



## **COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES**

DON ALFONSO RAMOS DE MOLINS SAINZ DE BARANDA, 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 40/04 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 11 de noviembre de 2004, se ha adoptado el siguiente

### **ACUERDO**

Por el que se aprueba la:

**RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVEN LOS RECURSOS POTESTATIVOS DE REPOSICIÓN INTERPUESTOS POR LAS ENTIDADES TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. Y EUSKALTEL, S.A. CONTRA LA RESOLUCIÓN DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES DE FECHA 8 DE JULIO DE 2004, POR LA QUE SE RESUELVE EL CONFLICTO DE INTERCONEXIÓN ENTRE TELEFÓNICA Y EUSKALTEL, RELATIVO A LAS RELACIONES ECONÓMICAS DERIVADAS DE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE TRÁNSITO CON DESTINO A NUMERACIÓN DE RED INTELIGENTE.**

En relación con los recursos potestativos de reposición interpuestos por las entidades TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TELEFÓNICA) y EUSKALTEL, S.A. (en adelante, EUSKALTEL) contra la Resolución de fecha 8 de julio de 2004, por la que se resuelve el conflicto de interconexión entre TELEFÓNICA y EUSKATEL, relativo a las relaciones económicas derivadas de la prestación de los servicios de tránsito con destino a numeración de red inteligente (RO 2004/262), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 40/04 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 11 de noviembre de 2004, recaída en el expediente AJ 2004/1399.

### **HECHOS**

**PRIMERO.-** Con fecha 8 de julio de 2004, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, dictó Resolución por la que se ponía fin al



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

conflicto de interconexión entre TELEFÓNICA y EUSKATEL, relativo a las relaciones económicas derivadas de la prestación de los servicios de tránsito con destino a numeración de red inteligente.

En la citada Resolución se acordó lo siguiente:

**“Primero.-** Desestimar la pretensión de TELEFÓNICA por la que se solicita que se reconozca que, el 13 de noviembre de 2003, EUSKATEL había solicitado la aplicación de la vigente Oferta de Interconexión de Referencia y la aplicación, desde esa fecha, de los efectos que trae consigo dicha solicitud.

**Segundo.-** Declarar que la vigente Oferta de Interconexión de Referencia ha aclarado determinados aspectos del tratamiento de los tránsitos en la interconexión para la prestación de servicios de red inteligente en el modelo de acceso, aunque en la práctica sus previsiones sólo resultan aplicables desde su incorporación a los Acuerdos Generales de Interconexión. En consecuencia, las previsiones de la OIR 2003 sólo podrán ser aplicadas a EUSKATEL desde que TELEFÓNICA tuvo conocimiento de la aceptación de la Oferta, el 22 de enero de 2004.

**Tercero.-** EUSKATEL deberá restituir a TELEFÓNICA las cantidades que hubiera detraído a esta entidad por el coste de los tránsitos para los servicios de red inteligente anteriores al 22 de enero de 2004.

**Cuarto.-** Declarar que, en el modelo de acceso, el traslado de impagos en los que ha intervenido un operador de tránsito, debe realizarse en cascada, siguiendo el mismo procedimiento establecido para el flujo de los pagos. Por tanto, EUSKATEL tiene derecho a repercutir los eventuales impagos al operador de tránsito, TELEFÓNICA, para que éste, a su vez, los repercuta al operador de red inteligente”.

**SEGUNDO.-** Con fecha 3 de agosto de 2004, se recibió en esta Comisión escrito presentado por D<sup>a</sup>. María José Ayudarte Cruz, en nombre y representación de TELEFÓNICA, en virtud del cuál interpuso recurso potestativo de reposición contra la Resolución de fecha 8 de julio de 2004 antes mencionada.

La representación de TELEFÓNICA fundamenta su recurso en la necesidad de que esta Comisión clarifique determinados puntos de la Resolución como es el formato tipo de los ficheros que EUSKATEL y los demás operadores de acceso deben remitir a TELEFÓNICA con objeto de repercutir los impagos.

Tras solicitar la admisión del recurso a trámite, la entidad recurrente pide que se declare que el formato de fichero propuesto por TELEFÓNICA para la repercusión, por parte de los operadores de acceso, de impagos de llamadas entregadas en tránsito y en interconexión directa con destino a numeraciones



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de red inteligente de terceros operadores, resulta adecuado y puede ser utilizado de forma generalizada con todos los operadores.

**TERCERO.-** Asimismo, mediante escrito de fecha 5 de agosto de 2004, que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el día 9 de agosto del mismo año, Don Aurelio Campo Iglesias, en nombre y representación de la entidad EUSKALTEL, interpone recurso potestativo de reposición contra la Resolución de fecha 8 de julio de 2004, con base en los siguientes motivos:

1º.- Disconformidad con el momento fijado en la Resolución impugnada, a partir del cual la citada entidad debe hacerse cargo del coste de los tránsitos de red inteligente en el modelo de acceso.

