



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

CERTIFICA:

Que en la Sesión del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones nº 16/04 , celebrada el día 6 de mayo de 2004, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en relación con el Expediente RO 2003/1906, se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE INTERCONEXIÓN PLANTEADO ENTRE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. Y EUSKALTEL, S.A. POR NO HABER ACEPTADO LA REVISIÓN DE LAS CONDICIONES DEL MODELO DE INTERCONEXIÓN POR CAPACIDAD RECOGIDAS EN EL ACUERDO GENERAL DE INTERCONEXIÓN VIGENTE ENTRE AMBAS ENTIDADES.

ANTECEDENTES DE HECHO

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero.- Con fecha 9 de diciembre de 2003, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de D. Pablo de Carvajal González, en nombre y representación de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante TELEFÓNICA) por el que plantea conflicto de interconexión contra la entidad EUSKALTEL, S.A. (en adelante, EUSKALTEL) por no haber aceptado la revisión de las condiciones del modelo de interconexión por capacidad recogidas en el Acuerdo General de Interconexión vigente entre ambas partes y que fue solicitada por TELEFÓNICA con fecha 25 de agosto de 2003.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En su escrito, la representación de TELEFÓNICA señalaba, entre otras cuestiones, las siguientes:

Que el día 25 de agosto de 2003, TELEFÓNICA envió a EUSKALTEL una carta por la que solicitaba a esta entidad que indicara la opción de desbordamiento que deseaba le fuera aplicada en cada Pdl en que tuviera contratado el modelo de interconexión por capacidad.

Que el 17 de septiembre de 2003, TELEFÓNICA envió una nueva carta a EUSKALTEL, como continuación de la carta de 25 de agosto y al objeto de aclarar su contenido, por la que solicitaba la revisión de todas las condiciones del modelo de interconexión por capacidad.

Que, con fecha 13 de octubre de 2003, EUSKALTEL remitió carta a TELEFÓNICA en la que manifestaba su rechazo a la solicitud de revisión del modelo de interconexión por capacidad en los términos indicados por TELEFÓNICA.

Que TELEFÓNICA considera que se halla expresamente legitimada para solicitar la revisión de las condiciones de los servicios de interconexión prestados bajo el modelo de capacidad en el AGI suscrito con EUSKALTEL.

Que, dado que TELEFÓNICA solicitó la modificación del AGI mediante carta de fecha 25 de agosto de 2003, debe ser ésta la fecha en que deban entrar en vigor las modificaciones solicitadas.

Finalmente, TELEFÓNICA solicita que se proceda a la modificación de las condiciones del AGI vigente con EUSKALTEL para los servicios prestados bajo el modelo de interconexión por capacidad y sustituirlo por los establecidos en la OIR publicada en el Boletín Oficial del Estado de fecha 21 de julio de 2003.

Segundo.- Con fecha 15 de diciembre de 2003, mediante sendos escritos fechados el día 12 del mismo mes, y en cumplimiento de lo establecido en el artículo 42.4 de la LRJPAC, se comunicó a los interesados, TELEFÓNICA y EUSKALTEL, que había quedado iniciado expediente administrativo para la resolución del conflicto planteado por la primera de estas entidades.

Tercero.- Con fecha 21 de enero de 2004 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de D. Aurelio Campo Iglesias, en nombre y representación de EUSKALTEL, por el que realizaba, entre otras, las siguientes alegaciones:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Que EUSKALTEL muestra su conformidad con el derecho que asiste a TELEFÓNICA para poder solicitar la revisión o modificación del AGI suscrito entre las partes, una vez publicada la OIR.

Que EUSKALTEL, a través de los escritos remitidos a TELEFÓNICA, ha manifestado su aceptación al inicio de un proceso de negociación para la revisión instada por esta entidad.

Que EUSKALTEL ha remitido una carta con fecha 16 de enero de 2004 en la que manifiesta su decisión de acogerse al modelo de interconexión por capacidad, por lo que debe entenderse que la modificación del acuerdo para la modificación del AGI se produjo en la fecha de recepción de la citada carta por parte de TELEFÓNICA.

Que EUSKALTEL entiende concluido el proceso de negociación de la revisión del AGI mediante el envío de la referida carta, de forma que deben considerarse incluidas en el AGI las nuevas condiciones de la OIR para los servicios solicitados por EUSKALTEL y, entre ellos, los que son objeto del presente conflicto.

