



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

JAIME ALMENAR BELENGUER, 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 número 28/06 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 27 de julio de 2006, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en relación con la tramitación del procedimiento número **RO 2006/358**, se aprueba la siguiente

RESOLUCION DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES SOBRE EL CONFLICTO DE INTERCONEXIÓN PLANTEADO POR OPERA EN RELACIÓN CON LA APLICACIÓN DE PRECIOS DE LA OIR 2005

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Con fecha 23 de noviembre de 2005 fue aprobada por el Consejo de esta Comisión la Resolución por la que se aprobó la modificación de la Oferta de Interconexión de Referencia (en lo sucesivo, OIR) de Telefónica de España, S.A.U. (en lo sucesivo, TESAU). En la parte dispositiva de dicha Resolución (resuelve primero) se dispone que *“La nueva Oferta de Interconexión de Referencia entrará en vigor desde el día siguiente a la publicación de la parte dispositiva de la presente Resolución en el Boletín Oficial del Estado”*.

Asimismo, el Anexo de la Resolución que incluye la OIR señala que *“la nueva Oferta de Interconexión de Referencia entrará en vigor desde el día siguiente a la publicación de la parte dispositiva en el Boletín Oficial del Estado”*.

Con fecha 5 de diciembre de 2005, la entidad Operadora de Telecomunicaciones Opera, S.L. (en lo sucesivo, OPERA) envió un burofax a TESAU solicitando la modificación del Acuerdo General de Interconexión (en lo sucesivo, AGI) vigente entre las partes, y la aplicación de los nuevos precios establecidos en la OIR.

TESAU remitió a OPERA un escrito el 13 de diciembre de 2005 en el que señalaba que la nueva OIR entrará en vigor desde el día siguiente a la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

publicación de su parte dispositiva en el Boletín Oficial del Estado y que, dado que no se había producido dicha publicación no se podía atender la solicitud de OPERA sobre la modificación del AGI.

La Resolución de 23 de noviembre de 2005 fue publicada en el BOE el 21 de diciembre de 2005.

Con fecha 26 de diciembre, OPERA remitió un burofax a TESAU en el que recordaba su solicitud del 5 de diciembre e informaba a TESAU de la fecha de publicación en el BOE de la nueva OIR el día 21 de diciembre de 2005.

Con fecha de 18 de enero de 2006, TESAU remitió a OPERA una carta dando los detalles de la revisión económica del acuerdo de interconexión y la fecha de aplicación de las condiciones de la OIR modificada por Resolución de 23 de noviembre de 2005, que TESAU entendía aplicable a partir del 27 de diciembre de 2005.

Con fechas 25 de enero y 24 de febrero de 2006, OPERA puso de manifiesto en su reuniones con TESAU la aplicación de la OIR con fecha 22 de diciembre de 2005 y no la propuesta por TESAU.

Con fecha 8 de marzo de 2006 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de OPERA planteando conflicto de interconexión contra TELEFONICA. El objeto del conflicto es la fecha de aplicación de las condiciones económicas establecidas en la OIR 2005, que OPERA estima le son aplicables desde el día 22 de diciembre de 2005, es decir, desde el día siguiente de la publicación de la OIR en el BOE.

Con fecha 22 de marzo de 2005 fue notificado a OPERA y TESAU el inicio del conflicto de interconexión.

Con fecha 4 de abril TELEFONICA tuvo acceso al expediente y realizó alegaciones mediante escrito de fecha 12 de abril de 2006 en relación con el conflicto planteado. En ellas, TESAU expone que la fecha desde la que resulta aplicable la OIR 2005 es el 27 de diciembre de 2005, fecha en la que OPERA se adhirió a la OIR, que se configura como un contrato de adhesión.

Con fecha 19 de junio se notificó a las partes interesadas el informe de audiencia, en relación con el cual TESAU presentó alegaciones con fecha de entrada 5 de julio en esta Comisión.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

II. COMPETENCIA DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

En concreto, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), en su artículo 48.2, indica que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto, entre otras cuestiones, el establecimiento y la supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y la resolución de los conflictos entre operadores.

Las competencias generales de esta Comisión en materia de resolución de conflictos se recogen en el apartado 3. letra d) del artículo 48, que establece que es función de esta Comisión la resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre operadores en materia de acceso o interconexión. Asimismo, el artículo 11.4 de la LGTel establece que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 del mismo texto legal. A tales efectos, el artículo 14 de la LGTel señala que conocerá la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de esta ley y de sus normas de desarrollo.

