



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

JORGE SANCHEZ VICENTE, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA

Que en la Sesión número 26/12 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 5 de julio de 2012, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución por la que se resuelve el conflicto presentado por Emsertex 2002, S.L., contra France Telecom España, S.A.U. en relación con los servicios prestados para las llamadas con origen internacional y destino numeración 902 (RO 2011/798).

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Escrito presentado por Emsertex 2002, S.L.

Con fecha de 21 de marzo de 2011 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de la entidad Emsertex 2002, S.L. (en adelante, Emsertex) mediante el cual solicitaba la intervención de esta Comisión para resolver el conflicto de interconexión suscitado contra France Telecom España, S.A. (en adelante, FTE) como consecuencia del presunto incumplimiento del acuerdo de interconexión firmado entre ambas operadoras, el 29 de septiembre de 2006, al haber modificado unilateralmente FTE las condiciones económicas del servicio de interconexión con destino a numeración 902.

Emsertex manifiesta que desde principios de 2009 comenzó a recibir un volumen significativo de tráfico desde FTE con origen en redes internacionales y destino a numeración 902, el cual era retribuido por FTE con **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]** c€ por establecimiento de llamada, más **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]** c€ por minuto en horario normal o **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]** c€ en horario reducido¹.

Con fecha de 1 de mayo de 2009, ambos operadores firmaron una *addenda* al acuerdo de interconexión², mediante la cual el objeto del contrato para la prestación de servicios de red de comunicaciones electrónicas se amplió, en cuanto a los servicios de tarificación adicional,

¹ Como se explicará más adelante, inicialmente, Emsertex actuaba como revendedor del servicio mayorista prestado por FTE, por lo que el servicio prestado por este último consistiría en una venta de minutos; más tarde, se portaron los números telefónicos al denunciante, por lo que el servicio prestado por FTE consistiría en un tránsito.

² Emsertex aporta copia tanto del acuerdo de interconexión como de la *addenda*.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

a aquellos servicios de ámbito nacional (el resto de servicios del acuerdo también son de ámbito nacional³), prestados con numeración 902 asignada a Emsertex.

Emsertex manifiesta que, a pesar de la firma de la *addenda*, FTE continuó prestando y retribuyendo el servicio objeto de conflicto hasta octubre de 2009 al mismo precio aplicado hasta entonces (precio que coincide con el fijado en la *addenda* para el tráfico con origen fijo nacional), conforme al modelo de facturación de acceso, con independencia de que fuera aplicable el contrato de reventa o el acuerdo de interconexión, firmado entre ambos operadores.

Debido a que no se incluyó en la *addenda* firmada el servicio de interconexión con origen internacional y destino 902, y a que FTE no modificó la retribución del servicio mayorista de venta de minutos tras la firma de la misma, Emsertex entiende que la *addenda* en nada modificaba el acuerdo tácito existente entre las partes para la prestación y retribución del servicio de venta de tráfico con origen internacional y destino a numeración 902.

Sin embargo, a partir de la facturación de octubre de 2009, FTE habría modificado a Emsertex, unilateralmente y sin previo aviso, las condiciones aplicables a este tráfico, retribuyéndolo como si su origen fuese móvil nacional, conforme al modelo de terminación, es decir, a un precio inferior al que venía siendo aplicado a este servicio (fijo nacional modelo de acceso).

Según Emsertex, la diferencia entre la cantidad efectivamente satisfecha por FTE y la cantidad que debió retribuirse, de haberse aplicado los precios previstos para el tráfico con origen fijo nacional, habría generado un importe a favor de Emsertex de **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]** €.

Emsertex solicita a esta Comisión que imponga a FTE la obligación de aplicar al tráfico objeto de controversia el precio tácitamente acordado por las partes y que venía siendo aplicado a lo largo del año 2009, así como la obligación de proceder al pago de la diferencia entre este precio y el efectivamente satisfecho a Emsertex. Asimismo, solicita que se declare la obligación de FTE de satisfacer intereses de demora por el retraso en la retribución del importe derivado de la aplicación de dicha diferencia de precios.

SEGUNDO.- Notificación de inicio del procedimiento

Con fecha de 12 de abril de 2011, mediante sendos escritos del Secretario de esta Comisión se notificó a Emsertex y a FTE la iniciación del presente procedimiento para resolver el conflicto de interconexión planteado entre ambas operadoras. Asimismo, se les confirió un plazo de diez días para que realizaran las alegaciones, presentaran los documentos u otros elementos de juicio que considerasen oportuno y contestasen al requerimiento formulado en el mismo.

TERCERO.- Escrito de contestación de FTE

Con fecha de 6 de mayo de 2011 se recibió escrito de contestación de FTE en el que confirmaba la existencia del Acuerdo de interconexión entre las partes, así como de la mencionada *addenda*.

³ La *addenda* no contempla la prestación de servicios de interconexión para tráfico con origen internacional y destino a numeración 902, sino, únicamente, la prestación de servicios para tráficos con origen nacional, como el resto de servicios del acuerdo de interconexión.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

FTE alega que el tráfico con destino a numeración 902 de Emsertex no lo recibía con un origen identificado, por lo que, bien podría tratarse de tráfico con origen internacional, bien de tráfico 'enmascarado'. Esto impedía etiquetarlo y determinar si estaba contemplado en el contrato o si se trataba de tráfico anómalo, ya que las llamadas mantenían el mismo perfil: simultaneidad de las llamadas y corta duración.

FTE considera que, a pesar de que hubiera podido "*no retribuir dichos servicios en modo alguno a Emsertex al estar fuera del alcance del acuerdo*", procedió a pagarlos a Emsertex según las condiciones económicas estipuladas que mejor se adaptaban a los mismos. Los sistemas asimilaban esas llamadas con origen no identificado al tráfico con origen fijo nacional, por ser éste el tráfico mayoritario cursado entre ambos operadores. Y, por ello, se tarificaban automáticamente, por defecto, según la tarifa correspondiente a origen fijo nacional, la cual mantiene un esquema de facturación conforme al modelo de acceso.

Asimismo, FTE añade que este tráfico calificado como anómalo fue residual hasta octubre de 2009; por lo que, hasta ese momento, no consideró necesario proceder a su identificación. En cambio, entre octubre de 2009 y el 6 de enero de 2010, detectó un aumento desmesurado de las llamadas en tránsito con destino a numeración 902 de origen desconocido o enmascarado, que mantenían un perfil anómalo. A partir del 6 de enero de 2010, este tráfico se mantiene de forma residual o prácticamente inexistente.

FTE alega que, debido a este aumento del volumen del tráfico, con anterioridad "*a la consolidación del primer mes en que se detectó*", procedió al tratamiento de dicho tráfico y a notificar a Emsertex, mediante sendos correos electrónicos de 27 de noviembre de 2009⁴, junto con los precios y el modelo de facturación que consideraba conveniente aplicar, que el origen de las llamadas era internacional y que Telefónica, que era el operador que entregaba el tráfico a FTE, le retribuía como si el tráfico tuviese origen móvil.

FTE considera que, con ello, alcanzaba un acuerdo con Emsertex y considera haber actuado conforme al contrato suscrito, solicita la desestimación de las pretensiones de Emsertex y el archivo del expediente.

CUARTO.- Escrito de contestación de Emsertex

Con fecha de 9 de mayo de 2011 se recibió un escrito de Emsertex por el que daba contestación al requerimiento formulado por el Secretario de esta Comisión el 12 de abril de 2011. En el mismo, Emsertex afirma que los servicios que ofrecen sus clientes de 902 consisten en la comunicación al usuario llamante de un PIN de cinco dígitos que le permite acceder, a modo de contraseña, a determinados contenidos o servicios de Internet.

QUINTO.- Requerimientos de información

Mediante sendos escritos del Secretario, de 17 de mayo de 2011, se requirió información adicional a ambos operadores con la finalidad de esclarecer los hechos objeto de conflicto.

SEXTO.- Escritos de contestación de FTE

Con fecha de 1 de junio de 2011 se recibió escrito de contestación de FTE al que adjunta diversa documentación relativa a los tráficos objeto de conflicto, correspondiente al periodo entre octubre y diciembre de 2009.

⁴ Aporta copia de los mismos.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, con fecha de 9 de junio de 2011 se recibió nuevo escrito de FTE por el que venía a ampliar la información ya aportada al presente conflicto, sobre las irregularidades detectadas en los orígenes de determinados tráficos hacia numeración 902.

SÉPTIMO.- Nuevos requerimientos de información

Mediante sendos escritos del Secretario de esta Comisión de 27 de junio de 2011 se comunicaron nuevos requerimientos de información a FTE y a Emsertex mediante los cuales se solicitaba aclaración y/o ampliación de la información aportada en escritos de contestación anteriores.

OCTAVO.- Escrito de contestación de Emsertex

Con fecha de 7 de julio de 2011 se recibió contestación de Emsertex en la cual afirma, entre otras cosas, que interpuso el presente conflicto una vez agotadas todas las posibilidades de negociación con FTE, pues creyó que esta operadora aplicaría los principios establecidos en la Resolución de esta Comisión recaída en el expediente RO 2010/253⁵.

NOVENO.- Nuevos escritos de contestación de FTE

En fecha 15 de julio de 2011 se recibió escrito de FTE mediante el cual daba contestación al requerimiento de esta Comisión mencionado en el Antecedente de Hecho Séptimo.

Con fecha de 27 de septiembre de 2011 se recibió escrito de FTE por el que aportaba más información sobre los tráficos objeto del conflicto.

DÉCIMO.- Escrito de contestación de Emsertex

Con fecha de 3 de agosto de 2011 se recibió un escrito de Emsertex mediante el cual aportaba copia de la *addenda* al AGI suscrito con FTE.

UNDÉCIMO.- Declaración de interesado y requerimientos de información a Telefónica, FTE y Emsertex.

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha de 17 de octubre de 2011, se comunicó a Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) que, de conformidad con lo establecido en los artículos 31.1 y 34 de la LRJPAC, ostentaba la condición de interesado. Por ello, se le concedió un plazo de diez días para que realizara las alegaciones, presentara los documentos u otros elementos de juicio que considerase oportuno y contestara al requerimiento en el mismo formulado.

Asimismo, mediante sendos escritos del Secretario se formularon nuevos requerimientos de información a FTE, respecto a sus relaciones de interconexión con Telefónica y con Emsertex, y a este último, respecto a la comercialización de los números 902.

⁵ Resolución de 7 de diciembre de 2010, por la que se resuelve el conflicto de interconexión presentado por Least Cost Routing, S.L. frente a Telefónica de España, S.A.U. en relación con el establecimiento y aplicación unilateral de los precios del servicio de tránsito en llamadas con origen internacional y destino a numeración 902.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DUODÉCIMO.- Escrito de contestación de Telefónica

Con fecha de 27 de octubre de 2011 Telefónica contestó al requerimiento formulado por esta Comisión. En su escrito señalaba que, durante el año 2009, no diferenciaba en las llamadas dirigidas a numeración 902 si su origen era nacional o internacional, por lo que se trataban ambos tráficos de igual manera.

Asimismo, Telefónica afirma que cuando los tráficos venían desde internacional la aplicación del modelo de acceso, le provocaba un importante quebranto financiero, por lo que procedió a la modificación de las condiciones aplicables al servicio de tránsito internacional a números 902 con todos los operadores, comunicándolo mediante carta enviada el 30 de diciembre de 2009.

Los nuevos precios fueron cargados en los sistemas de facturación de Telefónica a principios de enero de 2010. Sin embargo, Telefónica acordó con FTE la aplicación retroactiva de los nuevos precios establecidos para la prestación del servicio de tránsito para tráficos con origen internacional y destino a numeración 902 desde el 1 de julio de 2009.

DÉCIMO TERCERO.- Escritos de alegaciones de FTE y Emsertex

Con fechas de 2 y 7 de noviembre de 2011 se recibieron sendos escritos de FTE y Emsertex mediante los cuales respondían al requerimiento señalado en el Antecedente de Hecho Décimo Undécimo.

DÉCIMO CUARTO.- Escrito de alegaciones de Emsertex

Con fecha de 13 de febrero de 2012 se recibió escrito de Emsertex mediante el cual aportaba copia de una serie de correos electrónicos intercambiados entre FTE y Emsertex y entre éste y sus clientes, en relación con la activación de números con prefijo 902 en los meses de abril y mayo de 2008 y de septiembre y diciembre de 2009.

DÉCIMO QUINTO.- Informe de los Servicios de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y trámite de audiencia

Mediante sendos escritos del Secretario de esta Comisión, de 8 de marzo de 2012, se procedió a notificar a los operadores interesados en el expediente, el resultado de la instrucción del presente procedimiento y a darles trámite de audiencia. De acuerdo con el artículo 84 de la LRJPAC se concedió a las partes un plazo de diez hábiles, a partir de la notificación, para que formularan las alegaciones que estimaran pertinentes y acompañaran los documentos que considerasen oportunos.

DÉCIMO SEXTO.- Escrito de alegaciones de Emsertex al Informe de los Servicios

Con fecha de 22 de marzo de 2012 se recibió en el Registro General de esta Comisión escrito de Emsertex mediante el cual se declaraba plenamente conforme con las conclusiones alcanzadas en el Informe de los Servicios y solicitaba que se impusiera a FTE la obligación de proceder al abono a Emsertex de la diferencia entre los pagos debidos y los efectivamente satisfechos.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DÉCIMO SÉPTIMO.- Escrito de alegaciones de FTE al Informe de los Servicios

Con fecha de 29 de marzo de 2012 se recibió escrito de FTE por el que presentaba alegaciones al Informe emitido por los Servicios.

FTE mostraba su disconformidad, entre otros aspectos, respecto al acuerdo que se ha considerado vigente entre las partes con anterioridad a la vigencia del AGI y, por lo tanto, difería respecto a la cláusula de modificación de condiciones que se consideraba de aplicación.

Igualmente, se muestra disconforme con los precios considerados en el análisis económico desarrollado en dicho Informe y por extensión, con los márgenes de beneficio supuestamente obtenidos por la operadora.

Por ello, solicita a esta Comisión que se desestimen las pretensiones de la denunciante, y que, de estimar la retarificación del tráfico, se consideren en todo caso las cantidades efectivamente percibidas por FTE.

DÉCIMO OCTAVO.- Escrito de ampliación de alegaciones de FTE

Con fecha de 24 de abril de 2012 se recibió en el Registro de esta Comisión escrito de FTE por el que ampliaba sus alegaciones al Informe de los Servicios, adjuntando información adicional a la ya aportada.

DÉCIMO NOVENO.- Escrito de alegaciones de Emsertex

Tras tomar vista del expediente, con fecha de 10 de mayo de 2012 Emsertex presentó en el Registro de esta Comisión nuevo escrito de alegaciones, mediante el cual viene a reiterar las manifestaciones formuladas durante la tramitación del presente procedimiento, adjuntando como información adicional a la aportada hasta ahora los CDR's correspondientes a los meses de febrero, marzo, abril y mayo de 2009, y, en concreto, los datos referidos a la numeración objeto de conflicto.

VIGÉSIMO.- Registro de Operadores

Emsertex 2002, S.L. consta inscrita como operador en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, dependiente de esta Comisión, desde el 20 de enero de 2004 para la reventa del servicio telefónico fijo en acceso indirecto, y desde el 27 de julio de 2006 para la prestación del servicio telefónico fijo.

A los anteriores Antecedentes de Hecho les son de aplicación los siguientes



II FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del procedimiento

El presente procedimiento tiene por objeto resolver el conflicto de interconexión existente entre Emsertex y FTE, en relación con el presunto incumplimiento por parte de esta última operadora de los acuerdos firmados entre ambas y con la modificación unilateral de las condiciones económicas (modo de facturación y precios), aplicables al servicio de interconexión con origen internacional y destino a numeración 902.

En concreto, el objeto de este procedimiento se centrará en:

1. Analizar la razonabilidad de la modificación de las condiciones económicas realizada por FTE.
2. Determinar si FTE se encontraba habilitada para modificar unilateralmente el acuerdo de interconexión suscrito con Emsertex y para aplicar retroactivamente las nuevas condiciones económicas.
3. Examinar otros hechos expuestos por las partes sobre el servicio objeto de conflicto.

SEGUNDO.- Habilitación competencial

La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), en su artículo 48.3, indica que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto, entre otras cuestiones, el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y la resolución de los conflictos entre operadores. Dichas competencias generales se concretan en la habilitación competencial de esta Comisión para actuar en esta materia, recogida en el apartado 4.d) del mismo artículo, que establece que es función de esta Comisión la resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre operadores en materia de acceso e interconexión.

Asimismo, el artículo 11.4 de la LGTel establece que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 del mismo texto legal.

A tal efecto, el artículo 14.1 de la LGTel señala que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones conocerá de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de esta ley y de sus normas de desarrollo, y que, previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, en el plazo máximo de cuatro meses a partir del momento en que se pida su intervención, sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva.

Por último, el artículo 23 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre Mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración (en adelante, RMAN) atribuye a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la competencia para intervenir en las relaciones entre operadores, a



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado. Además, se dispone que esta Comisión conocerá de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de la LGTel, de este reglamento y de otras normas de desarrollo de la citada ley; a tal efecto, dictará una resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto y las medidas provisionales que correspondan.

En el escrito de contestación al requerimiento de 27 de septiembre de 2011, FTE afirmaba que el tráfico generado antes de que la numeración fuera portada a Emsertex (el 26 de noviembre de 2009⁶), se había cursado en el marco del acuerdo de comisionamiento que ambos operadores tenían firmado⁷. Considera que, al no tratarse de un servicio de interconexión, esta Comisión no sería competente para conocer de los hechos acaecidos en ese periodo.

A este respecto, cabe señalar, por un lado, que, con posterioridad al 26 de noviembre de 2009, Emsertex comenzó a actuar bajo el rol de operador de red interconectado con FTE al habersele portado a su favor la numeración 902 objeto de conflicto. Por ello, no se plantean dudas acerca de la habilitación de esta Comisión para conocer sobre los tráficos objeto de conflicto cursados, así como sobre las relaciones entre ambos operadores, a partir de ese momento.

Por otro lado, las partes habían firmado el 1 de agosto de 2005, un acuerdo de comisionamiento y un acuerdo de reventa⁸. Respecto a la numeración objeto de conflicto, con anterioridad a regirse por el AGI firmado, las partes se regían por el mencionado acuerdo de reventa, conclusión que se alcanza por los siguientes motivos:

- De conformidad con la documentación aportada, Emsertex firmaba con sus clientes⁹ los contratos para la prestación del servicio de *“venta del tráfico para el servicio de recogida a través del prefijo 902”*, actuando en su propio nombre y haciendo uso de sus propias facilidades, apareciendo este operador como único responsable de la prestación del servicio, sin que en los mismos se haga mención alguna a FTE.
- Para la prestación del servicio, Emsertex asignaba a sus clientes determinados números 902, los cuales coinciden con aquellos números asignados por esta Comisión a FTE que fueron objeto de las llamadas masivas y posteriormente portados a Emsertex el 26 de noviembre de 2009.
- De los contratos que existían firmados entre las partes en el periodo objeto de conflicto, únicamente el acuerdo de reventa preveía (cláusula 2) que FTE asignara a Emsertex determinada numeración 902 a efectos de la prestación del servicio.
- Emsertex no pudo, técnicamente, terminar las llamadas en los números 902 que asignaba a sus clientes, hasta el 26 de noviembre de 2009, fecha en que estos

⁶ La numeración que recibió el gran volumen de llamadas en el servicio objeto de conflicto resultó, básicamente, la siguiente: **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**. Los bloques a los que pertenecen estos números estaban asignados por esta Comisión a FTE. No obstante, consultada la herramienta 'Portalnet' de la Asociación de Operadores para la Portabilidad (AOP), se ha podido comprobar que todos los números indicados fueron portados de FTE a Emsertex el 26 de noviembre de 2009, haciendo uso del NRN que el Consejo de esta Comisión había asignado a Emsertex el 2 de agosto de 2006.

⁷ Para acreditarlo, FTE aporta copia del mencionado acuerdo, firmado el 1 de agosto de 2005, así como de las facturas generadas entre mayo y noviembre de 2009 donde el concepto facturado es 'comisionamiento-origen fijo' o 'móvil'.

⁸ Titulado Anexo de *“condiciones específicas de venta de tráfico al por mayor para el servicio switchbased direct con recogida a través de los prefijos 902”*, fechado el 1 de agosto de 2005.