Que, no obstante lo anterior, EUSKALTEL no está de acuerdo con el hecho de que, como afirma TELEFÓNICA, la fecha de efectividad de la modificación coincida con el 25 de agosto de 2003.

Que EUSKALTEL considera que la fecha de efectividad de la modificación coincide con la de la aceptación de la OIR por parte de esta entidad, es decir, el 16 de enero de 2004.

Cuarto.- Mediante sendos escritos de fecha 9 de marzo de 2004, con salida de esta Comisión el día 10 del mismo mes, 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, TELEFÓNICA y EUSKALTEL, 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 5 marzo de 2004.

Quinto.- Dentro del plazo conferido para realizar alegaciones en el trámite de audiencia, la representación de EUSKALTEL presentó escrito, con entrada en el Registro de esta Comisión el día 24 de marzo de 2004, en el que manifestaba su conformidad con la Propuesta plasmada en el Informe de los Servicios de esta Comisión. No obstante, la representación de EUSKALTEL



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

entiende que la fecha en la que se solicitó la aplicación de la OIR a TELEFÓNICA coincide con el día 22 de enero de 2004, que fue la fecha de recepción de la solicitud emitida por EUSKALTEL. En consecuencia, solicita que sea ésta la fecha que se tome para tener por modificado el AGI entre ambas entidades.

Sexto.- Igualmente, la representación de TELEFÓNICA presentó escrito de alegaciones que tuvo entrada en el registro de esta Comisión el día 5 de abril de 2004 y en el que muestra su oposición en relación con algunas de las cuestiones tratadas en el Informe de los Servicios de esta Comisión en relación con el derecho de esta entidad a solicitar la modificación de los Acuerdos de Interconexión de los que es parte.

Por otra parte, y en lo que se refiere a la fecha de modificación del AGI vigente entre TELEFÓNICA y EUSKALTEL, afirma la representación de TELEFÓNICA que según consta en el Expediente RO 2004/262, actualmente en tramitación en esta Comisión, EUSKALTEL comunicó a TELEFÓNICA su aceptación de los tránsitos de red inteligente conforme a la OIR 2003, por lo que, en esa fecha, y en aplicación de la Resolución de esta Comisión de 10 de julio de 2003, el Cuerpo General del AGI entre ambas entidades fue sustituido por el Contrato Tipo de la vigente OIR como consecuencia de la aceptación de los términos de la Oferta por parte de EUSKALTEL.

En opinión de TELEFÓNICA, dicha aceptación se produjo mediante la firma del Acta de interconexión de fecha 5 de diciembre y, en consecuencia, resulta de aplicación la Cláusula 11.15.4 del Contrato Tipo que establece que *«la modificación entrará en vigor desde la fecha de la notificación de la solicitud y afectará únicamente a la condición o condiciones económicas referidas en el escrito de solicitud realizado»*. Sobre la base de este razonamiento, entiende la representación de TELEFÓNICA que procede la aplicación de las nuevas condiciones y tarifas de interconexión por capacidad desde la fecha de solicitud de TELEFÓNICA, el 17 de septiembre de 2003 o, en su defecto, desde el 10 de noviembre del mismo año.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

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

En concreto, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), en su artículo 48.2, indica 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.

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.

Asimismo, el artículo 14 de la LGTel establece que será la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones quien conozca de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de la propia Ley y de sus normas de desarrollo.

Segundo.- Delimitación del objeto del Procedimiento.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ante la falta de acuerdo con la entidad EUSKALTEL para proceder a la modificación del AGI vigente entre esta entidad y TELEFÓNICA, la representación de esta última planteó conflicto de interconexión ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Como ya se ha señalado en los Antecedentes de Hecho de la presente Resolución, la entidad EUSKALTEL ha aceptado las condiciones de la vigente OIR de TELEFÓNICA para los servicios de interconexión por capacidad por lo que, en lo que se refiere a la modificación de las condiciones del AGI vigente entre EUSKALTEL y TELEFÓNICA, ha desaparecido el objeto del presente Procedimiento. EUSKALTEL ha aceptado las condiciones de la vigente OIR y, con esta aceptación, se satisface la pretensión principal de TELEFÓNICA: la modificación de las condiciones de los servicios de interconexión por capacidad recogidos en el AGI y su adaptación a las nuevas condiciones introducidas en la OIR vigente.

En consecuencia, el conflicto de interconexión interpuesto por TELEFÓNICA queda reducido a la única cuestión que no es pacífica entre las partes, esto es, la determinación del momento en que deba entenderse que se ha producido la modificación del Acuerdo firmado por TELEFÓNICA y EUSKALTEL.

Tercero.- Sobre el derecho del operador dominante a solicitar la modificación del Acuerdo de Interconexión.

TELEFÓNICA, en el escrito por el que plantea conflicto de interconexión contra EUSKALTEL, afirma que esta Comisión ha reconocido en diversas Resoluciones el derecho que asiste al operador dominante a solicitar la revisión de un AGI en vigor cuando, entre otras situaciones, se aprueba una nueva modificación de la Oferta de Interconexión de Referencia.

En este sentido, las Resoluciones de esta Comisión de 17 de enero y 27 de junio de 2002, así como la reciente Resolución de 27 de noviembre de 2003, señalaban que TELEFÓNICA ostenta un derecho a la modificación de los AGIs que encuentra su fundamento en la propia naturaleza de los Acuerdos.

En efecto, los Acuerdos de Interconexión no son sino el instrumento contractual en el que las partes establecen las condiciones que disciplinan sus relaciones de interconexión. Los Acuerdos de Interconexión han sido caracterizados por esta Comisión, en repetidas ocasiones, como contratos privados, en concreto, como contratos de arrendamiento de servicios.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La representación de TELEFÓNICA ha puesto de manifiesto en su escrito de alegaciones al trámite de audiencia, que no debería poder discriminarse a una parte respecto de la otra en lo que se refiere al tratamiento que deba darse a las solicitudes de modificación de los AGIs. En opinión de TELEFÓNICA, *«ante la aprobación de una nueva OIR cualquiera de las partes, en base a lo pactado en el AGI y principalmente en base a la igualdad de las partes en un contrato tiene derecho a solicitar la modificación del AGI»*.

En contestación a esta afirmación de TELEFÓNICA, ha de señalarse que, como se verá a lo largo de la presente Resolución, esta Comisión considera que las partes de los Acuerdos tienen derecho a solicitar la modificación de los mismos y, como no podía ser de otra forma, este derecho se ha reconocido a TELEFÓNICA en distintas ocasiones.

Sin embargo, la aprobación de una nueva OIR coloca a las partes en una situación claramente diferenciada que justifica que la solicitud de modificación del AGI que emite TELEFÓNICA sea tratada de un modo distinto a la solicitud de modificación del Acuerdo que es emitida por el operador entrante. Cuando la realiza TELEFÓNICA, nos encontramos ante una solicitud de modificación que requiere el previo acuerdo de las partes para que surta efectos; mientras que en los casos en los que es el operador entrante quien solicita la aplicación de la nueva OIR, se presume el concurso de voluntades para la modificación del AGI en el momento en el que TELEFÓNICA recibe la solicitud/aceptación de la OIR.

A estos efectos, ha de partirse del artículo 1091 del Código civil (en adelante Cc), cuando señala que *«las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos»*. Sin embargo, esto no significa que las partes, una vez celebrado un contrato, no puedan modificarlo. Resulta evidente que, sobre la base del principio de autonomía de la voluntad, las partes de un AGI pueden modificar las relaciones obligatorias que lo integran. De ahí que se haya afirmado que los AGIs son mutables por su propia naturaleza contractual o, siendo algo más precisos, que las obligaciones que nacen de los AGIs pueden ser modificadas por las partes de los Acuerdos. En este sentido, cabe citar lo dispuesto en el artículo 1203 del Cc que establece que *«las obligaciones pueden modificarse: 1º. Variando su objeto o condiciones principales. (...)»*.

Sin embargo, para la modificación de las obligaciones que nacen de un contrato, es necesario que concurren los mismos requisitos que coincidieron



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

para la celebración de éste: consentimiento de los contratantes, objeto cierto que sea materia del contrato y causa de la obligación que se establece o, como en este caso, que se modifica (artículo 1261 Cc).

Pues bien, para modificar las obligaciones que nacen del AGI, se hace imprescindible que ambas partes presten su consentimiento expreso en este sentido.

