



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

DON JOSE GIMENEZ 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 1 de febrero de 2001, se ha adoptado el siguiente

### **ACUERDO**

Por el que se aprueba la:

**RESOLUCION POR LA QUE SE RESUELVE EL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. UNIPERSONAL CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 2 DE NOVIEMBRE DE 2000 SOBRE EL CONFLICTO DE INTERCONEXIÓN ENTRE BT TELECOMUNICACIONES, S.A. Y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. SOBRE PRECIOS DE TERMINACIÓN EN CASO DE BONONET**

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal (en adelante, Telefónica) contra el Acuerdo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 2 de noviembre de 2000 por el que se aprueba la Resolución sobre el conflicto de interconexión entre BT Telecomunicaciones, S.A.U. (en adelante, BTTel) y Telefónica sobre precios de terminación en caso de Bononet (Expte. ME 2000/2521), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 05/01 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 1 de febrero de 2001, recaída en el expediente AJ 2000/3730

### **HECHOS**

**PRIMERO.-** El procedimiento ME2000/2521, iniciado con fecha 19 de abril de 2000 en virtud de solicitud presentada por la representación legal de BTTel de que se tuviese por planteado conflicto de interconexión relativo a determinados aspectos de sus relaciones con Telefónica, fue concluido mediante Resolución del Consejo de esta Comisión, de fecha 2 de noviembre de 2000, por la que se acordó:



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

***"Primero.** Rechazar la solicitud de BTTEL de considerar ilícita la propuesta de Telefónica, en tanto que no se ha impuesto, sino que a falta de acuerdo su efectividad se ha condicionado a la decisión que al respecto adoptara la CMT.*

***Segundo.** Los servicios de interconexión de los operadores no dominantes se facilitaran en condiciones no discriminatorias, transparentes, proporcionales y basadas en criterios objetivos por lo que **los precios de venta al público de servicios que a su vez utilizan servicios de interconexión de operadores no dominantes, no constituyen un elemento a tener en cuenta para determinar los precios de interconexión de estos últimos.** Que sin embargo sí es objetivo el mayor o menor uso de elementos que a la hora de prestar un servicio de interconexión se pueda hacer, y que por lo tanto puede ser proporcional que por un servicio que cuesta menos, el que lo presta cobre menos. En el caso que nos ocupa, la parte proponente no aporta los elementos necesarios para concretar los precios de acuerdo con la teoría que conforme a los principios de proporcionalidad y objetividad antes citados, acepta en principio esta Comisión.*

***Tercero.** Establecer como precio de interconexión para terminación en la red de BTTEL, para las llamadas de referencia, el precio que se establece en el AGI de 10 de mayo de 1999."*

**SEGUNDO.-** La mencionada Resolución fue notificada a Telefónica el día 6 de noviembre de 2000 con la indicación de los medios de impugnación que contra la misma cabía interponer.

Haciendo uso de su derecho de impugnación en vía administrativa de la Resolución, Telefónica formuló, en tiempo y forma, recurso potestativo de reposición contra la misma *"determinando que los precios a abonar son los que se pactaron en el addendum de 9.03.2000"*, mediante escrito presentado ante esta Comisión el 5 de diciembre de 2000, en el que igualmente se solicitó la suspensión de la ejecución del acto impugnado, cuestión esta que fue resuelta por Acuerdo de esta Comisión de 28 de diciembre de 2000.

**TERCERO.-** En uso de su derecho, BT Telecomunicaciones presentó alegaciones en el plazo ampliado que conforme a la legislación vigente le fue concedido, mediante escrito presentado ante esta Comisión el 17 de enero de 2001.

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



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### A. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

##### **Primero.- Admisión a trámite.**

El recurso ha sido interpuesto cumpliendo con todos los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC.

Asimismo, se ha interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117 de la misma Ley, dado que el acuerdo recurrido fue notificado a la recurrente el 6 de noviembre de 2000. Teniendo en cuenta lo anterior, procede admitir a trámite el recurso interpuesto.

