEFÓNICA nace de la propia naturaleza de los AGI y de los términos en que se expresan y no de la aprobación de la OIR. Así, TELEFÓNICA podrá solicitar

la revisión de los AGI en vigor entre ésta y ONO cuando se produzca una modificación de las condiciones técnicas o económicas de interconexión por la autoridad administrativa, lo que, como ya se dijo, ocurre con la modificación de la OIR, con independencia de que la parte a la que va dirigida la oferta solicite o no la adecuación del AGI a los nuevos precios fijados por la última OIR aprobada.

4. Sobre los precios referenciados a la OIR.

Vista la posibilidad de que TELEFÓNICA solicite la modificación de los AGI, se hace necesario ofrecer una explicación sobre las implicaciones que presenta la aprobación de la OIR en la formación de los precios de interconexión entre TELEFÓNICA y cualquier otro operador con el que ha llegado a un acuerdo.

En principio, la formación de los precios de interconexión en el AGI es diferente en función de que los precios por determinar sean los que vaya a cobrar el operador dominante o el operador entrante.

Los operadores entrantes, para que le sean aplicados los nuevos precios tan solo tendrán que aceptar la OIR que, como sabemos, es una oferta que vincula únicamente al operador dominante que la emite. En estos casos como ya se ha puesto de manifiesto por esta Comisión en múltiples ocasiones, basta la aceptación para que se entienda perfeccionado el contrato entre ambas partes y para que el operador dominante deba aplicar los precios contenidos en la oferta.

Ahora bien, cuando se trata de determinar los precios que ha de pagar el operador dominante por los servicios de interconexión y terminación prestados por el operador entrante nos encontramos con la inexistencia de una oferta formal por parte de este último. Es decir, la formación de los precios se hace depender entonces de la negociación de las partes al respecto y, en los casos en los que no se alcance este acuerdo, deberá ser esta Comisión quien decida el precio que deba pagarse por el operador dominante si se insta el correspondiente conflicto.

En el asunto que nos ocupa, a la solicitud de aplicación de los precios OIR por parte de ONO, siguió la solicitud de TELEFÓNICA para que los precios de los servicios que ONO le prestaba se ajustaran igualmente a los establecidos en la OIR.

En relación con esta cuestión ha de señalarse que, desde el momento en que TELEFÓNICA recibió la solicitud de ONO, debió aplicarle incondicionalmente los precios OIR 2001, sin perjuicio de que, a raíz de esta solicitud, solicitara a

su vez que le fueran aplicados precios referenciados a la OIR 2001, que no necesariamente simétricos.

Salvo que los AGI entre TELEFÓNICA y ONO comprendieran alguna cláusula que no hiciera necesaria la negociación y en cuya virtud se fijara un mecanismo de fijación de precios automático[2], la modificación de los precios por la aceptación de la OIR por el operador entrante, en este caso ONO, no supone en ningún caso la inmediata modificación de los precios que paga el operador dominante, TELEFÓNICA, ni que esta modificación deba producirse como consecuencia de la aceptación de la OIR.

En las Resoluciones de esta Comisión de 29 de abril de 1999 y 13 de septiembre de 2001 en las que se resolvían sendos conflictos de interconexión entre TELEFÓNICA y BT y TELEFÓNICA y COLT, se fijaron los criterios a seguir para la determinación de los precios que hubiera de pagar el operador dominante cuando, tras la apertura de unas negociaciones fallidas, se planteaba conflicto de interconexión respecto de las condiciones económicas que debieran aplicarse.

Desde una perspectiva formal, las Resoluciones consideradas entraron a decidir sobre un nuevo contenido del acuerdo de interconexión, afirmándose que *«la intervención del regulador debería ser lo menos intrusiva posible y totalmente respetuosa con el principio de primacía de la negociación entre las*

[2] En la Resolución de esta Comisión de 17 de enero de 2002 se trataba esta cuestión en otros términos pero con idéntico sentido cuando señalaba lo siguiente:

«En este sentido, las partes podrían haber decidido incluir cláusulas que no hicieran necesaria la negociación y que hicieran posible la automaticidad de los cambios de precios que deba pagar Telefónica. Así, hubieran podido

- *Incluir una cláusula en la que los precios que Telefónica deba pagar al otro operador estén expresamente referenciados a los que el otro operador pague a Telefónica.*

- *Incluir una cláusula en la que los precios que Telefónica deba pagar al otro operador estén expresamente referenciados a los se fijen en la OIR de Telefónica vigente en cada momento para determinado o determinados niveles de interconexión.*

En estos casos, el cambio de precios sería automático desde el momento en que se produjera el cambio en el precio que sirve de referencia.

Sin embargo, no existe en el AGI una cláusula de esta naturaleza por lo que, en caso de un eventual conflicto, esta Comisión habría de resolverlo conforme a los criterios generales de interpretación de los contratos y de las normas jurídicas en que los mismos descansan. En particular, serían de aplicación los criterios a los que, según el artículo 6 del Reglamento de Interconexión, habrá de atenerse esta Comisión para dirimir los conflictos en materia de interconexión. En particular, y entre otros, el interés del usuario, el interés público y la promoción de la competencia».

partes. Es decir, en todo caso primará el libre acuerdo entre las partes sobre cualquier decisión que sobre el origen del conflicto pueda emitir el Regulador».

Llegados a este punto, ha de señalarse que la existencia de un conflicto de interconexión entre operadores no requiere la apertura formal de un período negociador entre las partes, sino sólo que se den las circunstancias para que uno de ellos entienda que debe ser el Regulador quien adopte una decisión cuando las posiciones de una u otra parte resulten difícilmente compatibles. En estos casos, la decisión que adopta esta Comisión no viene a sustituir de ningún modo la libre negociación de las partes y mucho menos cuando se trata de llevar a la práctica soluciones que ya fueron adelantadas por Resoluciones anteriores sobre casos similares.

Conforme a la normativa vigente, esta Comisión está facultada para adoptar decisiones para la resolución de los conflictos que se le planteen, sustituyendo la voluntad de las partes en una determinada cuestión. Sin embargo, por mera lógica, no está en condiciones de obligar a ningún operador a *negociar libremente* con otro. Por esta razón, la inexistencia de una negociación previa puede ser considerada a la hora de valorar la mayor o menor flexibilidad de un operador al negociar determinadas condiciones o el simple desinterés por iniciar una negociación cuando se entiende que lo solicitado se ajusta a Derecho y no se plantea la posibilidad de transigir en determinadas cuestiones.

De acuerdo con lo anterior, ha de entenderse que, una vez planteado un conflicto ante esta Comisión, la negociación entre las partes se ha manifestado insuficiente.

Las Resoluciones citadas más arriba establecen los precios que ha de pagar el operador dominante sobre la base del criterio de esta Comisión respecto de lo que debe ser la eficiencia global del sistema. Así:

«Siendo necesario establecer un criterio que asegure la eficiencia productiva global del sistema, esta Comisión entiende que los precios de terminación de llamadas en redes de operadores fijos no dominantes cuando la llamada se origina en la red de un operador fijo dominante, deben basarse en los precios de servicios de terminación de llamadas aplicados a la red del operador fijo dominante y referidos al modelo de red de referencia de la OIR».

Igualmente, la Resolución dice:

«Un aspecto fundamental en esta materia es que los modelos de interconexión OIR siempre deberán dar una señal de eficiencia al mercado marcando los precios de referencia hacia los que las redes deberán tender e incluso mejorar para permanecer y evolucionar en un mercado en competencia creciente y donde la eficiencia en costes, bien sea ésta lograda a través de una mayor

capilaridad de la red, de la introducción de arquitecturas y tecnologías más versátiles y baratas (pe. redes IP de conmutación de paquetes) o de una complementariedad de estos conceptos, lleve finalmente al establecimiento de redes eficientes que produzcan servicios a bajos costes ofreciendo una mayor capacidad de elección, con mejores servicios y precios finales a los usuarios.

Retribuciones asimétricas para servicios equivalentes desde el punto de vista del modelo de referencia de interconexión OIR para redes fijas y cuando uno de los operadores es el dominante podría llevar, en la práctica, a subvenciones de las nuevas redes fijas de los entrantes, las cuales estarán en continua evolución de despliegue y tecnológica, lo que imposibilita saber con anticipación y estabilidad cuáles han de ser los costes reales de terminación en sus redes fijas que, por otro lado, como ya se ha comentado, es irrelevante si se considera que estos costes han de ser los mismos que los de referencia del mercado cuando la interconexión es entre el operador regulado y el nuevo».

En definitiva, a falta de acuerdo entre ONO y TELEFÓNICA, esta Comisión entiende que los precios de interconexión y de terminación de llamadas originadas en la red de TELEFÓNICA y con destino en la red de ONO, serán los correspondientes, por referencia, a la OIR actualmente vigente de TELEFÓNICA.

Por tanto, no se trata de que TELEFÓNICA solicite la aplicación de los precios OIR, sino de los precios que, por referencia a la OIR, corresponden a una red eficiente, que es el modelo empleado para la determinación de los precios de la OIR y a la que deben tender a igualar o mejorar el resto de las redes.

Sobre la base de este razonamiento, no estamos hablando de precios simétricos, sino de precios referenciados a la OIR. Y no estamos hablando de aplicación inmediata, sino negociada, como consecuencia de la modificación del AGI correspondiente. Así, TELEFÓNICA puede solicitar la modificación del AGI para que resulten de aplicación unos nuevos precios referenciados a la última OIR aprobada con independencia de que el operador entrante haya aceptado la nueva OIR. La aplicación de estos nuevos precios referenciados a la OIR deberá ser objeto de negociación entre las partes y, ante la falta de acuerdo, TELEFÓNICA podrá acudir a esta Comisión para que dicte lo que proceda.

Nótese que, conforme a este sistema, los precios no son necesariamente simétricos, a no ser que en el AGI se hubiera incluido expresamente esta circunstancia. La aceptación de la OIR por el operador entrante no es el hito que habilita al dominante a solicitar la modificación del AGI, sino que es el propio AGI el que ha de habilitar su modificación a petición de una de las partes. La aprobación de una nueva OIR aparece como un elemento objetivo para que, cualquiera de las partes pueda solicitar la modificación del acuerdo.

La diferencia estriba en que, en el caso del operador entrante, bastará su aceptación para que el AGI se entienda modificado y en el del operador dominante, será necesario el acuerdo y, en su defecto, la intervención de esta Comisión.

5. Sobre el momento en que deban ser efectivos los precios referenciados.

Una vez delimitado el derecho de TELEFÓNICA a solicitar la modificación de los precios fijados en los AGI vigentes con las entidades del Grupo ONO conforme a los procedimientos establecidos por las partes en dichos AGI, y determinada la aplicación de los precios referenciados a la OIR para los servicios prestados por ONO a TELEFÓNICA, queda por concretar el momento en que ha de hacerse efectiva la aplicación de los nuevos precios.

No cabe duda que, la aplicación de los precios OIR al operador no dominante, deberá realizarse desde el momento de la aceptación de la oferta. El problema se nos plantea cuando la modificación de los precios debe ser objeto de negociación entre las partes. En estos casos, habrá de estarse a los términos del acuerdo que, en su caso, se alcanzare. Pero, en defecto de acuerdo entre los interesados, deberá ser esta Comisión quien decida, no sólo qué precios deben ser aplicados, sino desde cuándo deben ser aplicados. Para ello, habrá de recurrirse, en primer lugar, a los términos del AGI, interpretando sus cláusulas a la luz de las normas sobre interpretación de los contratos y de los criterios establecidos en el artículo 6 del Reglamento de Interconexión.

En este sentido, en las Resoluciones dictadas por esta Comisión a propósito de la fecha de efectividad de los precios de la OIR de Telefónica del año 2000, antes citadas, esta Comisión acudía a una cláusula del contrato-tipo de TELEFÓNICA que también figura, aunque con diferente redacción en los AGI vigentes entre TELEFÓNICA y las entidades del Grupo ONO. En efecto, la cláusula 14.5.b) señala lo siguiente:

«La introducción de nuevos servicios de interconexión no contemplados en este acuerdo y que estén incluidos en la OIR o se estén prestando o se estén prestando a otros operadores con el mismo tipo de licencia, se realizará negociando los aspectos técnicos y económicos de forma separada. Una vez alcanzado un consenso o preacuerdo en las cuestiones técnicas, se pondrá en vigor provisionalmente, continuando separadamente la negociación de las materias económicas o comerciales.

Las partes se comprometen a acordar las condiciones económicas en el plazo máximo de un mes a partir de la fecha de apertura del servicio, aplicando

provisionalmente en el período inicial los precios que se estén aplicando a otros operadores con el mismo tipo de licencia por el mismo servicio.

Cuando se alcance el acuerdo definitivo sobre la revisión contractual, se acordarán los ajustes necesarios derivados de la aplicación retroactiva, a esta fase provisional de las condiciones económicas definitivas».

De esta cláusula se deduce la intención de los contratantes (elemento fundamental de interpretación de los contratos, según el artículo 1281 del Código civil) de no supeditar la prestación de los servicios de interconexión a discrepancias sobre las cuestiones económicas, de tal modo que el servicio se prestará desde el momento en que sea técnicamente posible, retrotrayéndose las condiciones económicas que definitivamente se fijen a la fecha de inicio de la prestación del servicio.

Esta intención de los contratantes, claramente manifestada en la citada cláusula, es trasladable al caso que nos ocupa. En efecto, no existiendo discrepancia en las cuestiones técnicas (pues los servicios de interconexión ya se prestan entre ONO y TELEFÓNICA) la intención de los contratantes es que las condiciones económicas definitivas se retrotraigan al momento inicial de la negociación de las mismas.

En consecuencia, los precios que se fijan en la presente Resolución, serán de aplicación desde el momento en que TELEFÓNICA solicitó a ONO el inicio de las negociaciones, en la forma prevista en el AGI. En este sentido, la cláusula 14.4 establece que el Acuerdo *«se revisará, parcial o totalmente, a petición escrita de alguna de las partes dirigida a la otra (...)».* Por tanto, y dado que las partes han querido revestir de una formalidad especial la petición de revisión del AGI, habrá de respetarse esa forma a la hora de determinar el momento en el que se produjo la solicitud por parte de cualquiera de las partes del Acuerdo.

En definitiva, los precios que se fijan por los servicios de interconexión y terminación que ONO presta a TELEFÓNICA serán aplicables desde que TELEFÓNICA comunicó formalmente y por escrito a ONO su petición de iniciar la revisión del AGI.

De acuerdo con la documentación aportada por ONO, la solicitud de modificación del AGI por parte de TELEFÓNICA se realiza en diferentes ocasiones y, en la mayor parte de ellas, es parte de la contestación a la solicitud inicial de ONO. Según afirma la representación de ONO, *«han de considerarse ilegítimas las solicitudes realizadas por Telefónica que se exponen a continuación:*

a) Carta enviada con fecha 19 de septiembre de 2001, por cuanto se amparó en una cláusula de la Resolución de la Comisión del Mercado de las

Telecomunicaciones de modificación de la OIR que sólo legitima al operador receptor de la misma.

b) *Carta de fecha 8 de octubre de 2001, acompañada del envío de los Addenda respectivos, por cuanto que TELEFÓNICA impuso los nuevos precios de interconexión a pagar a ONO como instrumento de negociación forzando a la firma de dichos Addenda.*

c) *Carta enviada con fecha 24 de octubre de 2001, por cuanto si bien se hizo referencia a la cláusula 14.4 del AGI vigente, la solicitud de TELEFÓNICA no era la revisión de los precios de ONO sino, tal y reconoce la propia Comisión en el Informe remitido, "*la aplicación de los precios de la OIR a los servicios de interconexión prestados por ONO*"».*

Llegados a este punto, señala la representación de ONO que *«de haber considerado telefónica válida la solicitud realizada mediante carta de fecha 24 de octubre, no hubiera remitido una carta posterior el 29 del mismo mes, solicitando ya expresamente y en virtud de la cláusula que le legitima, "*la revisión de los precios de interconexión prestados por ONO*"».*

No obstante lo manifestado por la representación de ONO en su escrito de alegaciones, ha de señalarse que, a juicio de esta Comisión, la primera solicitud escrita de revisión del AGI por parte de TELEFÓNICA se produce en la carta de fecha 19 de septiembre, en la que se solicita formalmente la modificación de las condiciones de interconexión fijadas en el AGI. Es cierto que, erróneamente, TELEFÓNICA basa su derecho a solicitar la modificación del AGI en la Resolución de esta Comisión de 9 de agosto, tantas veces mencionada, pero no es menos cierto que, sea con esa base, sea con la que le presta el apartado 14.4 del AGI, TELEFÓNICA estaba habilitada para realizar la solicitud que hizo efectiva en su carta de 19 de septiembre.

En consecuencia, esta Comisión entiende como fecha de solicitud formal de modificación del AGI por parte de TELEFÓNICA, la fecha de 19 de septiembre de 2001 y, por tanto, deberá retrotraerse a aquel momento la aplicación de los precios referenciados a la OIR que por esta Resolución se fijan.

6. Efectividad de la aplicación de los precios OIR 2001 a los servicios de interconexión prestados por TELEFÓNICA a ONO.

Como repetidamente se ha señalado en la presente Resolución, la aplicación de los precios establecidos por la OIR 2001 deben aplicarse desde el momento de la aceptación de la oferta por parte del operador entrante, en este caso, ONO. La solicitud de ONO para que le fueran aplicados los precios fijados por la OIR 2001 a los servicios que le prestaba TELEFÓNICA se realizó mediante carta de fecha 14 de septiembre de 2001 y con entrada en TELEFÓNICA en la misma fecha. Por tanto, deberán aplicarse desde entonces los nuevos precios establecidos en la OIR 2001.

Por todo cuanto antecede, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

RESUELVE

PRIMERO.- Lo dispuesto en el apartado segundo de la Resolución de esta Comisión, de 9 de agosto de 2001, por la que se modifica la oferta de interconexión de referencia presentada por TELEFÓNICA es exclusivamente aplicable a los precios de los servicios de interconexión que TELEFÓNICA presta a los demás operadores y, en ningún caso, puede ser invocada por TELEFÓNICA para solicitar la modificación de los precios que ella debe abonar por los servicios de interconexión que otros operadores le presten.

SEGUNDO.- TELEFÓNICA puede solicitar la aplicación de precios referenciados a la última OIR vigente, con independencia de que el operador entrante le hubiera solicitado la aplicación de los precios OIR 2001.

TERCERO.- TELEFÓNICA no podrá en ningún caso condicionar la aplicación de los precios de la OIR vigente al buen fin de las negociaciones para que le sean aplicados precios referenciados a la misma OIR. La aplicación de los precios OIR por parte de TELEFÓNICA al operador entrante será efectiva desde el día en el que aquélla reciba la solicitud de adhesión a la oferta. En concreto, TELEFÓNICA deberá aplicar a ONO los precios establecidos por la OIR 2001 desde el 14 de septiembre de 2001.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en los AGI entre TELEFÓNICA y ONO, las modificaciones en los precios recogidos en el mismo solicitadas por TELEFÓNICA con las formalidades establecidas, tendrán efecto a partir de la fecha en que tales modificaciones fueron solicitadas a ONO. Por tanto, la modificación de los precios será efectiva desde el 19 de septiembre de 2001, fecha en la que fue solicitada por TELEFÓNICA a ONO la modificación del AGI.

COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

EL SECRETARIO

Vº Bº
EL PRESIDENTE

José Giménez Cervantes

José Mª Vázquez Quintana