Ante la posibilidad de TELEFÓNICA de haber instado la modificación inmediata de los Acuerdos Generales de Interconexión (en adelante, AGIs) existentes con los operadores de red inteligente tras la aclaración llevada a cabo por la OIR 2003, EUSKALTEL considera que debería reconocerse su derecho a no realizar pago alguno por el servicio de tránsito desde la fecha de publicación de la OIR 2003, o en su caso, en una fecha 10 días posterior a su publicación.

2º.- Interpretación errónea de TELEFÓNICA respecto de las condiciones del modelo de acceso para los servicios de tránsito de red inteligente o, en su caso, de las condiciones que TELEFÓNICA hubiera pactado en sus AGIs con otros operadores al margen de la correcta interpretación de las condiciones del modelo, que no puede ser imputable, en ningún caso, ni causar perjuicio económico alguno a EUSKALTEL. Señala esta última que TELEFÓNICA no atendió a la interpretación que EUSKALTEL realizó cuando TELEFÓNICA le envió el modelo de Addendum para el servicio de tránsitos para numeraciones de red inteligente; interpretación que, según EUSKALTEL, acoge la Comisión en la Resolución impugnada.

3º.- Frente a la dificultad a la que se alude en la Resolución impugnada a los efectos de adaptar retroactivamente los AGIs a las previsiones de la vigente OIR, se alega por EUSKALTEL que no es necesario realizar la adaptación retroactiva del AGI suscrito entre TELEFÓNICA y EUSKALTEL, ya que no llegó a suscribir un acuerdo específico al respecto. Asimismo, pone de manifiesto que las condiciones firmadas por otros operadores en sus respectivos AGIs en nadan deben afectar a la interpretación realizada por EUSKALTEL y que esta Comisión ha venido a apoyar. De este modo, considera la recurrente que las hipotéticas y eventuales dificultades de gestión no pueden dar lugar a consolidar situaciones no ajustadas a Derecho.

En virtud de todo lo anterior, EUSKALTEL solicita que se tenga por interpuesto el recurso, estimándose el mismo, así como que se declare la confidencialidad de la documentación anexada al recurso y de las Actas de Consolidación 14/02, 1/03 y 2/03 que, según la operadora, ya aportó al expediente RO 2004/262.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**CUARTO.-** Con fecha 21 de septiembre de 2004 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por Don Pablo de Carvajal González, en virtud del cuál formula, en nombre y representación de la entidad TELEFÓNICA, las siguientes alegaciones sobre el recurso potestativo de reposición interpuesto por EUSKALTEL:

a) Conformidad a Derecho del pago del tránsito por el operador de acceso.

Señala TELEFÓNICA que, a pesar de las alegaciones de EUSKALTEL y de lo dispuesto en la nueva OIR 2003, el pago por EUSKALTEL de los importes del servicio de tránsito tuvo lugar en cumplimiento de lo dispuesto en las Resoluciones de la Comisión de fechas 17 de enero de 2002<sup>1</sup> y 11 de abril de 2002<sup>2</sup>, en las que se impuso a los operadores de acceso la obligación de pago del servicio de tránsito para llamadas finalizadas en red inteligente. Por ello, entiende la operadora que EUSKALTEL carecía de legitimación para detraerse los importes del servicio de tránsito desde el mes de julio de 2003, fecha en la que también dejó de pagar los tránsitos.

Entiende TELEFÓNICA que, a pesar de que EUSKALTEL nunca llegó a firmar el Addendum del servicio de tránsito que TELEFÓNICA le remitió, ésta prestaba efectivamente a EUSKALTEL el servicio de tránsito conforme a la OIR 2001, el cual venía siendo abonado desde entonces por EUSKALTEL, a pesar de las discrepancias entre ambos operadores y de no haber firmado el Addendum correspondiente, lo que suponía una aceptación tácita del criterio de abono del tránsito por el operador de acceso, aunque con posterioridad hubiera procedido a detraer de forma incorrecta los importes relativos al tránsito.

Además, según TELEFÓNICA, si lo que pretendía EUSKALTEL era evitar los perjuicios que le ocasionaba el pago del tránsito como operador de acceso, debería haberse adherido a la OIR 2003 una vez que ésta se publicó, sin esperar a enero de 2004 para solicitar la adhesión a la misma.

b) Inseguridad jurídica para los operadores en caso de modificación del criterio con efectos retroactivos.

Señala TELEFÓNICA que, en el caso de que se hubiera llegado a aceptar la propuesta de EUSKALTEL, el operador destino de red inteligente tampoco debería abonar el servicio de tránsito al no venir impuesto expresamente así en el AGI suscrito entre TELEFÓNICA y el operador de red inteligente.

---

<sup>1</sup> Resolución sobre la modificación de la oferta de interconexión de referencia de TELEFÓNICA en lo referente al esquema de interconexión para servicios de red inteligente.