##### **Segundo.- 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. Este recurso deberá ser resuelto y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, según lo establecido en el artículo 117.2 de la misma Ley.

#### B. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

##### **Primero.- Sobre la existencia y fecha de un acuerdo entre las partes en relación con la cuestión objeto del conflicto resuelto por la Resolución recurrida.**

El primer motivo de impugnación en que se fundamenta el recurso interpuesto se refiere a que, según la recurrente, *"existía un acuerdo entre las partes en cuanto a los precios a pagar por Telefónica de España a BTTel por el servicio de terminación en la red de BTTel para las llamadas Bononet"*.

Según la recurrente, la fecha de dicho Addendum sería el 9 de marzo de 2000, adjuntando copia del citado escrito como Documento nº 1 anexo a su escrito de recurso, en la que consta dicha fecha. Debe citarse que dicho documento fue ya aportado por Telefónica como anexo a sus escrito de alegaciones de 27 de septiembre de 2000 en el expediente 2000/2521.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por su parte, BTTel, en su escrito de alegaciones, no niega la existencia de dicho Addendum, pero declara que el mismo fue firmado en fecha posterior al 19 de abril de 2000, momento de la interposición de su conflicto con Telefónica, y alega a este respecto que el momento de presentación del Addendum ante esta Comisión, en virtud de lo previsto en el artículo 2.7 del Reglamento de Interconexión, fue el 1 de junio de 2000. Alega asimismo que el citado precepto establece un plazo de diez días para la presentación de los acuerdos de interconexión ante la Comisión, lo que a su juicio implica que dicho Addendum fue firmado necesariamente con posterioridad al 19 de abril.

Para resolver la duda sobre el documento en cuestión, y dado que se trata de un documento privado de carácter contractual, la fecha del mismo, así como todos los demás elementos que en él figuran, vinculan a las partes (artículo 1225 del Código Civil), por lo que su fecha, no habiendo terceros a quienes pudiera afectar (en cuyo caso sería de aplicación el artículo 1227 del Código civil) ha de tenerse por cierta.

No es admisible la alegación de BTTel respecto al supuesto cumplimiento del plazo de diez días, puesto que se trata de una cuestión fáctica que no ha sido acreditada, y si bien existe legalmente una presunción de que no se ha infringido el ordenamiento, la misma tiene su ámbito de aplicación en el marco del derecho sancionador, y no en el de un procedimiento como el presente.

Por todo lo cual, se estima como cierta, a los efectos del presente expediente, la fecha del Addendum citado como de "9 de marzo de 2000".

### **Segundo.- Sobre el contenido y efectos del denominado "Addendum de 9 de marzo de 2000" en relación con la cuestión objeto del conflicto resuelto por la Resolución recurrida.**

El segundo motivo de impugnación en que se fundamenta el recurso interpuesto se refiere a que, según la recurrente, el citado Addendum resolvía con claridad la cuestión considerada conflictiva por BTTel, por lo cual no habría lugar al planteamiento del conflicto.

En concreto, Telefónica manifiesta su desacuerdo con lo que se expresa en el último párrafo del Fundamento de Derecho primero de la Resolución recurrida (página 6), en el que se establecía lo siguiente:

*"El hecho de que el 9 de marzo se firmara el nuevo addendum no implica que la modificación no siga condicionada a la decisión de la CMT, puesto que el nuevo acuerdo expresamente se declara por las partes continuación del anterior, como ya se indicó, y sigue vigente la cláusula considerada. Por lo*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*tanto, la voluntad de bajada de determinados precios de interconexión solicitada por Telefónica y no aceptada por BTTEL constituye un conflicto que justifica la intervención de esta Comisión."*

A juicio de la recurrente la expresión "*es continuación del anterior*", que vincula el Addendum con los documentos contractuales precedentes sobre la misma cuestión, no supone más que una referencia a que existen acuerdos precedentes que serían modificados por el nuevo pacto entre las partes, no quedando vigente la cláusula de sumisión a la decisión de esta Comisión que se establecía en el Addendum de 22 de julio. En concreto, ha de recordarse que el punto III de este último Addendum, que incluía la citada cláusula de "sumisión" del citado Acuerdo tenía el siguiente tenor literal:

*"III. Servicio de terminación de llamadas a proveedores de servicios de información con numeración de la red de BT y Telefónica.*

*Como consecuencia de los descuentos al cliente final incluidos en la Orden de 11 de febrero de 1999 del Ministerio de Fomento sobre 'un criterio general y el programa de descuentos para las tarifas de acceso a Internet a través de la red telefónica fija de Telefónica Sociedad Anónima', las partes acuerdan establecer un menor precio en el servicio de terminación en la red de BT para este tipo de llamadas respecto al precio que figura en el Acuerdo General de Interconexión basado en la repercusión de la totalidad del descuento que se aplica al usuario llamante.*

*Las partes acordarán en el plazo de un mes desde la firma de esta Addendum el método de aplicación de dicha reducción.*

*No obstante, lo anterior queda condicionado y sujeto al resultado de la consulta que BT realizará a la CMT sobre este servicio, una vez tal resolución sea vinculante para ambas partes".*

Ante la inexistencia de una interpretación concorde de las partes sobre si el "Addendum de 9 de marzo de 2000" deroga o no lo dispuesto sobre la sumisión de la cuestión a esta Comisión en el Addendum de 22 de julio de 1999, esta Comisión, en uso de las competencias que le otorga el artículo 25 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), interpretó que, tomados en consideración ambos textos y el Acuerdo General de Interconexión del que derivan, ha de considerarse vigente la cláusula de sumisión contenida en el Addendum de 22 de julio. A los argumentos expuestos en la Resolución citada, que se asumen íntegramente, ha añadirse que la referencia de dicha cláusula a una "consulta" no puede tomarse en sentido literal, sino que habría en todo caso interpretarse junto a que lo indicado sobre que "*una vez tal resolución [resultante de la consulta] sea vinculante para ambas partes*".



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Puesto que una consulta unilateral de BT no podría en ningún caso ser vinculante de por sí para ambas partes, ha de interpretarse que dicha cláusula hace referencia a lo que, si bien en la forma es una "consulta" sobre una cuestión dudosa, en el fondo implica la existencia de un conflicto de interconexión en aplicación del artículo 25 de la LGTel, para que la resolución llegase a ser vinculante para BTTel y Telefónica.

Por tanto, carece de sentido la alegación de Telefónica de que BTTel no hizo la consulta acordada y en su lugar planteó el conflicto. Y ha de ratificarse que el acuerdo contenido en el "Addendum de 9 de marzo de 2000", cualquiera que fuese su fecha real, no excluía la posibilidad de plantear la cuestión ante esta Comisión, puesto que la posibilidad estaba expresamente contemplada en el Addendum precedente de 22 de julio de 1999.

Es necesario además recordar que tal exclusión no podría nunca entenderse como inalterable teniendo en cuenta la competencia de esta Comisión para intervenir, incluso de oficio, en salvaguarda de las condiciones de competencia y de la interoperabilidad de los servicios, competencia irrenunciable e indisponible por la vía de acuerdos entre operadores.

No cabe alegar lo dispuesto en el artículo 1 dos 2 e de la Ley 12/1997, de Liberalización de las Telecomunicaciones, de 24 de abril, puesto que en modo alguno ésta, ni la LGTel, limita la libertad de las partes de negociar todo tipo de acuerdos que delimiten con precisión el ámbito en que concuerdan sus voluntades y aquel que ha de someterse a los procedimientos de resolución de disputas legalmente previstos. Lo previsto en la cláusula citada no puede considerarse en modo alguno contrario a estos preceptos legales, sino que, por el contrario, constituye un razonable esfuerzo de limitar la extensión y efectos del conflicto entre las partes, sin renunciar a su planteamiento ante esta Comisión.

Así, pues, lo dispuesto en la citada cláusula, y la aplicación de la misma tras la firma del "Addendum de 9 de marzo" no sólo no contradice el principio de "intervención mínima" de esta Comisión sino que lo refuerza, puesto que limita la intervención de esta al aspecto exclusivo de los fundamentos jurídicos del debate entre las partes, previendo una solución práctica para el caso en que se optase por un precio de terminación diferenciado para el caso de llamadas afectadas por los descuentos Bononet, evitando por tanto que la Comisión tuviese que proceder a su fijación en aplicación del pronunciamiento principal que en su caso efectuase.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**Tercero.- Sobre si la actuación de BTTel relativa al denominado "Addendum de 9 de marzo de 2000" pudiera haber inducido a error a esta Comisión e inducido a la aprobación de una resolución injusta por basarse en una apreciación errónea de los hechos.**

El tercer motivo de impugnación en que se fundamenta el recurso interpuesto se refiere a que, según la recurrente, BTTel habría inducido a error a esta Comisión ocultando la existencia del "Addendum de 9 de marzo", que Telefónica considera un documento esencial para la resolución del expediente, lo cual habría inducido a esta Comisión a considerar existente un conflicto que a juicio de Telefónica no existía en absoluto, y, por ende, a adoptar una resolución injusta sobre la cuestión.

A este respecto, ha de reiterarse en primer lugar lo ya señalado sobre que la existencia del "Addendum de 9 de marzo" no excluye la existencia de un conflicto entre las partes que es el que ha sido resuelto por la resolución recurrida.

Asimismo, ha de indicarse que, si bien es cierto que inicialmente BTTel solo hizo alusión a una propuesta de Telefónica de 3 de febrero de 2000, que parece ser el antecedente de este Addendum, y que por su parte, Telefónica aportó una copia del mismo en sus alegaciones de 27 de septiembre de 2000 en el expediente 2000/2521, esta Comisión al resolver el citado expediente no ha ignorado la existencia del citado Addendum (que le había sido comunicado el 1 de junio de 2000, como se ha señalado). Así se pone de relieve en el párrafo de la Resolución recurrida citado por Telefónica en su Alegación Segunda (párrafo primero, página 5 del escrito de Alegaciones), y en otros apartados de la Resolución recurrida.

Por ello no es apreciable la existencia de un error de esta Comisión en la apreciación de los hechos que pueda haber influido en la Resolución adoptada.

**Cuarto.- Sobre si son contradictorios los apartados primero y tercero de la parte decisoria de la Resolución recurrida.**

El cuarto motivo de impugnación en que se fundamenta el recurso interpuesto se refiere a que, según la recurrente, existiría una contradicción entre lo dispuesto en los apartados primero y tercero de la Resolución recurrida, cuyo tenor literal ya se ha citado en los Antecedentes de hecho de esta Resolución.

Debe rechazarse dicha alegación puesto que en el primero de los apartados, esta Comisión se ha limitado a señalar que no ha existido una imposición





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

coactiva de Telefónica sobre BTTel en cuanto al contenido del "Addendum de 9 de marzo", no existiendo vicio alguno del consentimiento de las partes de dicho pacto.

No existe actuación ilícita de Telefónica en ese punto, ni tampoco en cuanto al estricto contenido de dicho Addendum, por cuanto el mismo, al ser objeto de una duda jurídica de las partes, se ha sometido a la resolución vinculante de esta Comisión, como se establece en el Addendum de 22 de julio de 1999, decisión que se adoptó mediante la Resolución objeto del recurso que aquí se resuelve.

No se indica, empero, por esta Comisión en el apartado primero de la Resolución recurrida, que el contenido de la propuesta de Telefónica que se refleja en el Addendum de 9 de marzo sea lícito en si mismo, sino que no se ha incurrido en ilicitud al proponerlo puesto que simultaneamente, y para evitar incurrir en ella, se ha previsto la intervención vinculante de esta Comisión.

Por ello, en modo alguno se contiene en el apartado primero de la Resolución una decisión de esta Comisión favorable a la vigencia y licitud del régimen de precios contenido en el Addendum de 9 de marzo que pudiese contradecir lo dispuesto en el apartado tercero de la parte decisoria de la Resolución, esto es, la aplicación a las llamadas objeto del conflicto del régimen de precios contenido en el Acuerdo General de Interconexión de 10 de mayo de 1999, excluyendo por tanto la aplicación del previsto en el mencionado Addendum de 9 de marzo.

### **Quinto.- Sobre la justificación de los precios establecidos en el denominado "Addendum de 9 de marzo de 2000".**

El quinto motivo de impugnación en que se fundamenta el recurso interpuesto se refiere a que, según la recurrente, los precios propuestos por Telefónica y reflejados en el "Addendum de 9 de marzo", contrariamente a lo señalado por la Resolución recurrida en su F.J. tercero, página 11, sí se encontraría suficientemente justificado de modo objetivo.

Se ha de reiterar que la argumentación de Telefónica sólo llegaba a fundamentar un principio genérico relativo a la razonabilidad del establecimiento de precios específicos para el tipo de llamadas a que hace referencia el conflicto por razón de que la concentración de llamadas en terminación supone una reducción en los costes, lo cual, por otra parte, también se expresaba en el Informe de los Servicios de esta Comisión que se trasladó a las partes en el trámite de audiencia.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Más allá del reconocimiento de las características específicas de este tráfico, y de la admisibilidad del establecimiento de condiciones particulares de interconexión con relación al mismo, ha de reiterarse lo expresado en el último párrafo de la fundamentación jurídica de la Resolución recurrida, que aquí reiteramos en su literalidad.

*"El problema es que los precios propuestos por TELEFÓNICA no están suficientemente justificados más allá de esta afirmación genérica. TELEFÓNICA no ha aportado a esta Comisión los criterios objetivos, datos fácticos, premisas y forma de cálculo en que se basa su propuesta, a fin de que se pudiera valorar la adecuación de las condiciones propuestas. En definitiva, en defecto de datos **que desarrollen** una justificación que se apoya en los principios de proporcionalidad y objetividad como es la que nos interesa, no se puede estimar la posición de Telefónica."*

No se puede considerar, por otra parte, válido el argumento de que la razonabilidad de los precios propuestos por Telefónica habría sido reconocida por la otra parte, BTTel, por el hecho de haber suscrito el denominado "Addendum de 9 de marzo de 2000", puesto que ya hemos señalado que el mismo estaba condicionado a la apreciación de esta Comisión mediante la Resolución vinculante que en su momento dictase sobre la cuestión, Resolución que, dictada el día 2 de noviembre de 2000, fue contraria a entender justificados los citados precios.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

### RESUELVE

Desestimar el recurso potestativo de reposición interpuesto por la representación legal de la entidad Telefónica de España, S.A.U. contra el Acuerdo de esta Comisión de 2 de noviembre de 2000 por el que se aprueba la Resolución sobre el conflicto de interconexión entre BT Telecomunicaciones, S.A.U. (en adelante, BTTel) y Telefónica sobre precios de terminación en caso de Bononet (Expte. ME 2000/2521), por ser ajustado a Derecho el acto recurrido, el cual se confirma en sus propios términos. Asimismo, y en consecuencia, se confirma la inadmisión de la petición de suspensión de la resolución 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, 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



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

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 resuelve recursos potestativos de reposición, 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 1.ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

José M<sup>a</sup> Vázquez Quintana

José Giménez Cervantes