Aunque no es imprescindible, las partes pueden fijar el procedimiento que haya de seguirse para la modificación de un determinado contrato e incluso condicionar la aplicación de este procedimiento a la concurrencia de determinadas circunstancias, aunque asumiendo que la existencia de un procedimiento de modificación no es, obviamente, una garantía para alcanzar un acuerdo.

En concreto, los AGIs suelen incorporar una Cláusula por la que las partes acuerdan el procedimiento a seguir para la modificación del contrato y las condiciones necesarias para que éstas puedan compelerse mutuamente a la renegociación del mismo. Así, el AGI en vigor entre EUSKALTEL y TELEFÓNICA incluye, en su apartado 14.4, las previsiones para la revisión del Acuerdo, señalando lo siguiente:

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

- a) Cambios normativos en materia de interconexión de redes y servicios de telecomunicación que afecten a este Acuerdo aplicables en España.*
- b) Modificación de las condiciones técnicas o económicas de interconexión por la autoridad administrativa o judicial de acuerdo con la normativa vigente, incluida la publicación de una Nueva Oferta de Interconexión de Referencia.*
- c) Modificación o transformación del título habilitante que ostenta cualquiera de las partes, siempre que ello no impida el cumplimiento por la misma de las obligaciones contenidas en el presente Acuerdo.*
- d) Petición de revisión general del Acuerdo, que podrá ser efectuada por cualquiera de las partes con una antelación mínima de tres*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

meses al término de cada sucesivo período de un año desde el inicio de la vigencia del Acuerdo.

- e) *Solicitud de la incorporación de un nuevo servicio al Acuerdo, efectuada por cualquiera de las partes. En tal caso la revisión se limitará a los aspectos del Acuerdo relacionados directamente con la introducción del nuevo servicio..*
- f) *Otros cambios sustanciales de las circunstancias que afecten al Acuerdo ».*

En estos casos, es el propio Acuerdo el que establece las situaciones en las que las partes quedan habilitadas para *forzar* la renegociación o la revisión del Acuerdo. En consecuencia, TELEFÓNICA, como parte del AGI, tiene derecho a solicitar la revisión del mismo en cualquiera de las circunstancias a las que se refiere la Cláusula 14.4., aunque, para que la revisión o modificación sea efectiva, será necesario el concurso de las voluntades de las partes del Acuerdo (o, en su caso, que la voluntad de las partes sea sustituida por un acto de esta Comisión).

Esta Comisión ya ha señalado en diferentes ocasiones que la aprobación de una nueva OIR supone la modificación de las *condiciones técnicas y económicas de interconexión* a las que se refiere la letra b) del apartado 14.4 transcrito y, sobre la base de lo pactado por las partes en el propio AGI, una vez publicada una nueva Oferta de Interconexión, ambas quedan habilitadas para instar la revisión del contenido del Acuerdo.

Sin embargo, la aprobación de la OIR no afecta por igual a ambas partes. Cuando se trata de TELEFÓNICA, la aprobación de una nueva OIR habilita a esta entidad, conforme a lo pactado en el AGI, a solicitar la modificación del mismo aunque, como ya hemos señalado, será necesario el consentimiento expreso de la otra parte o la intervención de esta Comisión en este sentido.

Por el contrario, la aprobación de la OIR supone *de facto* la emisión de una oferta para contratar por parte de TELEFÓNICA o, si se quiere, en el caso de los AGIs preexistentes, una oferta de modificación de los mismos que sólo requiere la aceptación (solicitud de aplicación) de la otra parte. En estos casos, no es necesario recabar el consentimiento de TELEFÓNICA puesto que éste se materializa en la OIR y sólo es necesario el del operador interconectado, que se hace expreso por la simple aceptación de la Oferta. Por esta razón, esta Comisión ha afirmado, en muchas ocasiones, el principio de aplicabilidad



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

directa de la OIR. En los casos de modificación de un AGI por la aceptación de la OIR, se afirma que concurren las voluntades de ambos contratantes y, por esta razón, los efectos de la modificación se producen desde que la aceptación o solicitud de aplicación de la OIR tiene lugar.

En este sentido, señala TELEFÓNICA *«que la OIR no constituye una oferta en total libertad de Telefónica de España sino que las condiciones y precios de la misma se encuentran regulados por esa CMT»*. En contestación a esta alegación de TELEFÓNICA, esta Comisión no puede dejar de destacar que las condiciones en las que, conforme a la normativa sectorial, se realiza la emisión de la OIR de TELEFÓNICA, en nada afectan a la naturaleza jurídica de la misma y que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no cabe duda de que la OIR constituye una manifestación de la voluntad contractual del operador dominante.

En cualquier caso, en el presente conflicto no nos encontramos ante un supuesto de modificación automática del AGI, como consecuencia de la solicitud/aceptación de los precios fijados en la OIR (dado que TELEFÓNICA no es destinatario de la Oferta), sino, por el contrario, estamos ante una solicitud de revisión o modificación de un AGI vigente que tiene por objeto la modificación de los precios establecidos en el mismo y su adaptación a los precios fijados en la última OIR publicada.

En este sentido, ha de tenerse en cuenta que es el AGI (y no la OIR) el instrumento jurídico que rige las relaciones de interconexión entre TELEFÓNICA y el operador interconectado, de manera que la aprobación de una nueva OIR en nada afecta al AGI si las partes no solicitan expresamente la aplicación de la Oferta o la modificación del Acuerdo conforme a ésta. En definitiva, la aprobación de una nueva OIR no tiene como efecto la modificación automática de los Acuerdos preexistentes.

Quinto.- Sobre el momento en que deban ser efectivas las modificaciones del AGI vigente entre TELEFÓNICA y EUSKALTEL.

Como ya se ha puesto de manifiesto, TELEFÓNICA tiene derecho a solicitar la modificación de los AGIs para adaptarlos a los términos de la última OIR. No obstante, la modificación de los Acuerdos no es automática (como en el caso de la aceptación de la OIR) y deberá someterse a los procedimientos establecidos en los AGIs de cuya modificación se trate.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como consecuencia de la aplicabilidad directa de los términos de la OIR para los operadores alternativos, no cabe duda de que la aplicación de la Oferta será efectiva desde el momento de la solicitud/aceptación de ésta.

Sin embargo, cuando se trata de la modificación de un AGI preexistente a solicitud del operador dominante, se hace necesario el consentimiento de los operadores interconectados. La determinación del momento en que deban hacerse efectivas las modificaciones acordadas por las partes quedará sometida, en primer lugar, a lo expresamente acordado por éstas en el acuerdo de revisión y, en defecto de acuerdo de las partes y previsión expresa respecto del momento de aplicación de las modificaciones, deberá ser esta Comisión quien proceda a su fijación recurriendo a los términos del AGI en vigor e interpretando sus cláusulas a la luz de las normas sobre interpretación de los contratos, los criterios establecidos en el artículo 6 del Reglamento de Interconexión y, subsidiariamente, y ante la posible falta de previsión expresa en el AGI, a las normas del Derecho privado contractual.

Como ya se ha señalado en el número Segundo de los Fundamentos de Derecho de la presente Resolución, la aceptación de la OIR por parte de EUSKALTEL el 16 de enero de 2004 (aunque no fue conocida por TELEFÓNICA hasta el día 22 de enero), ha reducido el objeto del procedimiento en curso a la resolución de la única cuestión que todavía queda pendiente entre las partes, esto es, la determinación de la fecha de efectividad de las modificaciones del AGI.

En este sentido, la representación de TELEFÓNICA mantiene en su escrito de 9 de diciembre, que la solicitud de modificación del AGI en vigor entre esta entidad y EUSKALTEL fue realizada mediante carta de fecha 25 de agosto de 2003 y que, por tanto, a la luz de lo dispuesto en la Cláusula 14.5.b del mismo Acuerdo, debe ser ésta la fecha de entrada en vigor de las nuevas condiciones económicas.

Por su parte, la representación de EUSKALTEL, en su escrito de 21 de enero de 2004, ha puesto de manifiesto su oposición a la interpretación que realiza TELEFÓNICA respecto de la carta de 25 de agosto de 2003, entendiendo que en la misma únicamente se solicitaba a EUSKALTEL que indicase la opción de desbordamiento que deseaba fuera aplicada en la interconexión por capacidad y que, en caso de falta de respuesta, sería aplicada la opción de desbordamiento sobre enlaces de tiempo. Señala EUSKALTEL que es en la carta de 17 de septiembre de 2003 cuando TELEFÓNICA insta por primera vez



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

la revisión del AGI, solicitando la aplicación de nuevas condiciones económicas.

No obstante, en opinión de EUSKALTEL, las modificaciones del AGI no han de aplicarse desde el 17 de septiembre de 2003, sino desde que se produjo la aceptación de la OIR y ésta fue conocida por TELEFÓNICA, esto es, el 22 de enero de 2004, y ello porque en el AGI vigente entre TELEFÓNICA y EUSKALTEL no existe ninguna cláusula que retrotraiga los efectos de la revisión del Acuerdo, entendiendo que resulta de aplicación lo dispuesto en la Cláusula 14.5.d del mismo.

En relación con las cuestiones planteadas, esta Comisión considera que la primera solicitud de revisión del Acuerdo no se produce el 25 de agosto de 2003 sino, como afirma EUSKALTEL, el 17 de septiembre del mismo año. En efecto, la carta de TELEFÓNICA fechada el 25 de agosto de 2003 no incluye ninguna solicitud de modificación del AGI, ni hace referencia a la modificación de sus condiciones técnicas o económicas. En concreto, la citada carta señalaba lo siguiente:

«De acuerdo con la nueva Oferta de Interconexión de Referencia, aprobada por la CMT en Resolución de 10 de julio de 2003, en relación con la aplicación de la interconexión por capacidad, le agradecería me indicara la opción de desbordamiento que desea sea aplicada en cada Pdl en que tenga contratado dicho modelo de interconexión, tal como se establece en el apartado II.7.6.6 de la citada Resolución.

En el caso de que este escrito no tenga contestación por su parte en el plazo de cinco días, Telefónica de España aplicará la opción de desbordamiento sobre enlaces de tiempo en el mismo Pdl».

Como puede observarse, no existe ninguna solicitud en relación con la aplicación de las condiciones de la nueva OIR. De hecho, en la carta no se exige siquiera una contestación expresa por parte de su destinatario, de manera que la falta de contestación a la misma no puede ser tomada en ningún caso como una negativa a la solicitud de revisión del Acuerdo.

Esta Comisión considera que la carta de 17 de septiembre de 2003 sí contiene una solicitud de modificación del AGI y para la aplicación de las nuevas condiciones recogidas en la OIR. La carta citada presenta el siguiente tenor:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

«Como continuación a nuestra carta de fecha 25 de agosto de 2003, y al objeto de aclarar el contenido de la misma, le informo que Telefónica de España solicita la aplicación de todas las condiciones, incluidas las económicas, del modelo de Interconexión por Capacidad, establecidas en la OIR 2003».

Ha de señalarse, no obstante, que, a pesar de la literalidad de la carta transcrita, no puede aceptarse que exista relación entre la carta de 25 de agosto y la de 17 de septiembre, ni que ésta, como pretende TELEFÓNICA, pueda considerarse como una aclaración de la primera.

Por tanto, la solicitud de revisión del AGI por parte de TELEFÓNICA ha de entenderse que se produjo mediante la carta de 17 de septiembre de 2003. Sin embargo, esto no significa que sea a esta fecha a la que hayan de retrotraerse los efectos de la modificación del AGI.

Por otra parte, la representación de TELEFÓNICA, en su escrito de alegaciones al trámite de audiencia, ha traído a colación la documentación obrante en el Expediente RO 2004/262, actualmente en tramitación en esta Comisión. En opinión de TELEFÓNICA, en el citado expediente se documenta un acto de aceptación de EUSKALTEL de las condiciones económicas de la OIR 2003 que, en aplicación de la Resolución de esta Comisión de 10 de julio de 2003, debe traer consigo la modificación del Cuerpo General del AGI en vigor entre ambas entidades y la aplicación desde aquél momento del Contrato Tipo de la OIR.

Afirma TELEFÓNICA que el citado acto de aceptación de la OIR por parte de EUSKALTEL tuvo lugar mediante carta el día 10 de noviembre de 2003 y que, de hecho, la modificación solicitada se hizo efectiva en la Reunión del Comité de Consolidación celebrada el día 5 de diciembre de 2003, correspondiente al tráfico cursado en el período comprendido entre el 13 de octubre de 2003 y el 30 de noviembre del mismo año.

Pues bien, a la vista de la documentación obrante en el Expediente RO 2004/262, esta Comisión no puede compartir la opinión de TELEFÓNICA. En opinión de esta Comisión, la carta de fecha 10 de noviembre de 2003 remitida por EUSKALTEL a TELEFÓNICA no supone un acto de aceptación de la vigente OIR sino la manifestación de la interpretación realizada por EUSKALTEL de una cuestión controvertida en las relaciones de interconexión entre ambos operadores. En la citada carta, la representación de EUSKALTEL señalaba lo siguiente:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

«Consideramos que la resolución de la CMT del 10 de julio, modifica el modelo de acceso de interconexión para los tránsitos de Red Inteligente con independencia de las modificaciones adicionales que afectan a la OIR y que, por tanto, cuando el operador origen de la llamada entrega una llamada en tránsito, el coste de este tránsito debe ser asumido por el operador destino de la llamada».

En opinión de esta Comisión, nos encontramos ante la manifestación del criterio de EUSKALTEL en relación con la interpretación del tratamiento de los servicios de tránsito en el modelo de acceso en los servicios de interconexión de red inteligente y no ante una solicitud de aplicación de la OIR.

A esta misma conclusión se llega tras la lectura del Acta de Consolidación de 5 de diciembre de 2003, en cuyo punto i) se ponen de manifiesto las discrepancias de las partes en relación con esta cuestión. En concreto, del Acta se extrae lo siguiente:

«Tránsitos y Red Inteligente se facturan con el dato de TF [TELEFÓNICA].

EK [EUSKALTEL] manifiesta:

“EK no ha solicitado ni está solicitando la aplicación de la OIR-03 para los servicios de Red Inteligente. Lo que EK entiende es que la Resolución de 10 de julio en la que se modifica la OIR aclara dos aspectos en relación con el modelo de interconexión de RI en acceso para los tránsitos entre operadores, esto es:

- el tránsito deberá costearlo el operador de destino*
- los impagos son trasladados en cascada desde el operador origen hasta el operador destino.*

Por tanto, EK no está solicitando la aplicación de nuevas condiciones establecidas en la Resolución mencionada, ni la modificación de sus condiciones de provisión del servicio en función de lo estipulado en la OIR-03, sino las regularizaciones y la aplicación correcta del modelo de interconexión para este tipo de servicios.

En la hipótesis en que la CMT, a consulta de TF, estableciera que los aspectos mencionados son derivados de la aplicación de condiciones



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

OIR-03, EK aceptaría asumir el coste del tránsito y los impagos mencionados”.

TF manifiesta:

“Que las condiciones solicitadas por EK son derivadas de la OIR-03”.

Ante la discrepancia de criterios sobre el particular, se detrae de la facturación de Telefónica el importe correspondiente al tránsito con origen EK y destino 901 a 906 y 80Y de otros Operadores (...)».

Por tanto, sin entrar a valorar las interpretaciones realizadas por las partes, que serán tratadas en el Expediente RO 2004/262, actualmente en trámite, esta Comisión considera que, a la vista de los datos obrantes en el citado Expediente, no puede afirmarse que EUSKALTEL hubiera solicitado a TELEFÓNICA la aplicación de la OIR 2003. Que nos encontramos ante una interpretación de EUSKALTEL y no ante una solicitud de aplicación de la OIR 2003, queda claro cuando esta entidad se muestra conforme en asumir el coste de los tránsitos y de los impagos si esta Comisión se pronuncia al respecto a solicitud de TELEFÓNICA.

En definitiva, no existiendo una solicitud de modificación del Acuerdo por parte de EUSKALTEL anterior a la emitida el 16 de enero de 2004 y ante la evidente falta de acuerdo de las partes al respecto, la determinación de la fecha de efectividad de la modificación del AGI entre TELEFÓNICA y EUSKALTEL exige que se acuda a lo fijado en el citado Acuerdo.

Así, la Cláusula 14.5. b), cuya aplicación afirma TELEFÓNICA, establece 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 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.

(...)



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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».

Por su parte, la Cláusula 14.5.d) del AGI, cuya aplicación solicita EUSKALTEL, señala lo siguiente:

«Durante el desarrollo del proceso de negociación para la revisión del Acuerdo, se entenderá prorrogada provisionalmente en todo caso la vigencia de éste, salvo acuerdo de las partes en otro sentido».

Esta Comisión ya tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto de la interpretación de las Cláusulas transcritas en la Resolución de 7 de noviembre de 2002, por la que se estimó parcialmente el recurso de reposición interpuesto por la entidad RETEVISIÓN I, S.A.U. (en adelante RETEVISIÓN) contra el Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 4 de julio de 2002, en relación con el conflicto de interconexión entre TELEFÓNICA y RETEVISIÓN, al no haber atendido esta última entidad a la revisión de las condiciones económicas de sus servicios de interconexión.

En la citada Resolución, se estimó parcialmente el recurso planteado por RETEVISIÓN al considerarse que las Cláusulas 14.5.b) y 14.5.d) del AGI entre TELEFÓNICA y RETEVISIÓN (que coinciden literalmente con las transcritas más arriba) no establecían la aplicación retroactiva del resultado de las negociaciones para la revisión del Acuerdo vigente entre las entidades interesadas.

En efecto, la Cláusula 14.5. b), a diferencia de lo que ocurre en otros Acuerdos de interconexión, no incluye los casos de revisión de las condiciones económicas de los Acuerdos. Esta Cláusula sólo se refiere a los casos de introducción de nuevos servicios de interconexión y no menciona en modo alguno la revisión de los servicios ya existentes, ni la de las condiciones económicas vigentes entre las partes del AGI. Por tanto, teniendo en cuenta que en la normativa sectorial no existe ningún precepto que imponga a los operadores la aplicación retroactiva del resultado de unas negociaciones para la revisión de los AGIs, ha de acudirse necesariamente a lo dispuesto en el AGI e interpretarlo a la luz del Derecho de contratos.

En este sentido, ha de aplicarse lo dispuesto en el artículo 1283 del Cc, donde se establece que *«cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar». Por tanto, si pudiendo haber incluido la revisión del AGI entre los casos en los que hayan de aplicarse retroactivamente los resultados de la negociación de las partes, TELEFÓNICA y EUSKALTEL no lo hicieron, ha de entenderse que ninguna de las dos entidades quiso introducir esta posibilidad en el Acuerdo.

Por su parte, la Cláusula 14.5.d) abunda en esta interpretación al considerar prorrogada provisionalmente la vigencia del Acuerdo durante el tiempo que dure la negociación para su revisión, salvo que las partes pacten otra cosa. Ante la ausencia de pacto entre los interesados respecto a la inaplicación de esta Cláusula del AGI, ha de afirmarse la vigencia de la misma y, en su aplicación, considerar prorrogado el Acuerdo hasta el momento de su modificación.

Por tanto, a juicio de esta Comisión, la fecha de aplicación de los cambios introducidos en el AGI firmado entre TELEFÓNICA y EUSKALTEL de conformidad con los términos de la vigente OIR de TELEFÓNICA, ha de coincidir con la fecha en que concurrió la voluntad de modificación de ambas partes y que se corresponde con el momento en el que EUSKALTEL aceptó formalmente la aplicación de la OIR y ésta fue conocida por TELEFÓNICA, esto es, el 22 de enero de 2004.

La fijación de la fecha de modificación del AGI el 22 de enero de 2004 encuentra su fundamento en la carta fechada el 23 de enero de 2004, remitida por TELEFÓNICA a EUSKALTEL, en la que señala que la solicitud de aplicación de la OIR fue recibida el día 22 del mismo mes, y en lo dispuesto en los artículos 1262 del Cc y 54 del Código de Comercio relativos a la contratación entre ausentes.

Por todo cuanto antecede esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

RESUELVE

Primero.- Declarar que, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo General de Interconexión firmado entre TELEFÓNICA y EUSKALTEL, la vigencia del mismo quedó prorrogada en virtud de la Cláusula 14.5.d) durante el proceso de negociación para su revisión.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Segundo.- Declarar que la modificación del Acuerdo General de Interconexión firmado entre TELEFÓNICA y EUSKALTEL, es efectiva desde la fecha en la que concurrió el consentimiento de ambas partes para su revisión, el día 22 de enero 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, 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 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, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº. Bº. EL PRESIDENTE

Jaime Velázquez Vioque

Carlos Bustelo García del Real