<sup>2</sup> Resolución por la que se resuelve el recurso potestativo de reposición interpuesto por TELEFÓNICA contra la Resolución de esta Comisión de 17 de enero de 2002, sobre la modificación de la oferta de interconexión de referencia de telefónica en lo referente al esquema de interconexión para servicios de red inteligente



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Añade la operadora que la aplicación retroactiva de la Resolución de 8 de julio de 2004 recurrida ocasionaría perjuicios e indefensión, o bien a la propia TELEFÓNICA o bien a todos los operadores destino de red inteligente de las llamadas con origen en la red de EUSKALTEL y que hubieran transitado por la red de TELEFÓNICA, ya que ante la solicitud de los operadores de acceso de la devolución de las cantidades indebidamente abonadas, aquéllos se verían obligados a asumir un coste que no tendrían el deber jurídico de soportar en virtud de lo dispuesto en la mencionada Resolución de 17 de enero de 2002.

Se alega, asimismo, que la supuesta laguna de la OIR 2001 a la que hace referencia la Comisión en la Resolución impugnada, permitía a los operadores cubrir ese vacío con aquello que había sido aceptado por la mayoría de ellos, ya que la aplicación de un criterio distinto para cada uno de ellos hubiera generado discriminación.

**QUINTO.-** Con fecha 5 de octubre de 2004 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por Don Aurelio Campo Iglesias, en virtud del cual, en nombre y representación de la entidad EUSKALTEL, formula alegaciones al recurso de reposición interpuesto por TELEFÓNICA, manifestando su acuerdo con el formato propuesto para la repercusión de los impagos, siempre y cuando se le mantenga puntualmente informada de los códigos identificados en el campo 17 del citado formato en el que se identifica el “Código de Facturación de Operador Titular de 90X (Nº B)”, remitiéndole con al menos 2 semanas de anterioridad a su fecha de aplicación la relación de listado de operadores y códigos de facturación asociados, y sus posibles modificaciones, y no se derive carácter retroactivo para el mismo.

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### I.- Fundamentos jurídicos procedimentales.

##### PRIMERO.- Calificación del escrito.

El artículo 107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) establece que contra las resoluciones (entre otros actos) podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC establece que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.



## **COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES**

Las recurrentes califican expresamente sus escritos como recurso potestativo de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.17 de LGTel, las Resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, calificar los escritos presentados como recursos potestativos de reposición que se interponen contra la Resolución de esta Comisión de fecha 8 de julio de 2004.

### **SEGUNDO.- Legitimación de las entidades recurrentes.**

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. Las entidades recurrentes ostentan la condición de interesados por cuanto que ya lo eran en el procedimiento que dio como resultado la Resolución objeto de impugnación. En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a los recurrentes para la interposición de los recursos potestativos de reposición.

### **TERCERO.- Competencia y plazo para resolver.**

La competencia para resolver el presente recurso corresponde, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado. Ambos recursos deberán ser resueltos y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a la interposición, según lo establecido en el artículo 117.2 de la misma Ley.

### **CUARTO.- Admisión a trámite del recurso presentado por EUSKALTEL.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJPAC, los recursos de reposición que interpongan los interesados habrán de fundarse en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de esta Ley.

El escrito presentado por EUSKALTEL, además de cumplir los requisitos del artículo 107.1, cumple igualmente con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y ha sido presentado en el plazo previsto en el artículo 117.1 de la misma Ley, por lo que debe admitirse a trámite.

### **QUINTO.- Inadmisión a trámite del recurso presentado por TELEFÓNICA.**

En su escrito de interposición del recurso, TELEFÓNICA muestra su conformidad con la Resolución de fecha 8 de julio de 2004 ahora impugnada, considerando, no obstante, necesario clarificar el formato tipo de los ficheros que, en relación con el tratamiento de los eventuales impagos de los usuarios de acceso en llamadas dirigidas a numeración de red inteligente, el operador debe remitirle con objeto de que TELEFÓNICA pueda a su vez repercutirlos a los operadores de red inteligente que proceda, y poder dar así un cumplimiento





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

correcto a lo dispuesto en dicha Resolución. En consecuencia, TELEFÓNICA propone en su escrito un formato de fichero con el fin de que sea aceptado como el formato tipo para el intercambio de la citada información.

Asimismo, TELEFÓNICA solicita que el formato de fichero propuesto sea de aplicación no solamente al caso de EUSKALTEL, sino que sea utilizado de forma generalizada por todos los operadores de acceso, tanto para la repercusión de impagos de llamadas encaminadas en tránsito a través de TELEFÓNICA y con destino a numeraciones de red inteligente de terceros operadores, como para la repercusión de impagos en interconexión directa (acceso y terminación).

Pues bien, frente a lo expuesto por TELEFÓNICA cabe señalar que en la Resolución ahora recurrida en ningún momento se trata la cuestión del formato del fichero necesario para llevar a cabo el traslado de impagos cuando existe un operador intermediario (en este caso TELEFÓNICA) que presta el servicio de tránsito. Únicamente se afirma que EUSKALTEL tiene derecho a trasladar a TELEFÓNICA dichos impagos para que esta entidad, a su vez, los repercute a los operadores que, sobre la base del modelo de acceso, prestan el servicio de red inteligente a los usuarios llamantes.

Por ello, cabe señalar que resulta de todo punto insostenible desde un punto de vista jurídico que la interposición de un recurso de reposición sea la vía procedimental adecuada para formular la solicitud de aplicación del formato de fichero propuesto por TELEFÓNICA, ya que, como se ha expuesto en el fundamento procedimental anterior, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJPAC, el recurso potestativo de reposición ha de basarse en alguno de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de la misma Ley.

Además, tampoco sería razonable que con ocasión de un recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de un conflicto de interconexión entre dos partes (TELEFÓNICA y EUSKALTEL), se adoptara una medida que afectara al tratamiento de los impagos de todos los operadores de acceso, máxime cuando éstos no han tenido conocimiento de la misma por no haber sido declarados interesados en el procedimiento de referencia. Habría de ser en su caso, en el marco de un expediente de modificación de la OIR, donde debería ser analizada la conveniencia de definir dicho formato, declarando de esta forma a todos aquellos operadores como interesados en el procedimiento.

Por último, respecto de la alegación de EUSKALTEL en la que muestra su conformidad con el formato de fichero propuesto por TELEFÓNICA, cabe manifestar que si bien existe acuerdo en lo referente al formato del citado fichero propuesto, falta que dichos operadores concreten la antelación con la que debe producirse el intercambio del listado de operadores y códigos de facturación asociados. En este sentido, EUSKALTEL propone en su escrito de alegaciones la remisión por TELEFÓNICA con al menos dos semanas de antelación a la fecha de facturación, del listado de operadores (titulares de los



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

90Y) y códigos de facturación asociados a que hace mención el citado formato aportado por TELEFÓNICA (campo 17), cuestión que pertenece al ámbito negocial de las partes.

Por todo lo anterior, el recurso de reposición presentado por TELEFÓNICA, en tanto no se funda en ninguno de los motivos recogidos en los artículos 62 y 63 de la LRJPAC, no debe ser admitido a trámite.

### **II.- Fundamentos jurídicos materiales.**

#### **PRIMERO.- Sobre el supuesto error interpretativo de TELEFÓNICA respecto de las condiciones del modelo de acceso para los servicios de tránsito de red inteligente.**

Afirma EUSKALTEL que la interpretación efectuada en la Resolución de 8 de julio de 2004 ahora recurrida se corresponde con el planteamiento que la operadora expuso a TELEFÓNICA cuando ésta le envió el modelo de Addendum para el servicio de tránsito para numeraciones de red inteligente, por lo que puede comprobarse cómo la actuación de TELEFÓNICA anterior a dicha Resolución partía de un error en la interpretación de la OIR que fue plasmado por ésta en los modelos de Addendum que se pasaron a los operadores para establecer las condiciones del servicio, considerando EUSKALTEL que, tratándose de un error interpretativo de TELEFÓNICA, aquélla no debía verse perjudicada por dicha interpretación.

En relación con esta cuestión, ha de señalarse que, si bien, como se reconoce en la Resolución impugnada, la OIR 2001 no era clara en lo que se refiere al tratamiento de los servicios de tránsito de red inteligente, no puede concluirse por ello que la asunción del coste del tránsito de la llamada por EUSKALTEL fuese el resultado de una interpretación errónea de la OIR 2001 por parte de TELEFÓNICA.

Es cierto que tras analizar el modelo de acceso puede concluirse que carece de sentido imputar al operador de acceso el coste del tránsito hacia servicios de inteligencia de red prestados por un tercer operador, pero no es menos cierto que en las llamadas ordinarias, es el operador de acceso quien se hace cargo de dicho tránsito, por lo que optar por esta última interpretación no podría ser considerado ilógico.

Como señala TELEFÓNICA en su escrito de alegaciones, durante la tramitación del Expediente MTZ 2002/7459 para la modificación de la OIR 2001, se mantuvo la interpretación generalmente aceptada por TELEFÓNICA y la mayor parte de los operadores hasta ese momento, disponiéndose tanto en la Resolución recaída en el citado expediente como en la del recurso potestativo de reposición interpuesto contra la misma, que era el operador de acceso el obligado al pago del servicio de tránsito para llamadas finalizadas en red inteligente, al considerarse que el operador de acceso era el dueño de la





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

llamada y, como tal, el encargado de elegir la ruta por la que la misma iba a terminar.

No puede hablarse, por tanto, de una interpretación errónea de la OIR 2001 sobre la base del tratamiento de los tránsitos para la prestación de servicios de red inteligente en la OIR 2003, ya que dicho tratamiento procede de la interpretación del modelo de acceso de la OIR 2001, esto es, era el texto de la OIR 2001 el que permitía una interpretación distinta a la que después resultó adoptada en la OIR 2003.

Ha de señalarse también que ésta ha sido una cuestión pacífica entre los operadores y que, si bien, no coincide con la interpretación mantenida por esta Comisión tanto en la Resolución por la que se aprobó la vigente OIR 2003 como en la Resolución recurrida, el aparente consenso en el mercado (puesto que no se han planteado conflictos al respecto) no ha hecho necesario ningún pronunciamiento anterior. Nótese que tan pronto los términos de la OIR se plasman en un AGI, sobre la base del principio de mínima intervención, la actuación de esta Comisión sólo se producirá cuando alguna de las partes así lo solicite o cuando se haya detectado alguna conducta que afecta a la competencia en el mercado.

Como decimos, la interpretación que TELEFÓNICA y la mayor parte de los operadores plasmaron en sus acuerdos, coincidía con la que la primera entidad entendía ajustada a los términos de la OIR, esto es, que el precio del tránsito en las llamadas a numeración de red inteligente debía ser soportado por el operador de acceso. Esta interpretación ha sido la generalmente aceptada en el mercado y, de hecho, esta Comisión no ha tenido noticia de ninguna discrepancia al respecto hasta el día 13 de febrero de 2004, aprobada ya la OIR 2003, fecha en la que TELEFÓNICA plantea conflicto de interconexión contra EUSKALTEL.

El hecho de que la mayor parte de los operadores hubiera aceptado la interpretación de TELEFÓNICA presenta, a nuestro entender, evidentes repercusiones jurídicas, ya que el artículo 1287 del Código Civil (en adelante, CC) viene a sostener la importancia del uso o la costumbre como instrumento de interpretación ante ambigüedades contractuales y el artículo 1284 CC establece que *«si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse el más adecuado para que produzca efecto»*.

Así, puede afirmarse que el mercado hizo suya la interpretación sostenida por TELEFÓNICA y, yendo más allá, puede afirmarse igualmente que, una vez extendida esta interpretación, el servicio de tránsito a numeración de red inteligente no podía ser prestado de otro modo. Nótese que el citado servicio de tránsito es prestado por TELEFÓNICA que, a su vez actúa como intermediario de los pagos en interconexión entre el operador que proporciona el acceso (y cobra al usuario) y el operador de red inteligente. En el modelo planteado por TELEFÓNICA es el operador de acceso quien se hace cargo del pago de los servicios de tránsito, mientras que en el modelo defendido por



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

EUSKALTEL debe ser el operador de red inteligente quien debe hacerse cargo del precio del tránsito a través de la red de TELEFÓNICA. Ambos modelos son mutuamente excluyentes, de suerte que el empleo de ambos puede traer consigo un doble pago del servicio de tránsito o que ninguno de los operadores hiciera frente al pago. Es decir, las relaciones de interconexión que mantiene el operador de red inteligente con TELEFÓNICA presentan una clara influencia respecto a la relación mantenida por TELEFÓNICA con el operador que proporciona el acceso al usuario.

En esta ocasión, esta Comisión se ha encontrado con un problema interpretativo que afecta a las relaciones de interconexión y a los procesos de pago entre operadores y que ha sido plasmado en los respectivos AGIs. La interpretación realizada por TELEFÓNICA ha sido comúnmente aceptada en el sector y, ante la falta de controversias, es ésta y no otra la que se ha recogido contractualmente y a la que no puede negarse validez tras varios años de adecuado funcionamiento.

### **SEGUNDO.- Sobre la fecha de aplicación de los costes de los tránsitos para los servicios de red inteligente.**

En relación con la fecha en la que EUSKALTEL ha de hacerse cargo del coste de los tránsitos de red inteligente en el modelo de acceso, ya se señaló en la Resolución recurrida que EUSKALTEL debería hacerse cargo del coste de los servicios de tránsito en llamadas dirigidas a números de inteligencia de red hasta la fecha de modificación del AGI firmado con TELEFÓNICA, esto es, hasta el 22 de enero de 2004, siendo sólo a partir de esta fecha, cuando EUSKALTEL dejaría de hacerse cargo del coste del servicio de tránsito prestado por TELEFÓNICA en las llamadas originadas en la red de EUSKALTEL con destino a números de red inteligente de terceros operadores y con los que no dispone de interconexión directa. Por tanto, sólo a partir de esta fecha (que coincide con la solicitud de EUSKALTEL para que le fueran aplicados los términos de la vigente OIR), puede entenderse modificado el servicio de tránsito de red inteligente entre ambos operadores.

Frente a ello, sostiene EUSKALTEL que TELEFÓNICA hubiera podido instar de forma inmediata la modificación de los AGIs existentes con los operadores de Red Inteligente para adaptarlos a la interpretación llevada a cabo por esta Comisión en la Resolución por la que se aprobó la OIR 2003, de forma que hubieran sido éstos, y no EUSKALTEL y los demás operadores de acceso, quienes se hicieran cargo del tránsito.

Sin embargo, cabe señalar a este respecto que la publicación de la OIR no trae consigo la modificación de los AGIs, ni siquiera la necesidad de que éstos se adapten a la nueva Oferta. De hecho, también EUSKALTEL podía haber instado la modificación del AGI vigente con TELEFÓNICA tan pronto fue publicada la OIR 2003 y no hizo esto hasta el 22 de enero de 2004. Nótese que, en pura lógica, EUSKALTEL debía haber sido la primera interesada en que se reconociera su derecho a no pagar el precio del servicio de tránsito en



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

las llamadas dirigidas a números de red inteligente en la modalidad de acceso y, sin embargo, tardó varios meses en solicitar la modificación del AGI para que se adaptara a las previsiones de la vigente OIR.

Como ya ha manifestado esta Comisión en distintas ocasiones, la publicación de una nueva OIR no supone la modificación automática de los Acuerdos vigentes que siguen disfrutando de su vigencia contractual en tanto las partes no soliciten y acometan su modificación.

Teniendo en cuenta esta circunstancia, no puede reconocerse el derecho de EUSKALTEL a no realizar pago por el servicio de tránsito desde la fecha de publicación de la OIR 2003 puesto que su relación de interconexión no fue modificada en esa fecha, sino el 22 de enero de 2004. Sin perjuicio de lo anterior, sí ha de señalarse que TELEFÓNICA sólo tiene derecho a cobrar una vez su servicio de tránsito a numeración de red inteligente, por lo que, en el hipotético caso de que esto hubiera ocurrido, debería restituir al operador de acceso las cantidades que hubiera cobrado a éste por los servicios de tránsito, si ya han sido cobradas al operador de red inteligente. Esta circunstancia se daría si el operador de red inteligente hubiera modificado su AGI conforme a los términos de la OIR 2003 y el operador de acceso no hubiera modificado su AGI con TELEFÓNICA y, por consiguiente, se siguiera aplicando la OIR 2001 conforme a la interpretación mayoritaria en el mercado.

Por otro lado, respecto de la afirmación contenida en la Resolución recurrida según la cual la adaptación retroactiva de los AGIs a las previsiones de la vigente OIR supondría unas enormes dificultades de gestión para todos los operadores implicados, obligando a la modificación de las relaciones contractuales, no sólo entre TELEFÓNICA y los operadores de acceso, sino también entre aquella entidad y los operadores de red inteligente que deberían hacer frente al pago de los tránsitos costeados por los operadores de acceso, sostiene EUSKALTEL que no sería necesario llevar a cabo una adaptación retroactiva del AGI suscrito entre TELEFÓNICA y EUSKALTEL, ya que no se llegó a suscribir entre ellas Addendum alguno específico para este servicio.

Sin embargo, como señala TELEFÓNICA en su escrito de alegaciones, a pesar de que no se llegó a suscribir entre TELEFÓNICA y EUSKALTEL el Addendum para el servicio de tránsito para numeraciones de red inteligente, por no estar conforme EUSKALTEL con el modelo presentado por TELEFÓNICA, ésta última prestó efectivamente dicho servicio a EUSKALTEL, que a su vez abonó las cantidades que le correspondían como operador de acceso desde el momento en que comenzó la prestación de dicho servicio, generándose los correspondientes efectos jurídicos.

Así pues, aún no existiendo un Addendum específico entre TELEFÓNICA y EUSKALTEL, no cabe duda de que existía un contrato entre ambos operadores que, si bien tratándose de cuestiones de interconexión y de acuerdo con la doctrina de esta Comisión, debía haberse formalizado por escrito, sin presentar esta forma ha surtido los efectos oportunos entre ambos operadores y ha



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

pasado a formar parte de la relación de interconexión entre TELEFÓNICA y EUSKALTEL. Cualquier modificación de esta relación jurídica supone la modificación del correspondiente AGI sin perjuicio de su formalización definitiva.

De este modo, en el caso de que se estimara, como pretende EUSKALTEL, que lo dispuesto en la OIR 2003 habría de aplicarse a partir de la fecha de la publicación de la OIR 2003, o en su caso, en una fecha 10 días posterior a su publicación, estaríamos hablando en todo caso de retroactividad.

Las reivindicaciones de EUSKALTEL, aún siendo ajustadas a la interpretación de la OIR realizada por esta Comisión, no pueden venir a modificar una situación jurídica asentada en una interpretación que es posible extraer del texto de la OIR 2001 y que ha sido comúnmente aceptada por la práctica totalidad de los actores del mercado.

La modificación de la relación jurídica existente entre EUSKALTEL y TELEFÓNICA supone de hecho modificar el modo en el que el resto de los operadores han venido actuando en el mercado. Es decir, modificar la relación de interconexión en los servicios de tránsito hacia números de red inteligente entre EUSKALTEL y TELEFÓNICA, requiere asimismo modificar el resto de las relaciones de interconexión que se han basado en el criterio interpretativo opuesto. Este hecho, como ya se puso de manifiesto en la Resolución recurrida, traería consigo unas enormes dificultades de gestión, no resultando aconsejable una aplicación retroactiva.

No se trataba entonces de consolidar una situación no ajustada a Derecho por las dificultades que se planteaban, sino de reconocer que, si bien la interpretación realizada por TELEFÓNICA no coincidía con la expresada por esta Comisión en la Resolución de 11 de julio de 2003, el hecho de que no resultara ilógica o irracional, que hubiera sido aceptada por la mayor parte de los operadores, que su aplicación hubiera resultado pacífica y que se hubiera consolidado válidamente en el tráfico entre operadores, no hacía necesaria una intervención que provocaría una evidente distorsión en las relaciones de interconexión de una pluralidad de operadores.

Además, como señala TELEFÓNICA en su escrito de alegaciones la aplicación retroactiva de la Resolución de 8 de julio de 2004 podría ocasionar perjuicios, o bien a la propia TELEFÓNICA o bien a todos los operadores destino de red inteligente de las llamadas con origen en la red de EUSKALTEL y que hubieran transitado por la red de TELEFÓNICA, ya que ante la solicitud de los operadores de acceso de la devolución de las cantidades indebidamente abonadas, aquéllos se verían obligados a asumir un coste que no tendrían el deber jurídico de soportar en virtud de lo dispuesto en la Resolución de 17 de enero de 2002 en la que esta Comisión en la que se impuso a los operadores de acceso la obligación de pago del servicio de tránsito para llamadas finalizadas en red inteligente.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por tanto, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, cabe señalar que en el presente caso no concurren ninguno de los supuestos contemplados en el artículo 57.3 de la LRJPAC y que serían necesarios para poder aplicar la retroactividad. De acuerdo con dicho artículo, la eficacia retroactiva de los actos tiene carácter excepcional, pudiendo adoptarse únicamente cuando se dicten en sustitución de actos anulados, y, asimismo, cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a la que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas.

La Resolución recurrida (de la que se pretende la aplicación retroactiva) no viene a anular ningún acto administrativo anterior, sino a aclarar los términos del mismo, y aunque su aplicación retroactiva a partir de la publicación de la OIR 2003 conllevaría sin duda efectos favorables para EUSKALTEL, la misma no sería jurídicamente posible por cuanto, como se ha expuesto anteriormente, la publicación de la OIR no conlleva por sí la modificación de los AGIs.

Además, se lesionarían los derechos e intereses de TELEFÓNICA o los de todos los operadores destino de red inteligente de las llamadas con origen en la red de EUSKALTEL y que hubieran transitado por la red de TELEFÓNICA, ya que se verían obligados a asumir unos costes que no tendrían el deber jurídico de soportar.

Cabe confirmar así lo dispuesto en la Resolución recurrida sobre el derecho de EUSKALTEL a no realizar pago por el servicio de tránsito a partir del día 22 de enero de 2004, fecha en la que TELEFÓNICA recibió la solicitud de aplicación de las condiciones de la OIR realizada por EUSKALTEL, quedando, por tanto, obligada ésta a reintegrar las cantidades detraídas a TELEFÓNICA por el coste de los tránsitos para los servicios de red inteligente anteriores a dicha fecha.

### **TERCERO.- Sobre la confidencialidad solicitada por EUSKALTEL.**

En su escrito de interposición del recurso de reposición, la entidad EUSKALTEL solicita a esta Comisión la declaración de confidencialidad de los documentos anexados a su recurso (comunicaciones comerciales entre TELEFÓNICA y EUSKALTEL sobre el servicio de tránsito a numeración de inteligencia de red) así como de las Actas de Consolidación 14/02, 1/03 y 2/03 que, según la entidad, aportó al expediente RO 2004/262 en el que se aprobó la Resolución de fecha 8 de julio de 2004 ahora recurrida.

A este respecto, la disposición adicional cuarta de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) dispone que *“Las entidades que aporten a alguna Autoridad Nacional de Reglamentación datos o informaciones de cualquier tipo con ocasión del desempeño de sus funciones podrán indicar, de forma justificada, qué parte de lo aportado consideran de trascendencia comercial o industrial, cuya difusión podría perjudicarles, a los efectos de que sea declarada su confidencialidad respecto de cualesquiera personas o entidades que no sean parte de alguna Autoridad*





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*Nacional de Reglamentación. Cada Autoridad decidirá, de forma motivada y a través de resoluciones oportunas, sobre la información que, según la legislación vigente, esté exceptuada del secreto comercial o industrial y sobre la amparada por la confidencialidad”.*

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 46 de la LGTel tendrán la consideración de Autoridad Nacional de Reglamentación, entre otras, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

No obstante la falta de justificación por la entidad EUSKALTEL de la trascendencia comercial o industrial de la documentación aportada, ha de analizarse si efectivamente la difusión de la información contenida en tales documentos podría perjudicar a la entidad por afectar al secreto comercial o industrial.

En lo que se refiere a la confidencialidad de la información respecto de los interesados en el procedimiento, resulta evidente que no procede la declaración de confidencialidad de la misma, ya que ni en el expediente que dio lugar a la Resolución de 8 de julio de 2004 ni en el del recurso de reposición interpuesto existen otros interesados distintos a TELEFÓNICA y EUSKALTEL. Por ello, al tratarse la información aportada de comunicaciones comerciales realizadas entre TELEFÓNICA y EUSKALTEL y de Actas de Consolidación entre ambas, y tener las dos entidades conocimiento del contenido de tal información, siendo las únicas interesadas en el procedimiento, no cabe declarar la confidencialidad de la información solicitada respecto de ninguna de ellas.

En cuanto a la procedencia de la declaración de confidencialidad en relación con los terceros, esto es, cualesquiera otras personas o entidades distintas de los interesados y de las Autoridades Nacionales de Reglamentación, cabe señalar que si bien no existe en el Ordenamiento jurídico español, una norma que regule de forma directa y exhaustiva el llamado secreto comercial o industrial, puede tenerse en cuenta en el presente caso lo dispuesto en la Comunicación de la Comisión Europea de 23 de enero de 1997, relativa a las normas de procedimiento interno para el tratamiento de las solicitudes de acceso al expediente en los supuestos de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE, de los artículos 65 y 66 del Tratado CECA y del Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo, que desarrolla la práctica de la Comisión sobre la información confidencial.

En efecto, la Comisión establece en el punto I.A.1 de la citada Comunicación, que *“constituyen secretos comerciales las informaciones (documentos o partes de documentos) respecto de los cuales una empresa ha reivindicado el mantenimiento del “secreto comercial” y que la Comisión reconoce como tal”*. Asimismo, continua manifestando que *“La no comunicabilidad de estas informaciones tiene por objeto garantizar la protección del legítimo interés de una empresa de que determinadas indicaciones estratégicas sobre sus intereses esenciales y sobre la marcha o el desarrollo de sus negocios no sean conocidos por terceros”*.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De acuerdo con lo anterior, en el presente caso la declaración de confidencialidad habría de venir determinada por la existencia de un interés legítimo de la entidad EUSKALTEL en que determinadas informaciones sobre sus intereses comerciales y la evolución de sus negocios no fueran conocidos por terceros, para lo cual habría de atenderse al carácter que presentan las documentaciones de las que EUSKALTEL solicita la declaración de confidencialidad.

De una parte, en la medida en que las Actas de Consolidación aportadas por EUSKALTEL contienen datos sobre la consolidación y facturación de los importes por tráfico de interconexión entre la red de EUSKALTEL y la de TELEFÓNICA, resulta manifiesto que existe un interés legítimo de dichas entidades en mantener al margen de dicha información a terceros que no tengan la consideración de interesados en el procedimiento.

Por otra, respecto de las comunicaciones electrónicas aportadas por EUSKALTEL en su escrito de interposición del recurso, de su contenido se deriva claramente la conveniencia de mantener a terceros fuera de tal información por cuanto que aquéllas tuvieron lugar en el marco de la negociación de los términos del AGI suscrito entre TELEFÓNICA y EUSKALTEL.

Ha de estimarse, por tanto, la procedencia de la declaración de la confidencialidad solicitada por EUSKALTEL, respecto de terceros, de las Actas de Consolidación 14/02, 1/03 y 2/03 y de las comunicaciones comerciales mantenidas entre TELEFÓNICA y EUSKALTEL que fueron aportadas en el escrito de interposición del recurso.

Por lo demás, y en virtud de todo lo expuesto anteriormente, al no ser errónea la interpretación efectuada por TELEFÓNICA con anterioridad a la Resolución impugnada, y al carecer de fundamento jurídico el argumento de la retroactividad aludido por EUSKALTEL, ha de desestimarse en su totalidad el recurso de reposición interpuesto por EUSKALTEL.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

### RESUELVE

**Primero.-** Inadmitir a trámite el recurso potestativo de reposición interpuesto por TELEFÓNICA contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 8 de julio de 2004, por la que se ponía fin al conflicto de interconexión entre TELEFÓNICA y EUSKATEL, relativo a las relaciones económicas derivadas de la prestación de los servicios de tránsito con destino a numeración de red inteligente, por no haberse fundado en ninguno de los motivos recogidos en los artículos 62 y 63 de la LRJPAC.

**Segundo.-** Desestimar el recurso potestativo de reposición interpuesto por EUSKALTEL contra la citada Resolución.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**Tercero.-** Declarar la confidencialidad de las comunicaciones comerciales entre TELEFÓNICA y EUSKALTEL sobre el servicio de tránsito a numeración de inteligencia de red adjuntadas con el escrito de interposición del recurso de reposición así como de las Actas de Consolidación 14/02, 1/03 y 2/03 que, según la entidad, aportó al expediente RO 2004/262 en el que se aprobó la Resolución de fecha 8 de julio de 2004 recurrida.

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.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que inadmite el recurso de reposición interpuesto por TELEFÓNICA y desestima el recurso potestativo de reposición presentado por EUSKALTEL, no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 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

Alfonso Ramos de Molins Sainz de Baranda

Carlos Bustelo García del Real