⁹Aporta copia de los contratos con clientes bajo los cuales habría recibido el tráfico objeto del presente conflicto. Fueron firmados, **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

números fueron portados de FTE a Emsertex. Por lo tanto, el servicio de terminación de llamadas en los clientes de Emsertex lo efectuaba técnicamente FTE.

Aún cuando en los meses de octubre y noviembre de 2009 aparece como concepto facturado entre FTE y Emsertex el de 'comisionamiento, puesto que el contrato de comisionamiento no permitía este mecanismo de asignación de números entre FTE y Emsertex, y puesto que Emsertex aparecía frente a sus clientes como único responsable del servicio, retribuyéndoles por terminación de las llamadas en los 902 que éste les asignaba, el servicio contratado entre FTE y Emsertex no podría basarse en un comisionamiento.

Esta situación, en la que de facto había una asignación entre FTE y Emsertex, era admitida porque, en realidad, el operador mayorista, FTE en este conflicto, nunca perdía el control de la numeración que tenía asignada por esta Comisión, al ser éste quien finalizaba técnicamente las llamadas en los clientes de Emsertex. Esta es la razón por la que, hasta que se portó la numeración a Emsertex, no existía entre ambos operadores una interconexión como tal, sino que, para prestar un servicio de reventa, bastaba con contratar los accesos primarios RDSI necesarios, tal como afirma FTE en su escrito de 6 de mayo de 2011.

En base a lo expuesto a lo largo de este Fundamento de Derecho, se entiende que esta Comisión resulta competente para intervenir en el presente conflicto surgido entre Emsertex y FTE en relación con los tráficos cursados, tanto antes como después de que se portara a Emsertex la numeración destino de dichos tráficos.

TERCERO.- Problemática planteada entorno a los tráficos objeto de conflicto

A lo largo de las alegaciones aportadas al presente conflicto, Emsertex hace continua referencia a las llamadas de origen internacional y FTE a las llamadas de origen desconocido para referirse a los tráficos objeto de conflicto. Por ello, en primer lugar, es necesario aclarar qué tráfico es el concernido en el presente procedimiento.

En los CDR's aportados durante la tramitación del presente conflicto aparece identificado el origen de cada una de las llamadas. En los mismos se observa que existen llamadas tanto de origen desconocido como de origen internacional, entre otras. Esos registros de llamadas son proporcionados por FTE a Emsertex, por lo que ambos podían conocer la identificación de las mismas.

Tras el análisis realizado por los operadores sobre el tráfico que se identificaba en los CDR's con origen desconocido, se descubrió que la verdadera procedencia de esas llamadas eran redes extranjeras. Por lo tanto, ese tráfico también resultaba de origen internacional.

En todo caso, tanto el tráfico identificado con origen internacional como aquel que aparece identificado con origen desconocido, que resultó proceder también de redes internacionales, habrían sido retribuidos del mismo modo por FTE a Emsertex (esto es, como tráfico con origen nacional). Por ello, a efectos de la resolución del presente conflicto, se tendrán en cuenta ambos flujos de tráfico, considerándolos y analizándolos conjuntamente, como si del mismo tráfico se tratara, esto es, tráfico con origen internacional.

Las partes no habían previsto expresamente en sus contratos la prestación del servicio de tránsito con origen internacional y destino a numeración 902 nacional. Por esta razón, los sistemas de FTE asimilaban automáticamente el tráfico con origen internacional a las llamadas con origen fijo nacional, aplicándole sus tarifas.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Inicialmente y hasta octubre de 2009, como el volumen de ese tráfico internacional o desconocido era 'residual', FTE no procedió a identificarlo, ni a cortarlo. Este escenario varió en octubre de 2009 cuando el volumen aumentó considerablemente, manteniendo un perfil anómalo: simultaneidad de las llamadas y corta duración. En consecuencia, FTE procedió al tratamiento de las llamadas anómalas y comprobó que la procedencia de aquellas llamadas que aparecían con origen desconocido era redes internacionales con destino numeración 902, como se ha indicado. FTE notificó este hecho a Emsertex mediante sendos correos electrónicos de 27 de noviembre de 2009, junto con los precios y el modelo de facturación que estimaba conveniente aplicar al tráfico cursado a partir del 1 de octubre de 2009.

FTE decidió escoger, de las tarifas negociadas con Emsertex, las previstas para el tráfico originado en red móvil nacional que mantenían un esquema de facturación según el modelo de terminación, por considerarlo más adecuado para el tráfico de origen internacional dado que a FTE le resultaba imposible conocer la estructura de precios que se aplicaba a los clientes finales en los países de los que provenían las llamadas, información necesaria para aplicar el modelo de acceso.

A diferencia del modelo de terminación, mediante el cual sólo se retribuye al operador un precio en función de la duración de las llamadas, en el modelo de acceso las contraprestaciones mayoristas se retribuyen teniendo en cuenta la estructura del precio minorista, el cual consta de una componente por el establecimiento de la llamada más un precio por minuto¹⁰.

FTE no creó un epígrafe específico en los CDR's para agrupar las llamadas de origen internacional y destino a numeración 902 sino que optó por su inclusión en el epígrafe "*origen móvil nacional*".

FTE afirma que el patrón irregular de dichos tráficos se mantuvo hasta el 6 de enero de 2010, fecha en que el operador internacional que remitía los mismos, cesó en su envío masivo y, desde entonces, el volumen de tráfico se mantiene de forma residual o prácticamente inexistente.

CUARTO.- Sobre las relaciones de interconexión existentes en la prestación de los servicios de red inteligente objeto de conflicto

Con la intención de aclarar los hechos acaecidos, y siguiendo los hitos temporales marcados por los operadores en conflicto, se realiza una distinción entre las relaciones de interconexión existentes antes de que se portaran los números 902 a Emsertex el 26 de noviembre de 2009 y las desarrolladas con posterioridad a esa fecha.

¹⁰ Siguiendo este modelo de facturación, la cadena de pagos es la siguiente:

- Retribución del operador de acceso: Servicio de acceso + Servicio de facturación y gestión de cobro al cliente.
- Retribución del operador de red inteligente: Precio minorista del llamante - Servicio de acceso - Servicio de facturación y gestión de cobro al cliente.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

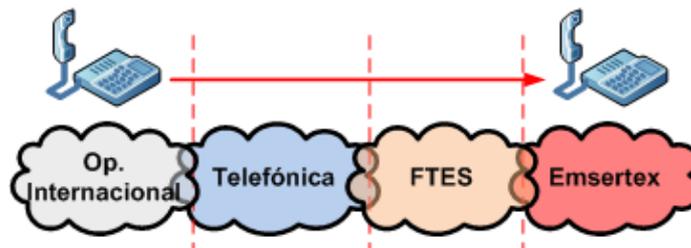
a. Los servicios contratados y prestados antes de que se portara la numeración 902 a Emsertex.

i. Entre el operador de acceso, Telefónica y FTE

Hasta el 26 de noviembre de 2009, el operador que entregaba a FTE los tráficos masivos con origen internacional y destino a numeración 902 que generaron la modificación de la retribución a Emsertex, era Telefónica.

Según se deduce de las alegaciones de los interesados, así como, de la documentación aportada, el operador de acceso se encontraba en el extranjero, quien entregaba la llamada en España a Telefónica y ésta, a su vez, la cursaba hasta FTE quien hacía la terminación y actuaba como operador de red inteligente. Emsertex se encontraba al final de la cadena como revendedor de los servicios de FTE.

El esquema del tráfico podría representarse de la siguiente manera:



Con carácter general, las condiciones económicas aplicadas por Telefónica al tráfico irregular con destino 902, antes de percatarse del verdadero origen del mismo (redes internacionales, tal como se ha indicado en el Fundamento de Derecho anterior) y de proceder a su tratamiento específico, consistían en facturar de acuerdo al modelo de acceso, y retribuir, en este caso, a FTE por el servicio de terminación según los precios establecidos en la **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]** para los tráficos con destino a numeraciones 902 de nivel 1 de FTE, tal como han corroborado ambos operadores¹¹:

[CONFIDENCIAL]

FIN CONFIDENCIAL]

De conformidad con el modelo de facturación de acceso, el servicio de inteligencia de red es prestado por el operador asignatario de la numeración a la que se dirige la llamada. De tal modo que existe un operador que proporciona el acceso al usuario y un operador de red inteligente asignatario de la numeración.

Sin embargo, como sucede en el presente conflicto, puede ocurrir que en la prestación del servicio al usuario intervengan más operadores. Puede existir un operador de acceso, un operador de tránsito y un operador de red inteligente. En el presente conflicto, el operador

¹¹ Telefónica, mediante correo electrónico enviado a FTE el 12 de noviembre de 2009 a las 12:34 y FTE, en las alegaciones realizadas en este conflicto con fecha de 2 de noviembre de 2011.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

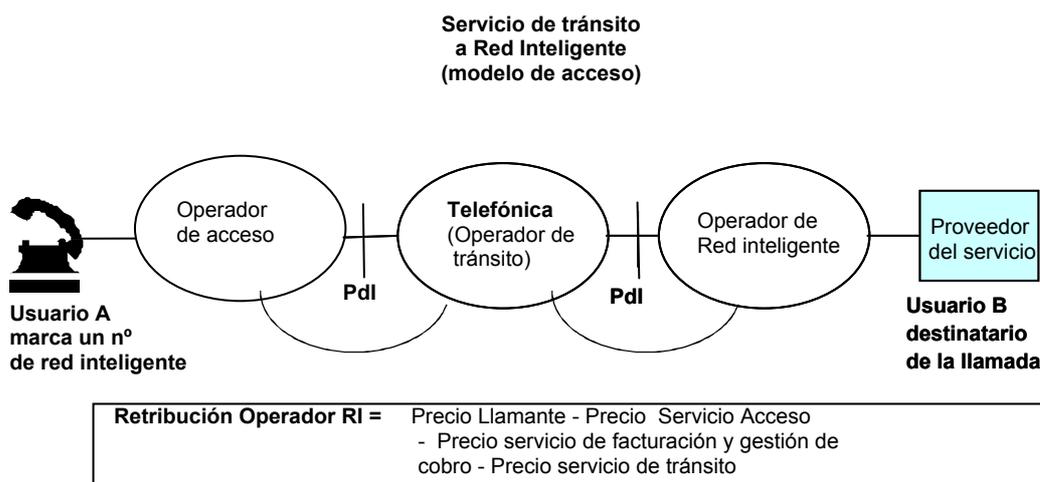
de acceso se encontraba fuera de España, el operador de tránsito era Telefónica, quien entregaba el tráfico a FTE, operador de red inteligente, asignatario de la numeración, y quien terminaba la llamada en Emsertex, como operador reventa del servicio 902.

Pues bien, según el modelo de acceso descrito en la OIR, en la que no se contempla que el operador de acceso se encuentre fuera de España, los costes originados por el servicio de tránsito de las llamadas con destino a números de red inteligente corren a cargo del operador de red inteligente.

De acuerdo con el sistema de pagos en cascada y según el modelo de facturación que se está describiendo, el operador de acceso -que es quien fija el precio minorista al usuario llamante - entregará a Telefónica el importe recibido de su usuario, deducido el precio de los servicios de interconexión de acceso y de facturación y gestión de cobro prestados.

Posteriormente, Telefónica debe pagar al operador de red inteligente el importe resultante de deducir, de la cantidad traspasada por el operador de acceso, el importe correspondiente a los servicios de interconexión de tránsito¹².

A continuación se muestra en esta figura la cadena de pagos descrita:



Telefónica ha alegado que durante el año 2009 no diferenciaba si el origen de las llamadas dirigidas a 902 era nacional o internacional, por lo que las trataba de igual manera. Esto le causó un grave perjuicio económico al utilizar con el operador destino (en este caso, FTE) el modelo de facturación de acceso.

Por lo tanto, las llamadas objeto de conflicto eran clasificadas, por defecto, como nacionales, y, puesto que en el año 2009 el tránsito era aún un servicio regulado, resulta claro que, en principio, los precios aplicados por Telefónica a ese tráfico fueron los establecidos en la OIR 2005.

FTE declara que Telefónica incluyó en su acuerdo de interconexión los servicios de tránsito hacia numeraciones 902 con origen internacional, en julio de 2009. Sin embargo, de conformidad con la documentación obrante en el expediente, la primera comunicación que

¹² Servicio que estuvo regulado hasta el 15 de abril de 2010, momento en que resultaron suprimidas las obligaciones impuestas a Telefónica en el Mercado 10 de los servicios de tránsito en la red pública de telefonía fija. En consecuencia, en la actualidad, los operadores son libres de negociar el precio aplicable al mismo, aún referenciándolo a los antiguos precios regulados.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

FTE recibió de Telefónica a este respecto se produjo el 12 de noviembre de 2009, cuando mediante correo electrónico le informaba de un error en la clasificación del tráfico correspondiente al 'servicio 902 de France', por haberlo incluido como **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**¹³. Asimismo, Telefónica le informaba de que procedería a reprocesar esos datos y le proponía a FTE consolidar mientras tanto con sus datos de tráfico.

Según explica FTE en su escrito de alegaciones al trámite de audiencia, en el momento en que Telefónica se percató del origen desconocido del tráfico que clasificaba como fijo nacional, propuso clasificar todo el tráfico pendiente de consolidación (el cursado entre el 28 de septiembre y el 12 de noviembre de 2009) conforme a los datos de tráfico y el modelo de facturación elegido por FTE, esto es, como si fuera de origen móvil y, por tanto, según el modelo de terminación. En consecuencia, según FTE, Telefónica habría retribuido esos tráficos con el precio de **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**.

FTE apoya sus alegaciones en la referencia contenida en el acta de consolidación 10/09 en la que se señala que el servicio 902 de FTE, para la semana 43, sería facturado con los datos presentados por FTE. Esto podría entenderse, según alega FTE, como una excepción a la regla general, que sería la facturación conforme a los datos de Telefónica.

Para reforzar esta alegación, ha sido aportado por FTE al presente procedimiento un correo electrónico de Telefónica¹⁴ en el que explica que *"[P]ara el tráfico origen Internacional y destino 902 de France se venía facturando con anterioridad al cambio de precios del 1 de enero de 2010 con los datos aportados por Telefónica, que clasificaba dichas llamadas, por error, bajo un modelo acceso según OIR.*

Sin embargo... para el periodo comprendido entre la semana 40 (principios de octubre) y final de 2009, y a falta de llegar a un acuerdo sobre cómo facturar dicho tráfico, se facturó con el dato de France (a excepción de la semana 43 por pérdida de datos) que venía utilizando para su clasificación el modelo de terminación".

Finalmente, dicho tráfico, para el periodo 1 de julio a 31 de diciembre de 2009 fue regularizado en acta 06/11 según el esquema y precios comunicado a finales de diciembre de 2009".

Por lo tanto, según explica Telefónica, inicialmente: clasificó ese tráfico según modelo de acceso; luego, a partir de la semana 40 (octubre) y hasta llegar a un acuerdo con FTE sobre las condiciones económicas a aplicar, se facturó provisionalmente según modelo de terminación, salvo para la semana 43; por último: se regularizó en el acta de consolidación 6/11, el tráfico del periodo entre el 1 de julio a 31 de diciembre de 2009, aplicando los precios comunicados por Telefónica en su carta de 30 de diciembre de 2009.

En conclusión, y según se deduce de las aclaraciones introducidas por ambos operadores en las actas de consolidación indicadas, durante el año 2009, FTE habría cobrado de Telefónica conforme al modelo de acceso hasta la semana 40 y de ahí hasta final de ese año, Telefónica habría decidido, como medida provisional hasta finalizar el análisis detallado del tráfico irregular y conocer su verdadero origen, retribuir ese tráfico como si fuese originado en redes nacionales pero aplicando el modelo de terminación para evitar las pérdidas en las que incurriría aplicando modelo de acceso.

¹³ Literalmente, el correo electrónico reza: **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**.

¹⁴ El 24 de abril de 2012.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Según este modelo de terminación, FTE habría percibido de Telefónica a partir del 1 de octubre las siguientes cantidades:

[CONFIDENCIAL]

FIN CONFIDENCIAL]

Posteriormente, el 4 de diciembre de 2009, FTE comunicó a Telefónica mediante correo electrónico que “[D]esde hace dos meses aproximadamente hemos detectado un volumen muy importante de tráfico con destino a numeraciones 902 de France Telecom red fija y con origen desconocido”. A este respecto, Telefónica responde a FTE el 9 de diciembre del mismo año que “[E]l origen de dicho tráfico son numeraciones de Internacional. Debido al incremento tan importante de este tipo de tráfico y el perjuicio económico que puede suponer para Telefónica, está en proceso de estudio su tratamiento”.

El tratamiento de ese tráfico por parte de Telefónica culminó con la comunicación a FTE, mediante carta de 30 de diciembre de 2009, de las nuevas condiciones que serían aplicables a este servicio (condiciones que se analizarán más adelante) a partir del siguiente periodo de facturación.

En todo caso, las relaciones entre Telefónica y FTE no han generado conflicto respecto a este servicio, ya que han consolidado de mutuo acuerdo los tráficos generados en el mismo. Sin embargo, puesto que este tipo de servicio se caracteriza por el pago en cadena que se produce entre los operadores intervinientes, de esta relación se tendrán en cuenta las retribuciones recibidas por FTE a lo largo de 2009, puesto que las mismas influyeron en la relación de ésta con Emsertex, como se analiza a continuación.

ii. Entre FTE y Emsertex

La emisión de la primera factura de FTE a Emsertex correspondiente a los tráficos en conflicto, por el periodo comprendido entre el 1 y el 31 de octubre de 2009, se produjo el 10 de diciembre de 2009, por lo que se considera que hasta esa fecha ambos operadores no consolidaron dichos tráficos, aplicando desde ese momento las nuevas condiciones económicas comunicadas por FTE el 27 de noviembre de 2009.

De este modo se explica que FTE aplicara los nuevos precios a un periodo facturable anterior a conocer el verdadero origen de las llamadas, pues, tal como ha quedado acreditado con los correos electrónicos intercambiados entre Telefónica y FTE, hasta noviembre no analizaron la procedencia de esas llamadas.

FTE considera que no existió una modificación de las condiciones previamente acordadas con Emsertex, ya que el servicio no estaba recogido en el contrato. A este respecto es necesario señalar que, efectivamente, el origen internacional del tráfico no estaba previsto en los acuerdos firmados entre ambos operadores, sin embargo, esas llamadas eran cursadas y retribuidas por FTE a Emsertex.

Con respecto a la retribución, los operadores en conflicto han afirmado que, inicialmente (hasta el 1 de octubre), la retribución de FTE a Emsertex por el servicio con origen internacional y destino a numeración 902 de este operador, coincidía con las tarifas



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

establecidas en la *addenda* al AGI aplicables al tráfico con origen fijo nacional: **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**.

Estas condiciones económicas tienen un esquema de retribución establecido conforme al modelo de acceso, que supone una retribución tanto por el establecimiento de llamada como por la duración de la misma.

Bajo estas condiciones económicas, el margen por minuto que venía obteniendo FTE antes del 1 de octubre de 2009, calculado trayendo de lo percibido de Telefónica¹⁵ la retribución a Emsertex, era de:

[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL] c€/min en horario normal.

[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL] c€/min en horario reducido¹⁶.

En cambio, tras la aplicación del cambio de las tarifas comunicadas por FTE, la retribución a Emsertex para los tráficos cursados a partir del 1 de octubre de 2009, pasó a ser de **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**, precios que coinciden con los establecidos en la *addenda* al AGI para el tráfico con origen móvil nacional los cuales siguen un modelo de terminación (sin establecimiento de llamada).

En ese caso, el margen por minuto obtenido por FTE a partir del 1 de octubre de 2009, fecha en la que empezó a ser retribuido por Telefónica conforme al modelo de terminación y abonaba a Emsertex las cantidades correspondientes a las tarifas establecidas conforme al mismo modelo (terminación), habría sido de:

[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL] c€/min en horario normal.

[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL] c€/min en horario reducido¹⁷.

b. Los servicios contratados y prestados a partir del 26 de noviembre de 2009.

i. Entre Telefónica y FTE

Como se ha señalado en el apartado anterior, ha quedado acreditado que desde el 1 de octubre de 2009, Telefónica consolidaba estos tráficos con FTE aplicando provisionalmente el modelo de terminación, excepto para la semana 43 en que se habría aplicado modelo de acceso. Este esquema se mantuvo hasta el final del año 2009, momento en que Telefónica, al haber descubierto el origen internacional de los tráficos, estableció mediante carta de 30 de diciembre de 2009, las condiciones económicas aplicables a ese tráfico proveniente de redes internacionales con destino numeración 902.

Telefónica justifica el establecimiento de las nuevas condiciones en el hecho de que la facturación de las llamadas de origen internacional conforme al modelo de acceso le producía un quebranto financiero, debido a que, la remuneración que los operadores internacionales le abonaban por el servicio de terminación de las llamadas en España, no conseguía compensar lo que, por su parte, Telefónica tenía que abonar a FTE según el modelo de facturación de acceso aplicado a los servicios de red inteligente, ya que aquellos

¹⁵ Sin tener en cuenta la retarificación acordada entre ambos operadores en el mes de junio de 2011 para los tráficos cursados desde julio de 2009 hasta el 31 de diciembre de ese mismo año.

¹⁶ **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]** // **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**.

¹⁷ **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

pagaban únicamente un precio por minuto, mientras que Telefónica debía retribuir a FTE, además de un precio por minuto, una componente fija en concepto de establecimiento de la llamada.

Con la modificación de condiciones de 30 de diciembre de 2009, Telefónica mantenía para sí, exactamente, el mismo margen que obtenía con el modelo de facturación de acceso, esto es, el precio del servicio de tránsito fijado en la OIR 2005, pero tomando como referencia el precio facturado por Telefónica al operador internacional por el servicio mayorista de terminación nacional: **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**, y no el precio minorista nacional por llamadas a numeración 902.

En consecuencia, en el modelo de facturación propuesto por Telefónica, desaparecen las componentes de coste por la prestación de los servicios de acceso y de facturación y gestión de cobro, al ser el operador de origen internacional quien presta estos servicios. De este modo, FTE sólo debía abonar a Telefónica el servicio de tránsito que se mantiene en este nuevo esquema en los precios previstos en **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**¹⁸ para tránsito nacional a números de red inteligente.

El nuevo tratamiento que Telefónica daría a los tráficos con origen internacional y destino a numeración 902 nacionales fue aplicado de forma idéntica a todos los operadores a los que prestaba este mismo servicio (tránsito con origen internacional y destino a numeración 902), como manifiesta esta operadora, y tal y como se constató en otros expedientes similares recientemente resueltos por esta Comisión¹⁹.

Sin embargo, las nuevas condiciones comunicadas por Telefónica no comenzaron a aplicarse, con carácter general, a todos los operadores hasta enero de 2010, fecha en la cual la mayoría del tráfico internacional que FTE cursaba a las numeraciones de Emsertex procedía mayoritariamente de otro operador, tal y como se analizará a continuación. Por ello, las condiciones establecidas por Telefónica y comunicadas mediante carta de 30 de diciembre de 2009 no habrían influido en el presente conflicto.

i. Entre FTE y Emsertex

Como se ha mencionado anteriormente, la numeración 902 que recibió el tráfico objeto del presente conflicto fue portada de FTE a Emsertex el 26 de noviembre de 2009. Por lo tanto, desde ese momento y con respecto a dicha numeración, comienza una relación entre ambos como operadores interconectados (antes Emsertex sólo era revendedor de los servicios de FTE).

Hasta ese momento se encontraba suspendida la vigencia del AGI firmado entre ambos operadores el 29 de septiembre de 2006 en base a la cláusula cuarta del mismo. Dicha cláusula señala que “[L]a vigencia de este contrato y de sus anexos quedará en suspenso y no surtirá efecto ni generará obligaciones o/y derechos para las partes, hasta el momento mismo de la notificación fehaciente y por escrito por Emsertex a OBS (entiéndase, FTE), de la numeración que le haya asignado la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a Emsertex, y una vez que el mismo esté firmado por ambas partes”.

Por interpretación extensiva de esta cláusula del acuerdo debe entenderse también aplicable a la numeración que haya sido portada a Emsertex.

¹⁸ A pesar de estar liberalizados, como se ha mencionado.

¹⁹ RO 2010/604 y RO 2010/253.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La consecuencia inmediata de la portabilidad de los números es que la condición suspensiva del AGI, deja de tener efecto respecto a esta numeración y el acuerdo de interconexión adquiere entre las partes toda eficacia contractual²⁰.

En cuanto a los precios aplicados, como se ha indicado, desde el 1 de octubre de 2009 hasta la fecha de la presente resolución, FTE ha retribuido a Emsertex conforme a las condiciones económicas comunicadas mediante correo electrónico de 27 de noviembre de 2009, expuestas en el Fundamento de Derecho Cuarto a.ii: **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**, aplicando modelo de terminación.

ii. Entre un operador internacional de acceso y FTE

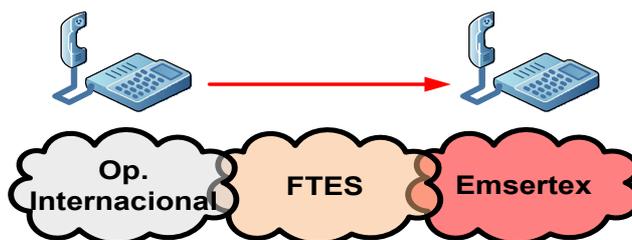
Mediante un correo electrónico²¹ de 17 de noviembre de 2009, FTE propuso al operador internacional **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]** añadir a su acuerdo de interconexión, el servicio de terminación de llamadas en España en números de tarifas especiales 902, adjuntándole los precios aplicables al servicio.

Conforme a las manifestaciones de FTE, **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**, debía retribuirle por el servicio de terminación en numeración 902 española, las siguientes cantidades:

[CONFIDENCIAL

FIN CONFIDENCIAL]

Asimismo, el esquema de prestación del servicio, teniendo en cuenta que ya no interviene Telefónica y que Emsertex actúa en este momento como titular asignatario de la numeración (desde el 26 de noviembre de 2009), resultaría el siguiente:



FTE considera que las citadas condiciones económicas fueron aceptadas por dicho operador internacional dado que, a partir de diciembre de 2009, los tráficos con origen internacional dirigidos a las numeraciones 902 de Emsertex, comenzaron a ser remitidos desde internacional, en su mayoría, por **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**.

Para acreditar este hecho, FTE aporta facturas giradas al operador internacional en los meses de noviembre y diciembre de 2009 (entre otros), de las que puede deducirse que,

²⁰ Esta Comisión del Mercado de las telecomunicaciones asignó a Emsertex en mayo de 2009 numeración 902, por lo que se entiende que respecto a esta numeración sí se aplicaba el acuerdo de interconexión firmado entre ambos operadores, siempre que Emsertex lo hubiese comunicado a FTE por escrito, tal como indica la cláusula cuarta del mencionado acuerdo, pero, puesto que esta numeración no es objeto de conflicto, no será tomada en consideración.

²¹ Aporta copia del correo electrónico donde se propone la suscripción del acuerdo y se adjuntan las tarifas.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

efectivamente, a partir de diciembre de 2009 ambos operadores se prestaban este nuevo servicio.

FTE manifiesta que en las tarifas comunicadas a **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**, habría contemplado el pago de la componente de establecimiento de llamada, a pesar de que la compraventa de tráfico internacional se basa en el modelo de terminación que no contiene dicha componente. Esto habría provocado el impago por parte de **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]** de los tráficos entregados a FTE para su terminación en España.

A este respecto, cabe indicar que en el correo electrónico enviado por FTE a **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]** comunicando las tarifas aplicables al servicio, no se recoge la obligación del operador internacional de abonar la componente de establecimiento de llamada, como alega FTE, sino un precio único por minuto, por lo que, a efectos del análisis de la relación entre estos operadores, se considerará únicamente el precio por minuto señalado.

QUINTO.- Razonabilidad del cambio de condiciones económicas comunicadas por FTE a Emsertex

De conformidad con las alegaciones de las partes, FTE habría comenzado a aplicar a Emsertex las nuevas condiciones económicas comunicadas en sendos correos electrónicos de 27 de noviembre de 2009, al periodo de facturación que comenzó el 1 de octubre de 2009.

FTE afirma que *“no se produjo modificación contractual alguna, se hizo exactamente lo contrario, es decir, con el acuerdo vigente entre las partes, utilizar un precio ya pactado que se asemejara a la naturaleza de los tráficos que Emsertex decidió cursar y que no estaban recogidos en el acuerdo”*.

Lo cierto es que, como se ha indicado, el cambio de condiciones económicas comunicado por FTE a Emsertex mediante correo electrónico de 27 de noviembre de 2009, representa una modificación de las condiciones en las que se venía prestando el servicio, con independencia de que las mismas no se encontraran recogidas por escrito. Por ello, este cambio representa una modificación contractual del servicio en cuanto a sus condiciones económicas de prestación (no así de las condiciones técnicas, las cuales permanecieron sin cambios).

A continuación procede analizar las razones que motivaron la modificación del modelo de facturación del servicio prestado por FTE para el tráfico con origen internacional y destino 902 de Emsertex durante el año 2009; así como evaluar si los precios establecidos por FTE resultaban razonables dada la necesidad de guardar el justo equilibrio entre los intereses legítimos de las partes.

Como ha quedado acreditado, hasta noviembre de 2009 los tráficos en conflicto fueron entregados a FTE por Telefónica y a partir de diciembre de ese mismo año en que la numeración estaba portada a Emsertex, estos tráficos fueron entregados en su mayoría por un operador internacional.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

i. Respetto al tráfico entregado por Telefónica

Tal como se ha indicado en el Fundamento de Derecho Cuarto a. i. ha resultado probado que Telefónica aplicó a FTE, desde la semana 40 del año 2009, hasta final de ese mismo año (a excepción de la semana 43, como señala el acta de conciliación 10/09), un modelo de terminación para el pago de los tráficos con destino a servicios de nivel 1 de FTE, como si los mismos proviniesen de redes nacionales con los siguientes precios:

[CONFIDENCIAL

FIN CONFIDENCIAL]

De no haber empleado FTE con Emsertex el mismo esquema de retribución que aplicaba Telefónica con aquella (modelo terminación) durante el último trimestre de 2009, la prestación del servicio de entrega de llamadas en los 902 de Emsertex que procedieran de internacional habría supuesto pérdidas para FTE.

Es decir, con la retribución recibida de Telefónica conforme al modelo de terminación, si FTE hubiese retribuido a Emsertex conforme al modelo de acceso previsto en su *addenda* para el tráfico con origen fijo, la pérdida para FTE hubiese sido igual a la componente de establecimiento de llamada que debía retribuir a Emsertex, más la diferencia del precio por minuto percibido de Telefónica y la retribuida a Emsertex, tal como se muestra a continuación:

[CONFIDENCIAL²² FIN CONFIDENCIAL] en horario normal

[CONFIDENCIAL²³ FIN CONFIDENCIAL] en horario reducido

Por lo que, resulta justificada la modificación de tarifas a Emsertex respecto al tráfico entregado por Telefónica, basada en el hecho de que con las condiciones aplicadas por Telefónica a FTE entre el 1 de octubre y el 31 de diciembre de 2009, FTE habría incurrido en pérdidas, de haber mantenido a Emsertex en las condiciones económicas que aplicaba hasta ese momento (modelo acceso).

FTE y Telefónica negociaron en el 2011 (ya en tramitación el presente conflicto) la retroactividad de las tarifas de la carta de 30 de diciembre de 2009, sobre el tráfico cursado entre ambos operadores desde el 1 de julio hasta el 31 de diciembre de 2009 por el servicio de tránsito hacia numeración 902 de FTE con origen internacional.

El resultado de la retarificación entre Telefónica y FTE no fue repercutida a Emsertex, puesto que no se recoge esta obligación en el AGI firmado entre los operadores en conflicto. El Acuerdo de Interconexión únicamente establece que "*OBS (entiéndase FTE) pagará mensualmente a Emsertex una parte de los ingresos netos mensuales por interconexión que obtenga de los diferentes operadores de acceso o de tránsito, con los que OBS tenga suscrito un acuerdo de interconexión*".

De este modo, FTE cumplió su obligación de pago retribuyendo a Emsertex conforme al Acuerdo de Interconexión, sin que debiese repercutir a Emsertex el resultado de los acuerdos privados que alcanzara posteriormente con el operador aguas arriba.

²²**[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**

²³**[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por este motivo, la retarificación llevada a cabo entre Telefónica y FTE en el año 2011 no será tenida en cuenta a la hora de determinar si resulta razonable que FTE modificara las condiciones económicas a Emsertex en el año 2009.

Por lo tanto, se tendrá en cuenta el margen obtenido por FTE en el último trimestre de 2009 respecto al tráfico entregado por Telefónica en aplicación del modelo de terminación a lo largo de la cadena:

[CONFIDENCIAL

FIN CONFIDENCIAL]²⁴

En todo caso, respecto al último trimestre de 2009, FTE no había incurrido en pérdidas respecto al tráfico entregado por Telefónica, gracias a la modificación de condiciones que aplicó a Emsertex.

En consecuencia, la modificación de tarifas a Emsertex realizada por FTE en el año 2009 resulta razonable y proporcionada, pues, de lo contrario, la prestación de este servicio al operador denunciante hubiera supuesto un perjuicio económico para FTE, respecto al tráfico entregado por Telefónica. Por lo tanto, se considera razonable la modificación de las condiciones económicas a Emsertex desde el 1 de octubre de 2009.

ii. Respecto al tráfico entregado por un operador internacional

La retribución que habría obtenido FTE por los tráficos con origen internacional y destino los 902 de Emsertex, desde principios de diciembre de 2009, fecha en que la mayoría de los tráficos masivos comenzaron a ser entregados desde internacional por **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**, conforme al acuerdo alcanzado entre ellos, sería de²⁵:

[CONFIDENCIAL

FIN CONFIDENCIAL]

De este modo, FTE habría obtenido un margen neto por minuto, calculado restando a la retribución que recibe del operador internacional la retribución que abona a Emsertex, de acuerdo con los nuevos precios comunicados en los mencionados correos electrónicos de 27 de noviembre de 2009, de:

[CONFIDENCIAL

FIN CONFIDENCIAL]²⁶

Por el contrario, teniendo en cuenta la retribución que recibía FTE de , de haber continuado retribuyendo a Emsertex conforme al modelo de acceso cuyos precios contienen no sólo un precio por minuto, sino también una componente de establecimiento de llamada, FTE habría incurrido en las siguientes pérdidas respecto al tráfico recibido desde **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]** a partir de diciembre de 2009:

[CONFIDENCIAL

FIN CONFIDENCIAL]

²⁴ Calculado en el Fundamento de Derecho Cuarto a. ii. *in fine*.

²⁵ Sin tener en cuenta la componente de establecimiento de llamada, ya que la obligatoriedad del pago de la misma no ha quedado suficientemente acreditada por FTE, como se ha señalado.

²⁶ **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por todo ello, esta Comisión considera razonables y proporcionadas las nuevas condiciones económicas aplicadas a Emsertex respecto al tráfico entregado en este servicio por **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]** a FTE a partir de diciembre de 2009.

En conclusión, teniendo en cuenta que los operadores que entregaron el tráfico masivo objeto de conflicto a FTE le retribuían conforme al modelo de terminación, resulta razonable el cambio de condiciones a Emsertex aplicándole el mismo modelo de facturación: terminación, pues, de haber continuado aplicando a Emsertex el modelo de acceso, FTE habría incurrido en grandes pérdidas por lo prestación de este servicio al operador denunciante.

SEXTO.- Sobre la fijación unilateral de los precios por parte de FTE

En el escrito de interposición del presente conflicto, Emsertex afirma que, desde la facturación de los tráficos correspondientes a octubre de 2009, FTE habría modificado unilateralmente, y sin previo aviso, las condiciones aplicables al tráfico generado en el servicio de tránsito con origen internacional y destino a numeración 902.

En opinión de Emsertex, este servicio debía seguir siendo retribuido, tal y como venía haciéndose hasta ese momento, en base al acuerdo tácito que considera que existía entre las partes desde los inicios del año 2009, fecha en que comenzaron a ser cursados dichos tráficos.

Desde la modificación de condiciones el 27 de noviembre de 2009, ambos operadores intercambiaron en los meses siguientes una serie de comunicaciones acerca de los tráficos objeto de conflicto sin lograr un acuerdo sobre la manera de tratarlos ni sobre la retribución de los mismos.

Emsertex se reafirma en la existencia de un acuerdo tácito, basándose en el hecho de que FTE prestó dicho servicio entregando los tráficos con origen internacional a Emsertex, creó los CDR's, preparó los borradores de facturación y abonó la retribución correspondiente a Emsertex hasta el 1 de octubre de 2009, basándola en los precios previstos en la *addenda* al AGI para el servicio de red inteligente para numeración 902 con origen fijo nacional. Por su parte, Emsertex aceptó dichos tráficos, emitió las facturas y admitió el cobro de la retribución fijada por FTE.

En opinión de Emsertex, FTE tuvo la oportunidad de incluir expresamente el servicio de origen internacional y destino a numeración 902 en la *addenda* al AGI firmada en mayo de 2009. Sin embargo, no lo hizo, sino que continuó retribuyendo esos tráficos hasta septiembre de ese mismo año con las tarifas que coincidían con las establecidas en dicha *addenda* para el tráfico con origen fijo nacional, tal como venía haciendo desde inicios del 2009. Por todo ello, entiende que existía un acuerdo tácito entre ambos operadores acerca de la prestación de este servicio y de las condiciones aplicables al mismo.

Por su parte, FTE considera que el hecho de que se cursaran esos tráficos sin identificar su origen no puede interpretarse como una aceptación a aplicar idénticas condiciones a las establecidas para los tráficos con origen fijo nacional, ni que ello constituyera un consentimiento tácito y, menos aún, que no pudieran establecerse condiciones específicas y diferentes para el mismo.

A este respecto, esta Comisión considera que, a comienzos de 2009, existió una propuesta tácita por parte de FTE a Emsertex para la prestación de este servicio, la cual fue aceptada



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

por éste, también de forma tácita, conformando un acuerdo para prestar el servicio en las condiciones expuestas en el Fundamento de Derecho Cuarto a.ii.; acuerdo que fue respetado por las partes hasta la aplicación de las nuevas condiciones de tarificación y del modelo de facturación el 1 de octubre de 2009.

Respecto a la modificación de las condiciones económicas y de facturación, en su escrito de alegaciones al trámite de audiencia, FTE señala, por un lado, que *“no comparte... que haya habido una variación de las condiciones contractuales suscritas entre Orange y Emsertex”* y, por otro lado, que *“optó por establecer las condiciones que entendía más justas para ambas partes”*.

Estas afirmaciones vienen a reforzar la tesis de que existía un acuerdo tácito, pues es cierto que no se modificaron las condiciones *“suscritas”* ya que éstas no estaban recogidas por escrito en sus contratos, pero sí se establecieron unas condiciones distintas a las que venían siendo aplicadas a este servicio, las cuales constituían una modificación de las condiciones económicas de prestación del mismo.

En opinión de FTE se trataría de la prestación de un nuevo servicio. A este respecto, esta Comisión ya se ha pronunciado en una resolución anterior que resolvía un conflicto sobre el mismo servicio²⁷ estableciendo que *“si bien a efectos de su inclusión en el AGI, el servicio de tránsito a 902 desde internacional se entiende que debe ser tratado como un servicio nuevo, no hay que olvidar que el mismo se venía prestando tácitamente... con anterioridad a la propuesta de modificación del modelo de facturación mediante acuerdo verbal. Por ello, la modificación de las condiciones económicas del servicio debe regirse por las reglas de revisión genéricas de los contratos”*.

Puesto que el servicio objeto de conflicto se prestaba en base a un acuerdo tácito alcanzado por las partes, éstas no habían previsto cláusulas *ad hoc* de modificación de las condiciones aplicables al mismo. Por ello, a efectos de determinar el modo en que las partes debieron establecer la modificación de las condiciones del servicio con origen internacional y destino numeración 902 de Emsertex, es necesario acudir a lo estipulado por ellas en el acuerdo que regía la relación en cada momento.

En cuanto a este particular, FTE considera en sus alegaciones al trámite de audiencia que Emsertex no ha seguido el procedimiento indicado para casos de discrepancias en el anexo suscrito. La operadora hace referencia al acuerdo de comisionamiento, el cual establece una cláusula de revisión del mismo en la que se dispone que *“[S]i transcurridos 7 días desde la comunicación al comisionado de las modificaciones de las condiciones del incentivo por Uni2, aquel no hubiera aceptado las mismas, cualquiera de las partes tendrá derecho a resolver el presente acuerdo”*.

Respecto a esta alegación de FTE es necesario puntualizar, como se ha explicado en el Fundamento de Derecho Segundo, que esta Comisión no considera que haya regido el acuerdo de comisionamiento firmado entre las partes, al menos, respecto al periodo y la numeración objeto de conflicto. No obstante, el acuerdo de reventa establece que *“la modificación de las tarifas aquí estipuladas, se regirá por las condiciones pactadas en el contrato del cual este documento es anexo”*, es decir, el de comisionamiento.

Sin embargo, en el momento en que se comunicaron las nuevas condiciones, el 27 de noviembre de 2009, la numeración ya había sido portada a Emsertex, encontrándose, por lo tanto, vigente el acuerdo de interconexión firmado entre ambos operadores.

²⁷ RO 2010/253.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En consecuencia, la modificación de condiciones comunicadas por FTE a Emsertex el 27 de noviembre de 2009, se entiende enmarcada en el acuerdo de interconexión vigente entre ambos operadores. Cuestión distinta es que las nuevas condiciones económicas fueran aplicadas a tráficos anteriores a esa fecha, lo que será tratado en el Fundamento de Derecho siguiente.

En el Anexo I del acuerdo de interconexión, en el que se regula el servicio de tránsito prestado por FTE a la denunciante, se establece (cláusula 2) que FTE *“se reserva el derecho de modificar las condiciones económicas (incluidas tarifas, condiciones de facturación y pagos) establecidas en este anexo, en el contrato del que es parte inseparable, y en cualquier otro anexo del contrato, aplicables a Emsertex por el tráfico generado a su numeración, con la sola obligación de comunicarlo fehacientemente a Emsertex con una antelación mínima de tres meses desde la entrada en vigor de la modificación, salvo que por causas no imputables a OBS (entiéndase, FTE) se realice dicha comunicación en un plazo menor²⁸. En caso de que Emsertex no estuviera de acuerdo con la modificación, éste quedará facultado para resolver el contrato”*.

En el Informe de los Servicios se indicó que, puesto que la comunicación de FTE acerca del cambio de condiciones económicas se produjo el 27 de noviembre de 2009, FTE no tenía derecho aplicar dichas condiciones hasta transcurridos tres meses desde la comunicación de las mismas. Es decir, se consideró que FTE debió aplicar a Emsertex las nuevas condiciones solamente a partir del 27 de febrero de 2010.

Sobre este particular, FTE ha alegado que la excepción prevista en la mencionada cláusula 2 *“es de aplicación en este caso”*, pues, *“dichos cambios vinieron motivados por el conocimiento a posteriori de que determinados tráficos que venían sin identificar tenían un origen internacional”*.

Esta Comisión coincide en que el conocimiento de que el origen del tráfico desconocido fuese internacional avocaba a una modificación de las condiciones económicas, pues, de lo contrario, el mantenimiento de la retribución a Emsertex como si el tráfico tuviese origen fijo nacional, obligaba a FTE a incurrir en pérdidas, tal como se ha concluido en el Fundamento de Derecho Cuarto, ya que el AGI no otorga a FTE la posibilidad de rescindir el contrato cuando no le sea rentable la prestación de un servicio.

Sin embargo, FTE optó por plantearle a Emsertex unas nuevas condiciones económicas para darle continuidad al servicio. Es cierto, como alega FTE que, Emsertex, a pesar de estar disconforme con la modificación, tampoco optó por rescindir el contrato, ni optó por buscar un nuevo operador que le prestara el mismo servicio en condiciones más beneficiosas. Pero no puede considerarse que Emsertex aceptara la modificación de las condiciones económicas, ya que, se ha acreditado que, al menos, hasta el 17 de febrero de 2010 ambos operadores intercambiaron comunicaciones acerca de sus discrepancias sobre las condiciones de prestación del servicio.

Por lo tanto, el establecimiento de las nuevas condiciones debía realizarse según habían estipulado las partes en el acuerdo de interconexión. Es decir, en principio, mediante la comunicación a Emsertex de la modificación de las condiciones de prestación del servicio con tres meses de antelación a su entrada en vigor.

Sin embargo, FTE no comunicó la modificación de condiciones con tres meses de antelación a la aplicación de las mismas, ya que las dio a conocer a Emsertex el 27 de noviembre de

²⁸ El subrayado es nuestro.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2009 y fueron aplicadas al tráfico cursado desde el 1 de octubre de ese mismo año, como han afirmado ambas partes. Por lo que el plazo establecido con carácter general en el acuerdo no fue respetado.

Por lo tanto, únicamente, si hubiese existido una causa no imputable a FTE podría justificarse la comunicación de las nuevas condiciones en un plazo inferior al establecido con carácter general en el acuerdo, en aplicación de la excepción temporal de la comunicación prevista en la cláusula 2 del Anexo I del mismo. Cuestión que pasamos a analizar a continuación.

La operadora FTE esgrime la existencia de una causa no imputable a la misma justificándolo en el desconocimiento sobre el origen internacional del tráfico que recibía sin identificar. FTE alega que en los meses de octubre a diciembre de 2009, se produjo un incremento de las llamadas cuyo origen no estaba identificado, en comparación con los meses anteriores. El volumen de llamadas de origen desconocido representaría, según FTE, el 95% de las llamadas de octubre y el 97% de las de noviembre.

Según los datos extraídos de los registros de llamadas aportados al presente procedimiento por las partes en conflicto, el volumen de los tráficos concernidos habría sido el siguiente:

[CONFIDENCIAL

FIN CONFIDENCIAL]

Si se compara el tráfico que se recibió en la numeración 902 asignada a Emsertex en diversos meses del año 2009, se comprueba que en los últimos meses del año no se produjo el incremento en el número de llamadas de origen desconocido que alega FTE. Sin embargo, se produjo el efecto contrario respecto a las llamadas con origen internacional: su volumen se incrementó más de un 400% respecto al cursado en los meses anteriores.

Este hecho puede explicarse por dos razones. En primer lugar, porque en a finales del 2009, Telefónica, operador que entregó las llamadas a FTE a lo largo del año, ya se encontraba en disposición de identificar el origen internacional del tráfico que, en los registros de llamadas de los meses anteriores, se señalaba con origen desconocido. En segundo lugar, porque en diciembre del año 2009 la mayoría del tráfico en conflicto fue entregado, como se ha señalado anteriormente, por un operador internacional, por lo que el origen de las llamadas en redes extranjeras no generaba duda.

Además de resultar anómalo el número de llamadas de origen internacional recibidas en este tipo de numeración, llama la atención el porcentaje que las mismas representan sobre el total del tráfico recibido por Emsertex en la numeración 902 asignada²⁹. A estas circunstancias debe añadirse el hecho de que las llamadas seguían un patrón anómalo de simultaneidad y corta duración.

Del análisis de los hechos, esta Comisión deduce que el perfil anómalo del tráfico en conflicto se producía como consecuencia del servicio prestado por los clientes de Emsertex consistente en proporcionar un código PIN a los usuarios llamantes mediante el cual podían acceder a determinados contenidos o servicios de Internet. Las características del servicio prestado por el usuario final de la numeración 902 permitían que el mismo no fuera ofertado únicamente en el mercado español, sino que era también accesible, a través de Internet, por

²⁹ Tal como puede comprobarse en los CDR's correspondientes al año 2009, en el mes de marzo se produjeron **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

parte de consumidores ubicados en el extranjero. Esto explicaría que Emsertex recibiera un volumen alto de llamadas originadas en redes extranjeras, con duración de pocos segundos.

Antes de que la numeración fuera portada a Emsertex, en base al acuerdo de reventa firmado con FTE, Emsertex era “*el único responsable del contenido del servicio prestado a los usuarios finales*” (artículo 2 del acuerdo de reventa). Y, una vez que resultó portada la numeración, Emsertex se convertía en “*el único responsable del uso que haga de la numeración asignada*”, como reza la cláusula 5.4 del acuerdo de interconexión firmado entre FTE y Emsertex.

Por todo ello, las coyuntura que rodea al tráfico en conflicto no puede considerarse una causa imputable a FTE, quien no podía conocer que se producirían llamadas de origen internacional y corta duración como consecuencia del servicio que prestaban los usuarios de la numeración asignada por Emsertex a sus clientes, pues era éste quien firmaba los contratos con los mismos y no FTE.

Por lo tanto, esta Comisión considera que se produjo una causa no imputable a FTE que justificaría la entrada en vigor de las nuevas condiciones comunicadas el 27 de noviembre de 2009 a Emsertex, en un plazo inferior al establecido con carácter general en el acuerdo de interconexión, pues de lo contrario, los operadores de la cadena (Telefónica y FTE) habrían incurrido en cuantiosas pérdidas. De este modo, se considera que resulta de aplicación la excepción recogida en la cláusula 2 del Anexo I del acuerdo de interconexión.

En conclusión, esta Comisión considera que no existió una imposición unilateral por parte de FTE de las condiciones económicas aplicables al servicio de tránsito de llamadas con origen internacional y destino a numeración 902 de Emsertex, a la vista de lo establecido en su acuerdo de interconexión acerca de la modificación de condiciones económicas. Cuestión distinta resulta determinar si FTE podía aplicar dichas condiciones con carácter retroactivo, lo que pasamos a analizar en el Fundamento de Derecho siguiente.

SÉPTIMO.- Sobre la aplicación retroactiva de los nuevos precios

Como alega FTE, comunicó a Emsertex las nuevas circunstancias que rodeaban la prestación de este servicio, así como las nuevas condiciones aplicables al mismo, con anterioridad, al menos, a la facturación de los tráficos de octubre de 2009. Esta conclusión es deducible del hecho de que dicha comunicación se produjo el 27 de noviembre de 2009, se aplicó al tráfico cursado a partir del 1 de octubre de 2009 y la facturación de los tráficos de ese mes de octubre no se emitió hasta el 10 de diciembre de ese año³⁰.

En consecuencia, queda acreditado que existió una aplicación retroactiva por parte de FTE de las nuevas condiciones económicas.

En el acuerdo de interconexión no está prevista la aplicación retroactiva de nuevas condiciones económicas distintas a las estipuladas, ni la retarificación de los tráficos. Por ello, en caso de pretender aplicarlas a los tráficos cursados con anterioridad a la comunicación de las mismas a Emsertex, FTE debió pactar con éste la retroactividad de las nuevas condiciones.

Sin embargo, no hubo acuerdo de las partes acerca de la aplicación de las nuevas condiciones económicas en sí mismas. Es más, la discrepancia se mantuvo hasta febrero de

³⁰ La factura correspondiente a noviembre fue emitida el 5 de enero de 2010 y las de diciembre, el 10 de enero y 8 de febrero de 2010.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2010. Por lo tanto, esta Comisión considera que tampoco existió un consenso entre ambos acerca de la aplicación retroactiva de las nuevas condiciones comunicadas el 27 de noviembre de 2009.

Esta aplicación retroactiva dejó a Emsertex en evidente desventaja respecto al resto de operadores de la cadena, ya que FTE ajustó la retribución a Emsertex respecto a lo que percibía del anterior operador de la cadena (Telefónica), sin embargo, no concedió tiempo suficiente a Emsertex para que éste ajustara a las nuevas circunstancias los acuerdos firmados con sus clientes, debido al hecho de que la nueva retribución resultaba inferior a la que Emsertex venía percibiendo hasta ese momento.

En sus alegaciones al Informe de Audiencia, FTE alega que *“Orange debía haber podido comunicar a Emsertex este cambio para que en 7 días se manifestara en desacuerdo e instara la resolución del contrato, Sin embargo, resulta del todo imposible porque fue un hecho del que Orange tuvo conocimiento a posteriori”*.

De conformidad con lo establecido en el acuerdo de interconexión vigente entre las partes, FTE debió comunicar a Emsertex las nuevas condiciones con anterioridad a la entrada en vigor de las mismas. Como se ha concluido en el Fundamento de Derecho anterior, por concurrir una causa no imputable a FTE, ese plazo podía ser inferior a tres meses, pero en ningún caso debió suprimirse ese término y mucho menos, debió aplicarse con carácter retroactivo, pues de lo contrario no se estaría concediendo a Emsertex la opción de aceptarlas o instar la resolución del contrato, tal como ocurrió en el presente caso.

En consecuencia, a continuación es necesario determinar el día a partir del cual se considera que debieron entrar en vigor las nuevas condiciones económicas del servicio, teniendo en cuenta lo estipulado por las partes y la fecha en que las mismas fueron comunicadas a Emsertex.

En este sentido, si la comunicación se produjo el 27 de noviembre de 2009, y, debido a las especiales circunstancias que rodeaban la prestación de este servicio, resultaba de aplicación la excepción de la cláusula 2 del Anexo I del acuerdo de interconexión, la entrada en vigor de las mismas debía producirse en un plazo inferior al de 3 meses estipulado por las partes con carácter general.

En la modificación de tarifas sobre este mismo servicio realizada entre ambos operadores en mayo de 2009, FTE concedió a Emsertex el mismo número de días³¹, siete, para manifestar su aceptación o rechazo, tal como consta en la documentación aportada al presente expediente.

Por lo tanto, puesto que el plazo de 7 días era una práctica habitual entre ambos operadores para la comunicación de las modificaciones de precios, esta Comisión estima justo la concesión a Emsertex de un plazo mínimo de siete días desde la comunicación de las nuevas condiciones económicas, de forma que le permitiese ajustar los acuerdos con sus clientes, buscar otro operador que le proveyese este servicio o instar la resolución del contrato para no incurrir en pérdidas.

En conclusión, esta Comisión considera que las condiciones económicas comunicadas por FTE a Emsertex mediante correo electrónico de 27 de noviembre de 2009 no debieron

³¹ Este plazo es el establecido en el acuerdo de comisionamiento para supuestos de modificación de las condiciones del incentivo. Se considera que, a pesar de no tratarse de ninguno de los supuestos de modificación establecidos en el mismo, el plazo resultaba aplicable en mayo de 2009 respecto al acuerdo de reventa, por remisión expresa señalada en la cláusula 3.2 de este acuerdo.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

entrar en vigor para los tráficos con origen internacional, o desconocido que finalmente resultaran provenientes de redes internacionales, y con destino a numeración 902 de Emsertex, antes del 5 de diciembre de 2009.

Por todo lo anteriormente dicho, FTE deberá proceder a la retarificación del tráfico generado en el servicio con origen internacional (identificadas con 'origen internacional' o con 'número desconocido') y destino a numeración 902 de Emsertex en el periodo que va desde el 1 de octubre de 2009 al 5 de diciembre de 2009, aplicando las condiciones económicas con las que facturaba hasta septiembre de 2009, que coinciden con las indicadas en la *addenda* al acuerdo de interconexión para el tráfico con origen fijo nacional.

Asimismo, para el tráfico cursado a partir del 5 de diciembre de 2009, FTE podrá aplicar las nuevas condiciones comunicadas a Emsertex el 27 de noviembre de 2009 al tráfico que venga identificado en los CDR's con 'origen internacional'.

Finalmente, respecto al tráfico de origen desconocido y destino numeración 902 de Emsertex, FTE procederá a retarificar todo el tráfico cursado desde el 5 de diciembre de 2009 en adelante, aplicando las nuevas condiciones económicas, sólo respecto a aquellas llamadas de las que consiga acreditar que fueron originadas en redes no nacionales. De lo contrario, procederá a aplicar los precios estipulados para el tráfico con origen fijo nacional, indicados en la *addenda* al acuerdo de Red.

OCTAVO.- Otras cuestiones planteadas por los operadores en conflicto

c. Por FTE

i. Supuesto tráfico irregular

FTE afirma en su escrito de 11 de junio de 2011 que Telefónica detectó que había llamadas tratadas por los sistemas como de origen nacional al contar con un número 'A' ficticio, que, en cambio, resultaron ser de origen internacional. Estas llamadas presentarían como número llamante, numeración geográfica de Telefónica que no estaba asignada a ningún cliente. De este modo, el operador llamado recibiría la retribución correspondiente a las tarifas previstas para el tránsito con origen nacional y destino 902, puesto que el de origen internacional no estaba previsto expresamente en los acuerdos de interconexión.

Puesto que no ha quedado acreditado en la tramitación del presente procedimiento que se produjera dicho enmascaramiento del número 'A' ni que Emsertex fuese responsable de ese presunto hecho, esta alegación no ha sido tenida en consideración a efectos de la resolución del presente conflicto.

d. Por Emsertex

i. Emsertex afirma que interpuso el presente conflicto una vez agotadas todas las posibilidades de negociación con FTE, pues creyó que esta operadora aplicaría los principios establecidos en la Resolución de esta Comisión recaída en el expediente RO 2010/253³².

³² Resolución de 7 de diciembre de 2010, por la que se resuelve el conflicto de interconexión presentado por Least Cost Routing frente a Telefónica de España en relación con el establecimiento y aplicación unilateral de los precios del servicio de tránsito en llamadas con origen internacional y con destino a numeración 902.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, FTE sostiene que desde el burofax remitido a Emsertex el 17 de febrero de 2010 hasta la interposición del presente conflicto, no había recibido comunicación alguna de este operador sobre la falta de acuerdo.

Aunque existió una negociación entre las partes, llevada a cabo mediante el intercambio de correos electrónicos y de burofaxes desde el último trimestre de 2009 hasta febrero del año 2010, como se ha indicado antes, las partes habían estipulado en su acuerdo de interconexión el modo en que debía llevarse a cabo la modificación de las condiciones económicas del servicio, la cual no exigía previa negociación, sino únicamente una comunicación fehaciente por parte de FTE.

Por este motivo, esta Comisión no ha considerado relevantes estas alegaciones de ambos operadores para la resolución de este conflicto.

ii. Intereses de demora

Emsertex solicita a esta Comisión que obligue a FTE al pago de intereses de demora por la cantidad dejada de abonar a aquélla.

Debido al carácter jurídico-privado del que goza esta cuestión, que deriva de lo establecido en el artículo 1.100 del Código Civil, el conocimiento y resolución de las posibles discrepancias que puedan surgir entre ambos operadores en relación con los citados intereses de demora corresponderá al órgano jurisdiccional civil competente y no a esta Comisión.

En atención a lo recogido en los anteriores Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar no justificada ni razonable la propuesta de France Telecom España, S.A.U., contenida en los correos electrónicos de 27 de noviembre de 2009, de modificar el modelo de facturación y los precios del servicio de llamadas con origen internacional y destino a numeración de red inteligente 902 de Emsertex, respecto del tráfico cursado entre el 1 de octubre de 2009 y el 5 de diciembre de 2009.

SEGUNDO.- Declarar justificada y razonable la propuesta de France Telecom España, contenida en los correos electrónicos de 27 de noviembre de 2009 para el tráfico cursado en el servicio de llamadas con origen internacional y destino a numeración de red inteligente 902 de Emsertex a partir del 5 de diciembre de 2009.

TERCERO.- Instar a las partes en conflicto a incluir en su acuerdo para la prestación de servicios de red de comunicaciones electrónicas, el servicio de tránsito con origen internacional y destino a numeración de red inteligente 902, con las condiciones económicas recogidas en la propuesta de France Telecom España, S.A.U. contenida en los correos electrónicos de 27 de noviembre de 2009.

CUARTO.- France Telecom España deberá retarificar el tráfico cursado en el servicio de llamadas con origen internacional y destino a numeración de red inteligente 902 de Emsertex en el periodo comprendido entre el 1 de octubre de 2009 y el 5 de diciembre de 2009, aplicando las condiciones económicas con que facturaba a Emsertex antes de octubre



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de 2009 y que coinciden con las indicadas en la *addenda* al acuerdo de interconexión para el tráfico con origen fijo nacional.

QUINTO.- France Telecom España deberá retarificar el tráfico cursado en el servicio con destino a los 902 de Emsertex desde el 1 de octubre de 2009 hasta la fecha de la presente resolución, cuyo origen internacional no logre acreditar, aplicando las condiciones económicas con que facturaba a Emsertex antes de octubre de 2009 y que coinciden con las indicadas en la *addenda* al acuerdo de interconexión para el tráfico con origen fijo nacional.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en el artículo 22.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado mediante Resolución de su Consejo de 30 de marzo de 2012 (BOE núm. 149, de 22 de junio de 2012), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.12 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, sin perjuicio de lo dispuesto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sanchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros.