



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

CERTIFICA:

Que en la Sesión del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día de de 2000, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

CONTESTACIÓN A LA CONSULTA FORMULADA POR EL COMITÉ DE SEGUIMIENTO DE LA ENTIDAD DE REFERENCIA PARA LA FIRMA DE LA MODIFICACIÓN DEL CONVENIO DE 2 DE JULIO DE 1999 ENTRE LOS OPERADORES Y LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES SOBRE LA ENTIDAD DE REFERENCIA DE PORTABILIDAD.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, la Comisión) mediante Resolución de 6 de mayo de 1999, aprobó la Especificación Técnica aplicable a la Conservación de Números en Redes Telefónicas Públicas fijas, en ejercicio de las competencias que, a tal efecto, le confiere el artículo 23 del Reglamento por el que se desarrolla el Título II de la Ley 11/1998, de 24 de Abril, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), en lo relativo a la interconexión y al acceso a las redes públicas y a la numeración (en adelante, Reglamento de Interconexión) aprobado por Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La Comisión en la Resolución que aprueba dichas Especificaciones, resolvió que los procedimientos administrativos aplicables a la conservación de números están soportados sobre una entidad, denominada Entidad de Referencia (en adelante, ER), *"que intermedia en las interacciones que se establecen entre todos los operadores para poder llevar a cabo todos aquellos procesos asociados a la conservación de números, actuando como controlador de la corrección y sincronismo de las interacciones entre los operadores"*.

SEGUNDO.- Con el fin de proceder al establecimiento de la ER, fue suscrito con fecha 2 de julio de 1999 un Convenio entre la Comisión y una serie de operadores relativo a la ER (en adelante, el Convenio), por el que los operadores firmantes del Convenio encomiendan a la Comisión la contratación por ésta de una entidad (en adelante, Entidad de Gestión Técnica o EGT) para que analice, diseñe, desarrolle, realice las necesarias pruebas, ponga en funcionamiento y gestione el sistema informático y de comunicaciones de la ER.

El Convenio recogía el compromiso de la Comisión y los operadores de la constitución de un Comité de Seguimiento de la Entidad de Referencia (en adelante, CSER) al que le correspondería, en general, la supervisión del funcionamiento de la ER y la elaboración de un Informe Anual que serviría de base para posibles revisiones del Convenio. Las funciones concretas, composición y funcionamiento del CSER se detallaban en el Anexo II del Convenio.

De igual modo, el Convenio recogía una serie de previsiones relativas a los operadores que no hubieran suscrito el Convenio (denominados operadores "no adheridos"), garantizándose, en todo caso, el derecho de acceso a la ER en condiciones de disponibilidad y calidad de servicio no discriminatorias con respecto a los operadores sí adheridos.

TERCERO.- En la reunión del CSER celebrada el día 10 de marzo de 2000 de conformidad con lo previsto en el apartado 1.14 del Anexo II del Convenio, que reconoce la capacidad del CSER de proponer modificaciones al Convenio, se acordó proponer a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la modificación del Convenio, con el fin de eliminar la figura de los operadores "no adheridos".

CUARTO.- Mediante escrito registrado con fecha 3 de mayo de los corrientes, Don Miguel Langle, en su condición de Presidente del CSER ha puesto en conocimiento de esta Comisión la propuesta de modificación del Convenio, acordada en el seno del CSER, en base a ciertos riesgos e inconvenientes que, a su juicio, se derivan de una de las previsiones contenidas en el citado Convenio: la existencia de los denominados "operadores no adheridos".



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tras hacer un breve análisis del régimen al que están sujetos dichos operadores, el escrito del Comité procede a identificar los problemas alegados:

(i) La posibilidad misma de no suscribir el Convenio en cuestión pone en riesgo la propia viabilidad de la conservación de número, pues si todos los operadores adheridos optaran por desvincularse del Convenio, la “Entidad de Referencia” no sería posible ya que su implementación reposa sobre las funciones y compromisos asumidos por los operadores adheridos en dicho documento.

(ii) Mientras los adheridos han de responder por el eventual mal funcionamiento de la ER, los operadores que no suscriban el Convenio no asumen responsabilidad alguna en ese sentido, limitándose a acceder a dicha Entidad.

(iii) La determinación de los costes a abonar por los operadores no adheridos se presenta complicada, dado que a) también ellos deben necesariamente acceder a la ER; b) no pueden obviarse las exigencias derivadas de los principios de no discriminación y defensa de la competencia; c) la ER no está planteada como una fuente de ingresos para los operadores adheridos.

(iv) Los pagos derivados del acceso de los operadores no adheridos a la ER generan una actividad económica con consecuencias en términos de fiscalidad y facturación, y complica asimismo la forma de articular las relaciones económicas entre las dos categorías de operadores que accedan a la ER.

(v) El establecimiento de un conjunto de reglas que disciplinen las relaciones entre los operadores adheridos y los no adheridos, es una labor extremadamente compleja.

QUINTO.- Tras la presentación del escrito del CSER, los servicios de esta Comisión procedieron a analizar la consulta planteada.

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

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.A. DELIMITACIÓN MATERIAL DE LA CONSULTA PLANTEADA POR EL COMITÉ DE SEGUIMIENTO DE LA ER.

Tras la enumeración de los riesgos e inconvenientes que se derivan de la existencia de la figura de los operadores “no adheridos”, el CSER pone de manifiesto en su escrito que dichas previsiones del Convenio introducen la posibilidad de discriminación entre operadores, arriesgan la viabilidad misma de la conservación de número e intensifican la complejidad del sistema.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En razón de todo ello, el escrito remitido a esta Comisión propone la supresión de la figura del operador no adherido, modificando la situación actual de forma que sólo exista una vía para cumplir las obligaciones de portabilidad, esto es, la adhesión al Convenio.

A juicio del CSER dicha modificación:

- no impone cargas innecesarias, puesto que el Convenio contiene la regulación mínima imprescindible para asegurar la necesaria coordinación entre operadores.
- facilita la igualdad de trato entre todos ellos.
- no es contraria a las exigencias de la libre competencia.
- simplifica el régimen de cumplimiento de las obligaciones previstas por el legislador en materia de portabilidad.
- asegura, en última instancia, la viabilidad de la conservación de números.
- no lesiona derechos o intereses legítimos de ningún operador, puesto que hasta la fecha ninguno de los no adheridos al Convenio ha accedido a la ER.

El representante del CSER concluye el escrito de referencia proponiendo la modificación del Convenio en el sentido que recoge el texto anexo al documento principal, esto es, suprimiendo todas las referencias a los operadores no adheridos que se contienen en dicho Convenio, y suprimiendo la cláusula 9 del mismo relativa a la posibilidad de separación unilateral del mismo por parte de los operadores firmantes.

En consecuencia, se solicita de esta Comisión que, tras analizar la propuesta de modificación del Convenio, se acuerde dicha modificación por el órgano competente y se proceda efectivamente a la misma.

II.B. HABILITACIÓN COMPETENCIAL DE ESTA COMISIÓN.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 29.2.a) del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, esta Comisión es competente en:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

"a) Resolver las consultas que puedan formularle los operadores de redes y servicios de telecomunicación y las asociaciones de consumidores y usuarios de estos servicios".

No obstante lo anterior, teniendo en cuenta que el Convenio cuya modificación se solicita por el representante del CSER fue firmado, de una parte, por un conjunto de operadores con derechos y obligaciones de portabilidad, y, de otra, por esta Comisión, corresponde a ésta acordar dicha modificación, una vez la misma ha sido aprobada por el CSER el 10 de marzo de 2000.

Puesto que, tal y como se analiza más adelante, el Convenio está excluido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sujetándose al Derecho privado, corresponde a esta Comisión analizar si la modificación propuesta respeta las normas de Derecho privado vigentes en la materia.

Asimismo, teniendo en cuenta que la propuesta del CSER tiene por objeto la supresión de la figura de los no adheridos del Convenio, y, en consecuencia, la determinación de la firma del mismo como única forma de acceder a la ER, corresponde a esta Comisión analizar si dicha propuesta puede vulnerar las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones, al amparo de lo establecido en los siguientes apartados del artículo 1.Dos de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones¹:

"1.- La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, tendrá 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".

2.- Para el cumplimiento de este objeto, la Comisión ejercerá las siguientes funciones:

c) Velar por la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, equilibrando, en su caso, las situaciones discriminatorias y asignando la numeración a los operadores, para lo que dictará las resoluciones oportunas.

f) Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de ofertas de servicios, el acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores, la interconexión de las redes y suministro de red en condiciones de red abierta y la política de precios y comercialización por los operadores de los servicios".

¹ Modificada por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

II.C. ALTERNATIVAS DE LOS OPERADORES EN LA PORTABILIDAD NUMÉRICA.

Con carácter previo al análisis de la consulta planteada por el CSER relativa a la supresión de la figura de los "no adheridos" al Convenio, procede hacer una referencia a las distintas alternativas para acceder a la ER que poseen actualmente los operadores con obligaciones y derechos en materia de portabilidad, con independencia de su adhesión o no a dicho Convenio, a fin de destacar las ventajas e inconvenientes que plantea cada una de ellas.

La conservación de numeración por cambio de operador requiere de una serie de interacciones entre los operadores, con el fin de intercambiar la información necesaria para completar con éxito la transición de la numeración entre el operador que originalmente prestaba el servicio (operador donante) y el nuevo operador prestador del mismo (operador receptor).

De conformidad con lo establecido en las especificaciones aprobadas por esta Comisión en su Resolución de 6 de mayo de 1999, estas interacciones se encuentran soportadas, sobre una entidad denominada Entidad de Referencia, que intermedia en las interacciones multilaterales que se establecen entre todos los operadores para llevar a cabo todos aquellos procesos asociados a la conservación de números, y actúa también como depositario de información de los números portados constituyendo la Base de Datos de Referencia (BDR).

En consecuencia, tal y como se establece en las especificaciones publicadas por la CMT, todos los operadores de red fija habrán de utilizar, directa o indirectamente, la ER centralizada para portabilidad. No obstante, las alternativas de los operadores a la hora de afrontar la implantación de la portabilidad numérica, son diversas pues se centran en dos aspectos diferenciados no necesariamente vinculados entre sí:

- Adhesión al Convenio
- Conexión a la ER

En efecto, los operadores podrán optar por adherirse o no al Convenio de la ER, así como por conectarse directamente a la ER o soportarse en otro operador conectado que lo haga en su nombre (lo que llamaremos conexión indirecta aunque no exista propiamente conexión física):



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Adhesión al Convenio	Conexión a la Entidad de Referencia	
	Conexión directa ER + Adhesión Convenio	Conexión indirecta ER + Adhesión Convenio
	Conexión directa ER + No Adhesión Convenio	Conexión indirecta ER + No Adhesión Convenio

Por lo tanto, existen cuatro posibilidades distintas que un operador podría, en principio, adoptar a la hora de decidir su estrategia para la implantación de la conservación de numeración:

- **Conexión directa a la ER y adhesión al Convenio**

Esta opción es la que plantea menos problemas, tanto legales como económicos, puesto que el operador al firmar el Convenio se ha comprometido frente al resto de operadores firmantes a la financiación en la parte que le corresponda de los costes de establecimiento, operación, mantenimiento y futuras ampliaciones de la ER.

- **Conexión indirecta a la ER y adhesión al Convenio**

Esta opción sería elegida por aquellos operadores que, si bien se comprometen a la financiación de la ER, han optado por apoyarse en los sistemas de otro operador a la hora de su interacción con la ER, por razones técnicas y/o económicas. Se trata de aquellos operadores para los cuales la portabilidad no constituye una estrategia comercial prioritaria o su tamaño, ámbito de operación y grado de desarrollo aconsejan diferir la inversión en los sistemas de gestión e interfaz con la ER hasta un momento posterior. Sin embargo, su presencia en el CSER les permite adoptar un papel activo en la toma de decisiones relativas a la ER.

- **Conexión directa a la ER y no adhesión al Convenio**

Esta opción constituye el supuesto que plantea más problemas a la hora de su realización práctica. La relación jurídica debería establecerse entre el operador que quisiera conectarse a la ER y la propia ER.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Puesto que la ER constituye una propiedad mancomunada de todos los operadores adheridos al Convenio, el operador no adherido debería establecer una relación jurídica con todos y cada uno de los operadores adheridos.

En este sentido, este supuesto plantea todos los problemas a los que hace referencia el escrito del CSER: falta de determinación de unas reglas que arbitren las relaciones con los operadores adheridos, fijación de los costes, facturación, responsabilidad exclusiva de los operadores adheridos y riesgo de separación de los operadores adheridos.

Este supuesto es el contemplado expresamente en el Convenio en los apartados relativos a los no adheridos, respecto de los cuales el CSER ha propuesto su supresión o modificación a fin de evitar los riesgos a los que alude en su escrito.

- **Conexión indirecta a la ER y no adhesión al Convenio**

En este supuesto, los operadores no adheridos podrían acceder a la ER de forma indirecta, esto es, apoyándose en los sistemas de un operador adherido a la hora de su interacción con la ER.

En este caso, la relación entre un operador no adherido y otro adherido que proporciona al primero una conexión indirecta es esencialmente bilateral, ya que el operador no adherido se conectaría a la ER soportándose en el adherido, fijándose únicamente unas reglas que regulen las relaciones entre ambos.

Esta opción podría llevarse a cabo aún cuando no se contempla expresamente en el Convenio, de acuerdo con el principio de libertad de pactos que rige nuestro ordenamiento jurídico. Además, este supuesto, tal y como se analizará más adelante, resuelve algunos de los problemas apuntados por el CSER en su escrito. No obstante, sería conveniente que se modificara el Convenio a fin de concretar unas reglas mínimas para su utilización por todos los operadores no adheridos que lo estiman conveniente.

La consulta del CSER, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, hace referencia a la supresión total de la figura de los no adheridos, sin especificar si se trata de los que acceden directa o indirectamente, aun cuando de su escrito parece deducirse que únicamente cabe la figura del no adherido que accede directamente a la ER. En consecuencia, en los epígrafes siguiente será objeto de análisis dicha consulta a fin de determinar si la misma se ajusta a la normativa vigente, esto es si cabe excluir con carácter general la figura de los no adheridos, o si ha de mantenerse, al menos, alguna de las categorías analizadas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

II.D. ANÁLISIS DE LA EXCLUSIÓN DE LA FIGURA DE LOS NO ADHERIDOS AL CONVENIO PROPUESTA POR EL CSER.

Una vez analizada la situación actual relativa a las distintas alternativas de los operadores para el acceso a la ER, a continuación se procede a analizar la propuesta del CSER relativa a la supresión genérica de los no adheridos, tanto desde el punto de vista del mantenimiento de las condiciones de competencia efectiva, como desde el punto de vista estrictamente jurídico. Por último, se señalarán las conclusiones alcanzadas por esta Comisión tras dichos análisis.

1.- DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LAS CONDICIONES DE COMPETENCIA EFECTIVA.

La regulación contenida en las disposiciones sobre portabilidad numérica tiene carácter de mínimos: se limita a fijar los elementos estrictamente necesarios para asegurar la conservación del número del abonado respecto de determinados operadores de servicios de telecomunicación. Así pues y básicamente, el legislador interviene respecto a los fines, dejando libertad a los actores implicados en cuanto a los cauces para, respetando un escueto pero suficiente catálogo de previsiones de carácter general, alcanzar el resultado previsto.

En este contexto, la Resolución de la CMT por la que se aprueban las especificaciones técnicas de referencia, adoptada con fecha 6 de mayo de 1999, dispone el establecimiento y operatividad de la denominada “Entidad de Referencia” (ER), configurada como un elemento que intermedia en las interacciones que se establecen entre todos los operadores para llevar a cabo todos aquellos procesos asociados a la conservación de números, actuando como controlador de la corrección y sincronismo de las interacciones entre los operadores.

Asimismo, la Resolución citada dispone que la implementación de la solución técnica que asegura la efectiva viabilidad de la conservación de número presenta, junto con una “solución de red”, una “solución administrativa” que posibilita la consulta y gestión de los números portados.

A la luz de lo dispuesto por esta Comisión, los procedimientos de la ER resultarían ser parte inseparable y necesaria para el soporte, por todos los operadores, del servicio de portabilidad:

“Para cada llamada, una red que actúe como red origen en el ámbito de la portabilidad tendrá que reconocer si el número llamado es portado o no y, por tanto, acceder a sus bases de datos internas donde estarán almacenados de alguna forma el conjunto de números portados de todas las redes fijas. Estas



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

bases de datos son funcionalmente una réplica informativa de la base de datos central (BDR) de la Entidad de Referencia (ER) siendo esta ER quien actualiza continuamente tales bases de datos internas a los operadores mediante los mensajes de los procedimientos administrativos y la propia BDR".

Estas consideraciones, entre otras también recogidas en la Resolución de constante referencia, permiten concluir que la ER se revela como un instrumento esencial a la hora de asegurar la efectiva prestación del servicio de portabilidad por parte de los operadores obligados a ello. Igualmente, la conservación de número resulta ser una herramienta sumamente significativa para sentar las bases que aseguren la necesaria y deseable competencia efectiva en el mercado de servicios de telefonía prestados a través de redes telefónicas públicas fijas.

Efectivamente, la portabilidad juega con el factor "comodidad". Facilita al cliente disfrutar de una de las bondades inherentes a toda apertura de mercados, la pluralidad de proveedores y, por tanto, de los restantes beneficios que de ello derivan: calidad, innovación y precio del servicio. Asimismo, es un elemento fundamental en la estrategia competitiva de los nuevos entrantes, al simplificar el acceso del operador al usuario final bien para su captación, bien para su fidelización. La ausencia de una efectiva conservación numérica constituiría una importante barrera a la entrada o al posicionamiento de los recién llegados al mercado.

En el escenario así descrito, el adecuado acceso de los operadores con obligaciones de portabilidad a la ER resultaría fundamental para garantizar la prestación del servicio de conservación de número y, en última instancia, para promover las condiciones que posibiliten una competencia efectiva en el mercado señalado. Una denegación de acceso o una medida de efecto equivalente (fijación de condiciones desfavorables) erigiría obstáculos como los antes apuntados.

A la luz de todas estas consideraciones podría estimarse que, en principio y en el bien entendido de que las condiciones mínimas previstas por el legislador son respetadas, el modo de garantizarse la portabilidad (y por tanto, entre otras cuestiones, la existencia de dos categorías de operadores, adheridos y no adheridos) no resultaría relevante en términos de competencia efectiva siempre y cuando se garantice que:

- a) todos los agentes con obligaciones de conservación numérica acceden a la ER.
- b) lo hacen en condiciones objetivas, transparentes, proporcionales y no discriminatorias.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el caso concreto que nos ocupa, la esencia de los problemas e inconvenientes alegados por el CSER relativos a la existencia de la figura de los operadores no adheridos, radicaría en el, a su juicio, desequilibrio de las obligaciones y derechos asumidos por ambas categorías de operadores. En esta tesitura cabe preguntarse, ¿propicia el actual estatus jurídico de adheridos y no adheridos un trato discriminatorio hacia los primeros, colocando a los segundos en una situación de ventaja competitiva?, ¿Podría pues entenderse que la actual redacción del Convenio no incentivaría (al menos no suficientemente) el establecimiento de las bases adecuadas para promover la deseable competencia efectiva respecto a los servicios de telefonía fija disponible al público?.

Viene siendo reiteradamente aceptado que la discriminación hace referencia a aquellas situaciones en las que se aplican condiciones distintas a supuestos equivalentes, o bien se tratan de igual modo casos no comparables. Quiebran pues los principios de equidad y proporcionalidad.

En el asunto que nos ocupa, como reconoce el propio escrito del CSER, no puede considerarse que, en las actuales condiciones de mercado, las obligaciones asumidas por los firmantes del Convenio sean en sí mismas inadecuadas o excesivas: constituyen una exigencia razonable de cara a garantizar la efectiva viabilidad de la ER. No obstante, cabría analizar si lo son por comparación a los compromisos que asumen quienes no suscriben el Convenio. En ese sentido podría estimarse que el conjunto de derechos y obligaciones previsto para cada una de las respectivas figuras estaría suficientemente equilibrado. Efectivamente, si bien es cierto que sobre los operadores adheridos recaen ciertas obligaciones no asumidas por los que no ostentan esa condición, no lo es menos que son esas mismas obligaciones las que otorgan a sus destinatarios un peso proporcional en el proceso de toma de decisiones de a ER y del que carecen los operadores que no suscriban el Convenio.

A su vez, estos últimos no están sujetos a los mismos compromisos que vinculan a los adheridos, pero tampoco tienen, como contrapartida, poder decisorio alguno en el sentido antes apuntado. En consecuencia, no podría estimarse que, por el hecho de estar sujetos a las mismas obligaciones de portabilidad, todos los operadores se encuentren en la misma situación. A esa igualdad de facto se superpone una diferenciación de iure que deriva de los distintos derechos de que disfruta cada categoría de operadores.

En suma, no debería entenderse que el actual estatus jurídico de los operadores adheridos implique un tratamiento discriminatorio para ellos respecto de los no firmantes, ni que estos se encuentren en una situación de ventaja competitiva. Ateniéndonos a la redacción del Convenio, la existencia de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

una doble tipología de operadores no implicaría respecto de algunos de ellos la erección de barreras de entrada anticompetitivas. Las condiciones de acceso a la ER actualmente vigentes resultarían ser objetivas, transparentes, proporcionales y no discriminatorias.

Llegados a este punto ha de insistirse en el hecho de que, con la salvedad de las condiciones mínimas previstas por la LGTel, el Reglamento de Interconexión y la Resolución de la CMT de 6 de mayo de 1999, las disposiciones del legislador obligan en cuanto al fin, no en cuanto a los medios. En consecuencia, los operadores deberían poder optar por la alternativa que, garantizando la conservación numérica en las condiciones mínimas previstas por el legislador, responda más adecuadamente a la legítima defensa de sus intereses comerciales en el marco de una ineludible libertad de empresa y de mercado, principios estos que inspiran, entre otros, el libre juego competitivo.

Por tanto, y dado que la situación actual (adheridos - no adheridos) no parece censurable en términos de competencia efectiva y barreras de entrada, resultaría injustificadamente restrictiva una modificación del Convenio que, con carácter general, imponga la firma del mismo mediante la supresión categórica de la figura de los operadores no adheridos.

2.- DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO.

Para analizar esta cuestión, partiendo de la calificación del Convenio de 2 de junio de 1999 como un convenio de colaboración, es necesario, con carácter previo, hacer una breve referencia al régimen jurídico aplicable al mismo.

De conformidad con el artículo 3.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas² este convenio queda fuera del ámbito de aplicación de dicha Ley ya que su objeto no entra dentro de los contratos regulados por la misma o en normas administrativas especiales.

El apartado 2º del propio artículo 3 de la Ley 13/1995 dispone que:

“Los supuestos contemplados en el apartado anterior se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.”

De acuerdo con todo lo anterior, con carácter general, y en particular para el caso que nos ocupa, los convenios de colaboración suscritos entre la Administración Pública y los particulares se regirán por las normas que a continuación se mencionan:

² Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- a) Por sus normas especiales. (Que a diferencia de lo que ocurre en otros sectores no existen en este supuesto).
- b) Por los principios de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, sobre Contratos de las Administraciones Públicas, para resolver las dudas y lagunas que pudieran plantearse.
- c) Finalmente, y en cuanto al fondo del convenio, por las normas de Derecho Privado³.

Una vez definido el régimen jurídico aplicable con carácter general a los convenios de colaboración y en particular al Convenio de 2 de julio de 1999 entre la CMT y los Operadores, concluyendo que se regirá en cuanto al fondo por las normas de Derecho Privado, se hace necesario abordar desde la perspectiva de viabilidad jurídica la consulta planteada por el CSER relativa a la eventual exclusión, con carácter general, de la figura de los operadores no adheridos al Convenio. Esto es, se plantea por el CSER la posibilidad de que, excluida esta figura de los no adheridos, la única vía de acceder a la ER sea la firma o adhesión al Convenio.

Para enfocar adecuadamente la cuestión planteada, se ha de partir necesariamente del principio de la libertad de pactos, consagrado en el artículo 1255 del Código Civil (en adelante CC) en virtud del cual: *“Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público”*.

Teniendo en cuenta el artículo mencionado, parecería lógico que las partes firmantes del Convenio pudieran, mediante concurrencia de voluntades, modificar el Convenio suprimiendo las referencias a los operadores no adheridos contenidas en el mismo, tal y como se establece en el anexo al escrito del CSER que contiene la propuesta de modificación del Convenio.

Sin embargo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1255 citado, esta autonomía de la voluntad encuentra una triple limitación: las normas contenidas en las diferentes disposiciones legales, la moral o el orden público⁴.

³ En este sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo (STS de 9 de julio de 1981, Arz, RJ 1981\3032).

⁴ Entendido como conjunto de principios públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada (STS de 4 de mayo de 1956).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La modificación propuesta por el CSER no afecta ni a la moral ni al orden público, puesto que no se refiere ni a cuestiones morales, ni a principios genéricamente obligatorios para la conservación del orden social. Por ello, a continuación se analiza si dicha modificación, supone una vulneración de las leyes vigentes. En este sentido, la supresión genérica de la figura de los no adheridos, podría vulnerar las siguientes disposiciones legales:

1º. Posible vulneración del artículo 1255 del Código Civil:

El artículo 1255 consagra, tal y como se ha señalado anteriormente, el principio de la libertad de pactos, como un principio básico en materia de contratación, entendido no únicamente como posibilidad de incluir en un contrato los pactos que se establezcan voluntariamente por las partes, sino también como el reflejo de la libertad de dichas partes de suscribir o no un determinado contrato.

La modificación del Convenio suprimiendo la figura de los no adheridos colisiona frontalmente con la finalidad normativa prevista en el propio artículo 1255 CC ya que, con dicha modificación, la única opción posible para todos aquellos operadores ajenos al Convenio, de utilizar la ER y de cumplir por tanto con la obligación que legalmente les ha sido impuesta (garantizar la conservación de los números asignados a sus abonados cuando, sin cambiar su ubicación física, decidan cambiar de operador), es la firma o adhesión al tan reiterado Convenio.

Por ello, la firma de un pacto o convenio (o la modificación del mismo como se solicita en el presente caso) de tal manera que se imponga a los no adheridos la obligación de firmarlo para cumplir una obligación legal, atentaría contra la autonomía de la voluntad de aquéllos para concluir las relaciones negociales que tengan por conveniente, consagrada en el artículo 1255 CC.

2º. Posible vulneración del artículo 1257.1 del Código Civil:

El párrafo 1º del artículo 1257CC señala que: *“Los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos; [...]”*.

En el caso que nos ocupa, la introducción de la modificación propuesta por el CSER podría vulnerar lo establecido en el artículo citado, teniendo en cuenta las circunstancias y el objeto del propio convenio analizado.

En efecto, de acuerdo con las normas vigentes en materia de portabilidad numérica y con la Resolución de esta Comisión de 6 de mayo de 1999, cabe concluir que es la firma del Convenio la que posibilita la implementación de la denominada ER, Entidad que, por otra parte, es de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

uso obligatorio para todos los operadores ya que nace de la obligación impuesta a todos los operadores por Ley (artículo 33 LGTel) de garantizar la portabilidad de los números asignados a sus respectivos abonados.

Teniendo esto en cuenta, la supresión de la figura de los no adheridos al Convenio determinaría la imposibilidad de aquellos operadores que hasta la fecha no han suscrito el mismo, de utilizar la ER y, por tanto, de cumplir la obligación que tienen impuesta por ley. La única alternativa que, de esta manera se les ofrecería, sería la propia adhesión al Convenio.

Esta última cuestión sería la que colisionaría con lo señalado en el artículo 1257.1CC antes comentado y en virtud del cual los contratos o pactos sólo producen efectos entre las partes que los suscriben y sus herederos. Así, el hecho de suprimir la figura de los no adheridos sería tanto como imponerles la adhesión al tan reiterado Convenio ya que, de otra forma, no podrían cumplir la legislación vigente en materia de portabilidad lo que les llevaría a soportar la sanción derivada de tal incumplimiento.

Parece, por tanto, que la supresión de la figura de los no adheridos como manifestación del principio de libertad contractual encuentra un serio obstáculo en la legalidad vigente, ya que como se dijo con anterioridad, los pactos o contratos no pueden ser contrarios a las leyes, a la moral o al orden público. Y, si mediante este acuerdo de modificación del Convenio, se impone a los no adheridos la aplicación del mismo (adhesión al mismo) no se estaría cumpliendo con el principio de eficacia relativa de los contratos, es decir su eficacia interpartes no extensible a terceros ajenos a los mismos, consagrada en el artículo 1257.1CC.

De acuerdo con todo lo expuesto anteriormente, se debe concluir afirmando la inviabilidad jurídica de la supresión con carácter general de la figura de los no adheridos al Convenio suscrito entre la CMT y los Operadores de fecha 2 de julio de 1999, por vulneración del principio de libertad contractual consagrado en el artículo 1255 del CC.

3.- PROPUESTA DE ALTERNATIVAS:

Tras los análisis realizados desde el punto de vista jurídico y del respeto a las condiciones de competencia efectiva, ha de concluirse que no cabría la supresión con carácter general de la figura de los operadores no adheridos al Convenio de la ER.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, ha de señalarse que el acceso directo a la ER por parte de quienes no suscriban el Convenio impondría a los firmantes, en tanto que titulares de los activos que integran dicha Entidad, unas cargas adicionales en materia de facturación y fiscalidad que los operadores adheridos preferirían, lógicamente, obviar, puesto que complicarían el papel que han de desempeñar en lo que a operatividad de la ER se refiere.

Se entiende que sería posible dar cabida a una fórmula alternativa a la supresión total de los no adheridos (propuesta del CSER), que simultáneamente a) siga garantizando la libertad de suscribir o no el Convenio; b) no coloque en situación de desventaja competitiva a los operadores que decidan no adherirse al mismo; c) libere a los firmantes de las obligaciones antes señaladas.

En este sentido, se trataría de suprimir el acceso directo a la ER de los no adheridos al Convenio, entendiendo que esta situación provoca una serie de problemas (facturación, fiscalidad de los ingresos, fijación de costes) que quedarían solventados manteniendo la posibilidad de que los operadores no adheridos accedieran de forma indirecta a la ER.

Más concretamente, los operadores sujetos a obligaciones de portabilidad seguirían disponiendo de ciertas alternativas actualmente vigentes:

A. Firma del Convenio y acceso directo a la ER.

B. Firma del Convenio y acceso indirecto a la ER (subcontratación del servicio de portabilidad con otro operador).

C. No adhesión al Convenio y acceso a la ER indirectamente, esto es, a través de un tercero que le prestaría el servicio de portabilidad.

Tanto al amparo del Convenio como en los supuestos de no adhesión, la subcontratación de la conservación numérica, esto es, lo que se ha venido denominando como "acceso indirecto a la ER", se llevaría a cabo en el marco de un contrato de derecho privado entre las partes, quedando a la libertad de pactos de éstas la fijación de las condiciones (económicas y de todo tipo) que los interesados estimen oportunas. Sin perjuicio de ello, el contenido de lo pactado debería garantizar la portabilidad exigida por el legislador conforme a lo previsto en la LGTel, Reglamento de Interconexión y especificaciones técnicas en vigor. Asimismo, se hace especial hincapié en la necesidad de que el acuerdo suscrito garantice los principios de objetividad, transparencia, proporcionalidad y no discriminación en el acceso a la ER.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En consecuencia, teniendo en cuenta las posibilidades de acceder al uso de la ER de forma indirecta (mediante los servicios de un operador adherido que actuaría como intermediario) no se haría necesario excluir la figura de los operadores no adheridos con carácter general sino tan sólo aquellas referencias a los mismos que les habilitan a realizar un uso directo de la citada ER.

La admisión de esta alternativa, vendría a solucionar algunos de los problemas alegados por el CSER en su escrito de consulta.

En efecto, manteniéndose la posibilidad de que un operador ajeno al Convenio pueda optar por firmar el mismo o acceder a la ER de forma indirecta, se solventarían los problemas alegados por el CSER relativos a la facturación de los servicios por los operadores adheridos, las consecuencias fiscales derivadas de esta facturación, la previa determinación de los costes a pagar por los operadores no adheridos y la fijación de unas reglas que regulasen las relaciones entre ambas categorías de operadores.

Así, habida cuenta que el acceso indirecto a la ER por parte de un operador no adherido (o de un adherido, tal y como se analizó anteriormente) se fundamenta en una relación bilateral entre éste y el operador adherido a través del cual se interconecta a la ER, no se producirán problemas de facturación ni de fiscalidad pues es el operador adherido el que deberá facturar al operador no adherido y el que deberá declarar el ingreso obtenido. Por otro lado, de acuerdo con el principio de libertad contractual, estos dos operadores fijarán las reglas que rijan sus relaciones de forma voluntaria y libre.

En cuanto a los costes a abonar por el operador que contrate la prestación del servicio, si bien en principio también podrían fijarse libremente por las partes, ha de señalarse que los mismos, así como los correspondientes mecanismos de pago, constituyen elementos de particular importancia que deberían ajustarse a los principios de transparencia y no discriminación, a fin de evitar que el cumplimiento de las obligaciones de portabilidad tenga lugar en condiciones anticompetitivas.

En este sentido, se considera adecuada la propuesta del CSER relativa a la supresión del número 20 del apartado primero del Anexo II, que establece que la fijación de los costes a abonar por los no adheridos corresponderá al Comité de Seguimiento. En efecto, de acuerdo con la alternativa planteada, la fijación de estos costes corresponderá fijarlos a ambas partes de forma libre aunque sujetos a los principios de libre transparencia y no discriminación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

No obstante lo anterior, el mantenimiento de los operadores no adheridos con acceso indirecto a la ER en ningún caso podría obviar el problema alegado por el CSER relativo a la responsabilidad de los operadores adheridos por el mal funcionamiento de la ER.

En efecto, dicha responsabilidad es inherente a su derecho de propiedad sobre la ER, por lo que tendrán que asumir la responsabilidad que derive de su funcionamiento, sin perjuicio de lo que puedan repercutir a la Entidad de Gestión Técnica de la ER por su utilización.

Asimismo, no se podría eliminar el derecho de los firmantes del Convenio a separarse del mismo, tal y como reclama el CSER en su escrito, solicitando la supresión de la cláusula 9 del Convenio. En concreto, el CSER solicita que se suprima la posibilidad de que cualquier operador adherido abandone el Convenio, con el fin de suprimir la figura de los no adheridos al mismo.

Sin perjuicio de que esta supresión sería incompatible con la alternativa que se está analizando (esto es, mantenimiento de los no adheridos mediante acceso indirecto a la ER), ha de señalarse que esta propuesta de supresión de la cláusula 9 del Convenio vulnera también el principio consagrado por nuestra Jurisprudencia de evitar vinculaciones contractuales de carácter perpetuo o indefinido⁵. En este sentido, se señala por nuestra Jurisprudencia que aún cuando no figuren en un determinado contrato cláusulas de desistimiento unilateral y se trate de contratos de larga duración, ha de entenderse que cualquiera de las partes podrá separarse del mismo a fin de evitar verse vinculados de forma perpetua.

Por ello, aún cuando se admitiera por esta Comisión la supresión de dicha cláusula, siempre existiría la posibilidad de que cualquiera de los operadores se separara del Convenio, pudiendo acceder a la ER por vía indirecta, a través de otro operador.

Tras las consideraciones anteriores y respecto de la propuesta de modificación del Convenio presentada por el CSER, a juicio de esta Comisión, debería procederse a elaborar una nueva propuesta de modificación del mismo que tuviera por objeto, por un lado, suprimir la figura de los operadores no adheridos con acceso directo a la ER, y, por otro, mantener la posibilidad de

⁵ STS de 11 de abril de 1996 y en términos similares STS de 21 de noviembre de 1987.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que dichos operadores no adheridos puedan acceder a la ER, a través de la intermediación de un operador adherido.

Esta propuesta resultaría ser la más idónea a los efectos de equilibrar, en la medida de lo posible los diversos intereses que convergen a la hora de garantizar la preceptiva conservación de número. En el caso de que se acordara esta propuesta por el CSER:

- (i). Se garantizaría suficientemente la libertad de pactos de los operadores, de empresa y de mercado, así como la legítima defensa de sus intereses comerciales.
- (ii). Puesto que el conjunto de obligaciones previstas por el Convenio no resultaría desproporcionado ni discriminatorio, no se colocaría en una situación de desventaja competitiva a quienes decidan acceder directamente a la ER.
- (iii). Se aseguraría suficientemente la objetividad, transparencia, proporcionalidad y no discriminación en las condiciones de acceso a la citada Entidad.
- (ii). No se sobrecargaría a los operadores firmantes con obligaciones que, sin implicar aportación alguna en términos de competencia efectiva, no resultarían esenciales de cara a la operatividad de la ER.

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.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

José M^a Vázquez Quintana

José Giménez Cervantes