III. OBJETO DEL PRESENTE PROCEDIMIENTO

El objeto del presente procedimiento es dilucidar la fecha de aplicación de las condiciones económicas aplicables al acuerdo de interconexión entre OPERA y TESAU como consecuencia de la modificación de la OIR en 2005.

IV. CONTEXTO EN EL QUE SE SITÚA LA OIR: LA INTERCONEXIÓN

La interconexión entre las redes de los operadores en condiciones adecuadas y no discriminatorias es esencial en relación con la introducción de la competencia en el sector de las telecomunicaciones. Así, el interés público requiere que los operadores habilitados para prestar los servicios de telecomunicaciones interconecten sus redes de suerte que un usuario, cualquiera que sea el operador que le ofrece el acceso, sea capaz de establecer comunicación con cualquier abonado de otro operador, o acceder a los servicios de telecomunicaciones que ofrecen otros operadores.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Las previsiones de la LGTel y en concreto del artículo 11.2, plasman el régimen jurídico partiendo de la premisa de que los operadores tienen el derecho y el deber de interconectarse:

“Los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas tendrán el derecho y, cuando se solicite por los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas, la obligación de negociar la interconexión mutua con el fin de prestar servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, con el objeto de garantizar así la prestación de servicios y su interoperabilidad”.

Tras la aprobación del nuevo marco regulatorio, la obligación de que TESAU disponga de una OIR se mantuvo transitoriamente en vigor en virtud de la Disposición Transitoria Primera de la LGTel, que disponía que *“los mercados de referencia actualmente existentes, los operadores dominantes en dichos mercados y las obligaciones que tienen impuestas dichos operadores continuarán en vigor hasta que, en los términos fijados en el título II, se fijen los nuevos mercados de referencia, las empresas con poder significativo en dichos mercados y sus obligaciones”*¹.

Actualmente, la obligación de TESAU de publicar una OIR se encuentra recogida en las Resoluciones de esta Comisión de 2 de marzo, 27 de marzo y 29 de junio de 2006 (expedientes AEM 2005/1199, AEM 2005/1452 y AEM 2005/1453) mediante las cuales se definen y analizan los mercados de terminación y originación de llamadas vocales en redes telefónicas públicas facilitadas en una ubicación fija, y de los servicios de tránsito en la red pública de telefonía fija, respectivamente. En todos los mercados mencionados, se concluyó que TESAU tenía poder significativo de mercado, imponiendo a este operador la obligación de disponer de una oferta de interconexión de referencia.

V. FECHA DE APLICACIÓN DE LOS PRECIOS DE LA OIR EN EL PRESENTE CASO

La parte dispositiva de la Resolución de 23 de noviembre de 2005 que aprobó la OIR actualmente vigente establece lo siguiente:

*“**Primero.** Aprobar como texto para la Oferta de Interconexión de Referencia del operador dominante en el mercado de telefonía fija el resultante de incorporar, en la OIR vigente de Telefónica de España, S.A.U., las modificaciones descritas en los Fundamentos de Derecho.*

¹ El fundamento normativo de esta disposición de la LGTel se mantiene hasta que los mercados a los que afecta la interconexión (originación, tránsito y terminación en la red pública de telefonía fija) aprobados por esta Comisión no hayan sido publicados en el BOE.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Telefónica de España, S.A.U. deberá redactar el texto consolidado de la OIR y presentarlo ante esta Comisión en el plazo de un mes a contar desde la notificación de la presente Resolución. Esta Comisión una vez fijado el texto consolidado definitivo, lo publicará en el servidor hipertextual de esta Comisión en <http://cmt.es>. Telefónica de España, S.A.U. en el plazo de diez días a partir de que reciba un ejemplar de dicho texto, lo publicará en su servidor hipertextual en <http://telefonica.es> y lo pondrá a disposición de los interesados en, al menos, una de sus oficinas centrales en Madrid.

La nueva Oferta de Interconexión de Referencia entrará en vigor desde el día siguiente a la publicación de la parte dispositiva de la presente Resolución en el Boletín Oficial del Estado.

