



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 29/06 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 7 de septiembre de 2006, 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 TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. CONTRA EL ACUERDO DEL CONSEJO DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2005 SOBRE LA MODIFICACIÓN DE LA OFERTA DE INTERCONEXIÓN DE REFERENCIA DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U.

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. contra la citada Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 23 de noviembre de 2005, el Consejo de esta Comisión ha adoptado en su sesión núm. 29/06, la siguiente:

Resolución de de 7 de septiembre de 2006, recaída en el expediente **AJ 2006/30**.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- Con fecha 23 de noviembre de 2005, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución sobre la modificación de la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica de España S.A.U. (en adelante, Telefónica) por la que se resolvió 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.*



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*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

Cuarto. *Telefónica de España, S.A.U. no podrá vincular, en ningún caso, la eficacia de la aceptación de los términos del Addendum que desarrolle un determinado servicio a la aceptación por parte del Operador entrante de las condiciones de prestación de otro u otros servicios, estén o no contenidos en la OIR.*

Quinto.- *Se establece un plazo de ocho meses a contar desde la aprobación de la presente Resolución para que Telefónica de España, S.A.U. y los operadores interconectados completen los procesos necesarios para la migración al nuevo esquema de servicios de tarifas especiales. Una vez finalizado este plazo, los operadores deberán intercambiar en interconexión los servicios de tarifas especiales de acuerdo al nuevo sistema aplicable.*

En consecuencia, se procede a la modificación de los Acuerdos Generales de Interconexión en los que es parte Telefónica de España, S.A.U., incorporando los términos señalados en el apartado II.3.1 de los Fundamentos de Derecho.

La modificación de los Acuerdos se realizará, una vez aportados a esta Comisión los Addenda correspondientes a los servicios de tarifas especiales y su modalidad de facturación, en el plazo de ocho meses a contar desde la aprobación de la presente Resolución. Los Acuerdos modificados se depositarán en esta Comisión en el plazo máximo de 10 días a contar desde su formalización.

Sexto.- *En el plazo de cuatro meses desde la notificación de esta Resolución, Telefónica de España, S.A.U. deberá tener efectiva la disponibilidad en capacidad de los nuevos servicios añadidos a la Oferta de Interconexión de Referencia mediante la presente Resolución.*

Séptimo.- *En el plazo de dos meses desde la notificación de esta Resolución, Telefónica de España, S.A.U. deberá haber realizado los desarrollos necesarios para tener disponible la solución expuesta en el punto "Servicios de interconexión para números cortos con retribución a terceros".*

Octavo.- *En la primera actualización del Anexo I de la OIR posterior al vencimiento del plazo de dos meses desde la notificación de la presente Resolución, dicho Anexo I ha de contener la lista de las centrales abiertas a la interconexión de circuitos para el servicio de conexión para las modalidades Clase Gd, SUPER 0, 0+, 1 y 2.*

Noveno.- *En el plazo de dos meses a contar desde la notificación de la presente Resolución, Telefónica de España, S.A.U. ha de incorporar en el SGO, para el*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

servicio de enlace a cliente de interconexión de circuitos, todos los datos incluidos por este operador en su servicio minorista.

Décimo.- *En el plazo de dos meses a contar desde la notificación de la presente Resolución, todos los accesos correspondientes a los terminales de uso público han de ser caracterizados de modo que para las llamadas realizadas desde ellos, en el Mensaje Inicial de Dirección de señalización PUSI, el operador de acceso ha de poner el valor 00001111 (teléfono de previo pago) en el parámetro Categoría del Llamante (&CAT)."*

SEGUNDO.- Con fecha 30 de diciembre de 2005 se recibió en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de Telefónica por el que se interpone recurso de reposición contra la resolución antes referida.

En el citado escrito de interposición se exponen, básicamente, los siguientes motivos:

1.- Respecto a las modificaciones operadas en el apartado II.3. "Interconexión para servicios de red inteligente (servicios de tarifas especiales)"

1.1.- Que el Punto II.3.1: Análisis y propuestas de simplificación de las modalidades existentes (acceso/terminación) es nulo de pleno derecho de acuerdo con el artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) por vulnerar los artículos 9 y 24 de la Constitución así como el artículo 54 de la LRJPAC por falta de motivación.

Telefónica alega que solicitó a la Comisión que existiese una única modalidad de terminación aplicable para la interconexión de todos los servicios de red inteligente. Solicitó, además, que se eliminase de la Oferta de Interconexión la modalidad de acceso dada la disfunción de los servicios de inteligencia de red realizada por algunos operadores. Propuesta que se recogía en el Informe de los Servicios anterior a la Resolución definitiva.

La Resolución final establece que para los servicios 901, 902 y 70x los operadores pueden decidir acogerse a un modelo de acceso o terminación.

Según la recurrente, este cambio de criterio, a pesar de la discrecionalidad que tiene la Comisión para cambiar su criterio, no se encuentra suficientemente motivado de acuerdo con el artículo 54 de la LRJPAC. Se contraviene el principio de seguridad jurídica recogido en el artículo 9 de la CE y la prohibición de indefensión del artículo 24 de la CE. Telefónica alega que al desconocer las



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

razones que llevan a tal decisión no le es posible ejercitar adecuadamente argumentos de debate y contradicción de los mismos.

En lo que respecta a los servicios indicados (901, 902 y 704), Telefónica reitera que no resulta procedente la coexistencia de dos esquemas de fijación de precios para servicios que en esencia son idénticos, sólo por el hecho de que un operador haya decidido acogerse a un modelo u otro. Se genera una discriminación contraria al artículo 11 de la LGTel.

Telefónica señala cuales son los inconvenientes que genera dicha coexistencia:

- Se mantienen los problemas de complejidad en las relaciones existentes entre operadores que resultan particularmente relevantes en el caso de la prestación de los servicios de tránsito.
- Se rompe el criterio de orientación a costes de los servicios de interconexión. Desde esta perspectiva, resulta difícilmente defendible que por la prestación de un mismo servicio de interconexión se puedan estar facturando cantidades diferentes, sólo, como consecuencia de que un operador haya decidido intercambiar su tráfico con un modelo u otro.

Por tanto, solicita la modificación de la Resolución adoptada respecto a la unificación de los modelos de interconexión de servicios de red inteligente, al menos para los servicios 901, 902 y 704, y determinar que el modelo único a aplicar sea el de terminación.

Además, afirma que la Circular 2/2002 consideró que debía tratarse en un expediente de modificación de la OIR, la simplificación de los modelos de interconexión para servicios de red inteligente, por lo que la Comisión ya ha realizado un análisis previo de la necesidad de llevar a cabo tal simplificación.

1.2.- Que el Punto II.3.7: Mejora de los procedimientos para la acreditación de impagos de comunicaciones a servicios de tarifas especiales de tarificación adicional es nulo de pleno derecho de acuerdo con el artículo 62.1.c) de la LRJPAC por vulnerar los artículos 9 y 24 de la Constitución así como el artículo 54 de la LRJPAC por falta de motivación.

- Necesidad de ampliar el plazo para las gestiones de cobro:

Telefónica alega que, a lo largo de todo el procedimiento, ya ha puesto de manifiesto la necesidad de ampliar el plazo para la gestión del cobro. Sin embargo,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

la Comisión en la Resolución recurrida considera que esta ampliación perjudicaría a los operadores por la inseguridad causada así que, el plazo de gestión de cobro se mantiene.

En su recurso, afirma que el mantenimiento de este plazo supone la imposición de una obligación de contenido imposible, vulnerando el artículo 62.1.c) de la LRJPAC y que le coloca en una situación de indefensión al no tener posibilidad de acelerar las gestiones del cobro para cumplir el plazo máximo establecido, implicando tal incumplimiento la vulneración de la OIR.

Propone ampliar el plazo máximo para la realización de las gestiones del cobro a siete meses y medio para aquellos supuestos en los que sea necesario la realización de gestiones adicionales necesarias para alcanzar el cobro de las llamadas a servicios de tarificación adicional que han resultado impagados.

- Contradicción sobre la acreditación de las gestiones de cobro:

Telefónica alega que en el apartado 6.6.4 de la OIR se establece que debe realizar las acreditaciones de los impagos a través del Sistema de Gestión de Operadores (SGO) en vez de por medio de Telefonica On Line (TOL). Considera que en la Resolución recurrida existe una contradicción a este respecto, así:

- Pág. 39: *“Telefónica de España acreditará suficientemente la fecha de facturación al abonado final y el impago producido mediante la puesta a disposición de cada operador de red inteligente interconectado mediante acceso on line – con el objetivo de que se realice a través del SGO -, de la siguiente información [...]”.*
- Pág. 72: *“Telefónica pondrá a disposición del operador de red inteligente los documentos de detalle en los que certifique la finalización de las gestiones de cobro [...]. Este documento de detalle estará disponible en la Web <http://www.telefonicaonline.com> desde el momento de la emisión del fichero de impagos definitivos y para todas las entradas correspondientes al mismo.”*
- Pág 77¹: *“Este documento de detalle estará disponible en el SGO desde el momento de la emisión del fichero de impagos definitivos y para todas las entradas correspondientes al mismo”.*

Manifiesta que con estas contradicciones se le coloca en una situación de inseguridad jurídica vulnerando el artículo 9 de la CE. Asimismo, se le produce

¹ Corrección: Telefónica en su recurso menciona la página 79, sin embargo la cita a la que se refiere se encuentra en la página 77 de la Resolución recurrida, que es la que se ha señalado más arriba.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

indefensión contraria al artículo 24 de la CE al pretender que las acreditaciones, primero se encuentren en un futuro en el SGO, en segundo lugar en TOL y en tercer lugar, que se obligue a que estén disponibles en SGO.

Asimismo, alega que si la intención de la Comisión es que los documentos acreditativos se encuentren en el SGO, esta decisión no se encuentra suficientemente motivada, infringiendo el artículo 54.1.c de la LRJPAC que establece la motivación de los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes. Afirma que la modificación de los documentos acreditativos de TOL al SGO le generaría importantes perjuicios.

- Imposición de obligaciones:

Telefónica alega respecto a la acreditación a través del SGO que supone la imposición de una obligación adicional no justificada ya que la finalidad informativa y acreditativa se cumple, también, en TOL.

Al estar en una fase de definición de mercados y de acuerdo con los artículos 10.4 y 11.5 de la LGTel, las obligaciones ex ante que se impongan deben ser restrictivas, proporcionadas y adecuadas al fin que se imponen. Teniendo en cuenta, además, que la Comisión debe fomentar la competencia y bajo el principio de mínima intervención, alega que es indiferente que las acreditaciones del cobro se ubiquen en SGO y no en TOL.

Manifiesta la recurrente que la obligación de envío de un fichero de comunicación de impagos definitivos una vez finalizadas las gestiones del cobro y la inclusión en SGO de las acreditaciones, supone una obligación nueva, no proporcionada al fin perseguido. Se vulnera el artículo 11.5 de la LGTel.

- Mecanismos de acreditación:

Durante la tramitación del procedimiento, Telefónica manifestó su interés en que los mecanismos empleados por ella para la comprobación por los operadores de red inteligente de las gestiones del cobro y acreditación de las mismas, fuesen considerados como válidos e incluidos en la OIR. Solicitaba que este mecanismo se reflejara en la OIR para que los operadores de red inteligente entrantes se adaptasen al mismo y no generar deferencias entre mecanismos de aseguramiento de unos y otros.

Esta Comisión consideró que la OIR no es el instrumento adecuado para fijar obligaciones a operadores distintos a Telefónica. Además, se señalaba la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

conveniencia de que alcanzasen los acuerdos necesarios para dotar de seguridad a los procedimientos de acreditación de impagos entre todos.

En su escrito de recurso manifiesta que esta negativa está poco motivada, infringiendo el artículo 54 de la LRJPAC. Entiende que no se crearía ninguna obligación y que se evitarían numerosos conflictos entre operadores. En todo caso, se consagraría un sistema de acreditación fácil y rápido.

Alega que la Comisión ya conocía este mecanismo de acreditación y que en ningún caso ha mostrado su disconformidad, lo que supone una aceptación tácita. Esta decisión le causa indefensión y vulnera la doctrina de los actos propios.

- Documentos a aportar:

Finalmente, Telefónica alega que la decisión respecto a los documentos que está obligada a aportar físicamente a petición del operador se encuentra poco motivada, infringiendo el artículo 54 de la LRJPAC. Según ella, la redacción dada por la OIR deja al arbitrio del operador la posibilidad ilimitada de solicitarle cualquier documentación. Esto le causa indefensión al no proporcionarle parámetro alguno o medio para conocer si los documentos solicitados son empleados para la realización de gestiones del cobro judiciales conforme con la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En definitiva, considera que se está imponiendo una obligación desproporcionada.

1.3.- Que el Punto II.3.8: Plazo requerido para la comunicación de nuevos servicios de tarifas especiales es anulable de acuerdo con el artículo 63.1 de la LRJPAC.

El plazo requerido para la comunicación de nuevos servicios de tarifas especiales no se ha modificado en la Resolución de 23 de noviembre, manteniéndose el plazo anterior de tres meses.

Telefónica señala la necesidad de disminuir este plazo a los dos meses que establece la OIR para la apertura o cambios de numeración en interconexión por los operadores. Afirma que en ningún momento se ha mostrado por los operadores o por la Comisión que la apertura de numeraciones de red inteligente apareje actuaciones en la red que justifiquen la existencia de un plazo superior en un mes al que se aplica al resto de numeraciones. Añade que con los dos meses anteriores es suficiente desde el punto de vista de los trabajos necesarios a realizar en la red.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2. Respecto a las modificaciones operadas en el apartado 11.4: “*Números cortos*”.

2.1.-Que el Punto II.4.1: *Inclusión de números cortos no gratuitos para el usuario llamante* es nulo de pleno derecho de acuerdo con el artículo 62.1.a) de la LRJPAC por vulnerar el artículo 24 de la Constitución así como el artículo 54 de la LRJPAC por falta de motivación.

La Resolución de 23 de noviembre resolvió no modificar la situación existente. Telefónica, en su recurso, señala que hay que tener en cuenta que existen números del rango 14XY-19XY que han dejado de ser gratuitos para el llamante, por ejemplo, el servicio de datáfono, y la Resolución recurrida no refleja esta realidad. Telefónica solicita que, para evitar la confusión que se genera, la OIR debería reflejar estos servicios así el tratamiento a realizar en la interconexión sería diferente. Alega que la Resolución recurrida no motiva suficientemente la negativa a incluir esta modificación, vulnerando así el artículo 54 de la LRJPAC.

Telefónica reclama que las llamadas dirigidas a estas numeraciones, en los casos en que no sean gratuitas para el llamante, deberían ser tratadas en interconexión dentro de un modelo de terminación, dado que no se contempla que dichos números puedan utilizarse con retribución para el prestador de servicio. En concreto, en lo que respecta al servicio datáfono, Telefónica solicita la intervención de la Comisión clarificando el esquema de interconexión.

Por último, Telefónica pone de manifiesto que al no recogerse explícitamente la existencia de numeraciones no gratuitas dentro del rango 14XY-19XY y su tratamiento, se crea una indeterminación en la interpretación de las numeraciones que tienen que ser cursadas por capacidad.

Solicita en su recurso que la Comisión clarifique el marco regulatorio y que declare que el esquema más adecuado para el servicio de Datáfono es el de terminación.

3.- Respecto a las modificaciones operadas en el apartado II.6. “*Interconexión por capacidad*”.

3.1.-Que el Punto II.6.3: *Inclusión de nuevos servicios disponibles en interconexión por capacidad* es nulo de pleno derecho de acuerdo con los artículos 62.1.e), 62.1.f) y 63.1 de la LRJPAC por vulnerar el artículo 24 de la Constitución así como el artículo 54 de la LRJPAC por falta de motivación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La Resolución de 23 de noviembre ha ampliado los servicios de interconexión disponibles en capacidad incluyendo las llamadas de tarificaciones especiales.

Alega que no es posible desligar la definición del modelo de red inteligente del apartado II.3 de la Resolución con la determinación de los tráficos que pueden intercambiarse dentro del modelo por capacidad.

Telefónica señala que la definición del modelo de red inteligente aprobado no era el que se definía en el Informe de los Servicios sobre el que alegó. Así que, ante esta modificación sustancial de la definición, denuncia una vulneración del artículo 54 de la LRJPAC por falta de motivación y del artículo 24 de la CE por provocarle indefensión.

Afirma que en la Resolución recurrida se ha establecido que para las numeraciones 901, 902 y 704, los operadores podrán acogerse a uno de los dos modelos (acceso o terminación) que se seguirá para todo el tráfico telefónico a estos servicios. Es decir, es imposible determinar en función de la numeración si el tráfico correspondiente a estas numeraciones se va a intercambiar dentro de un modelo por tiempo o por capacidad, que dependerá, en cada caso, de la elección realizada por el operador.

Según la recurrente esto rompe la coherencia que debe existir entre la definición del modelo de red inteligente y la posibilidad de incorporar parte de los tráficos al modelo de capacidad, añadiendo un plus de complejidad técnica. Propone que se incluyan alguna de estas dos opciones:

- i. Que se modifique el modelo de red inteligente para adaptarlo a los mismos términos que el definido en el Informe técnico.
- ii. Que se excluyan de la interconexión por capacidad todos los servicios de interconexión de llamadas a numeraciones de red inteligente.

Por último, alega que también ha de ser coherente el plazo de 8 meses que se ha establecido para llevar a cabo la migración al nuevo modelo de red inteligente y el plazo para que se habiliten los nuevos servicios en el modelo por capacidad, unificándolos en 8 meses.

Según Telefónica, la medida adoptada es *“contraria, por incoherencia, al marco regulatorio actual y, por tanto, nula de pleno derecho a tenor del artículo 62.f) de la [LRJPAC]”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

4.- Respecto a las modificaciones operadas en el apartado *II.8. "Servicio de interconexión de circuitos"*.

4.1.- Que el Punto II.8.6.: Solicitud de proceso de viabilidad previos de circuitos; comunicación y notificación temprana de los servicios; procedimiento de provisión de circuitos de alto coste es nulo de pleno derecho de acuerdo con el artículo 62.1.c) de la LRJPAC por imponer una obligación de contenido imposible.

Telefónica alega que el plazo de 5 días que se establece en la Resolución de 23 de noviembre para realizar un estudio de viabilidad no es real y, además, vulnera el artículo 54 por falta de motivación.

La recurrente señala que el análisis del proceso de viabilidad de un circuito se realiza en paralelo y de forma simultánea al proceso de tramitación, realizándose los jalones determinados para la provisión del servicio, de tal forma, que en algún momento del plazo de tramitación puede generarse una alarma que indique la falta de viabilidad del circuito. Esto motiva la necesidad de realizar un análisis posterior sobre el coste del circuito en función de la alarma de no-viabilidad detectada.

Manifiesta que se le está imponiendo una nueva obligación en pleno proceso de definición de mercados. Añade que se trata de una obligación sumamente gravosa ya que supone la realización de un estudio previo de todas las peticiones de los operadores. En su opinión, se trata de una obligación de imposible cumplimiento.

Según la recurrente es necesario un plazo no inferior a 10 días laborables para la realización de dicho estudio, lo contrario supone una obligación de imposible cumplimiento.

4.2.- Que el Punto II.8.14.: Nuevos plazos de entrega de enlace a cliente, de acuerdo con la Recomendación de la CE de 21-1-2005 es nulo de pleno derecho de acuerdo con el artículo 62.1.a) de la LRJPAC por vulnerar el artículo 24 de la Constitución así como el artículo 54 de la LRJPAC por falta de motivación.

La Resolución recurrida establece las siguientes reducciones de plazos para la entrega de los circuitos:

- el plazo de entrega de circuitos parciales digitales de 64 Kbit/s y n*64 Kbit: pasa de 20 a 18 días.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- el plazo de entrega de circuitos parciales digitales de 2 Mbit/s no estructurado: pasa de 32 a 30 días.
- el plazo de entrega de circuitos parciales digitales de 2 Mbit/s estructurado: pasa de 38 a 33 días.

Esta reducción de plazos se realiza con objeto de incorporar los plazos máximos establecidos en la Recomendación de la Comisión de la Comunidad Europea de 1 de enero de 2005. Telefónica alega que las recomendaciones carecen de aplicabilidad directa y no son vinculantes. Además esta Recomendación se refiere a circuitos de hasta 50 Km. y en la OIR se permiten distancias de hasta 70 Km. Esta diferencia justifica la ampliación del plazo en 2 días.

Manifiesta que esta Comisión no ha motivado suficientemente la causa de desestimación de su solicitud, vulnerando así el artículo 54 de la LRJPAC. Esta falta de motivación, le provoca indefensión prohibida en el artículo 24 de la Constitución.

En resumen, Telefónica considera que para los circuitos de enlace a cliente o bien deberían mantenerse los plazo previos a la modificación de la OIR o bien debería modificarse la distancia máxima para los que tiene la obligación de ofrecerlos, pasando a ser 50 Km.

5.- Respecto a las modificaciones operadas en el apartado II.9. “Nuevos Servicios”.

5.1.- Que el Punto II.9.2.: Condiciones de reutilización de infraestructura de interconexión para prestación de servicios de entrega de señal de la OBA es nulo de pleno derecho de acuerdo con el artículo 62.1.a) de la LRJPAC por vulnerar el artículo 24 de la Constitución así como el artículo 54 de la LRJPAC por falta de motivación.

La Resolución recurrida añadía al final del apartado 7.4.2.4.”Punto de interconexión óptico”, el siguiente párrafo:

“Cuando sea necesario ampliar el Pdl sustituyendo el equipo de transmisión existente por uno de mayor capacidad, las condiciones económicas de provisión de la ampliación de un Pdl definidas en esta Oferta se aplicarán únicamente en caso de que en el equipo de transmisión existente al menos el 60% de la capacidad utilizada corresponda a servicios de los definidos en la presente Oferta. En caso contrario, Telefónica negociará con el operador las condiciones económicas razonables para la ampliación del equipo existente.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Telefónica alega que la Comisión no ha justificado lo que entiende por “reutilización”, vulnerando el artículo 54.1.f) de la LRJPAC que establece la motivación de los actos discrecionales.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define reutilización como “*utilizar algo, bien con la función que desempeñaba anteriormente o con otros fines*”. Según Telefónica no se puede deducir que sea legítima la creación de nuevas infraestructuras para utilizarlas con cualquier fin (así lo ha alegado también en el proceso de modificación de la OBA).

Además, pretende que el acto es nulo de pleno derecho porque le coloca en una situación de indefensión contraria al artículo 24 de la Constitución. Afirma que, actualmente, la constitución de un Pdl óptico le permite recobrar su importe y recibir una retribución razonable, por lo que cualquier reducción del porcentaje del 100% citado, le supone un quebranto económico e injustificado que le genera indefensión.

Solicita en su recurso que la Comisión anule esta decisión y que admita que el uso del Pdl debe ser 100% para cursar tráfico remunerado de interconexión, antes de poder solicitar ampliaciones del mismo que deben estar fundamentadas en previsiones razonables de crecimiento de tráfico de interconexión. Si se produjesen incrementos en el tráfico de interconexión del operador, éste deberá cursarlo por la infraestructura ya existente hasta agotar su capacidad, reencaminando las entregas de señal por cualquier otro medio. La Comisión tendría que eliminar cualquier referencia a un porcentaje de tráfico (60%) que le legitime a solicitar el coste de la ampliación. Cualquier otra ampliación deberá ser asumida por el operador.

Subsidiariamente, si esto no fuese admitido, Telefónica solicita que se revise el criterio recogido en la Resolución del expediente AEM 2005/1455² y que se sustituya la redacción dada al citado apartado 7.4.2.4. por la siguiente:

<< Cuando sea necesario ampliar el Pdl sustituyendo el equipo de transmisión existente por uno de mayor capacidad, las condiciones económicas de provisión de la ampliación de un Pdl definidas en esta Oferta se aplicarán únicamente en caso de que en el equipo de transmisión existente el 100% de la capacidad utilizada corresponda a servicios de los definidos en la presente Oferta. En caso contrario,

² Resolución por la que se aprueba la definición y análisis del mercado del conjunto mínimo de líneas alquiladas, la designación de los operadores con poder significativo de mercado, la imposición de obligaciones específicas y se acuerda su notificación a la Comisión Europea. (MERCADO 7).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Telefónica tendrá derecho a repercutir al operador el importe del porcentaje del equipo de transmisión utilizado con otros fines, de acuerdo a los precios abajo indicados. A su vez, para que la ampliación pueda proveerse bajo las condiciones económicas definidas en esta Oferta, deberá estar justificada en una previsión fundada de crecimiento del tráfico de interconexión. Si la ampliación se hiciese para cursar entregas de señal, el operador abonará completamente a su vez la nueva instalación genérica de acuerdo a los precios que se citan a continuación, a los que posteriormente habría que añadir los importes de cada tarjeta instalada, de acuerdo a lo regulado en cada momento en la OBA vigente:

- *Ampliación de STM-1 a STM-4 25.000 euros*
- *Ampliación de STM-4 a STM-16 40.000 euros >>*

Por último, solicita que la Comisión no deje a la libre negociación entre las partes la compensación económica para la ampliación de equipos ya que se trata de un importe fácilmente cuantificable. El suministro se puede justificar por medio de las correspondientes facturas de aprovisionamiento.

6.- Respecto a las modificaciones operadas en el apartado II.19. “Contrato tipo”.

La Resolución de 23 de noviembre resolvió modificar el punto 11.14 de la OIR sobre los mecanismos de aseguramiento del pago, introduciendo las siguientes reformas:

<< • Nuevas condiciones de operador. Bien sea con carácter previo a la apertura de la interconexión, bien sea una vez abierta la interconexión, se estima justificada la constitución del aval en los siguientes supuestos:

o Impagos sin causa justificada en derecho o demoras en el pago de dos facturas relativas a servicios de interconexión o servicios distintos de interconexión.

o Encontrarse el operador en una situación de riesgo crediticio, considerándose como tal alguno de los supuestos de situación concursal declarada por el juzgado o al menos solicitada por el deudor.

• *Definición de la cuantía económica del aval. El valor económico del aval se estima, de acuerdo al procedimiento descrito en los Fundamentos de Derecho, en función de dos tipos de servicios:*

o Servicios con cuota asociada (Interconexión por capacidad, interconexión de circuitos, servicio de conexión en caso de Pdl eléctricos)

o Servicios de interconexión por tiempo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *Procedimiento de revisión de la cuantía del mecanismo: la revisión tomará como base los la facturación media real de Telefónica en los últimos 6 meses. >>*

En relación con estas novedades, Telefónica solicita la nulidad de este punto, diferenciando, en general, los casos en los que se puede solicitar garantía antes de la interconexión de los que tiene que estar abierta la interconexión para exigir aval. Así:

- **Nulidad del apartado II.19.2.4 de la Resolución por el que se modifica el apartado 11.14.1 de la OIR en cuanto a los supuestos en los que tiene se puede solicitar garantía antes de la interconexión.**

6.1. Que el Punto II.19.2.4: mecanismos de aseguramiento del pago es nulo de pleno derecho de acuerdo con el artículo 62.1.a) y 62.1.e) de la LRJPAC por vulnerar el artículo 11.5 de la LGTel, el artículo 54.1.a) de la LRJPAC y los artículos 9 y 24 de la Constitución.

Con las modificaciones introducidas por la Resolución recurrida, el apartado 11.14.1 de la OIR establece:

“La entidad Telefónica de España podrá exigir al operador la constitución de una garantía para el aseguramiento del pago (en adelante aval) que se hará de la manera que seguidamente se expone en función de las siguientes circunstancias:

1. En el momento anterior a la efectiva interconexión se podrá exigir la constitución de un aval al operador interesado en la misma, cuando el operador se encuentre en alguno de los supuestos de situación concursal declarada por el juzgado o al menos solicitada por el deudor y cuando en las relaciones comerciales establecidas entre Telefónica de España y este operador, o las empresas matrices, socios de referencia, empresas fusionadas, absorbidas o que hubieran asumido expresamente los derechos y obligaciones de la empresa anterior en cuanto al negocio objeto de la misma del operador que pretenda interconectarse, se hayan producido impagos sin causa justificada en derecho en al menos dos facturas giradas por Telefónica de España, y siempre que la deuda continúe vigente.”

En la Resolución de 23 de noviembre se añade un nuevo supuesto para la solicitud del aval por parte de Telefónica: encontrarse el operador en una situación de riesgo crediticio, considerándose como tal alguno de los supuestos de situación concursal declarada por el juzgado o, al menos, solicitada por el deudor.

Telefónica alega que este punto vulnera los principios de objetividad, proporcionalidad y de no discriminación recogidos en el artículo 11.5 de la LGTel.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Considera, asimismo, que este apartado de la Resolución no motiva de forma suficiente la solución adoptada en relación con los mecanismos de aseguramiento del pago. Diferencia los dos supuestos:

- i. en el primer supuesto, cuando se le permite solicitar aval antes de hacer efectiva la interconexión cuando exista una situación concursal del operador solicitante de la interconexión declarada por el juzgado o solicitada por el deudor.

Considera que no es proporcionado que tenga que prestar servicios de interconexión a operadores en esta situación teniendo en cuenta el riesgo de impago que asume en su prestación. Insiste en que la única medida proporcionada en estos casos es el prepago o, subsidiariamente, una garantía que cubra ocho meses de servicios futuros, solicitando la modificación de la Resolución en este sentido (según los cálculos de Telefónica es lo que se puede demorar el procedimiento para suspender la interconexión por impagos).

Adicionalmente, Telefónica considera que esta Comisión se ha extralimitado en sus competencias al imponerle la obligación de interconectarse con un operador que se encuentra incurso en un procedimiento concursal, apoyándose en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de diciembre de 2004.

- ii. en el segundo supuesto, cuando se le permite solicitar aval antes de hacer efectiva la interconexión cuando se hayan producido impagos anteriormente. Estos impagos están sujetos a las siguientes condiciones: que se trate de un impago de al menos dos facturas giradas por Telefónica, sin causa justificada en derecho y siempre que la deuda continúe vigente.

Respecto que el impago tenga que ser sin causa justificada en derecho alega que es un concepto jurídico indeterminado que vulnera el principio de seguridad jurídica del artículo 9 de la Constitución provocándole indefensión, proscrita en el artículo 24 del texto constitucional.

Respecto que el impago sea de, al menos, dos facturas giradas por Telefónica. Ésta alega que resulta incoherente el hecho de que con el impago de una factura haya de abrirse la interconexión al que lo solicita por primera vez sin poder solicitar una garantía. La Resolución recurrida no motiva esta decisión, vulnerando el artículo 54 de la LRJPAC.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por último, respecto que la deuda tenga que continuar vigente, alega que este es un criterio absurdo, falto de objetividad, desproporcionado y absolutamente discriminatorio para ella, vulnerando el artículo 11.5 de la LGTel. La recurrente afirma que es posible que se haya cobrado la deuda después de innumerables gestiones o después de ejercitar las correspondientes acciones judiciales y aún así la deuda no está vigente, por lo que no se podría solicitar el aval.

Por otra parte, mantiene que la desaparición del actual marco normativo de las notificaciones o de disposiciones que establecían la necesidad de verificar la solvencia técnica y económica del solicitante de un título habilitante, representa un riesgo elevado para ella debido a la insuficiencia de los mecanismos de aseguramiento del pago que se contemplan en una oferta de interconexión abierta y obligatoria como la OIR, volviéndose a ratificar en este punto en todas y cada una de las alegaciones formuladas en el expediente originario.

Solicita que la Comisión adopte las medidas correctoras que sean de su competencia en el nuevo marco a fin de evitar que ninguno de los operadores tenga que asumir riesgos injustos e innecesarios por la prestación de servicios, en especial, cuando se producen de forma continuada retrasos en los pagos. En este sentido, alega que el hecho de que la Comisión no hubiese definido los mercados a la fecha de la resolución (23 de noviembre de 2005) no debe significar que se tengan que mantener medidas ex ante como las contenidas en este punto de "Mecanismos de aseguramiento del pago" sino que sería posible su revisión por la Comisión a través de la OIR.

Por último, afirma que este punto es nulo de pleno derecho por vulnerar el artículo 54 de la LRJPAC por falta de motivación. La Resolución debería motivar el porqué se desestiman sus propuestas y porqué se adoptan determinados parámetros (por ejemplo que el impago tenga que ser de dos facturas y no de una factura) en lugar de otros, provocándole indefensión proscrita en el artículo 24 de la Constitución.

6.2. Que el Punto II.19.2.4: mecanismos de aseguramiento del pago es nulo de pleno derecho de acuerdo con el artículo 62.1.a) y 62.1.e) de la LRJPAC por vulnerar el artículo 11.5 de la LGTel, el artículo 54.1.a) de la LRJPAC y los artículos 9 y 24 de la Constitución, en relación con la cuantía del aval establecida.

La Resolución establece dos formas de cálculo de la cuantía del aval: una para servicios que llevan cuota asociada y otra para servicios de interconexión. En ambos casos la cifra resultante se multiplica por dos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Telefónica alega que la Resolución recurrida no motiva en ningún apartado porque se tiene que multiplicar sólo por dos. De esta manera, se cubren sólo dos meses de servicios prestados y, según sus cálculos, el plazo en el que puede proceder a la interconexión autorizada por la Comisión es de 8 meses. En consecuencia, la cuantía del aval es nula de pleno derecho de acuerdo con el artículo 62.1.e) de la LRJPAC ya que no se ha motivado, de acuerdo con el artículo 54.1.a) de la misma Ley, el parámetro aplicable. Al tratarse de un parámetro arbitrario es, también, nulo de pleno derecho de acuerdo con el artículo 62.1.a) de la LRJPAC por causarle indefensión, vulnerando los artículos 24 y 9 de la Constitución.

Por último, solicita a esta Comisión que en los conflictos relativos al impago de servicios de interconexión decidiera, con carácter general, su tramitación por procedimiento de urgencia con el fin de acortar el periodo de tramitación a la mitad.

- **Nulidad del apartado II.19.2.4 de la Resolución por el que se modifica el apartado 11.14.1 de la OIR en cuanto a los supuestos en los que se puede solicitar garantía una vez abierta la interconexión.**

6.3. Que el Punto II.19.2.4: mecanismos de aseguramiento del pago es nulo de pleno derecho de acuerdo con el artículo 62.1.a) por vulnerar el artículo 11.5 de la LGTel.

Telefónica denuncia los mismos vicios de nulidad que los alegados en el apartado anterior. Incluso la supuesta indeterminación del concepto “sin causa justificada en derecho” para el impago.

Por otra parte, afirma que la Comisión está resolviendo sobre aspectos de derecho civil y mercantil para los que la Comisión no tiene competencias y mantiene unas obligaciones ex ante que exceden de la normativa regulatoria de los servicios.

Por todo esto, denuncia la nulidad de pleno derecho de acuerdo con el artículo 62.1.a) de la LRJPAC por vulnerar el artículo 11.5 de la LGTel porque impone medidas que no son objetivas, ni proporcionadas y resultan discriminatorias.

6.4. Que el Punto II.19.2.4: mecanismos de aseguramiento del pago es nulo de pleno derecho de acuerdo con los artículos 62.1.a) y 62.1.e) de la LRJPAC por vulnerar el artículo 54.1.a) de la LRJPAC y el artículo 24 de la Constitución.

Telefónica reitera todos sus argumentos sobre la falta de motivación de la Resolución recurrida a la hora de establecer unos parámetros arbitrarios sin



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

justificación. En particular en lo referente a la falta de motivación de la exigencia de dos facturas impagadas para poder solicitar aval y que no baste con una.

Esta falta de motivación vulnera el apartado 54.1.a) de la LRJPAC y le provoca indefensión del artículo 24 de la Constitución.

6.5. Que el Punto II.19.2.4: mecanismos de aseguramiento del pago es nulo de pleno derecho de acuerdo con el artículo 62.1.a) y 62.1.e) de la LRJPAC por vulnerar el artículo 24 de la Constitución, en relación con la cuantía del aval establecida.

En este apartado, reitera sus alegaciones en relación con la cuantía del aval en los supuestos anteriores a la interconexión (apartado 6.2. anterior). En particular en lo referente a la falta de motivación del factor “dos” como multiplicador para calcular la cuantía del aval y la insuficiencia de dicha cuantía para cubrir el tiempo que transcurre desde que se inicia la reclamación hasta que se obtiene una resolución de la Comisión autorizando la desconexión. La recurrente reproduce su pretensión de que el aval debe cubrir una cantidad próxima a la facturación que podría generarse durante la tramitación del procedimiento ante esta Comisión.

Por tanto, otra vez, Telefónica alega que en lo referente a la cuantía del aval la resolución recurrida es nula de pleno derecho de acuerdo con los artículos 62.1.e) de la LRJPAC porque no se ha motivado suficientemente de acuerdo con el artículo 54.1.a) de la LRJPAC. Esta falta de motivación vulnera el artículo 24 de la Constitución al causarle indefensión siendo nulo de pleno derecho de acuerdo con el artículo 62.1.a) de la LRJPAC.

En este mismo punto, se queja de falta de motivación en la desestimación de la Resolución recurrida respecto al procedimiento de revisión de la cuantía. Manifiesta que el periodo a considerar tráficos de los últimos 6 meses para la revisión de la cuantía del aval, debería revisarse cuando exista una desviación mensual.

Por último, alega falta de motivación en la inclusión de parámetros incluidos en la Resolución respecto a la vigencia de las garantías, manteniendo su propuesta inicial del expediente.

6.6. Que el Punto II.19.2.4: mecanismos de aseguramiento del pago es nulo de pleno derecho de acuerdo con el artículo 62.1.c) de la LRJPAC por vulnerar el artículo 6 y ss. de la LGTel y el artículo 6 del Reglamento de Mercados.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Telefónica afirma que este apartado es nulo de pleno derecho de acuerdo con el artículo 62.1.c) de la LRJPAC que establece la nulidad de los actos que tengan un contenido imposible.

Según la recurrente no existe normativa que permita a la Comisión cancelar la inscripción por insolvencia en contra de lo que establece la Resolución, tan sólo hay que cumplir los requisitos recogidos en el artículo 6 de la LGTel. El Reglamento de Servicio, en sus artículos 14 y 6, tampoco regula la insolvencia como posible causa de cancelación de inscripción o extinción de su habilitación.

7.- Respecto a las modificaciones operadas en el apartado 11.23: “Revisión de precios de la OIR y garantía del trámite de audiencia.”

7.1. Sobre que el punto 11.23 de la OIR es nulo de pleno derecho de acuerdo con el artículo 62.1.(a) de la LRJPAC por infracción del artículo 24 de la Constitución española.

La Resolución recurrida señala en su apartado 11.23.2.2 que:

“(…) Los diferentes escenarios dentro del estudio de bottom-up dirigido por esta Comisión, indican que los precios resultantes no están significativamente separados de los actuales vigentes en la OIR (…)”.

Manifiesta que sobre los costes determinados en el modelo Bottom-Up utilizado por la Comisión, se han manifestado una serie de deficiencias y problemas que Telefónica ha transmitido reiteradamente, que afectaban a los datos de entrada del modelo, la metodología empleada, la red diseñada y una considerable falta de rigor, por la utilización de hipótesis no contrastadas por parte de la consultora Europe Economics.

Cuando se subsanaban en el mismo dichas deficiencias puestas de manifiesto, los costes resultantes se situaban en línea con los obtenidos por la Contabilidad de Costes en el estándar de costes corrientes, muy por encima, por tanto, de los precios vigentes en la OIR de 2003, sobre todo en lo que respecta a la Interconexión por capacidad en el nivel local. Telefónica plantea en su recurso este cuadro que recoge dichas desviaciones respecto a los precios de la OIR:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

	(%) de Variación		
	2003/OIR	2004/OIR	2004/2003
Local	67%	83%	10%
Metropolitano	10%	27%	15%
Transito simple	21%	31%	8%

Afirma que los precios aprobados tendrían que haberse incrementado entre un 27% y un 83% para cubrir sus respectivos costes incrementales. Se pone de manifiesto la tendencia ascendente de los costes unitarios cuando se actualiza el modelo para el ejercicio 2004 dada la creciente actividad del resto de operadores entrantes en el mercado y la pérdida de minutos en la red de Telefónica.

Por esto, solicita que los precios de estos modelos, dadas sus características, incorporen, además de los costes derivados del modelo Bottom-Up, aquellos otros componentes que no se consideran en este y en los que incurriría cualquier operador en el mundo real.

En conclusión, Telefónica alega en su recurso que no ha tenido posibilidad de rebatir los nuevos precios finalmente aprobados ya que, a lo largo del procedimiento, no se le dio traslado de la propuesta de los nuevos precios. Según ella en la fijación de los precios se ha vulnerado el principio de audiencia y defensa y se le ha producido indefensión. Por ello considera que este acto de fijación es nulo de pleno derecho de acuerdo con el artículo 62.1 a) e) de la LRJPAC por infringir el artículo 24 de la Constitución.

ALEGACIONES DE OTROS OPERADORES

TERCERO.- Con fecha 22 de febrero de 2006 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de VODAFONE ESPAÑA, S.A. (en adelante, Vodafone) por el que daba contestación al recurso de Telefónica. En el citado escrito VODAFONE manifiesta lo siguiente:

1.- Que el *Punto II.3.1: Análisis y propuestas de simplificación de las modalidades existentes (acceso/terminación)* se encuentra poco motivado.

Vodafone manifiesta su desacuerdo con la eliminación del modelo de terminación para los servicios de tarifas especiales de tarificación adicional y de llamadas masivas (803, 806, 807, 905 y 907).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Alega que existe una falta de coherencia en las conclusiones de la Comisión respecto a los servicios de tarifas especiales de tarificación adicional y de llamadas masivas (803, 806, 807, 905 y 907) y los servicios 901, 902 y 70X. Para los primeros, se elimina el modelo de terminación para simplificar. En cambio, para los segundos se mantiene las dos modalidades, por lo que no se alcanza una simplificación global.

En cuanto a estas modalidades de interconexión para los servicios de 901, 902 y 70X, Vodafone dice que no se ha motivado el cambio de criterio entre la Resolución de 23 de noviembre de 2005 y el Informe de Audiencia. En este Informe se establecía que en los servicios de interconexión para llamadas a numeración de coste compartido (901) no se producirían pagos en interconexión y que en los servicios de interconexión para llamadas a numeración de pago por el abonado llamante (902) se regirían por un modelo de terminación. Vodafone manifiesta también con respecto a estos servicios que el único modelo válido es el de terminación.

2.- Que el *Punto II.19.2.4: mecanismos de aseguramiento del pago*, no es ni real ni flexible, solicitando su modificación y la inclusión de un mecanismo prepago.

Vodafone alega que es necesario ampliar los mecanismos de aseguramiento del pago, tanto en el establecimiento de avales como en el establecimiento de sistemas prepago.

El hecho de no poder solicitar la constitución de un aval hasta que se haya verificado el impago efectivo por el operador que lo solicita no responde a la naturaleza preventiva del aval.

Solicita la inclusión de un mecanismo prepago que resulte eficaz y adaptado a la realidad comercial de la relación de los operadores interconectados, permitiendo una flexibilización que no presenta el aval.

CUARTO.- Con fecha 27 de febrero de 2006 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (en adelante, ASTEL) por el que daba contestación al recurso de Telefónica. En el citado escrito ASTEL manifiesta lo siguiente:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1.- Sobre la falta de motivación e indefensión alegada por Telefónica en su recurso.

ASTEL realiza una alegación previa en la que pone de manifiesto que la falta de motivación denunciada reiteradamente por Telefónica en su recurso supone una mera falta de acuerdo con las decisiones adoptadas por la Comisión. ASTEL pretende poner de manifiesto que Telefónica utiliza esta alegación como “comodín” cuando no está de acuerdo con alguna decisión (trae a colación la Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de febrero de 2003).

2.- Sobre las alegaciones de Telefónica en contra de las modificaciones operadas en el apartado II.3. *“Interconexión para servicios de red inteligente (servicios de tarifas especiales)”*.

2.1.-Sobre las alegaciones de Telefónica al *Punto. II.3.1: Análisis y propuestas de simplificación de las modalidades existentes (acceso/terminación)*.

Telefónica alega sobre este punto que adolece de falta de motivación y que le genera indefensión.

ASTEL manifiesta que, en este caso, no se produce indefensión alguna ya que la Administración tiene discrecionalidad para modificar su propuesta inicial. Telefónica pretende que cualquier modificación que se realice sobre en el trámite de audiencia sea consultada, nuevamente, a los interesados. ASTEL cree que esto es totalmente ilógico ya que implicaría que, o bien la Administración no pueda variar nunca sus propuestas iniciales (por lo que el trámite de audiencia carecería de sentido) o bien que los cambios que la Administración introdujera, aunque fuesen mínimos, tuvieran que ser otra vez consultados, convirtiéndose en un trámite sin fin.

La Comisión en el expediente que dio origen a la Resolución recurrida ha obrado de forma correcta.

Los operadores distintos a Telefónica se han esforzado en demostrar que la propuesta de ésta conllevaba un gran perjuicio para el negocio de los demás en la prestación de los servicios de red inteligente. Los asociados de ASTEL pusieron de manifiesto que la supresión del modelo de acceso:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- que quiebra el principio de confianza legítima. Era un modelo de uso consolidado cuya permanencia en el mercado parecía indudable. Los operadores habían desarrollado grandes inversiones entorno al mismo.
- que el impacto de su desaparición conllevaría pérdidas de millones de euros para los operadores que en la actualidad lo empleaban, así como un perjuicio irreversible e irreparable.
- que los argumentos de Telefónica era insuficientes y poco sólidos y que se crearía una ventaja competitiva en su beneficio.

Por todo esto, ASTEL³ solicita que sea desestimada la pretensión de Telefónica.

2.2.- Sobre las alegaciones de Telefónica al *Punto. II.3.7: Mejora de los procedimientos para acreditación de impagos de comunicaciones a servicios de tarifas especiales de tarificación adicional.*

Telefónica denuncia en este punto la falta de motivación y la imposición de obligaciones de contenido imposible. Alega, también, indefensión que le causa la decisión respecto a los documentos que tiene que aportar como acreditación de un impago

ASTEL ya indicó en el expediente MTZ 2004/1724 que era muy importante que se determinara un plazo lógico y cierto para la realización de las gestiones que tenía que hacer Telefónica. La Comisión decidió rechazar la propuesta de la recurrente argumentándolo perfectamente (pág. 73 de la Resolución recurrida). Además, la Comisión examinó la eventual indefensión que se le causa argumentando la inexistencia de tal indefensión (pág. 76 de la Resolución recurrida).

ASTEL solicita que se rechace esta pretensión de Telefónica.

2.3.-Sobre las alegaciones de Telefónica al *Punto. II.3.8. Plazo requerido para la comunicación de nuevos servicios de tarifas especiales.*

Telefónica pretende que este punto es anulable por infracción del ordenamiento jurídico, ya que la Comisión no ha justificado la denegación de su solicitud de disminución del plazo de comunicación del cambio o apertura de la numeración de red inteligente.

³ Con la oposición de Vodafone.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ASTEL contesta que la Comisión sí que analizó la propuesta de la recurrente y que la rechazó sobre la base de una serie de argumentos que se recogen en las págs. 78-80 de la Resolución recurrida.

En todo caso, ASTEL señala la necesidad de que se mantenga el plazo de 3 meses para la apertura o modificación de las condiciones aplicables a la numeración de red inteligente, en lugar de dos meses propuestos por Telefónica ya que cualquiera de estas operaciones influye directamente en las condiciones de interconexión y en los precios y servicios que el resto de operadores ofrecen a sus clientes, especialmente en el modelo de acceso.

Solicita que se desestime esta alegación de Telefónica.

3.- Sobre las alegaciones de Telefónica en contra de las modificaciones operadas en el apartado II.4. “*Números Cortos*”.

3.1.- Sobre las alegaciones de Telefónica al *Punto. II.4.1. Inclusión de números cortos no gratuitos para el usuario llamante.*

Telefónica dice que esta decisión está poco motivada ocasionándole indefensión y por ello una lesión de sus derechos susceptibles de amparo, siendo nulo de pleno derecho de acuerdo con el artículo 62.1.a) de la LRJPAC.

La recurrente manifiesta que en la actualidad hay números cortos dentro del rango 14XY y 19XY que no son gratuitos y que esta circunstancia debería recogerse dentro de la OIR estableciendo para los mismos un modelo de terminación. La Comisión desestimó esta propuesta sobre la base de sólidos argumentos recogidos en la Resolución recurrida en las págs. 86-90. Por lo tanto debe desestimarse esta alegación basada en la no motivación e indefensión.

Por otra parte, ASTEL cree que en la OIR se debe reconocer la existencia de esta numeración no gratuita pero no se tiene que regular sino que debe dejarse a la libre negociación entre las partes. Tal y como lo hace la Comisión en la pág. 88 de la Resolución recurrida.

Por último, ASTEL señala que la implantación de un modelo de terminación para el servicio de Datáfono no sería adecuado ya que este modelo no remunera suficientemente al operador que aporta mayor valor, es decir, al operador de Datáfono. El operador de acceso únicamente transporta la llamada desde el comercio hasta el operador interconectado.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

4.- Sobre las alegaciones de Telefónica en contra de las modificaciones operadas en el apartado II.6. *“Interconexión por capacidad”*.

4.1.- Sobre las alegaciones de Telefónica al *Punto. II.6.3 Inclusión de nuevos servicios disponibles en interconexión por capacidad*.

Telefónica alega que este apartado supone una vulneración de los artículo 62.1.e) y f) de la LRJPAC, es decir, que se ha dictado en ausencia del procedimiento debido e infringiéndose el ordenamiento jurídico.

En cuanto a la ausencia del procedimiento legalmente establecido, Telefónica manifiesta que no se le concedió trámite de audiencia tras las modificaciones que se introdujeron al informe de audiencia. ASTEL, por su parte, dice que la Comisión cumplió con este trámite y que la decisión última la tiene que adoptar la propia Comisión. En conclusión, se ha de desestimar esta pretensión ya que sí que se ha seguido el procedimiento establecido.

Por otra parte, en cuanto la nulidad por contravenir el ordenamiento jurídico, Telefónica se apoya en dos razones: gran complejidad técnica de la solución adoptada (separación de la parte del acceso facturado dentro del modelo de interconexión por capacidad de un componente facturado por tiempo) y falta de coherencia de la solución adoptada con el contenido de la OIR.

ASTEL alega que la solución adoptada no es de gran complejidad técnica ya que una solución similar se emplea actualmente a propuesta de Telefónica respecto a las comunicaciones establecidas desde terminales de uso público a numeraciones de cobro revertido automático. Así se afirma, también, en la pág. 133 de la Resolución recurrida. Además, la coherencia en la gestión de los tráficos hace lógico otorgar un mismo tratamiento a los mismos servicios, en este caso el de acceso.

ASTEL solicita que se desestime la pretensión de Telefónica en este punto, confirmando el contenido del punto II.6.3 de la Resolución recurrida.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

5.- Sobre las alegaciones de Telefónica en contra de las modificaciones operadas en el apartado II.8. “Servicio de interconexión de circuitos”.

5.1.- Sobre las alegaciones de Telefónica al Punto. II.8.6.: Solicitud de proceso de viabilidad previos de circuitos; comunicación y notificación temprana de los servicios; procedimiento de provisión de circuitos de alto coste.

Telefónica se queja de que se le está imponiendo una obligación de imposible cumplimiento ya que no puede cumplir con el plazo que se le ha impuesto para confirmar o rechazar la solicitud de un circuito en atención a la viabilidad. Incurriendo así en la nulidad de pleno derecho del artículo 62.1.c) de la LRJPAC.

ASTEL contesta que en todo caso habrá de tener como referencia el plazo interno que tenga Telefónica para este procedimiento. Si éste es superior a los cinco días establecidos actualmente, Telefónica deberá probarlo aportando información sobre sus procedimientos internos.

Telefónica alega en cuanto al establecimiento de un procedimiento para confirmar la viabilidad de los circuitos que supone la imposición de una nueva obligación adicional. Frente a ello, ASTEL dice que no es una nueva obligación sino el perfeccionamiento de un servicio de interconexión contenido en la OIR.

Solicita que se desestime esta alegación de Telefónica.

5.2.- Sobre las alegaciones de Telefónica al Punto. II.8.14.: Nuevos plazos de entrega de enlace a cliente, de acuerdo con la Recomendación de la CE de 21-1-2005.

Telefónica considera que este punto incurre en nulidad por no encontrarse suficientemente motivado y producirle indefensión. La Comisión establece unas reducciones de plazos para la entrega de circuitos de acuerdo con la Recomendación CE de 21 de enero de 2005.

Por una parte, Telefónica manifiesta que la Recomendación no es vinculante y que carece de aplicabilidad directa y por ello su aplicación vulnera el ordenamiento jurídico sino se motiva suficientemente. ASTEL aduce que no existe norma alguna que sea vulnerada por la Recomendación de 21 de enero de 2005 siendo lógica la tendencia de la Comisión a seguir esta Recomendación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otra parte, Telefónica indica que la recomendación parte de unos presupuestos diferentes a los recogidos en la OIR vigentes, porque se contempla una distancia máxima de provisión de los circuitos parciales de 50 Km. mientras que en la OIR se permiten distancias de hasta 70 Km. ASTEL señala que este argumento ya se ha contestado por la Comisión en la resolución recurrida, en su pág. 189.

Solicita que no se tenga en consideración esta alegación de Telefónica.

6.- Sobre las alegaciones de Telefónica en contra de las modificaciones operadas en el apartado II.19. “Contrato Tipo”.

6.1.- Sobre las alegaciones de Telefónica al *Punto. II.19.2: Mecanismos de aseguramiento de pago*

Telefónica denuncia la vulneración del artículo 11.5 de la LGTel en relación a cuándo se puede solicitar aval. Telefónica sostiene que se vulnera el principio de proporcionalidad y objetividad. ASTEL considera que la Comisión sí ha considerado estos principios y así se justifica en la Resolución recurrida (pág. 264).

Telefónica alega indefensión porque se vulnera el principio de seguridad jurídica ya que se introducen conceptos, a su juicio, indeterminados como “causa justificada en derecho”. ASTEL contesta que este concepto está plenamente aceptado en derecho y que define plenamente una situación con lo que no se produce indefensión.

Telefónica se apoya, también, en la falta de motivación en la que se incurre tanto en los supuestos en los que se puede solicitar garantías antes y después de la interconexión, como en relación a la cuantía del aval. ASTEL considera que la pretendida falta de motivación esconde la falta de conformidad con la decisión adoptada. La Resolución recurrida motiva suficiente y extensamente (más de 20 páginas) el rechazo de las medidas solicitadas por la recurrente.

ASTEL solicita la desestimación la pretensión de Telefónica al respecto.

7.- Sobre las alegaciones de Telefónica en contra de las modificaciones operadas en el apartado II.23. “Revisión de precios de la OIR y garantía del trámite de audiencia.”

ASTEL en este punto se muestra de acuerdo con Telefónica al considerar que la omisión del trámite de audiencia suponen un supuesto de nulidad de pleno derecho de los artículo 62.1(a y (e de la LRJPAC. Solicita que en futuras revisiones de la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

OIR se garantice este trámite esencial sobre todo en cuanto a criterios y parámetros que se siguen y consideran para su determinación.

QUINTO.- Con fecha 27 de febrero de 2006 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de EUSKALTEL S.A. (en adelante, Euskaltel) por el que daba contestación al recurso de Telefónica. En el citado escrito EUSKALTEL alega lo siguiente:

Única.- Sobre las alegaciones de Telefónica al Punto. II.9.2. Condiciones de reutilización de infraestructuras de interconexión para prestación de servicios de entrega de señal de la OBA.

Euskaltel manifiesta su desacuerdo con Telefónica en considerar como residual la utilización de los puntos de interconexión para la prestación de otros servicios. Afirma que supone un uso eficiente de la interconexión entre redes y que es práctica habitual entre operadores.

Tampoco se muestra conforme con las alegaciones de Telefónica respecto a la retribución de los mismos, ya que Euskaltel estima que Telefónica recibe una justa contraprestación por los recursos dispuestos.

SEXTO.- Con fecha 1 de marzo de 2006 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. (en adelante, France Telecom) por el que daba contestación al recurso de Telefónica. En el citado escrito FRANCE TELECOM dice lo siguiente:

1.- Sobre las alegaciones de Telefónica respecto a la supuesta falta de motivación e indefensión provocada por la Resolución de 23 de noviembre.

Telefónica repite a lo largo de todo su recurso que la supuesta falta de motivación de la Resolución recurrida le genera indefensión. France Telecom constesta que de las alegaciones de la recurrente se extrae, únicamente, la existencia de falta de acuerdo con las decisiones adoptadas. Sin embargo, para que la indefensión pueda considerarse como causa de nulidad ha de ser real y efectiva, circunstancia que ni se ha producido ni Telefónica ha conseguido justificar en su recurso. Solicita que se desestime el recurso interpuesto por Telefónica.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2.- Sobre las alegaciones de Telefónica al Punto. II.3.1. Análisis y propuestas de simplificación de las modalidades existentes (acceso/terminación).

France Telecom se reitera en todos los argumentos esgrimidos en el trámite de audiencia en contra de la eliminación del modelo de acceso para los servicios 901, 902 y 704 ya que sería contraria al principio de seguridad jurídica y resultaría desproporcionado.

Añade que la medida solicitada por Telefónica produciría graves distorsiones competitivas y que permitiría usar la interconexión como un arma de competencia desleal para reforzar su posición en la prestación de servicios de red inteligente.

ACUMULACIÓN DEL EXPEDIENTE AJ 2006/254

SÉPTIMO.- Con fecha 30 de diciembre de 2005, se presentó ante el Registro de esta Comisión un escrito de Telefónica mediante el que aportaba un fichero con el texto consolidado de la OIR, al objeto de dar cumplimiento la obligación que se establecía en el citado Resuelve Primero de la Resolución de 23 de noviembre de 2005.

OCTAVO.- Mediante escrito de fecha 12 de enero de 2006, se notificó a Telefónica que el texto consolidado de la OIR que había presentado ante esta Comisión, no se correspondía con lo establecido en la Resolución de 23 de noviembre de 2005 sobre la modificación de la OIR. Esta Comisión informaba a Telefónica que debía modificar los siguientes apartados del citado texto por no ser acordes con la Resolución de 23 de noviembre:

- *Apartado 1.1.4 del Anexo 2: recargos por inserción ineficiente.*

Incluidas las referencias a la inserción ineficiente realizadas en el Contrato tipo.

- *Apartado 11.14 (página 232 de la OIR consolidada): Mecanismos de aseguramiento del pago.*
- *Anexo 5.*

En concreto, todas las referencias específicas del Anexo 5 diferentes al procedimiento para la identificación de llamadas en tránsito con destino numeraciones de red inteligente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

NOVENO.- Con fecha 24 de febrero de 2006 se recibió en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de Telefónica por el que interponía recurso potestativo de reposición contra la notificación de esta Comisión de fecha 12 de enero de 2006 por la que se le instaba a presentar un nuevo texto consolidado de la OIR sin incluir modificaciones.

Como consecuencia de este escrito, se procedió a abrir el correspondiente expediente administrativo AJ 2006/254, notificándole a Telefónica el inicio del procedimiento.

En el citado escrito de interposición se expone básicamente lo siguiente:

- 1. Que el acto es nulo de pleno derecho de acuerdo con el artículo 62 de la LRJPAC por vulnerar el artículo 58.2 de la LRJPAC, siendo en todo caso recurrible de acuerdo con el artículo 48.17 de la LGTel.**

Telefónica considera que el acto que ahora recurre es una notificación de las que recoge el artículo 58.2 de la LRJPAC. Dado que el citado escrito no contiene la información señalada en ese precepto, Telefónica alega que es nulo de pleno derecho de acuerdo con el artículo 62 de la LRJPAC.

Por otra parte, en cuanto a la recurribilidad del acto, Telefónica se poya en el artículo 48.17 de la LGTel establece que *“las disposiciones y resoluciones que dicte la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones públicas pondrán fin a la vía administrativa y serán recurribles”*. Así que, considera Telefónica, a pesar de que el escrito no incorpore pie de recurso este es recurrible al tratarse de una disposición de la Comisión que pone fin a la vía administrativa.

- 2. Que el acto es nulo de pleno derecho de acuerdo con el artículo 62 de la LRJPAC por vulnerar los artículos 87 y siguientes de la LRJPAC e incumplir el principio de seguridad jurídica recogido en el artículo 24 de la Constitución Española.**

Telefónica alega que la Resolución de 23 de noviembre de 2005 puso fin al procedimiento MTZ 2004/1724 y que el acto que recurre vulnera los artículos 87 y siguientes de la LRJPAC, que establecen las formas de terminación del procedimiento, porque *“se ha dictado extemporáneamente una vez había finalizado el procedimiento administrativo con la aprobación de la resolución”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por último, Telefónica señala que si se admitiese que la Administración pudiese dictar, una vez terminado el procedimiento, nuevas disposiciones en el marco del mismo procedimiento, se vulneraría el principio de seguridad jurídica recogido en el artículo 24 de la Constitución Española.

3. Que el acto es nulo de pleno derecho de acuerdo con el artículo 62.1 apartados a) y e) de la LRJPAC por prescindir del procedimiento legalmente establecido causándole indefensión e infringiendo el artículo 24 de la Constitución Española.

En el escrito objeto de impugnación, se señalaba que Telefónica debía suprimir el párrafo relativo a recargos por inserción ineficiente. Sobre tal indicación alega:

- Que este párrafo no es novedoso y se ha analizado en el procedimiento MTZ 2004/1724.
- Que la Comisión no manifestó en el procedimiento referido su intención de suprimirlo.
- Que sí que ha suprimido cualquier referencia a los títulos habilitantes que existían en el anterior marco legal y las obligaciones de despliegue de red asociadas a los mismos.
- Que el recargo por inserción ineficiente era un elemento de la OIR independiente de las obligaciones de despliegue que los operadores tenían de acuerdo con el anterior marco.
- Que si un operador no se interconecta de una forma eficiente con la red de Telefónica, debe pagar la correspondiente penalización. Si no sería discriminatorio y perjudicial para el resto del sector.

Por todo ello, la recurrente considera que la obligación de suprimir este párrafo “1.1.4. Recargos por inserción ineficiente” es nula de pleno derecho de acuerdo con el artículo 62.1.e) por haberse dictado prescindiendo del procedimiento legalmente establecido que era, en opinión de Telefónica, el marco del procedimiento MTZ 2004/1724.

Alega, también, la nulidad del acto de acuerdo con el artículo 62.1.a) de la LRJPAC por vulnerar el derecho de defensa recogido en el artículo 24 de la Constitución Española ya que según Telefónica no ha podido realizar alegaciones a la propuesta de supresión de este párrafo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

4. Que el acto es nulo de pleno derecho de acuerdo con el artículo 62.1 apartados e) y f) de la LRJPAC por infringir el artículo 54.1 de la LRJPAC por falta de motivación.

Considera que el texto consolidado notificado es absolutamente fiel y respeta los términos recogidos en la Resolución de 23 de noviembre. La recurrente alega que en la página 265 de la Resolución se establece que:

“En cualquier caso, no ha lugar a introducir la exigencia de aseguramiento con anterioridad a la firma del propio contrato y únicamente la exigencia del sistema de aseguramiento se producirá con anterioridad a la apertura de la interconexión, por ser ésta la circunstancia que desencadena la existencia de riesgo crediticio.”

De acuerdo con esto, Telefónica asegura que esta Comisión considera legítimo exigir el aseguramiento del pago previamente a proceder a la interconexión, por esta razón introdujo esta mención en el texto consolidado depositado ante la Comisión. Así que, según la recurrente, la inclusión del párrafo en el que se determina que no se hará efectiva la interconexión hasta que el operador presente la garantía correspondiente, es solamente la incorporación de un texto que ya aparece en la Resolución de 23 de noviembre.

Por otro lado, manifiesta que no existe ninguna disposición que le obligue a que el texto consolidado sea literal a lo manifestado en la resolución.

Finalmente, alega que el artículo 54.1 de la LRJPAC señala que los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos y los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes deben ser motivados. Telefónica afirma que el acto recurrido no está motivado causándole así, indefensión. Todo esto *“hace a la resolución nula de pleno derecho de conformidad con lo supuesto en el artículo 62. 1e) y f) de la LRJPAC”*.

DÉCIMO.- Con fecha 28 de marzo de 2006 se notificó a Telefónica que, comprobada la íntima conexión que existía entre los dos procedimientos incoados como consecuencia de la presentación de los dos recursos y de acuerdo con el artículo 73 de la LRJPAC, se disponía la acumulación de los recursos interpuestos. Se ha tramitado en un único procedimiento bajo el número de referencia AJ 2006/30.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

A) FUNDAMENTOS JURIDICOS PROCEDIMENTALES.

Primero.- Calificación.

El artículo 107 de la LRJPAC, establece que contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

Telefónica califica expresamente su escrito de 30 de diciembre como Recurso de Reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa, de acuerdo con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, que prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado, procede calificar al escrito presentado en fecha 30 de diciembre de 2005 como recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución de esta Comisión de fecha 23 de noviembre de 2005.

Asimismo, Telefónica califica expresamente su escrito de fecha 21 de febrero de 2006 como Recurso de Reposición, por lo que teniendo en cuenta que el artículo 107 de la LRJPAC establece la recurribilidad de determinados actos de trámite, en principio, procede calificar al escrito presentado en fecha 21 de febrero de 2006 como recurso potestativo de reposición interpuesto contra el escrito de fecha 12 de enero de 2006 por el que se requería a Telefónica para que presentase un nuevo texto consolidado de la OIR sin incluir modificaciones.

Segundo.- Admisión a trámite.

El recurso interpuesto el día 30 de diciembre de 2005 contra la Resolución de 23 de noviembre sobre la modificación de la OIR 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. Teniendo en cuenta lo anterior, procede admitirlo a trámite.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En cuanto al otro recurso interpuesto el día 24 de febrero de 2006 contra la notificación de esta Comisión por la que se le instaba a presentar un nuevo texto consolidado Telefónica, a lo largo de su escrito de recurso denomina de formas diferentes el acto que recurre, así, de manera indistinta y a modo de ejemplo, en el primer motivo del recurso (página 2 y 3) se refiere al acto recurrido como escrito, disposición o resolución. En Derecho Administrativo es muy importante identificar la naturaleza y el alcance jurídico de los actos administrativos ya que según sean uno u otro, sus efectos y consecuencias jurídicas pueden ser muy distintas.

Por eso, lo primero que hay que identificar es la naturaleza del acto que ha sido recurrido en reposición.

En el Resuelve Primero de la Resolución sobre la modificación de la OIR se instaba a Telefónica a que en el plazo de un mes desde su notificación, depositara ante esta Comisión un texto consolidado de la OIR. Esto es, un único texto que incluyera la Oferta vigente hasta ese momento (OIR 2003) con todas las modificaciones que se adoptaron en la Resolución de 23 de noviembre formando una sola Oferta de Interconexión de Referencia.

Telefónica, dentro del plazo concedido para ello, decidió presentar un texto que no se correspondía con lo que el Consejo de esta Comisión aprobó en su Resolución de 23 de noviembre.

En consecuencia, al ser la Resolución de modificación de la OIR inmediatamente ejecutiva (art. 94 de la LRJPAC), la primera obligación que contiene debía ser cumplida por Telefónica, y en la forma ordenada. Por ello, Telefónica debía depositar en un mes, un texto consolidado de la Oferta de Referencia sin incluir valoraciones, modificaciones adicionales o cualquier otra innovación respecto al texto que se aprobó.

Analizado el texto consolidado presentado por Telefónica, esta Comisión comprobó que no se atenía a lo ordenado por la Resolución. Ante tal situación, el requerimiento remitido era reproducción del acto anterior, la resolución de aprobación de la OIR, a efectos de su debido cumplimiento.

El artículo 107 de la LRPAC, establece los requisitos que deben de reunir los actos administrativos para ser recurribles en reposición y en alzada. El apartado 1 de este artículo determina que:

“Contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de esta Ley.

La oposición a los restantes actos de trámite podrá alegarse por los interesados para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento”

En atención a lo anterior además de las resoluciones son recurribles determinados actos de trámite denominados *cualificados*. No obstante, estos actos de trámite solamente serán recurribles si:

- Deciden directa o indirectamente el fondo del asunto.
- Determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento.
- Producen indefensión o perjuicio irreparable.

Tal y como se ha indicado más arriba, el acto recurrido es una advertencia de la obligación de Telefónica de entrega y depósito de un texto consolidado de la OIR, a resultas de las indicaciones contenidas en la Resolución de 23 de noviembre de 2005.

En definitiva, esta comunicación no decide, ni directa ni indirectamente, el fondo del asunto que se resolvió mediante la Resolución de 23 de noviembre.

Por último, teniendo presente la naturaleza jurídica del acto recurrido, éste ni imposibilita continuar ningún procedimiento ni produce indefensión o perjuicio irreparable, ya que se limita a conceder una prórroga adicional del plazo inicialmente concedido para que Telefónica cumpla la primera de las obligaciones establecidas en la Resolución de 23 de noviembre sobre la modificación de la OIR, la presentación del texto consolidado.

Por tanto, el acto recurrido no es uno de los actos de trámite señalados como cualificados por la LRJPAC y no reúne los requisitos necesarios para ser recurrido.

En todo caso, este acto es similar al apercibimiento previo que existe en la ejecución forzosa, artículo 95 de la LRJPAC. Así, este apercibimiento previo, según el Tribunal Supremo, “*ha de señalar un plazo para llevar a cabo la actuación que imponía el acto que se trata de ejecutar, plazo éste que ha de ser suficiente para cumplir lo ordenado*” (STS de 19 de junio de 1987). Debiendo dejar claro cuál es el acto incumplido.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de abril de 1997 determina que:

“Limitándonos pues a tales actos administrativos, no ofrece la menor duda, que el acto de la Junta del Puerto de Pasajes de fecha 3 de octubre de 1985 que se limita a hacer un requerimiento de desalojo en el plazo improrrogable de 10 días, no es más que un mero acto de ejecución (...), no es más que un simple acto de ejecución de los previstos en el art. 100 de la LPA, y como reproducción y reiteración de otro anterior no es susceptible de recurso porque su validez está subordinada a la del acto definitivo del que es aplicación en virtud de lo dispuesto en los artículos 44 y 101 de la LPA, que declara inmediatamente ejecutivos todos los actos administrativos, aunque se interponga recurso contra ellos salvo en los supuestos de suspensión de la ejecución del mismo, (...). Por todo ello no ofrece ninguna duda que el acto administrativo originariamente impugnado en este proceso, cual es el Acuerdo de la Junta del Puerto de Pasajes de 3 octubre 1985, al ser ejecución de otro anterior no es susceptible de recurso (...).”

Teniendo en cuenta todo lo anterior, se trata de un mero acto de trámite, no susceptible de recurso.

Tercero.- Competencia y plazo para resolver.

La competencia para resolver el presente procedimiento 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 al que se hace referencia en el antecedente de hecho segundo, la Resolución de 23 de noviembre.

Por otra parte, el otro acto recurrido de fecha 12 de enero de 2006 fue dictado por el Secretario de la Comisión del mercado de las Telecomunicaciones en ejercicio de las potestades que le habían sido delegadas por el punto tercero del Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 18 de diciembre de 1997, publicado en el BOE núm. 25 de 29 de enero de 1998.

De conformidad con lo establecido en los artículos 13.4 en relación con el artículo 116 de la LRJPAC, la competencia para resolver el recurso potestativo de reposición presentado por Telefónica corresponde al Consejo de la Comisión por ser el órgano que tiene atribuidas las competencias delegadas en el Secretario.

El presente 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 y, siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sin embargo, el artículo 43 de la LRJPAC establece que en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado que hubiera deducido la solicitud a entenderla, en este caso, desestimada, ya que el apartado 2 de ese mismo artículo establece que en los procedimientos de impugnación de actos, el silencio tendrá efecto desestimatorio.

Todo ello sin perjuicio, de acuerdo con los artículos 42 y 43 de la LRJPAC, de la obligación de dictar resolución expresa que tiene la Comisión sin vinculación alguna al sentido del silencio.

B) FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

PREVIO.- Consideraciones generales sobre la falta de motivación de la Resolución de 23 de noviembre de 2005, que supone un incumplimiento del artículo 54 de la LRJPAC causa de indefensión prohibida en el artículo 24 de la Constitución Española.

Telefónica basa todo su recurso, de forma reiterada y mecánica, en la vulneración del artículo 54 de la LRJPAC que establece la motivación necesaria y suficiente de los actos dictados por la Administración. Telefónica considera que todos y cada uno de los puntos que recurre carece de la perceptiva motivación, este desconocimiento de las razones que han llevado a la Comisión a dictar en un sentido contrario al suyo, le genera indefensión contraria al artículo 24 de la Constitución.

Sin perjuicio de que posteriormente se analice en cada punto en concreto si existe o no esta falta de motivación generadora de indefensión, es necesario, antes de continuar, señalar qué se entiende por motivación e indefensión.

Respecto a la motivación, la Resolución de 2 de octubre de 2003, recaída en el expediente AJ 2003/1245, AJ 2003/1246, AJ 2003/1247, y AJ 2003/1248 que resolvía los recursos de reposición interpuestos por varios interesados⁴ contra el Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 10 de julio de 2003 sobre la modificación de la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica de 2003, hacía un exhaustivo análisis del alcance de este concepto jurídico siendo de total aplicación a este caso. Se explicaba que:

⁴ Por Uni2 Telecomunicaciones, S.A.U., Jazz Telecom S.A., ASTEL y Telefónica de España, S.A.U.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“El artículo 54 de la LRJPAC señala que determinados actos serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho. Este deber de motivar viene impuesto por el derecho a la tutela judicial efectiva, el principio de legalidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Pues bien, de la literalidad del precepto indicado se desprende que únicamente se exige la motivación de actos administrativos; pero, es regla básica que no todo acto debe motivarse, sino sólo aquellos a los que la norma legal o reglamentaria de aplicación exija contener justificación específica de su criterio, a partir de las características, tipo de acto o circunstancias del mismo. Así, el deber de motivar será predicable de los actos administrativos definitivos o resolutorios y de los actos de trámite (especialmente los cualificados) cuando concurren las circunstancias previstas por la Ley.

Motivar consiste en explicar la razón por la que se hace algo, esto es, consiste en fundamentar la acción administrativa en función de un fin, objetivo o interés público que debe perseguir. Tal y como viene señalando la doctrina y la jurisprudencia respecto a la motivación de los actos administrativos, cabe señalar en términos generales que, todo acto que se dicte debe tener una causa y una finalidad, de modo que el requisito de motivación del mismo exige que esa causa y finalidad se exteriorice mediante la referencia a los hechos y fundamentos de derecho que justifican el acto.

No obstante, se considera que el acto está motivado, aunque no contenga las razones de hecho y de derecho en que se funda, si éstas aparecen o se deducen del expediente, por lo que no se considera motivado el acto por el simple cumplimiento de la formalidad de hacer constar en el acto los hechos y fundamentos de derecho, sino por la constancia, en el propio acto o en el expediente, de las verdaderas razones que motivan la concreta decisión adoptada, pues sólo así la motivación cumple la finalidad que persigue.

En este sentido, se ha pronunciado de forma reiterada el Tribunal Supremo, siendo destacable por su interés y aplicación al presente supuesto la STS Sala 3ª, Sección 5ª, de 31 de octubre de 1995 (RJ 1995/8545) que entiende respecto a la motivación *"no presupone necesariamente un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos sus aspectos y perspectivas, considerándose suficientemente motivados, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, aquellos actos apoyados en razones que permitan conocer los criterios esenciales fundadores de la toma de decisión, es decir, la "ratio decidendi" determinante del acto, sirviendo así adecuadamente de*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

instrumento necesario para facilitar a las partes la propia convicción sobre su corrección o incorrección jurídica, a efectos de los posibles recursos tanto administrativos como jurisdiccionales".

Por su parte el Tribunal Constitucional -en Sentencias como la 36/1982, de 16 de junio (RTC 1982/36)- señala en relación con lo indicado anteriormente que lo que es exigible, para evitar la indefensión y cumplir con las exigencias de la motivación de las resoluciones, es que se analicen, aunque no sea de forma exhaustiva y pormenorizada, las cuestiones planteadas y se refieran las razones o circunstancias tenidas en cuenta para conceder o denegar la petición, a fin de posibilitar que el afectado pueda conocer esas razones o motivos y con ello pueda articular adecuadamente sus medios de defensa. De este modo, para saber cuándo la motivación es o no suficiente habrá de hacerse en cada caso concreto considerando si, atendidas las circunstancias concurrentes, en el supuesto examinado se expresan datos suficientes para conocer las razones del acto.

También precisa constante jurisprudencia que el deber de motivación obliga a la Administración a dar las razones de hecho y los motivos de derecho, y que tales *"motivos del hecho y de derecho del acto, han de ser sucintos, pero suficientes, de suerte que expliciten la razón del proceso lógico y jurídico que determinó la decisión administrativa."* (STS de 2 de diciembre de 1994, por todas)."

Telefónica alega en varias ocasiones que la decisión finalmente adoptada por la Comisión no se correspondía con la que se recogía en el Informe sobre el que se realizó el trámite de audiencia. La recurrente alega que este cambio de criterio no se encuentra suficientemente motivado produciéndole, otra vez, indefensión.

En este sentido, procede tener en cuenta que, de un lado, el Informe que los Servicios de la Comisión elaboraron con anterioridad al trámite de audiencia resulta no vinculante para la resolución final del expediente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83 de la LRJPAC.

Por otro lado y, con posterioridad al trámite de audiencia concedido a los interesados, el Consejo adoptó, con la motivación y conclusiones plasmadas en ella, la Resolución ahora recurrida, cuyos Fundamentos de Derecho contienen una exhaustiva argumentación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 54.1 c) de la LRJPAC, por lo que no es admisible la alegación de Telefónica en lo referente a supuesta inexistencia de motivación sobre la razón por la que no se atendió por el Consejo el mencionado Informe de los Servicios de la Comisión.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En todo caso, y con arreglo a lo establecido en el artículo 48.4 de la LGTel, “la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones estará regida por un Consejo al que corresponderá el ejercicio de todas las funciones establecidas en el apartado anterior”, entre las cuales se encuentra en el artículo 48.3.e) de la misma norma, el “adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de la red en condiciones de red abierta”, por lo que en ningún caso se encuentra vinculado por los informes emanados de los Servicios de esta Comisión.

En la misma línea se ha pronunciado la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 30 de julio de 2005, que en referencia a estos Informes de los Servicios de la Comisión sobre los que se realiza el trámite de audiencia señala que:

“La circunstancia de que la CMT se apartara del criterio del Informe— no vinculante, como se indica en la resolución impugnada—, no supone una indefensión de carácter material, una vez constatado el cumplimiento del antedicho trámite en el que la actora pudo argumentar no sólo sobre el contenido del informe, —respecto al cual debía conocer su naturaleza no vinculante—, sino también sobre cualquier aspecto relacionado con el tema objeto del conflicto, no constando ninguna instrucción o indicación limitativa por parte de la CMTen este sentido. Por otra parte, aún cuando de forma tardía —pues es indudable la omisión del traslado antes de dictarse la resolución—, es cierto que la actora ha tenido oportunidad de plantear sus alegaciones a través del recurso de reposición que ha sido analizado y resuelto por la CMT en el sentido de rechazar sus objeciones y de ratificar íntegramente su anterior criterio.”

Respecto a la supuesta quiebra del artículo 24 de la Constitución es necesario puntualizar varios aspectos.

Primero, que la recurrente deduce la supuesta indefensión de la presunta falta de motivación. Es evidente que la Resolución recurrida no adolece, en absoluto, de falta de motivación, consecuentemente no se produce indefensión por este hecho.

Segundo, la indefensión que se hubiera podido causar a Telefónica, se habría subsanado, en todo caso, con la interposición del recurso de reposición ya que en este nuevo procedimiento ha podido alegar, de nuevo, todo lo que considere perjudicial para su intereses y poner de manifiesto cualquier error o infracción del ordenamiento que se hubiera podido causar con la Resolución de 23 de noviembre de 2005.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este sentido se han pronunciado diferentes sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. Por todas, la Sentencia de fecha 12 de marzo de 1998 que en relación a la indefensión, señala en su Fundamento de Derecho Tercero que *"la indefensión, (...) dado el antiformalismo del Derecho Administrativo ha de rechazarse, pues si el interesado en vía de recurso administrativo ha tenido ya oportunidad de defenderse y de hacer valer sus puntos de vista a través de un nuevo o primario traslado del Expediente y de sus consecuentes escritos de alegaciones o demanda, puede y debe entenderse que la omisión inicial del trámite de audiencia (...) ha quedado subsanada y deviene intrascendente para los intereses reales del recurrente y para la objetividad y puridad del control de la actitud o conducta de la Administración"*.

Finalmente procede, recordar a inaplicación del artículo 24 de la Constitución Española al procedimiento administrativo no sancionador, por lo que dada la naturaleza no sancionadora del expediente 2005/1724 en ningún caso puede la recurrente invocar la indefensión recogida en la norma constitucional cuyo ámbito de aplicación es distinto.

El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 11 de junio de 2001, indica que:

"Constituye doctrina de la Sala, que las sociedades recurrentes conocen y aceptan, que el ámbito de aplicación del artículo 24 de la Constitución no puede trasladarse sin más a las actuaciones administrativas, ya que, en principio, sólo está referido a las actuaciones judiciales. La tutela que otorga el artículo 24 de la Norma Fundamental se refiere a las actuaciones judiciales, a las administrativas de carácter sancionador, respecto a las que rigen los principios básicos del Derecho Penal, y a las actuaciones administrativas que impidan el acceso a la Jurisdicción, en cuanto bloquean el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva (cfr. sentencias de esta Sala de 6 de junio de 1991 y 21 de noviembre de 1997 y sentencia del Tribunal Constitucional 42/1989, de 16 de febrero)".

Por lo que, sin perjuicio de que en este recurso se analice al fondo del asunto dado el especial interés y relevancia que tiene la Oferta de Interconexión de Referencia y dado el carácter esclarecedor que tienen las resoluciones de los recursos de reposición respecto de la resolución principal, es necesario dejar sentado que, a priori, no se ha causado a Telefónica indefensión de ningún tipo derivado de la resolución recurrida.

En consecuencia habría que desestimar las alegaciones que se fundamenten esencialmente en la falta de motivación y la consecuente indefensión.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

PRIMERO.- Sobre el apartado II.3. “Interconexión para servicios de red inteligente (servicios de tarifas especiales)”.

- 1.1. Que el *Punto II.3.1: Análisis y propuestas de simplificación de las modalidades existentes (acceso/terminación)* es nulo de pleno derecho de acuerdo con el artículo 62.1.a) de la LRJPAC por vulnerar los artículos 9 y 24 de la Constitución así como el artículo 54 de la LRJPAC por falta de motivación.

Telefónica afirma que la Circular 2/2002 consideró que debía tratarse en un expediente de modificación de la OIR, la simplificación de los modelos de interconexión para servicios de red inteligente, por lo que la Comisión ya había realizado un análisis previo de la necesidad de llevar a cabo tal simplificación.

Se está refiriendo al expediente DT 2004/1176 en cuya Resolución⁵ de 9 de septiembre de 2004 se concluía (pág.6) *“respecto a las modalidades de acceso y terminación en interconexión para servicios de red inteligente, deberá ser analizada en profundidad la conveniencia de su mantenimiento, la eliminación de alguna modalidad o soluciones alternativas, en un expediente de modificación de la OIR.”*

Pues bien, esto es lo que se ha hecho. En ningún momento se exponía ni que se iba a realizar la simplificación ni el sentido en que debería de hacerse, aunque hay que recordar que en la Resolución ha habido una simplificación en el caso de los servicios de tarificación adicional y de llamadas masivas.

Telefónica y Vodafone manifiestan que el Informe de los Servicios sobre el que se practicó el trámite de audiencia no contenía la decisión que finalmente se adoptó en la Resolución recurrida, y que este cambió de criterio se encuentra poco motivado vulnerando así el artículo 54 de la LRJPAC. Ambos operadores se muestran disconformes con la eliminación del modelo de terminación para estos servicios.

Telefónica alega, además que, al no conocer las razones por la que se cambió de criterio, se vulnera el principio de seguridad jurídica del art. 9 de la Constitución Española y la prohibición de indefensión recogida en el art. 24 de la Constitución.

De acuerdo con las consideraciones contenidas en al apartado anterior, a las que nos remitimos íntegramente, se desestiman estas alegaciones de Telefónica y

⁵ Resolución de 9 de septiembre de 2004 por la que se pone fin al periodo de información previa a la apertura de un procedimiento para intervención en cuanto a precios a aplicar en el servicio 901 nivel 2.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Vodafone confirmando la Resolución recurrida en este extremo. Resaltando, una vez más, el carácter no vinculante de los Informes de los Servicios de la Comisión.

Por otra parte y desde otro punto de vista indicar que, en ninguno de los escritos de estas dos entidades se dan razones de fondo que hagan que esta Comisión tenga que replantearse la decisión adoptada, por lo que no queda más que confirmar la misma en todos sus extremos. Hay que destacar que al comienzo de este expediente los operadores abogaban por una simplificación del tratamiento en interconexión de los servicios de red inteligente. Sin embargo, tal y como se ha determinado en la Resolución recurrida, esta simplificación no puede ser, tal y como pretenden estos dos operadores, la eliminación, sin más, del modelo de acceso. Además, estos dos operadores plantean dos modelos alternativos de interconexión que adolecen de algunas deficiencias que esta Comisión pone de manifiesto, explicándoles a ambas las motivos concretos por las que no se tienen en cuenta.

De esta manera, en la Resolución recurrida (pág. 33) se dan razones tanto a Vodafone como a Telefónica de porqué no se adoptaron sus propuestas. Así, el modelo que plantea Vodafone es equivalente al finalmente adoptado por la Comisión, excepto por la aplicación de un margen para compensar al operador de acceso. Esta Comisión consideró (y considera) que no se justifica la aplicación de un margen adicional, sobretodo teniendo en cuenta que los costes que soporta el operador de acceso están ya identificados, en su recurso no manifiesta nada para rebatir la tesis de la Comisión. Por su parte, el modelo que Telefónica presentó se basa en la división del precio al abonado llamante en una componente de servicio soporte y otra de valor añadido para calcular la retribución en interconexión. Según esto, el operador interconectado no tendría posibilidad de reaccionar ante un cambio en las tarifas del operador de acceso o ante una variación del porcentaje de cada componente de esa tarifa. Tal y como se manifestaba en la Resolución recurrida, esto supondría una clara desventaja competitiva para el operador de red inteligente.

A pesar de que estos operadores ya sabían de las deficiencias de sus modelos no han presentado en sus escritos las modificaciones en los mismos o las razones por las que se tengan que tomar en consideración sus propuestas y no la que finalmente se adoptó. No dan alternativas ni soluciones a los inconvenientes de los que adolecen sus propuestas por lo que ante esto no que da más que confirmar la solución adoptada en la Resolución recurrida.

- 1.2. Que el *Punto II.3.7: Mejora de los procedimientos para la acreditación de impagos de comunicaciones a servicios de tarifas especiales de*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

tarificación adicional es nulo de pleno derecho de acuerdo con el artículo 62.1.c) de la LRJPAC por vulnerar los artículos 9 y 24 de la Constitución así como el artículo 54 de la LRJPAC por falta de motivación.

Telefónica reitera la petición de ampliación del plazo otorgado por la OIR para la realización de las gestiones de cobro.

Además de en la Resolución que ahora se recurre, esta Comisión ha tratado en repetidas ocasiones la cuestión sobre el establecimiento del plazo para agotar todos los instrumentos que provee la normativa sectorial de telecomunicaciones con anterioridad a la vía jurisdiccional para los casos de impago de los abonados y a comunicar al operador interconectado su decisión de continuar, o no, persiguiendo la deuda judicial o extrajudicialmente, señalando las condiciones en que este plazo se queda suspendido. En concreto, la Resolución de 10 de julio de 2003 en el expediente MTZ 2002/7459 trata ampliamente, en el punto II.3.2, la determinación del plazo y la respuesta a Telefónica en cuanto a su petición de ampliación del mismo.

Telefónica no proporciona nuevos argumentos que hagan replantearse la ampliación del plazo para la realización de las gestiones de cobro.

La recurrente señala que detecta una contradicción en la Resolución que se recurre en cuanto al medio por el que debe realizar las acreditaciones de los impagos, pues en algunas partes se indica que el impago producido se acreditará mediante acceso on line –con el objetivo de que se realice a través del Sistema de Gestión de Operadores (SGO)-, mientras que en otro lugar de la Resolución se especifica que el documento de detalle estará disponible en el SGO.

Esta Comisión coincide con Telefónica en que ha existido un error en la redacción que es preciso corregir.

Telefónica ha implantado una aplicación on line para cumplir los requisitos impuestos en la Resolución que dio origen a la OIR 2003 y las condiciones establecidas en la Resolución de 26 de febrero de 2004 en el procedimiento administrativo “APLICACION DE LA MIGRACION AL NUEVO MODELO DE GESTION DE PAGOS E IMPAGOS PARA EL TRAFICO DE TARIFICACION ADICIONAL EN EL MARCO DE LA OIR 2003”. La calidad y disponibilidad de la herramienta on line son generalmente inferiores a las que podrían ofrecerse si la implantación se realizase a través del SGO. Sin embargo, Telefónica, para cumplir con los plazos y las condiciones a los que la Comisión obligaba, y con la aprobación de esta Comisión, ha realizado un importante desarrollo a través de su



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

página web <http://telefonicaonline.com> para que los operadores pudieran acceder a toda la información necesaria de pagos e impagos. Es preciso que la herramienta on line se encuentre completamente estabilizada antes de abordar otros cambios que incidan en una mejora posterior. La información que ha de proporcionar Telefónica deberá ser puesta a disposición de cada operador interconectado mediante acceso on line, pero con el objetivo de que se realice a través del SGO.

En consecuencia, esta Comisión considera adecuado el proceder a aclarar que la obligación impuesta para realizar las acreditaciones de los impagos es mediante acceso on line, con el objetivo de que se realice a través del SGO. Procede, por tanto, modificar el cuarto párrafo del apartado II.3.7.4 de la Resolución recurrida, quedando redactado de la siguiente forma:

“Desde el momento de la emisión del archivo al que se refieren los párrafos precedentes, Telefónica pondrá a disposición del operador de red inteligente los documentos de detalle en los que certifique la finalización de las gestiones de cobro, con la fecha correspondiente a cada una de las gestiones realizadas, así como los datos correspondientes al usuario llamante y cuantos han de incluirse en el archivo de comunicación de impagos definitivos. Este documento de detalle estará disponible mediante acceso on line – con el objetivo de que se realice a través del SGO - desde el momento de la emisión del fichero de impagos definitivos y para todas las entradas correspondientes al mismo. Telefónica estará obligada a certificar la veracidad de los datos incluidos tanto en el documento de detalle, como en el archivo de impagos definitivos, debiendo proceder a la firma de los documentos mediante un sistema de firma digital que permita acreditar la procedencia del documento de detalle.”

Telefónica alega que la negativa de la Comisión a incluir su mecanismo de acreditación se encuentra poco motivada.

Teniendo en cuenta lo manifestado en el apartado anterior respecto al alcance de la motivación, no parece que Telefónica en este punto esté alegando una verdadera falta de motivación sino que muestra su disconformidad con la solución adoptada. Sobre todo si se tiene en cuenta que la Resolución recurrida explica (págs. 68 a 73) más que suficientemente la solución adoptada. Telefónica proponía que la OIR reflejase el mecanismo de acreditación que ella emplea para que, de esta forma, los operadores de red inteligente entrantes se adaptaran al mismo y, según ella, no existieran diferencias entre los distintos mecanismos de aseguramiento.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Pues bien, tal y como se explica en la Resolución recurrida y como ya conoce Telefónica, la OIR no es el instrumento adecuado para imponer obligaciones a operadores distintos a Telefónica. La OIR, hay que recordar, es la Oferta de Referencia de Telefónica y ello implica que ha de recoger únicamente lo que la propia Telefónica ofrece a los demás operadores. Es decir, es una oferta contractual que sólo obliga a Telefónica. Aunque en beneficio del mercado, esta Comisión considera y así lo plasma en la Resolución recurrida que es útil y provechoso que todos los operadores empleen mecanismos de acreditación de impagos dotados de seguridad a los que han de llegar por la vía de los acuerdos.

Telefónica estima que la decisión respecto a los documentos que está obligada a aportar se encuentra poco motivada.

En opinión de esta Comisión no tiene sentido volver a repetir las mismas peticiones y refrendar la Comisión, de nuevo, lo que ya extensamente fue tratado en la Resolución del citado procedimiento administrativo MTZ 2002/7459. Esta Comisión, en aras del principio de mínima intervención ha dejado ciertos elementos del procedimiento a los acuerdos que lleguen los operadores. Telefónica prevé que no habrá acuerdos y tendrá que intervenir la Comisión; si es así, esta Comisión intervendrá teniendo en cuenta los motivos por los que no se ha alcanzado acuerdos y en el caso de que se detecte que algún operador ha intentado evitar los acuerdos actuando sin la buena fe que debe marcar la relación entre los operadores o que se actúe de manera arbitraria, procederá en consecuencia.

- 1.3. Que el *Punto II.3.8: Plazo requerido para la comunicación de nuevos servicios de tarifas especiales* es anulable de acuerdo con el artículo 63.1 de la LRJPAC.

Telefónica vuelve a plantear, de nuevo, la necesidad de reducir el plazo requerido, alegando que este punto es anulable de acuerdo con el artículo 63.1 de la LRJPAC.

Es necesario recordar que este artículo 63.1 de la LRJPAC establece la anulabilidad de los actos “*que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder*”. Sin embargo, Telefónica no indica ninguna norma que, supuestamente, haya sido contravenida en este punto, por lo que no procede tratar la anulabilidad, sino que, una vez más estamos ante un caso de mera disconformidad de la recurrente.

Además, este tema ya ha sido tratado en numerosas ocasiones (en el expediente de origen, en el expediente MTZ 2001/3935 de modificación de la OIR de 17 de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

enero de 2002 y en la Resolución de su recurso de reposición, AJ 2002/6193, de 11 de abril de 2002) y no consta que haya habido ningún cambio de circunstancias ni se ha aportado ningún nuevo razonamiento, que hagan que esta Comisión se tenga que replantear la realización de algún cambio al respecto.

Es necesario explicar que actualmente el plazo para comunicar los nuevos servicios de tarifas especiales es de tres meses. Telefónica considera que sería conveniente o bien eliminarlo o bien reducirlo a dos meses que es el plazo que se establece en la OIR para la apertura o cambios de numeración en interconexión por parte de los operadores. Se basa en que, según ella, la apertura de numeraciones de red inteligente no tiene implicaciones de red que justifiquen este plazo.

Sin embargo, esta Comisión no está de acuerdo con la recurrente ya que la apertura de numeraciones de red inteligente afecta palmariamente a la interconexión y obviamente que a sus condiciones, a la facturación, a la gestión de bases de datos, etc... Es decir implica una serie de trabajos que en la situación actual sigue siendo necesario un período de adaptación y sigue siendo razonable el plazo de tres meses fijado en la OIR. Telefónica no ha demostrado que este plazo sea excesivo, por lo que a la vista de que las circunstancias no han cambiado y la razonabilidad y proporcionalidad del plazo existente, no conviene modificarlo.

SEGUNDO.- Respecto a las modificaciones operadas en el apartado II.4. "Números Cortos".

- 2.1. Que el Punto II.4.1: Inclusión de números cortos no gratuitos para el usuario llamante es nulo de pleno derecho de acuerdo con el artículo 62.1.a) de la LRJPAC por vulnerar el artículo 24 de la Constitución así como el artículo 54 de la LRJPAC por falta de motivación.

Telefónica reitera sus alegaciones respecto a cómo tiene que definirse el tratamiento en interconexión de los números cortos no gratuitos para el usuario llamante y a que dicho tratamiento sea definido en la Resolución de modificación de la OIR que recurre.

Esta Comisión ha aplicado el principio de intervención mínima, de modo que prima el libre acuerdo entre las partes. Estimamos conveniente establecer nuevas condiciones en la OIR siguiendo esquemas de interconexión diferentes a los que libremente han sido pactados entre operadores.

Este principio de intervención mínima es un principio que preside la actuación administrativa con carácter general y la actuación de esta Comisión en particular.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La Comisión tiene encomendada la función de resolver los conflictos que se susciten entre los operadores en el caso de que no alcanzaran un acuerdo, así que ésta resolvería el eventual conflicto de interconexión que pudiera surgir. El objetivo perseguido es que los servicios se negocien libremente por las partes alcanzando acuerdos de prestación de servicios.

Telefónica señala que al no recoger la OIR explícitamente las numeraciones cortas no gratuitas para el llamante, se provocan indefiniciones con la inclusión de nuevos servicios de interconexión por capacidad.

En interconexión por capacidad han sido establecidos determinados criterios de servicios incluidos y excluidos, señalándose por ejemplo la inclusión de los servicios prestados bajo la modalidad de facturación en función del abonado llamante. En los acuerdos libremente pactados podrían seguirse criterios de este tipo para considerar, para un determinado servicio, la pertinencia o no de cursar las llamadas por capacidad.

En consecuencia, debe desestimarse la petición de Telefónica de que la OIR queden recogidas las condiciones en interconexión de números cortos no gratuitos para el llamante.

Por último, señalar que Telefónica alega que este apartado de la Resolución de 23 de noviembre es nulo de pleno derecho de acuerdo con el artículo 62.1.a. de la LRJPAC que establece la nulidad de pleno derecho de los actos “*que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional*”. La recurrente invoca, únicamente, en el título de este apartado la vulneración del artículo 24 de la Constitución que es el que daría el matiz de “constitucional” a la supuesta infracción jurídica. No invocándolo en más ocasiones, ni fundamentando la nulidad pretendida en cualquier otra infracción.

De lo alegado por la recurrente parece que más que pretender la nulidad plena pretenda manifestar su disconformidad y así se entiende por esta Comisión. Consecuentemente, es evidente que la nulidad alegada no tiene base legal alguna, por lo que se desestima esta alegación en su totalidad.

TERCERO.- Respecto a las modificaciones operadas en el apartado II.6. “Interconexión por capacidad”.

- 3.1. Que el Punto II.6.3: Inclusión de nuevos servicios disponibles en interconexión por capacidad es nulo de pleno derecho de acuerdo con los artículos 62.1.e), 62.1.f) y 63.1 de la LRJPAC por vulnerar el artículo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

24 de la Constitución así como el artículo 54 de la LRJPAC por falta de motivación.

Telefónica expresa, de nuevo, su disconformidad con lo establecido por la Comisión en este apartado. En particular, con lo que se refiere a la inserción dentro del modelo de capacidad de los tráficos correspondientes a llamadas de tarificaciones especiales prestados mediante la modalidad de facturación en función del precio llamante. Telefónica alega acerca de la complejidad técnica que, a su juicio, se ha acentuado debido al cambio de criterio entre el informe técnico y la resolución definitiva en cuanto al modelo de red inteligente.

Esta Comisión sí ha tenido en cuenta la complejidad de la inclusión de nuevos servicios en interconexión por capacidad, por ello se ha establecido un plazo de cuatro meses para tener efectiva la disponibilidad en capacidad de los nuevos servicios añadidos en la OIR.

Con el fin de no penalizar el desarrollo que ha de realizar Telefónica por el modelo de red inteligente, esta Comisión realizó un cambio en el plazo propuesto en el informe técnico (dos meses) al plazo de la resolución (cuatro meses). Sin embargo el plazo de cuatro meses se estima suficiente y es independiente del plazo establecido para llevar a cabo la migración al modelo de interconexión de red inteligente, por lo que no tienen por qué ser coincidentes

En cuanto a la fundamentación jurídica que realiza en este punto, Telefónica pretende la nulidad de pleno derecho de acuerdo con el artículo 62.1 apartado e) y f) de la LRJPAC que determinan la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Estos apartados se refieren a los actos que sean *“dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (...)”* y/o los actos *“contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieran facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”*, respectivamente.

Es sorprendente que Telefónica al igual que en el punto anterior invoque la nulidad de la Resolución de 23 de noviembre sin sustento en la infracción de alguna norma, no invocando ningún motivo jurídico. En realidad, Telefónica basa todo su recurso en supuestas infracciones de los artículos 62 y 63 de la LRJPAC, sin embargo, si Telefónica pretende la nulidad no es la infracción de estos artículos lo que tiene que invocar sino que, de acuerdo con ellos y en base a la infracción de cualquier otro precepto o norma, alegar la pretendida nulidad.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En esta parte del recurso es donde este hecho cobra más relevancia porque la recurrente simplemente se dedica a mencionar la infracción de estos dos apartados del artículo 62, así Telefónica no ha identificado qué derechos se adquieren, quienes los adquieren y sobretodo, qué infracción del ordenamiento jurídico se ha cometido para determinar esa nulidad. Respecto al procedimiento seguido, como Telefónica sabe y ha quedado acreditado en el procedimiento instruido, se ha seguido estrictamente el procedimiento para la modificación de esta Oferta.

Para terminar, Telefónica se ampara en la anulabilidad que, con carácter general, establece la LRJPAC ante cualquier infracción del ordenamiento jurídico en el artículo 63.1 de la misma. Sin embargo, Telefónica no alega ninguna supuesta infracción, solamente, menciona ese artículo 63. Al no constatar ninguna norma que se haya podido infringir tanto de fondo como de forma, procede desestimar sin más la alegación.

Se desestiman las alegaciones realizadas por la recurrente vertidas en contra de la decisión adoptada en este punto.

CUARTO.- Respecto a las modificaciones operadas en el apartado II.8. “Servicio de interconexión de circuitos”.

- 4.1. Que el Punto II.8.6.: Solicitud de proceso de viabilidad previos de circuitos; comunicación y notificación temprana de los servicios; procedimiento de provisión de circuitos de alto coste es nulo de pleno derecho de acuerdo con el artículo 62.1.c) de la LRJPAC por vulnerar el artículo 24 de la Constitución así como el artículo 54 de la LRJPAC por falta de motivación.

Telefónica considera inadecuado, por una parte, la imposición de una nueva obligación y por otra el plazo incluido en la Resolución, que entiende que resulta de imposible cumplimiento, además de los perjuicios operacionales y económicos que dicho plazo implica.

En el informe de audiencia se consideraba conveniente que Telefónica pudiera comprobar la viabilidad del circuito en los días inmediatamente posteriores a la petición, de forma que si la petición resulta inviable, el operador conozca tal circunstancia con la mayor celeridad posible; en dicho informe se consideraba que un plazo razonable sería de diez días laborables desde la solicitud.

Telefónica no hizo alegaciones al respecto, mientras que ASTEL señalaba que estimaba que el plazo de confirmación o rechazo debería ser inferior a diez días,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

pues no parece que ese sea el plazo que internamente se da Telefónica, sino más bien en el entorno de cinco días.

La alegación de ASTEL fue estimada, entendiendo que cinco días sería el plazo que internamente maneja Telefónica. Sin embargo ésta alega en el presente recurso que dicho plazo no se ajusta a la realidad, con lo que la Comisión carece de una motivación suficiente para apoyar dicha conclusión.

Telefónica señala en el recurso de reposición que una vez analizado el proceso interno y las posibilidades de aportar el estudio de viabilidad, se ha deducido que este no podría facilitarse en un plazo inferior a diez días laborables, dando las razones que justifican este plazo. También añade Telefónica que se estime que el citado estudio de viabilidad únicamente se deba cumplir para el 90 % de los casos. Esta última petición no fue realizada durante la fase de instrucción del procedimiento administrativo y no se dan razones de peso que la hagan necesaria, por lo que no es tenida en cuenta.

Esta Comisión decidió establecer como plazo el de cinco días entendiendo que ASTEL disponía de información de los procesos de Telefónica. Sin embargo, no parece que haya constancia de ello, sino que era una estimación basada en supuestos sin consistencia, por lo que la alegación de ASTEL no debería haberse tenido en cuenta.

En definitiva, esta Comisión considera adecuado mantener el plazo de 10 días que se establecía en el informe a audiencia para poder comprobar la viabilidad del circuito. Por ello, se estima la alegación de la recurrente y se procede a modificar el apartado 7.4.2.5 de la OIR consolidada, de modo que el párrafo:

“Telefónica confirmará o rechazará una solicitud del servicio de enlace a cliente en el plazo de cinco días laborables desde la solicitud. En caso de rechazo, Telefónica indicará de forma suficientemente detallada la causa del rechazo de forma que el operador pueda plantear alternativas a la solicitud rechazada.”

debe ser sustituido por:

“Telefónica confirmará o rechazará una solicitud del servicio de enlace a cliente en el plazo de diez días laborables desde la solicitud. En caso de rechazo, Telefónica indicará de forma suficientemente detallada la causa del rechazo de forma que el operador pueda plantear alternativas a la solicitud rechazada.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A pesar de que se estimen las alegaciones de Telefónica concernientes al plazo, hay que manifestar que, una vez más, la Resolución recurrida no motiva insuficientemente ni causa indefensión a la recurrente de acuerdo con lo indicado en el primer punto de los fundamentos de derecho del recurso.

- 4.2. Que el Punto II.8.14.: Nuevos plazos de entrega de enlace a cliente, de acuerdo con la Recomendación de la CE de 21-1-2005 es nulo de pleno derecho de acuerdo con el artículo 62.1.a) de la LRJPAC por vulnerar el artículo 24 de la Constitución así como el artículo 54 de la LRJPAC por falta de motivación.

Telefónica vuelve a repetir las mismas alegaciones que presentó al informe de los Servicios, entendiendo que los plazos establecidos en la Recomendación de la CE no son directamente aplicables al mercado español, puesto que la distancia máxima de provisión que se contempla en la CE es como máximo de 50 Km., si bien en la OIR se permiten distancias de hasta 70 Km. Considera que esta diferencia adicional de 20 Km. justifica suficientemente la necesidad de disponer de plazos superiores para acometer las tareas necesarias. Señala que el volumen de circuitos de enlace a cliente que exceden la distancia de 50 Km. es superior al 12%.

El plazo de entrega es el tiempo que transcurre desde el instante en el que el proveedor del servicio recibe una solicitud válida de suministro hasta que la línea o líneas, están disponibles para su uso y se ha notificado al solicitante.

Los tiempos de provisión para la entrega de enlace a cliente están determinados para la realización de una multitud de tareas, en alguna de las cuales uno de los parámetros es la distancia, pero desde luego no es lo más relevante; es por ello por lo que esta Comisión ha considerado que la diferencia de distancia máxima entre el servicio definido en la OIR y las consideraciones de la CE no es suficientemente significativa para justificar tareas adicionales que requieran mayor tiempo de provisión. Además de todo ello, hay que recordar que en la OIR se establece que dichos plazos pueden ser superiores a los establecidos con carácter general para el 10 % de los circuitos contratados por un operador en un trimestre, lo que a todas luces sí es relevante.

Por otra parte, desde el establecimiento de los plazos de enlace a cliente en la OIR⁶ (Resolución de 9 de agosto de 2001, expediente MTZ 2001/4036) no ha habido ninguna reducción en los plazos de entrega. La reducción de los plazos,

⁶ En ese momento, se definieron los plazos de entrega de los medios circuitos alrededor de un 10 % inferiores a los recogidos en la Orden de 14 de Octubre de 1999



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

desde el 9 de agosto de 2001 hasta la Resolución que ahora se recurre ha sido de: 10% para los circuitos parciales digitales de 64 Kbit/s y nx64 Kbit/s, 6,25% para los circuitos parciales digitales de 2 Mbit/s no estructurado y 13% para los circuitos parciales digitales de 2 Mbit/s estructurado y están lejos de las peticiones que ya en el expediente MTZ 2002/7459 (OIR 2003) realizaron una serie de operadores.

La experiencia en la provisión de servicios redunda en una mejora de los procedimientos y herramientas utilizadas, de forma que se produce un incremento de eficiencia que, en parte al menos, debe repercutir en el servicio mayorista, a fin de que los operadores puedan mejorar también en el compromiso con los usuarios finales respecto al plazo de inicio de la prestación de los servicios.

De acuerdo a todo lo anterior, no procede cambiar lo que respecto a este punto fue establecido en la Resolución de 23 de noviembre de 2005.

Por último, respecto a la falta de motivación e indefensión causada nos remitimos al punto previo de este recurso. Por tanto se desestima la alegación de Telefónica sobre la nulidad del Punto II.8.14 de la OIR.

QUINTO.- Respecto a las modificaciones operadas en el apartado II.9. "Nuevos Servicios".

- 5.1. Que el Punto II.9.2.: Condiciones de reutilización de infraestructura de interconexión para prestación de servicios de entrega de señal de la OBA es nulo de pleno derecho de acuerdo con el artículo 62.1.a) de la LRJPAC por vulnerar el artículo 24 de la Constitución así como el artículo 54 de la LRJPAC por falta de motivación.

Telefónica manifiesta que la Comisión ha considerado incorrecta su interpretación respecto al servicio de entrega de señal de la OBA mediante reuso de infraestructura de interconexión, en el sentido de que el Pdl debe usarse prioritariamente para cursar tráfico de interconexión, siendo la utilización del mismo para cursar entregas de señal OBA meramente subsidiaria y residual. Por tanto, solicita que se regulen en la actual OIR las ampliaciones nuevas de equipo ilegítimamente solicitadas al amparo de la OBA y de modo subsidiario que únicamente se apliquen las condiciones de la OIR para ampliación de un Pdl en el caso en que el 100% de la capacidad utilizada corresponda a tráfico de interconexión y se tengan unas previsiones fundadas de crecimiento de este tipo de tráfico.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Esta Comisión ha de recordar que la OBA vigente permite la posibilidad de proporcionar un servicio de entrega de señal mediante el uso de las infraestructuras de interconexión existentes. Esta modalidad consiste en reutilizar para el servicio de entrega de señal las infraestructuras físicas, equipos y medios de transmisión asociados (denominados generalmente como infraestructuras de interconexión o Pdl) destinados a la interconexión con alguna de las centrales frontera ubicadas en el mismo edificio. En particular, la OBA contempla la incorporación de la señal en los equipos y medios de transmisión en servicio de un Pdl con capacidad disponible así como la ampliación de los equipos de transmisión en el caso de que no exista capacidad vacante.

En este sentido, la Resolución recurrida de modificación de la OIR establece que cuando sea necesario ampliar el Pdl sustituyendo el equipo de transmisión por uno de mayor capacidad, las condiciones económicas establecidas en la OIR se aplicarán únicamente en el caso de que en el equipo de transmisión existente al menos el 60% de la capacidad utilizada corresponda a servicios de interconexión. Con esto se garantiza que la ampliación del Pdl se hará sin coste para el operador, únicamente si en la infraestructura del Pdl existente la mayoría del tráfico corresponde a tráfico de los servicios de la OIR.

Queda claro que lo establecido en la Resolución de modificación de la OIR se refiere a la incorporación de la señal en los equipos y medios de transmisión en servicio de un Pdl, cuando hay que aumentar la capacidad de transmisión del mismo.

Telefónica considera que la Comisión no ha motivado suficientemente su decisión, utilizando un concepto de “reutilización” que no se ajusta a la definición establecida en el Diccionario de la R.A.E. puesto que, según Telefónica, la reutilización únicamente es aplicable a elementos existentes y nunca a elementos o infraestructuras de nueva creación.

La definición de “reutilizar” según el Diccionario de la R.A.E. es, como bien dice Telefónica, *“utilizar algo, bien con la función que desempeñaba anteriormente o con otros fines”*. Se considera que la interpretación del concepto de la reutilización utilizada por la Comisión es consistente con la definición formal del mismo según la R.A.E. En efecto, tal y como se ha mencionado anteriormente, la infraestructura de interconexión se compone de diversos elementos (entre los que se encuentran equipos de transmisión, fibras, canalizaciones, zanjas...). En consecuencia, al realizar la ampliación de un equipo de transmisión, si bien se trata de la instalación de un nuevo equipo, se reutilizan el resto de elementos que forman parte del Pdl, por lo que se puede afirmar que al ampliar un equipo de transmisión, la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

infraestructura de interconexión está siendo efectivamente reutilizada. Por lo tanto, se considera que la decisión de la Comisión ha sido suficientemente motivada. No se puede dar por acreditado que la Comisión esté utilizando una acepción distinta del término reutilizar, tal y como afirma Telefónica.

Esta Comisión entiende que la modificación introducida en el punto II.9.2 de la Resolución de la OIR reconoce el uso prioritario del Pdl para cursar tráfico de interconexión, y en consecuencia mejora las condiciones para Telefónica respecto a la anterior OIR.

Sobre la supuesta falta de motivación e indefensión, nos remitimos al primer apartado de estos fundamentos de derecho, si bien añadir que Telefónica en este punto del recurso no ha indicado, ni siquiera, en qué medida se le puede causar indefensión. Entendiendo indefensión como la definida por la Jurisprudencia a la que nos referimos en el fundamento de derecho previo.

En cuanto a lo solicitado subsidiariamente por Telefónica, parece más adecuado establecer un retorno para Telefónica en el caso de ampliación de las infraestructuras de interconexión utilizadas mayoritariamente para la entrega de señal (que es la línea seguida en la modificación de la OIR), en vez de prohibirlas directamente. Por último, conviene señalar que los precios que Telefónica indica como pertenecientes a la OBA para ampliación de capacidad no pertenecen a la lista de precios de la OBA. Telefónica ha solicitado su inclusión en la OBA, que se encuentra todavía en fase de tramitación.

De acuerdo con las anteriores consideraciones, se desestima la pretensión de Telefónica en este punto.

SEXTO.- Respecto a las modificaciones operadas en el apartado II.19. “Contrato tipo”.

- 6.1. Sobre que el Punto II.19.2.4: mecanismos de aseguramiento del pago es nulo de pleno derecho de acuerdo con el artículo 62.1.a) y 62.1.e) de la LRJPAC por vulnerar el artículo 11.5 de la LGTel, el artículo 54.1.a) de la LRJPAC y los artículos 9 y 24 de la Constitución.

Telefónica alega que la condición de que exista una situación concursal para poder exigir aval al operador solicitante de la interconexión, vulnera el artículo 11.5 de la LGTel.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Respecto a estas alegaciones, debe señalarse que Telefónica reitera todas y cada una de las alegaciones que realizó en el procedimiento que dio origen a la Resolución recurrida, sin que puedan apreciarse motivos nuevos por parte de Telefónica.

Debe indicarse, asimismo, que es la propia Telefónica la que en su escrito de aportaciones iniciales (dentro del expediente recurrido) incluyó este supuesto, es decir la declaración concursal, entre los supuestos en los que a su juicio cabía solicitar aseguramiento del pago, aunque vinculándolo al prepago.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Comisión resolvió que era razonable incluir el aval como mecanismo de aseguramiento del pago en el supuesto señalado por existir una situación de riesgo crediticio manifiestamente alto e injusto para Telefónica. Expresamente en la Resolución recurrida se señala (pág.265 de la misma):

“Ahora bien, si por el contrario existe una situación de manifiesto riesgo crediticio, como es el caso de que el operador esté en alguno de los supuestos de situación concursal declarada por el juzgado o al menos solicitada por el deudor (en este caso, aunque no haya resolución judicial, es el propio deudor el que reconoce su situación de insolvencia), esta Comisión comparte la opinión de Telefónica acerca de la necesidad de que ésta pueda disponer de las garantías necesarias para hacer frente a posibles impagos o insolvencias que de otro modo pudieran derivar en la asunción de un alto e injusto riesgo financiero.”

Adicionalmente, debe señalarse que la inclusión en la OIR 2005 del supuesto de situación concursal supone una ampliación, respecto de la OIR 2003, de los casos en los que Telefónica puede exigir aval como aseguramiento de los pagos por servicios de interconexión. En cambio, en la OIR 2003 se referían al supuesto en el que se constate la existencia de impagos sin causa justificada en derecho de al menos dos facturas giradas por Telefónica, siempre y cuando la deuda continúe vigente. Con lo que, en todo caso, se debería considerar como un reconocimiento de los derechos de Telefónica en estos supuestos y no una merma de los mismos.

Telefónica considera que esta Comisión se ha extralimitado en sus competencias al imponerle la obligación de interconectarse con un operador que se encuentra incurso en un procedimiento concursal, apoyándose en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de diciembre de 2004.

Pues bien, la aplicación de esta Sentencia invocada por Telefónica es totalmente improcedente en este caso, ya que se trata de supuestos de hecho muy diferentes.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el presente caso, se trata de incluir en la OIR un supuesto en el que Telefónica puede exigir a los operadores un aval como garantía del pago, con la finalidad de atender el riesgo crediticio que podría asumir al tener que prestar servicios de interconexión a un operador en tales circunstancias. Sin embargo, los antecedentes de hecho en la Sentencia señalada se refieren a un supuesto en el que constatados unos impagos a Telefónica por parte de un operador, la Comisión autoriza a aquella a resolver o suspender el Acuerdo General de Interconexión (AGI) suscrito entre ambos operadores y a desconectar su red de la del operador, sometiendo dicha autorización a una condición suspensiva, consistente en que la autorización sólo surtirá efectos si el operador deja de pagar lo que adeuda a Telefónica, una vez que ultime el procedimiento de suspensión de pagos instado por el operador en concreto. Teniendo en cuenta que la legislación sobre suspensión de pagos impide al operador realizar pagos individuales a deudores.

Por tanto, hay que concluir que los pronunciamientos que realizó la Audiencia Nacional en esa Sentencia de 3 de diciembre de 2004 no son aplicables en la resolución de este recurso.

Telefónica alega que la única medida proporcionada en estos casos es el prepago o, subsidiariamente, una garantía que cubra ocho meses de servicios futuros. Vodafone se manifiesta en el mismo sentido, al solicitar la inclusión de un mecanismo prepago que dotaría a la OIR de eficacia, realismo y flexibilidad.

Hay que rechazar esta petición de Telefónica y Vodafone de incluir para todos los operadores el aseguramiento del pago con carácter general previo a la firma del contrato y a la apertura de la interconexión, ya que no se considera razonable ni proporcional, desde el punto de vista del fin, objetivo o interés público que la Comisión debe perseguir. El artículo 11.4 de la LGTel señala que la Comisión ha 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 enunciados en el artículo 3 de la LGTel. Por otro lado, los posibles perjuicios alegados por la recurrente no tienen necesariamente que producirse por cuanto que siempre podrá acudir a esta Comisión para que le autorice la no conexión con el operador concursado si no se presta el aval reconocido en la OIR.

La Resolución de 23 de noviembre (en su pág. 264) indicaba que:

“Esta Comisión considera que los supuestos en los que Telefónica pueda exigir la aplicación de mecanismos de aseguramiento del pago deben ser objetivos, transparentes y no discriminatorios de forma que sean aplicables únicamente en situaciones excepcionales, y en ningún caso se conviertan en la norma a aplicar. Por esta razón, en los supuestos por los que se establecen las condiciones para



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

aseguramiento del pago con carácter previo a la apertura de interconexión no se considera razonable incluir la obligación de constituir aval sistemáticamente a aquellos operadores que no tengan antecedentes en Telefónica. Ello conllevaría una situación de discriminación frente a aquellos otros que, habiendo establecido la interconexión con anterioridad, no han sido requeridos para adelantar cantidad alguna que pueda considerarse como financiación de la propia Telefónica.”

Esto es, porque el principio del que debe partirse es que Telefónica es el operador que tiene la obligación, de acuerdo con la normativa vigente, de ofrecer servicios de interconexión en los términos de la OIR. Por lo que cualquier limitación o condición que se imponga a dicha obligación, como la posibilidad de exigir aval, debe ser proporcional, objetiva, transparente y no discriminatoria, de forma que no haga imposible o dificulte, en definitiva, la aplicación práctica de la obligación principal de dar interconexión de Telefónica.

Telefónica afirma que la condición de que el impago sea sin causa justificada en derecho es un concepto jurídico indeterminado que vulnera el principio de seguridad jurídica del artículo 9 de la Constitución provocándole indefensión, proscrita en el artículo 24 del texto constitucional.

No se comparte la afirmación de Telefónica ya que, aunque el enunciado del requisito “sin causa justificada en derecho” se establezca con carácter general, no por ello se causa inseguridad jurídica al tener como referencia el marco cierto del ordenamiento jurídico.

A mayor abundamiento, señalar que la OIR 2001 (MTZ 2001/4036) introducía como novedad la posibilidad de que Telefónica exigiera al operador interesado en la interconexión la constitución de un aval (o garantía para el aseguramiento del pago) en los siguientes términos (pág. 81 y 82 de la Resolución del 9 de agosto de 2001):

*“(1) En el momento anterior a la efectiva interconexión se podrá exigir la constitución de un aval al operador interesado en la misma, cuando en las relaciones comerciales establecidas entre TELEFÓNICA y este operador, o las empresas matrices, socios de referencia, empresas fusionadas, absorbidas o que hubieran asumido expresamente los derechos y obligaciones de la empresa anterior en cuanto al negocio objeto de la misma del operador que pretenda interconectarse, se hayan producido **impagos sin causa justificada en derecho** en al menos dos facturas giradas por TELEFÓNICA en el periodo de tiempo anterior al otorgamiento de la correspondiente licencia individual, o posterior a ésta, y siempre que la deuda continúe vigente.*

[...]



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*(2) El segundo supuesto consiste en los avales que se van a constituir una vez abierta la interconexión, para lo cual TELEFÓNICA podrá exigir su constitución una vez se constate la existencia de **impagos sin causa justificada** en derecho o demoras en el pago de dos facturas emitida por esta entidad relativas a servicios de interconexión prestados en el marco del presente AGI y siempre que la deuda continúe vigente. Para ello, se considera constatada la existencia de impagos o demoras en el pago cuando se emiten las facturas y se presentan a su cobro conforme a las normas establecidas en el presente Acuerdo.”*

Por tanto, en la modificación introducida en el año 2001 en la Oferta de Referencia de Telefónica ya se hacía referencia a este concepto. Teniendo en cuenta que Telefónica desde entonces ha podido manifestar su oposición o inseguridad ante el mismo en numerosas ocasiones, la realidad es que no lo ha hecho. Es evidente que, por lo menos hasta este momento, 5 años después de acuñar este término por primera vez, ha sido suficientemente claro para todos los agentes del mercado no habiéndose planteado ningún conflicto en relación con esto, ni puesto de manifiesto anteriormente.

Consecuentemente, se desestima esta alegación de Telefónica.

Telefónica alega que la segunda condición, que el impago sea de al menos de dos facturas, no está suficientemente motivada vulnerando el artículo 54 de la LRJPAC.

A este respecto debe ponerse de manifiesto que la OIR 2005 mantiene el criterio de la OIR 2003 sobre la exigencia de dos facturas impagadas y en el escrito de aportaciones y alegaciones presentadas en el expediente originario, Telefónica no debatió tal extremo. Por ello, no procede una motivación adicional ni diferente a la que en su día se estableció por esta Comisión y que consistió en estimar que es proporcional considerar que se ha constatado la existencia de un impago cuando se han producido dos facturas impagadas.

En todo lo demás aplicable a la falta de motivación, nos remitimos al fundamento jurídico material previo de esta Resolución.

Según Telefónica, la tercera condición sobre la vigencia de la deuda es un criterio absurdo, falta de objetividad, desproporcionado y absolutamente discriminatorio vulnerando el artículo 11.5 de la LGTel.

Si el operador en cuestión volviera a incurrir en el impago de dos facturas, Telefónica podrá exigir aval una vez abierta la interconexión, con lo que existiendo esta posibilidad no puede considerarse desproporcionada la condición de que la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

deuda se encuentre vigente en el momento de solicitar el aval antes de abrir la interconexión.

Afirma que en el marco legal actual, el único requisito previo para solicitar el acceso es la notificación a esta Comisión, no existiendo ningún control sobre la solvencia de los operadores.

Las alegaciones que realiza Telefónica no aportan nada nuevo respecto de las realizadas en el procedimiento originario que dio lugar a la Resolución ahora impugnada. En concreto, en relación con la cuestión del control o acreditación de la solvencia técnica y económica de los nuevos operadores, no aduce nada distinto por lo que no se aprecian motivos nuevos y suficientes para alterar o modificar la Resolución impugnada en este punto. En resumen, los motivos esgrimidos por esta Comisión son los siguientes:

- esta Comisión considera que no debe introducirse ninguna medida previa adicional debido al nuevo marco normativo, sobretodo teniendo en cuenta que el desarrollo de dicho marco no ha alcanzado un régimen estable.
- cuando una persona física o jurídica notifica a esta Comisión su intención de iniciar la actividad que desea (explotación de redes y/o prestación de servicios de comunicaciones públicas) en virtud de lo señalado por el artículo 6 de la LGTel., asimismo se somete a las condiciones previstas legal o reglamentariamente para el ejercicio de la actividad que notifica. En este sentido, la Comisión tiene competencias para controlar el cumplimiento de las obligaciones que el notificante ha de asumir en cuanto prestador de la citada actividad y en el caso de que se comprobara que tal persona habilitada no está en disposición de cumplir con alguna de tales obligaciones (entre ellas, el pago de los precios de interconexión...) podría llegar a cancelarse la inscripción practicada.
- Asimismo, debe señalarse que aún cuando la vigente LGTel incorpora la nueva regulación comunitaria basada en los principios de un régimen de libre competencia y de intervención ex ante mínima, se permite, no obstante, la introducción de mecanismos correctores que garanticen la aparición y viabilidad de operadores distintos a los titulares del antiguo monopolio.

En su recurso Telefónica reitera una vez más que soporta de forma continuada retrasos en los pagos y que sufre impagos, muchas veces auspiciados por el régimen liberal instaurado. Tal y como se ha manifestado más arriba y también en la Resolución recurrida, no es razonable y sí es contraproducente adoptar



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

contramedidas regulatorias al nuevo marco normativo, como por ejemplo el prepago universal que pretende Telefónica.

La recurrente, en resumen, muestra su total disconformidad con las modificaciones incluidas mediante la Resolución de 23 de noviembre y sin embargo se ha ampliado el mapa de cobertura de los mecanismos de aseguramiento del pago. No se han incluido todos los que ella proponía por resultar a juicio de esta Comisión excesivos. La Comisión ha de tener en cuenta tanto la protección a Telefónica frente a impagos como los intereses de nuevos operadores para que no vean su entrada en el mercado truncada.

Por la proporcionalidad de la medida y porque Telefónica no ha dado razones de derecho que hagan que la Comisión tenga que replantearse su decisión, se mantienen todas ya cada de las modificaciones incluidas en la Resolución de 23 de noviembre respecto a los mecanismos de aseguramiento del pago.

- 6.2. Sobre que el Punto II.19.2.4: mecanismos de aseguramiento del pago es nulo de pleno derecho de acuerdo con el artículo 62.1.a) y 62.1.e) de la LRJPAC por vulnerar el artículo 11.5 de la LGTel, el artículo 54.1.a) de la LRJPAC y los artículos 9 y 24 de la Constitución, en relación con la cuantía del aval establecida.

El apartado 11.14.1 de la OIR establece en relación con la cuantía del aval antes de abrir la interconexión, que:

*“La **cuantía** del aval se compondrá del valor de los servicios con cuota asociada así como, del valor de los servicios de interconexión por tiempo.*

- *Servicios con cuota asociada: el operador abonará el importe de la cuota mensual asociada a los servicios de interconexión que le esté prestando Telefónica en el marco del AGI, multiplicándose a su vez por 2.*
- *Servicios de interconexión por tiempo: Los criterios para calcular el importe en este supuesto se establecerán según el tiempo que lleve abierta la interconexión. De esta manera, si la interconexión lleva abierta un plazo igual o inferior a 12 meses las normas de valoración serán las establecidas anteriormente para el supuesto de la constitución de avales anteriores a la efectiva interconexión. En cambio, si la interconexión lleva abierta más de 12 meses, se tomará la media de las cantidades totales facturadas al operador en los últimos tres meses correspondientes a los servicios de interconexión que se estén actualmente prestando en el marco del AGI.”*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La Resolución recurrida introduce como novedad respecto a la OIR 2003 anterior, el hecho de que toma en consideración la existencia de servicios con cuota asociada para determinar la cuantía del aval. En el caso de servicios de interconexión por tiempo, se mantiene el criterio de 2003, incluido el factor de multiplicación por dos.

Telefónica pretende que este apartado sea nulo de pleno derecho por falta de motivación (artículo 54 de la LRJPAC) y lesionar sus derechos, produciéndole indefensión.

En este punto, la recurrente reproduce, en esencia, las mismas alegaciones y argumentos que los expuestos en el procedimiento principal que dio lugar a la Resolución ahora impugnada. En resumen, reclama un acortamiento de los plazos desde que se produce el impago y no se atiende la constitución del aval por el operador solicitante de los servicios hasta que la Comisión emita resolución dirimiendo el conflicto y autorizando, en su caso, la desconexión de los servicios de interconexión (en la actualidad, Telefónica cifra la duración de estos plazos en unos 7 u 8 meses, periodo durante el cual considera que la deuda o impago se puede triplicar o cuadruplicar).

En contestación a todas estas alegaciones, dado que se reiteran, no cabe sino insistir en los argumentos que han llevado a esta Comisión a adoptar esta decisión.

En este sentido, debe recordarse que la introducción de mecanismos de aseguramiento del pago en el contexto de la OIR no puede llegar a constituir una barrera de entrada para los operadores ni lesionar el legítimo derecho a la interconexión de los mismos, sino que debe ser realizada de tal modo que de los mismos se desprendan unos efectos proporcionales con los resultados que se pretenden alcanzar. La razón última del establecimiento de la OIR responde al carácter esencial de la red de Telefónica y a la posición que ésta tiene en terminación de llamadas en redes fijas de telefonía, de forma que, el fin que se pretende es la adecuada interconexión de redes de telefonía y hacer posible la competencia en servicios de telefonía.

Por esto, cualquier limitación o condición que se establezca respecto de las obligaciones de telefónica en la OIR debe ser proporcional al fin que se pretende alcanzar.

A este respecto, se entiende que “dos” como factor de multiplicación para calcular la cuantía del aval resulta proporcional a los efectos que se quieren conseguir y es



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

razonable desde la perspectiva de un adecuado equilibrio entre las partes en el marco de la prestación de servicios de interconexión.

Dicho equilibrio es perseguido, además, a través del conjunto de modificaciones introducidas por esta Comisión en la OIR mediante la resolución recurrida: por ejemplo, la flexibilización del plazo para facturación y consolidación por Telefónica en caso de impago de una factura (ahora 15 días), con lo que los plazos para requerir el aval se reducen o, por ejemplo, la diferenciación en la determinación de la cuantía del aval entre servicios con cuota asociada y servicios de interconexión por tiempo a fin de adaptarla a las circunstancias reales de la prestación de dichos servicios.

Asimismo, para determinar la razonabilidad de la multiplicación por dos en el cálculo de la cuantía del aval deben tomarse en consideración las siguientes circunstancias que resultan de aplicación al caso.

Por una parte, no cabe olvidar el derecho que asiste a los operadores a extinguir el acuerdo de interconexión (AGI) en los términos del apartado 11.17.1.4 de la OIR. Es decir, por grave incumplimiento por cualquiera de las partes de las obligaciones esenciales contenidas en el AGI, una vez transcurridos dos meses desde que la parte cumplidora haya requerido a la otra, por escrito, el cumplimiento de las mencionadas obligaciones, entre las cuales cabría situar la obligación de pago de los servicios recibidos.

Todo lo anterior no obsta, además, para que si existen razones e indicios suficientes, Telefónica pueda solicitar en el marco del procedimiento concreto cualquier tipo de medida que estime procedente, a fin de salvaguardar sus legítimos intereses.

Conforme a todo lo expuesto, debe mantenerse por ser razonable la medida establecida debiéndose desestimar la pretensión de Telefónica respecto a la cuantía del aval.

Telefónica solicita a la Comisión que, en los conflictos relativos al impago de servicios de interconexión, se decida con carácter general su tramitación por procedimiento de urgencia con la finalidad de acortar el periodo de tramitación a la mitad.

Esta Comisión tiene que adecuar sus actuaciones y, en particular, en lo referente a plazos a lo establecido en la legislación que le resulta de aplicación que es tanto la LRJPAC como la LGTeL. Cualquier decisión sobre la conveniencia o no de la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

tramitación de urgencia deberá basarse siempre en razones de interés público y habrá de valorarse en el curso de cada procedimiento. En definitiva, no cabe una aplicación previa y general del artículo 50 de la LRJPAC (procedimiento de urgencia) sino que este deberá ser invocado y aplicado en cada caso concreto.

- 6.3. Que el Punto II.19.2.4: mecanismos de aseguramiento del pago es nulo de pleno derecho de acuerdo con el artículo 62.1.c) de la LRJPAC por vulnerar el artículo 6 y ss. de la LGTel y el artículo 6 del Reglamento 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios (en adelante, Reglamento de Servicio Universal).

Telefónica alega la nulidad de este apartado en tanto en cuanto los parámetros fijados en dicho apartado se han establecido basándose en la posibilidad de que la Comisión cancele la inscripción del registro de operadores de aquel operador que pudiera ser insolvente (señala la página 262 de la resolución recurrida). Añade que el Reglamento de Servicio no contempla, en los apartados correspondientes, artículos 14 y 6 del mismo, la insolvencia como supuesto para cancelar la inscripción del operador o extinguir su habilitación.

Respecto a esta alegación, debe indicarse que los párrafos de la Resolución referidos por Telefónica no señalan la insolvencia como supuesto de cancelación de la inscripción registral del operador, tal y como pretende telefónica. Así, expresamente la Resolución establece:

“En resumen, la obligación de Telefónica de mantener una oferta abierta de interconexión y ofrecer servicios a cualquier operador que se lo solicite al tiempo que desaparece el análisis previo sobre la solvencia del operador, supone según Telefónica, un riesgo de impagos e insolvencias que se acrecienta.

En este sentido, esta Comisión considera que no debe introducirse ninguna medida previa adicional debido al nuevo marco normativo y más aún cuando el desarrollo de dicho marco no ha alcanzado un régimen estable.

En efecto, ha de significarse que cuando una persona física o jurídica notifica a esta Comisión su intención de iniciar la actividad que desea (explotación de redes y/o prestación de servicios de comunicaciones públicas) en virtud de lo señalado por el artículo 6 de la vigente LGTel, asimismo se somete a las condiciones previstas legal o reglamentariamente para el ejercicio de la actividad que notifica. En este sentido, la CMT tiene competencias para controlar el cumplimiento de las obligaciones que el notificante ha



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de asumir en cuanto prestador de la citada actividad y en el caso de que se comprobara que tal persona habilitada no está en disposición de cumplir con alguna de tales obligaciones (entre ellas, el pago de los precios de interconexión...) podría llegar a cancelarse la inscripción practicada.

Asimismo, debe hacerse constar que, tal y como se recoge en su Exposición de Motivos, la vigente LGTel incorpora la nueva regulación comunitaria que profundiza en los principios basados en un régimen de libre competencia si bien permite la introducción de mecanismos correctores que garanticen la aparición y viabilidad de operadores distintos a los titulares del antiguo monopolio.”

Por su parte, el artículo 14 del Reglamento de Servicio establece:

“Artículo 14. Cancelación de la inscripción.

1. La inscripción registral de un operador se cancelará cuando su habilitación se extinga por cualquiera de las causas establecidas en el artículo 6.2.

2. La cancelación de la inscripción se practicará de oficio por el encargado del registro al concluir el expediente previsto en el artículo 6.2.

3. El Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y la Agencia Española de Protección de Datos comunicarán a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones las resoluciones firmes en las que se acuerde la pérdida de la habilitación del operador, para que la citada entidad proceda a la cancelación de la correspondiente inscripción registral.”

Y el artículo 6 del citado Reglamento de Servicio establece que:

“Artículo 6. Extinción de la habilitación.

1. La habilitación para la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas se extinguirá por las siguientes causas:

a) El cese en la actividad del operador habilitado, que deberá notificarse a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

b) La extinción de la personalidad del operador.

c) Por sanción administrativa firme, de acuerdo con lo establecido en el título VIII de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

d) Por la falta de notificación a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de la intención del operador de continuar con la prestación o explotación de la red o servicio, que, conforme al artículo 5.2, debe efectuarse cada tres años. Para ello, se



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

tramitará previamente un procedimiento contradictorio conforme al apartado siguiente, en el que se aprecie si se ha producido el cese en la actividad del operador.

2. La extinción de la condición de operador se establecerá por resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, tras la tramitación del oportuno procedimiento.

Dicho procedimiento será iniciado de oficio, en los siguientes términos:

a) En el supuesto del párrafo a) del apartado 1, tras la recepción de la notificación por el interesado.

b) En el supuesto del párrafo b), tras haber recibido noticia de la extinción de la personalidad.

c) En el supuesto del párrafo c), tras la recepción de la comunicación de la sanción impuesta por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio o, en su caso, tras la imposición de la sanción por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones o por la Agencia Española de Protección de Datos.

d) En el supuesto del párrafo d), una vez haya transcurrido un mes desde la finalización del correspondiente plazo de tres años.

Las resoluciones por las que se declare la extinción de la condición de operador serán comunicadas al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.”

Por su parte la LGTel establece como infracción (muy grave o grave, según el caso) el incumplimiento por los operadores de las condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas, artículos 53.s) y 54.p) de la misma y establece que la competencia sancionadora en esos casos corresponde a esta Comisión, artículo 58.a) de la LGTel.

Entre las sanciones posibles, la LGTel establece para las infracciones muy graves en función de sus circunstancias, la posibilidad de inhabilitación hasta cinco años del operador para la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas (artículo 56.1.(b), pudiéndose, además, acordarse tanto en caso de infracción grave como muy grave, como medida de aseguramiento de la eficacia de la resolución definitiva, la suspensión provisional de la eficacia del título (artículo 56.3.(d).

Por tanto, a la vista de los argumentos expuestos, debe mantenerse las afirmaciones de esta Comisión realizadas en la Resolución recurrida en cuanto que la Comisión tiene competencias para controlar el cumplimiento de las obligaciones



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que el notificante ha de asumir en cuanto prestador de la citada actividad y, en el caso de que se comprobara que tal persona habilitada no está en disposición de cumplir con alguna de tales obligaciones (entre ellas, el pago de los precios de interconexión), podría llegar a cancelarse la inscripción practicada.

En consecuencia, no procede admitir la pretensión de Telefónica en este punto.

SÉPTIMO.- Respecto a las modificaciones operadas en el apartado 11.23: “Revisión de precios de la OIR y garantía del trámite de audiencia.”

7.1 Sobre que el punto II.23 de la OIR es nulo de pleno derecho de acuerdo con el artículo 62.1.(a de la LRJPAC por infracción del artículo 24 de la Constitución española.

Telefónica manifiesta su desacuerdo en relación con los precios de interconexión por capacidad aprobados en la Resolución y con la aplicación del modelo de bottom-up a la revisión de precios de la OIR. Alega, asimismo, que no ha tenido posibilidad de rebatir los nuevos precios finalmente aprobados, puesto que en ningún momento a lo largo del procedimiento de modificación de la OIR se dio traslado a Telefónica de la propuesta de los nuevos precios. Considera que se ha producido indefensión por lo que, de acuerdo con el artículo 62.1.a) y e) de la LRJPAC la Resolución es nula de pleno derecho por vulnerar el artículo 24 de la Constitución.

Ante todo esta Comisión considera necesario precisar que la omisión del trámite de audiencia se configura como un defecto de forma que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 63.2 de la LRJPAC, únicamente determinará la anulabilidad del acto cuando carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a indefensión de los interesados.

Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que en las infracciones procedimentales sólo procede la anulación del acto administrativo en los supuestos en los que (i) las mismas generen una disminución efectiva y real de las garantías, incidiendo en la resolución de fondo, o bien, (ii) quede desvirtuada la finalidad del procedimiento.

Con carácter general y, por lo que se refiere a la indefensión, debe indicarse que se trata de un concepto relativo que hay que interpretar desde la perspectiva del procedimiento en su conjunto, a lo largo del cual el interesado tiene diferentes oportunidades de defenderse y poner de manifiesto sus puntos de vista. Por tanto, la indefensión no se produce cuando el interesado ha tenido ocasión de alegar y



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

probar a lo largo del procedimiento administrativo lo que no pudo alegar o probar al omitirse dicho trámite.

El procedimiento original versaba sobre una modificación de la Oferta de Referencia de Telefónica incluidos, por supuesto, los precios de interconexión ya que se trataba de una revisión y actualización de todo su contenido.

La aplicación del resultado del estudio que Telefónica considera como adecuado, llevaría a un escenario en el que los costes de interconexión en tránsito metropolitano serían inferiores a los de interconexión a nivel local y a su vez el coste de la interconexión de tránsito simple sería inferior tanto al de tránsito metropolitano como al local, lo cual es a todas luces incongruente; resultaría que cuanto más uso se hace de la red, menores serían los costes asociados y como consecuencia, menores serían los precios. El modelo de interconexión por capacidad supone la puesta a disposición de recursos de red destinados a satisfacer la demanda de interconexión del operador que contrata dicha capacidad, conforme a unos objetivos de disponibilidad y calidad predeterminados, todo ello de forma independiente al tráfico de interconexión efectivamente cursado. Es inobjetable que los costes de poner a disposición recursos de red han de ser más elevados cuanto mayor sean los recursos puestos, es decir, cuanto más elevado sea el nivel de interconexión. Así pues, no puede de ningún modo hablarse de rigor en la propuesta realizada por Telefónica.

Telefónica entiende que, por su propia naturaleza, un modelo de costes incrementales "bottom-up" determina un coste mínimo, indicando que los precios establecidos deberían considerar otros componentes que no se encuentran reflejados en el estudio. Es preciso señalar que esta Comisión ha considerado todos los factores involucrados para determinar los precios, pues si únicamente hubiera tenido en cuenta los valores proporcionados por el estudio, los precios de interconexión por capacidad hubiesen sido inferiores a los vigentes.

En cuanto a la supuesta indefensión por no disponer de la propuesta de los nuevos precios, en el informe a audiencia se incluían diversas consideraciones respecto a las fuentes que iban a ser utilizadas para la obtención de los precios de los servicios afectados.

Durante las diversas fases del procedimiento de modificación de la OIR, Telefónica ha tenido ocasión de realizar alegaciones respecto a los precios de interconexión; es más, tanto en sus primeras aportaciones como en las alegaciones posteriores al informe de los Servicios de la Comisión, proponía el mantenimiento de los precios de interconexión, entre otras cosas por continuar siendo competitivos y por no



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

existir referencias válidas para su revisión. Sin embargo, ahora se recurren precisamente los precios que se han mantenido invariables.

En consecuencia, procede desestimar la alegación de la recurrente en cuanto a las consideraciones por ella vertidas en este punto.

OCTAVO.- Respecto la definición de mercados de referencia y la Oferta de Interconexión de Referencia de 23 de noviembre de 2005.

Telefónica alega en varios puntos de su recurso que como a la fecha de aprobación de la Resolución recurrida, el 23 de noviembre de 2005, no se habían aprobado por la Comisión los mercados de referencia no se le podían imponer lo que, a su juicio, era obligaciones nuevas y gravosas.

Pues bien, tal y como se indicó en la Resolución de 23 de noviembre de 2005 analizando la habilitación competencial de esta Comisión:

*“(...)teniendo en cuenta que, en virtud de la Disposición Transitoria Primera de la LGTel, **la obligación de Telefónica de disponer de una Oferta de Interconexión de Referencia continúa en vigor**, ha de reiterarse la competencia de esta Comisión sustentada en los artículos 48.2.e), 11.4 y 3 de la LGTel para proceder a modificar el contenido de la vigente OIR. En efecto, con ello **no habría la imposición de nuevas obligaciones sino la concreción de una obligación impuesta en virtud de la regulación en vigor**, es decir, de la obligación preexistente de Telefónica de disponer de una OIR.”*

Por tanto, no se tiene en consideración todas las referencias que hace la recurrente a esta imposición de supuestas obligaciones nuevas, porque como ya se analizó en la Resolución recurrida, no existen obligaciones nuevas como tal.

En cuanto a la vigencia de esta OIR 2005 tras la definición de los mercados y sobre todo, tras la aprobación por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la Resolución de 2 de marzo de 2006 por la que se definían los mercados de terminación de llamadas en las redes públicas individuales de cada operador de telefonía fija, el análisis de los mismo, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas (en adelante Mercado 9), nos remitimos a lo que se establece en la página 54 de la misma en la contestación a las alegaciones efectuadas:

*“(...) esta CMT considera que **la actual oferta de servicios mayoristas de terminación recogida en la Oferta de Interconexión de Referencia (OIR)***



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

aprobada mediante Resolución de la CMT de 23 de noviembre de 2005 continua vigente, sin que sea necesaria la publicación de una nueva oferta de referencia por parte de TESAU. El contenido de la OIR se ha ido revisando, afinando y mejorando a lo largo de varios años. Se considera que el contenido de la OIR actual es adecuado para hacer frente a los problemas de interconexión que han ido surgiendo en el mercado de referencia y que su vigencia es imprescindible para el buen funcionamiento de la esta medida. Ello, sin perjuicio de la competencia de la CMT para introducir cambios en la oferta de referencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 9.2 de la Directiva de Acceso y en el artículo 7.3 del Reglamento de Mercados, para adecuarla a posibles cambios en el mercado de referencia.”

En conclusión, la Resolución de 2 de marzo de 2006 relativa al Mercado 9 proclama la vigencia de la OIR 2005 tras la definición de dicho mercado por lo que el régimen ha mantenido su continuidad hasta la próxima revisión.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. impugnando la Resolución de esta Comisión de fecha 23 de noviembre de 2005 sobre la modificación de la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica de España, S.A.U., en lo relativo al *Punto II.3.7: Mejora de los procedimientos para acreditación de impagos de comunicaciones a servicios de tarifas especiales de tarificación adicional.*

A tales efectos, se modifica el párrafo el cuarto del apartado II.3.7.4 de la Resolución, quedando el mismo como sigue:

“Desde el momento de la emisión del archivo al que se refieren los párrafos precedentes, Telefónica pondrá a disposición del operador de red inteligente los documentos de detalle en los que certifique la finalización de las gestiones de cobro, con la fecha correspondiente a cada una de las gestiones realizadas, así como los datos correspondientes al usuario llamante y cuantos han de incluirse en el archivo de comunicación de impagos definitivos. Este documento de detalle estará disponible mediante acceso on line – con el objetivo de que se realice a través del SGO - desde el momento de la emisión del fichero de impagos definitivos y para todas las entradas correspondientes al mismo. Telefónica estará obligada a certificar la veracidad de los datos incluidos tanto en el documento de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

detalle, como en el archivo de impagados definitivos, debiendo proceder a la firma de los documentos mediante un sistema de firma digital que permita acreditar la procedencia del documento de detalle.

SEGUNDO.- Estimar parcialmente el recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. impugnando la Resolución de esta Comisión de fecha 23 de noviembre de 2005 sobre la modificación de la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica de España, S.A.U., en lo relativo al *Punto II.8.6: Solicitud de proceso de viabilidad previos de circuitos; comunicación y notificación temprana de los servicios; procedimiento de provisión de circuitos de alto coste.*

Por ello, se estima la alegación de la recurrente y se procede a modificar el apartado 7.4.2.5 de la OIR consolidada, de modo que el párrafo:

“Telefónica confirmará o rechazará una solicitud del servicio de enlace a cliente en el plazo de cinco días laborables desde la solicitud. En caso de rechazo, Telefónica indicará de forma suficientemente detallada la causa del rechazo de forma que el operador pueda plantear alternativas a la solicitud rechazada.”

debe ser sustituido por:

“Telefónica confirmará o rechazará una solicitud del servicio de enlace a cliente en el plazo de diez días laborables desde la solicitud. En caso de rechazo, Telefónica indicará de forma suficientemente detallada la causa del rechazo de forma que el operador pueda plantear alternativas a la solicitud rechazada.”

TERCERO.- Las modificaciones a las que se refieren los resuelve primero y segundo serán incluidas por esta Comisión en el propio texto consolidado presentado por Telefónica el 30 de diciembre de 2005. Esta Comisión una vez fijado el texto consolidado definitivo, lo publicará en el servidor hipertextual de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en <http://cmt.es>.

Telefónica de España, S.A.U. en el plazo de diez días a partir de que esta Comisión le notifique que el citado texto está disponible en el servidor hipertextual, 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

CUARTO.- Desestimar íntegramente las demás alegaciones del recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. impugnando la Resolución de esta Comisión de fecha 23 de noviembre de 2005 sobre la modificación de la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica de España, S.A.U.

QUINTO.- Inadmitir el recurso potestativo de reposición contra la notificación de esta Comisión de fecha 12 de enero de 2006 por el que se le instaba a presentar un nuevo texto consolidado de la OIR sin incluir modificaciones.

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 resuelve un recurso potestativo 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 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº Bº

EL SECRETARIO

EL PRESIDENTE

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera