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 nº 33/02 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 24 de septiembre de 2002, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

RESOLUCIÓN RELATIVA AL CONFLICTO DE INTERCONEXIÓN ENTRE ONONET COMUNICACIONES, S.A.U. Y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 29 de mayo de 2002, María Consuelo Roger Rull, en nombre y representación de la entidad ONONET COMUNICACIONES S.A.U. (en adelante ONONET) plantea conflicto de interconexión contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. (en adelante TELEFÓNICA), al objeto de que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dicte Resolución sobre las condiciones jurídicas y económicas de la interconexión entre las redes de ONONET y TELEFÓNICA, en la provincia de Barcelona, solicitando igualmente que la interconexión se haga efectiva inmediatamente en tanto se resuelve el expediente que a tal efecto se instruya.

SEGUNDO.- ONONET solicitó a TELEFÓNICA mediante carta de fecha 29 de septiembre de 2000 la apertura de las negociaciones de interconexión. El 15 de

noviembre de 2000, se firma un Acuerdo de confidencialidad y el 24 de abril de 2001 el Preacuerdo Técnico.

Con fecha 4 de abril de 2002 se realizaron las pruebas de transmisión y las de servicio de interconexión correspondientes al punto de interconexión de Barcelona al que se hace referencia en el Anexo I del Preacuerdo Técnico firmado entre ambas entidades, identificado como PdI_1 de Barcelona. Mediante documento de fecha 10 de abril de 2002, firmado por la representación de ambas entidades, *«se da por terminada la fase de pruebas quedando pendiente de la firma del Acuerdo General de Interconexión (AGI) para la apertura definitiva del servicio de interconexión entre ONONET y TELEFÓNICA, en las condiciones fijadas en dicho AGI».*

ONONET remitió con fecha 16 de mayo de 2002 carta a TELEFÓNICA en la que proponía que se llevase a cabo la apertura de la interconexiónen las mismas condiciones provisionales establecidas de forma cautelar por esta Comisión en Resolución de fecha 8 de noviembre de 2001, dándole tres días para que la interconexión fuera efectivamente abierta, a contar desde la recepción de la carta.

Transcurrido este período de tres días, sin obtener contestación por parte de TELEFÓNICA, ONONET acudió a esta Comisión solicitando su intervención.

Finalmente, en contestación a la carta de ONONET de fecha 16 de mayo, TELEFÓNICA remitió carta a ONONET en la que acepta las condiciones ofrecidas por ésta aunque condiciona la apertura de la interconexión a la firma de un Acuerdo General de Interconexión donde se establezcan expresamente estas condiciones.

TERCERO. - Con fecha 13 de junio de 2002 esta Comisión adopta medidas cautelares para que TELEFÓNICA abra la interconexión de su red con la de ONONET en el punto de interconexión de Barcelona, estableciéndose las condiciones económicas provisionales de la interconexión en el siguiente sentido:

> *«- Respecto de los servicios que preste TELEFONICA, los previstos en la OIR actualmente vigente para cada servicio o, si se tratase de servicios nuevos no incluidos en ninguna de estas categorías, los previstos en la OIR para los servicios que presenten mayor semejanza técnica al que es objeto de la negociación, salvo que las partes acuerden otras condiciones provisionales.*

- Respecto de los servicios que preste ONONET, los precios se fijarán sobre la base de los precios aplicables a la red de TELEFÓNICA para servicios equivalentes según el modelo de red de referencia considerado en la OIR».

Señalándose que *«una vez adoptada la resolución definitiva en este procedimiento, se acordarán los ajustes necesarios derivados de la aplicación retroactiva, a esta fase provisional, de las condiciones económicas definitivas»*.

La Resolución por la que se adoptaron medidas cautelares fue notificada a los interesados con fecha 17 de junio de 2002.

CUARTO.- 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 la apertura del trámite de audiencia previo a la resolución definitiva del expediente, mediante sendos escritos con fecha de salida 1 de julio de 2002.

QUINTO.- Por su parte, ONONET presentó escrito de alegaciones con entrada en el Registro de esta Comisión el día 19 de julio de 2002 en el que, en resumen, exponía lo siguiente:

Que la intervención de la Comisión cuando los titulares de redes públicas de telecomunicaciones no hayan llegado a un acuerdo sobre los términos en que deben prestarse los servicios de interconexión ha de limitarse a aquella que resulte estrictamente necesaria para conseguir alcanzar el objetivo de los intereses públicos.

Que en el presente caso, el origen del conflicto ha sido la ausencia de apertura de la interconexión por parte de TELEFÓNICA habiéndose realizado todas las tareas técnicas al verse condicionada a la previa firma de un acuerdo comercial.

Que ONONET no está de acuerdo con el hecho de que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones fije las condiciones definitivas, por extensión de la solución dada en otros conflictos, mediante la confirmación de la medida cautelar y la fijación de precios referenciados a la OIR vigente.

Y, finalmente, señala que el modelo de referencia de la OIR no es el único modelo que contribuya a asegurar la eficiencia global del sistema, debiéndose tener en cuenta para la fijación de los precios que el modelo de eficiencia, la topología y tecnología de una red de cable son claramente diferentes respecto a la red del operador dominante, e incluso, respecto al resto de operadores de telefonía fija.

SEXTO.- TELEFÓNICA no ha presentado alegaciones al trámite de audiencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

En relación con la solicitud de intervención presentada por ONONET, 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 esta Comisión la resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre operadores en materia de interconexión de redes si los obligados a permitirla no lo hicieren voluntariamente, o si no llegasen los interesados a un acuerdo satisfactorio sobre la forma y condiciones en que aquélla deba llevarse a efecto».*

2. Objeto del conflicto.

En el conflicto de interconexión planteado por ONONET contra TELEFÓNICA, se constata que la falta de acuerdo se limita a los precios que las partes deben pagarse por los servicios de interconexión que una recibe de la otra.

3. Sobre el principio de intervención mínima que ha de regir la actuación de esta Comisión y la libre negociación de las partes en los Acuerdos de interconexión.

En su escrito de alegaciones, la representación de ONONET ponía de manifiesto que la aplicación de los precios de interconexión referenciados a la vigente OIR del operador dominante a los servicios prestados por ONONET supondría privar a esta última entidad de su derecho a realizar una propuesta sobre los servicios de interconexión a ofrecer a TELEFÓNICA y la anulación de cualquier margen de negociación para la determinación de los servicios y precios de ONONET.

Ha de señalarse al respecto que del propio relato de los antecedentes que concurren, se desprende que ONONET y TELEFÓNICA han estado negociando en aras del principio de libertad de pactos instaurado legalmente para todos aquellos operadores que pretenden interconectar sus redes y que sólo cuando uno de los operadores involucrados en la negociación ha observado la imposibilidad de llegar a un acuerdo, en este caso ONONET, ha acudido a esta Comisión para que fijara las condiciones no acordadas previamente por los propios operadores. Es cierto que la intervención de esta Comisión en la resolución de los conflictos de interconexión habrá de limitarse a la adopción de las medidas estrictamente necesarias para que sea posible la interconexión de las redes entre los operadores en conflicto, pero no es menos cierto que esta intervención, por reducida que resulte, habrá de limitar necesariamente la libertad de pactos que asiste a las partes en la celebración de Acuerdos de interconexión.

Que de la aprobación de una medida en relación con un caso concreto pueda entenderse que se fija un criterio para la resolución de otros de similar naturaleza, no ha de suponerse, como parece señalar la representación de ONONET, que se trata de establecer una limitación a la libertad contractual que asiste a las partes.

Mediante la presente Resolución se trata de dar solución ***en exclusiva*** al conflicto de interconexión planteado por ONONET contra TELEFÓNICA y sólo en la medida en que resuelve este conflicto limita la libertad de negociación de ambas entidades que, en la materia objeto del conflicto, esto es, la fijación de los precios de interconexión, ha quedado disponible para esta Comisión en virtud del planteamiento de un conflicto por una de ellas.

Que hayan sido resueltos diferentes conflictos con similar objeto en un sentido determinado resulta perfectamente ajustado a derecho, y no adelanta *a priori* la solución a futuros conflictos y no obsta para que en un futuro también pudiera existir un cambio de criterio por parte de esta Comisión acompañado de la debida motivación al alejarse de los precedentes administrativos existentes.

En cualquier caso, cada una de las Resoluciones que, resolviendo diferentes conflictos de interconexión surgidos entre operadores, haya fijado los precios de los servicios prestados por el operador no dominante, constituye un acto administrativo cuyos efectos se dirigen únicamente a solventar el conflicto de que se trate, y el hecho de que esta Comisión realice en diferentes Resoluciones idénticos razonamientos, en modo alguno puede llevar a considerar la ampliación de los efectos que se derivan de cada una de las Resoluciones adoptadas, ni tampoco puede concluirse que esta Comisión esté fijando condiciones de interconexión a los operadores afectados en cada controversia prescindiendo total y absolutamente de las circunstancias que concurren en cada conflicto concreto que se le presenta.

4. Sobre los Precios de interconexión que ONONET debe pagar a TELEFÓNICA.

La formación de los precios de interconexión en los acuerdos de interconexión es diferente en función de que los precios por determinar sean los que vaya a cobrar el operador dominante o el operador entrante. Así, los operadores entrantes, sólo tendrán que aceptar la Oferta de Interconexión de Referencia que, en cuanto oferta formal vincula a su emisor, en este caso TELEFÓNICA, bastando dicha aceptación para que se entienda perfeccionado el contrato entre ambas partes y para que el operador dominante deba aplicar los precios contenidos en su oferta.

Por tanto, no habiendo solicitado ONONET más que la aplicación las condiciones establecidas en la vigente Oferta de Interconexión de Referencia en lo que se refiere al precio a pagar por los servicios de interconexión y

terminación que le sean prestados por TELEFÓNICA, serán estos los precios que haya de pagar a esta última entidad.

5. Sobre los precios de interconexión que TELEFÓNICA debe pagar a ONONET.

Cuestión distinta será la determinación de los precios que haya de pagar TELEFÓNICA por los servicios de interconexión y terminación prestados por ONONET, ya que en este caso nos encontramos con la inexistencia de una oferta formal por parte de este último. Es decir, la formación de los precios se hará depender entonces de la negociación de las partes al respecto y, en los casos en los que no se alcance este acuerdo, como ocurre en este, deberá ser esta Comisión quien decida el precio que deba pagarse por el operador dominante si se insta el correspondiente conflicto.

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 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».*

Así, las citadas Resoluciones establecieron los precios que había de pagar el operador dominante sobre la base del criterio de esta Comisión respecto de lo que debe ser la eficiencia global del sistema. Se afirma por tanto que, *«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 señala que *«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».

Por tanto, y en aplicación de este criterio, TELEFÓNICA deberá pagar a ONONET por los servicios de interconexión prestados por esta última entidad, precios referenciados a la vigente OIR. Ahora bien, queda por determinar qué nivel de precios concreto se deba aplicar en cada punto de interconexión. En este sentido, la Resolución de esta Comisión de 13 de septiembre de 1999 precisaba:

> *«BT deberá ofrecer a TELEFÓNICA al menos un punto de interconexión desde el que se pueda acceder a cualquier número de su red a precio de nivel local.*
>
> *Si TELEFÓNICA entregara las llamadas para su terminación en puntos distintos a los ofrecidos por BT según el párrafo anterior, el precio a aplicar en dichas llamadas será el de tránsito simple si fuera necesario una conmutación en la red de BT para llegar a dichos puntos y precio de tránsito doble si fuera necesaria más de una conmutación en la red de BT para llegar a dichos puntos».*

Como quiera que el punto de interconexión con ONONET es único, la solución en el caso concreto que nos afecta es clara: ONONET cobrará a TELEFÓNICA interconexión local por los servicios que le preste.

Vistos los citados antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, esta Comisión

RESUELVE

ÚNICO.- Confirmar la medida cautelar adoptada el 13 de junio de 2002 en el presente expediente. Por lo tanto, se mantiene la interconexión entre TELEFÓNICA y ONONET en el punto de interconexión de Barcelona, al que se hace referencia en los antecedentes de hecho y que las partes identifican como PdI_1 de Barcelona y en las condiciones económicas que se describen a continuación:

- Respecto de los servicios que preste TESAU, los precios son los previstos en la OIR actualmente vigente.

- Respecto de los servicios que presta ONONET, los precios son los aplicables a la red de TESAU para servicios equivalentes según el modelo de red de referencia considerado en la OIR vigente.

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

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde le 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 1.ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción

Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº.Bº EL PRESIDENTE

José Giménez Cervantes

José María Vázquez Quintana