Segundo. En el plazo de dos meses a contar desde la notificación de la presente Resolución, Telefónica de España, S.A.U. aportará a esta Comisión el Cuerpo Principal y Anexos del AGI y los Addenda de cada uno de los servicios contenidos en la OIR en los términos señalados en los fundamentos de esta Resolución, de tal modo que la contratación entre Telefónica de España, S.A.U. y el operador interconectado pueda hacerse efectiva con la simple aceptación de los mismos por parte de este operador y sin más necesidad de contacto entre los contratantes que la estrictamente necesaria para el intercambio de los datos confidenciales y técnicos. Los textos aportados quedarán depositados en esta Comisión y serán publicados en las páginas Web tanto de esta Comisión como de Telefónica de España, S.A.U., sin perjuicio de las competencias de esta Comisión para el examen y, en su caso, modificación de los textos presentados por Telefónica de España, S.A.U.

Las cláusulas y condiciones que formen parte de los textos que presente Telefónica de España, S.A.U. conforme a lo dispuesto en la presente Resolución que resulten contrarias a los términos de la OIR se tendrán por no puestas hasta tanto esta Comisión no se pronuncie sobre la adecuación de cada uno de los textos aportados.

La aceptación por parte de un Operador interconectado del contenido de cualquiera de los términos de la OIR o de los textos presentados por Telefónica de España, S.A.U. en cumplimiento de la presente Resolución, supondrá la aplicación automática e incondicional del objeto de la aceptación desde la fecha en que Telefónica de España, S.A.U. tuviera conocimiento de ésta. En los cinco días laborables siguientes a la fecha en la que Telefónica de España, S.A.U. tenga conocimiento de la aceptación, Telefónica de España, S.A.U. y el Operador interesado formalizarán por escrito el texto que corresponda con el objeto de la aceptación.

Tercero. La OIR es un contrato de adhesión que se perfecciona por la simple aceptación de sus términos por parte de los Operadores interesados. La aceptación de cualquiera de los términos de la OIR por el Operador interesado supone la aceptación del Contrato-tipo de la misma y, en su caso, la adaptación del Cuerpo General del AGI en vigor entre Telefónica de España, S.A.U. y el Operador interesado a los términos del citado Contrato-tipo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El motivo de la disputa entre las partes en el presente conflicto es la fecha de aplicación de las condiciones establecidas en la OIR aprobada por Resolución de esta Comisión de 23 de noviembre de 2005; como consecuencia de ello, operó una modificación en el AGI vigente entre TESAU y OPERA.

OPERA entiende que dicha fecha es el 22 de diciembre de 2005 atendiendo al tenor literal de la Resolución y a su solicitud de 5 de diciembre de 2005 de modificación de las condiciones del AGI. Dicha solicitud cumple con el requisito de aceptación de los términos de la OIR, y ello con independencia de que la Resolución que aprobó la OIR fuera publicada en el BOE con posterioridad al 5 de diciembre de 2005.

TESAU, por su parte, estima que es sólo a partir de la fecha de la segunda comunicación y aceptación de la OIR por parte de OPERA desde la publicación (el 27 de diciembre del 2005) cuando se entiende modificado el AGI y por tanto resultan aplicables los nuevos precios fijados por la Resolución de 23 de noviembre de 2005 que aprueba la nueva OIR. TESAU entiende que la carta enviada por OPERA el 5 de diciembre de 2005 carece de efectos al no estar publicada en dicha fecha la OIR a cuyas condiciones pretende someterse OPERA. De no seguirse esta interpretación, según TESAU, se estaría dejando vacía de contenido la parte dispositiva de la Resolución de 23 de noviembre de 2005 en cuanto que dispone que la OIR entra en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, pero que las condiciones contractuales son de aplicación entre los operadores desde la fecha en que TESAU tiene conocimiento de la aceptación por el otro operador de dichas condiciones.

En apoyo de su interpretación, TESAU cita un conflicto planteado por Amena contra TESAU y resuelto por esta Comisión (RO 2005/203), en el que se concluyó que la fecha de aplicación de los precios a TESAU en relación con una modificación de los precios de interconexión es aquélla en la que Amena recibió de TESAU la comunicación sobre su decisión de aceptar la nueva oferta dentro de los plazos fijados en el procedimiento para la modificación de la oferta. Sin embargo, tal y como se expone más adelante, no puede decirse que dicha Resolución sea de aplicación al presente caso, en el que las circunstancias son diferentes y por tanto requieren un tratamiento diferente.

En el presente caso, la fecha a partir de la que surten efectos para OPERA las condiciones del AGI modificadas como consecuencia de la nueva OIR es el 22 de diciembre de 2005, el día siguiente a la publicación en el BOE de la Resolución aunque la aceptación de OPERA se produjera con anterioridad a la publicación de la OIR en el BOE.

Esta interpretación es plenamente conforme con la naturaleza de la OIR como oferta incondicionada por parte de TESAU que requiere la aceptación del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

operador que solicite interconectarse, como ya se ha expuesto en anteriores Resoluciones de esta Comisión:

** (Nota: La negrita es nuestra)*

*“La OIR es una **oferta incondicionada en [...] [la] que TELEFONICA pone a disposición de los operadores los diferentes servicios de interconexión.** La OIR en sí permite a los operadores poder adherirse a la oferta de servicios de interconexión y económicas ofertadas por TELEFONICA y, de cualquier modo, permite que TELEFONICA no incluya ninguna condición contraria a la OIR. Esta OIR, publicada por TELEFONICA, permite también a los operadores a obtener de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones una resolución para modificar el acuerdo de interconexión y adaptarlo a la OIR en caso de desacuerdo entre las partes” (Resolución de 14 de junio de 2001).*

“En consecuencia, puede afirmarse que la OIR responde con exactitud a su naturaleza de oferta y constituye una manifestación completa de la voluntad del operador dominante dirigida al mercado que permite a cualquier operador interesado la perfección o novación de un Acuerdo de Interconexión mediante la simple aceptación de los propios términos de la Oferta.

En efecto, la aceptación de la OIR por los operadores alternativos tiene como consecuencia la firma de un AGI o, en su caso, la modificación del mismo desde que el emisor de la Oferta, o sea, TELEFÓNICA, tiene conocimiento de la solicitud/aceptación del operador interesado.

Ha de tenerse en cuenta que desde el momento en el que TELEFÓNICA tiene conocimiento de la aceptación de la OIR por parte de un operador alternativo, circunstancia ésta que se materializa en la firma o modificación de un AGI, las relaciones de interconexión entre ambos operadores pasan a regirse exclusivamente a través del Acuerdo, de manera que la aprobación de una nueva OIR en nada afecta al AGI si las partes no lo solicitan expresamente. Es decir, la aprobación de una nueva OIR no tiene como efecto la modificación automática de los Acuerdos ya firmados, debiendo ser las partes las que soliciten la modificación o revisión del Acuerdo para que se adapte a la nueva OIR o incorpore parte de su contenido.

(...) Como consecuencia de la aplicabilidad inmediata de los términos de la OIR para los operadores alternativos, no cabe duda de que, la aplicación de los nuevos precios al operador no dominante será efectiva desde el momento de la solicitud/aceptación de la OIR”. (Resolución de 27 de noviembre de 2003, RO 2003/1254)

“Segundo.- La OIR es un contrato de adhesión que se perfecciona por la simple aceptación de sus términos por parte de los Operadores interesados. La



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

aceptación de cualquiera de los términos de la OIR, por el Operador interesado supone la aceptación del Contrato-tipo de la misma y, en su caso, la adaptación del Cuerpo General del AGI en vigor entre Telefónica de España y el Operador interesado a los términos del citado Contrato-tipo. (Resolución de 10 de julio de 2003 por la que se modificó la OIR)

En el caso presente, ha quedado acreditado que existió un concurso de voluntades entre las partes a fin de que se modificara el AGI como consecuencia de la aprobación de la nueva OIR al haber enviado OPERA la carta de 5 de diciembre de 2005 solicitando la aplicación de los nuevos precios de la OIR. Y ello, aunque la publicación en el BOE de la OIR como oferta incondicionada de TESAU fuera posterior a la fecha de la carta de OPERA. El acuerdo por parte de OPERA antes de que se publicara la OIR en el BOE está plenamente aceptado y así se ha reflejado en anteriores Resoluciones de esta Comisión. Por tanto, los efectos de la publicación de la OIR y de la modificación del AGI entre las partes deben desplegarse a partir del día siguiente de la publicación en el BOE de la Resolución de 23 de noviembre de 2005 que modificó la OIR (el 22 de diciembre de 2005).

Esta interpretación sobre la fecha en la que surte efecto la modificación del AGI vigente entre dos operadores como resultado de la modificación de la OIR es la que ha seguido esta Comisión en el pasado, como se deduce de la Resolución de 27 de noviembre de 2003 citada anteriormente:

“La solicitud de TELEFÓNICA a COLT para que esta última entidad procediera a la revisión del acuerdo de interconexión firmado entre ambas entidades encuentra su fundamento, como ya hemos señalado, en el apartado 14.4 del AGI y en la aprobación de las modificaciones de la OIR por Resolución de esta Comisión de 10 de julio de 2003. No obstante, la solicitud de TELEFÓNICA fue emitida con anterioridad a la entrada en vigor de la OIR, en concreto el 18 de julio de 2003, aunque sus efectos se proyectaban al momento de la entrada en vigor de la Oferta. Por consiguiente, **para la determinación del momento al que hubieran de retrotraerse los efectos de la modificación del Acuerdo, habrá de tomarse en consideración, no la fecha de emisión de la solicitud de revisión, sino el día para el que se proyectaban sus efectos, esto es el día de la entrada en vigor de la Oferta. En concreto, la OIR fue publicada en el Boletín Oficial del Estado de fecha 21 de julio de 2003, por lo que los efectos de la solicitud de revisión, de conformidad con lo hasta ahora señalado, se producirán en el mismo día de la entrada en vigor de la Oferta: el día 22 de julio de 2003. En consecuencia, será esta última fecha la que corresponda a la solicitud formal de TELEFÓNICA para la modificación del AGI y será a ese momento al que deberá retrotraerse la aplicación de los precios que por esta Resolución se modifican.**”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De hecho, la Resolución que cita TESAU en su escrito de alegaciones confirma esta interpretación acerca del concurso de voluntades entre las partes:

*“Ciertamente, la declaración de voluntad que ha efectuado Telefónica (carta de 26 de octubre) se ha producido con anterioridad a la fecha en que Amena le ha remitido la oferta de los nuevos precios (carta de 5 de noviembre), por lo que no puede considerarse strictu sensu que en dicho momento se haya perfeccionado el contrato entre ambas partes, dada la exigencia civil de que la aceptación se haga tras la emisión de una oferta (art.1262 Código Civil). **Ahora bien, tampoco puede desconocerse que la voluntad de TESAU, deducida de dicha declaración anticipada,** y de la posición adoptada con posterioridad a la terminación del plazo de diez días indicado (que constituyen actos anteriores y posteriores que han de ser considerados principalmente para interpretar la intención de las partes, conforme al art. 1282 del mismo texto legal), ha sido la de aceptar, en sus relaciones con Amena, la aplicación de los nuevos precios de terminación en la red de ésta. Por tanto, no puede negarse que ha existido una aceptación de TESAU a la oferta de Amena.”*

Además, existen razones de interés público en relación con la consecución de los objetivos que la regulación de la interconexión pretende alcanzar (entre ellos, el fomento de la competencia entre operadores) para que la aplicación de la OIR se realice lo antes posible. En apoyo de esta interpretación nos referimos a la postura de esta Comisión en, entre otras, la Resolución de 23 de noviembre de 2000 (ME 2000/3175), que también derivaba de un conflicto de interconexión entre TESAU y otro operador (Capcom Internacional, S.L.) en relación con los mismos hechos, es decir, de la fecha de aplicación de la OIR modificada mediante Resolución de esta Comisión:

*“(…) **El interés público aboga por la resolución del mismo y el establecimiento de las modificaciones precisas en el AGI vigente entre las partes (el cual daría lugar a la modificación de los precios de interconexión para aplicar los establecidos en la OIR) lo más pronto posible,** ya que dicho plazo general establecido en el artículo 2.4 del RIN para negociar las modificaciones de dicho acuerdo concluyó el pasado día 2 de octubre de 2000 (cuatro meses desde la solicitud de inicio de las negociaciones por una de las partes, sin que ambos operadores hayan llegado a ningún acuerdo.*

Dicha demora no es compatible con la necesaria traslación de precios de interconexión de la nueva OIR a todos los AGIs vigentes en los que al menos una de las partes lo solicite, ya que, de acuerdo con lo establecido en la Disposición Transitoria Primera del RIN, así como en el Fundamento de Derecho número 4.1, subapartados 1 y 2, de la Resolución de la CMT de 25 de mayo de 2000, que aprueba con modificaciones la OIR 2000, la necesaria



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

tendencia a la baja de los precios de interconexión se fundamenta en la evolución a la baja de los precios y costes observada en los diferentes mercados nacionales de los países de la UE, las ganancias derivadas del incremento de la productividad de los operadores y de la mayor eficacia de las nuevas inversiones, realizadas o previstas, empleando las mejores tecnologías disponibles; así, unos precios de interconexión menores tienen una importante repercusión en la estructura de costes de los operadores entrantes y, en consecuencia, en los precios finales de los servicios, lo que a su vez contribuye a la creación de un mercado competitivo por el cual esta Comisión ha de velar.”²

Por último, la Resolución que cita TESAU en su escrito de alegaciones no permite llegar a la conclusión que pretende TESAU. Y ello, por cuanto que la fecha a partir de la cual se aplicaron los precios modificados de interconexión en la Resolución citada sólo puede entenderse en un contexto específico de aplicación de una Resolución anterior de esta Comisión que fijaba un procedimiento *ad hoc*. En el presente caso, sin embargo, no se ha fijado en Resolución anterior alguna un procedimiento *ad hoc* aplicable para determinar el momento de aplicación de determinadas condiciones específicas entre los operadores. En definitiva, las circunstancias de hecho que dieron lugar a la Resolución en que se apoya TESAU no son extrapolables al presente caso, por lo que cabe alcanzar conclusiones diferentes. Así, está claro que la fecha de publicación en el BOE, junto con la voluntad anticipada de OPERA materializada en su escrito de 5 de diciembre de 2005 configuran el concurso de voluntades necesario para estimar que la modificación de la OIR debe producir plenos efectos entre las partes a partir del 22 de diciembre de 2005, cumpliéndose los objetivos de interés público antes mencionados.

Sería concebible que el acuerdo de voluntades se dilatara en el tiempo en caso de que fuera necesaria una negociación en relación con los precios, como se ha indicado en anteriores Resoluciones de esta Comisión³, pero ninguna de las partes ha alegado que éste sea el presente caso.

VI. CONTESTACION A LAS ALEGACIONES DE TESAU

² En el mismo sentido, Resolución de 13 de septiembre de 2001 (DT 2001/4169).

³ “Como consecuencia de la aplicabilidad inmediata de los términos de la OIR para los operadores alternativos, no cabe duda de que, la aplicación de los nuevos precios al operador no dominante será efectiva desde el momento de la solicitud/aceptación de la OIR. Sin embargo, cuando la modificación de los precios debe ser objeto de negociación entre ambas partes, esto es, en los casos de revisión de los Acuerdos Generales de Interconexión, habrá de estarse a los términos del acuerdo de revisión que, en su caso, se alcanzare entre ambas partes, y ante la falta de acuerdo al respecto, deberá ser esta Comisión quien decida, no sólo qué precios deben ser aplicados, sino desde cuándo deben ser aplicados. Para ello, habrá de recurrirse, en primer lugar, a los términos del AGI, interpretando sus cláusulas a la luz de las normas sobre interpretación de los contratos y de los criterios establecidos en el artículo 6 del Reglamento de Interconexión.” (Resolución de 27 de noviembre de 2003, RO 2003/1254)



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TESAU se muestra conforme con algunas de las conclusiones del informe de audiencia, como es que la OIR es una oferta incondicionada, que la OIR tiene tal naturaleza y que su aceptación supone el perfeccionamiento o su novación, y que la aplicación de los nuevos precios de la OIR a los operadores alternativos se realiza desde el momento de la solicitud/aceptación.

Sin embargo, alega que no es posible alterar el necesario orden cronológico entre la oferta y la aceptación, señalando que únicamente existe una oferta real y existente cuando se publica la OIR en el BOE. El consentimiento de OPERA dado con carácter anticipado a la publicación del BOE estaría viciado porque la oferta no se ha realizado, y por tanto no existe. Según TESAU, la posibilidad de aceptación anticipada dejaría vacía de contenido el resuelve de la decisión, ya que cabría cuestionarse a qué obedece la publicación en el BOE de la Resolución. Por otro lado, no existe interés público que ampare la aplicación anticipada, ya que si fuera de otro modo la CMT podría imponer de forma obligatoria a los operadores la aplicación de los términos de su Resolución sin haber lugar a la emisión de aceptación alguna.

En cuanto a las dos primeras alegaciones, está claro que la oferta incondicionada de TESAU únicamente es aplicable desde la fecha de publicación de la OIR en el BOE, por lo que la estimación de la solicitud de OPERA en modo alguno deja vacía de contenido la previsión de la parte dispositiva de la Resolución que aprobó la OIR.

Como se indicó en el informe de audiencia, nada impide entender que, en el presente caso, la voluntad de OPERA pudiera expresarse de forma anticipada, o que el consentimiento emitido por ésta sea válido. Debe recordarse que lo único solicitado por OPERA es, como se desprende de la carta enviada el 5 de diciembre de 2005, la modificación de las condiciones de los precios (tal y como señala Opera literalmente “la modificación del Acuerdo General de Interconexión vigente entre las partes, de los servicios prestados por Telefónica de España a Opera de acuerdo con los nuevos precios establecidos en la OIR 2005 (...)).” [Aunque la Resolución fuera publicada en el BOE el 22 de diciembre de 2005, OPERA pudo conocer el contenido de la misma]. Además, el tipo de modificación contractual solicitado por OPERA debe ponerse en relación con la consecución de los objetivos de la LGTel y, concretamente, con el artículo 3. a) de la misma, de fomento de la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones, junto con la facultad de intervención de esta Comisión en caso de conflicto en materia de interconexión y acceso. En este sentido, la modificación de precios de interconexión a la baja constituye un medio para promover el desarrollo de la competencia, por lo que debe prevalecer frente a una interpretación excesivamente formalista como la propuesta por TESAU.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En relación con la alegación de la ausencia de interés público amparada en la posibilidad de imponer la fecha de modificación de los términos de la Resolución sin necesidad de aceptación alguna, debe señalarse que ninguna aceptación es necesaria para la entrada en vigor de la OIR, que se produce una vez que se publica en el BOE. Sin embargo, no puede olvidarse que la relación jurídica entre los operadores en el ámbito de la interconexión se plasma en la conclusión o novación de acuerdos (como es el presente caso) que, como ha puesto de manifiesto esta Comisión anteriormente *“goza de una doble naturaleza pública y privada, en cuanto que no hace sino regular las relaciones entre dos operadores que disfrutan y soportan, a un tiempo, un derecho y una obligación de interconexión”* (Resolución de 13 de noviembre de 2005, RO 2005/203). Por ello, y como señala esta Resolución, *“la interconexión se configura como un asunto contractual a acordar libre y privadamente entre los dos operadores y el AGI como un contrato privado entre las mismas, pero que reúne todos los elementos de los denominados “contratos normados” y de los “contratos forzosos”, en cuanto que, entre otras cuestiones, está sujeto a revisión e interpretación de un órgano administrativo como lo es esta Comisión”*. Queda pues claro que es necesario el concurso de ambas partes para entender que el contrato se ha perfeccionado o novado, sin perjuicio del interés público para interpretar que deben aplicarse los nuevos precios entre las partes contratantes lo más pronto posible.

Por otro lado, TESAU estima que la conclusión del informe de los servicios resultaría discriminatoria con respecto al resto de operadores que, en todo momento se han ajustado al orden cronológico lógico al emitir la aceptación de la oferta de TESAU una vez que se publica ésta. Sin embargo, no puede acogerse dicho argumento porque, como se ha indicado, nada impide que la aceptación a la oferta pueda deducirse en el presente caso de la declaración anticipada de OPERA.

En definitiva, esta Comisión entiende que existen razones suficientes para entender que en el presente caso existió un concurso de voluntades entre TESAU y OPERA para la modificación de los precios de interconexión aplicables entre las partes como consecuencia de los nuevos términos de la OIR de 23 de noviembre de 2005. Los efectos de dicho concurso de voluntades operan a partir del día siguiente de la publicación en el BOE de la Resolución de 23 de noviembre, es decir, el 22 de diciembre.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Estimar la solicitud de OPERA y declarar que los precios establecidos en la Resolución de 23 de noviembre de 2005 que aprobó la OIR son aplicables entre OPERA y TESAU a partir del día 22 de diciembre de 2005.

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

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número dos del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº
EL PRESIDENTE

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera