



JORGE SÁNCHEZ 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 14/11 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 28 de abril de 2011, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

Resolución del recurso de reposición interpuesto por WAVILON SOLUTIONS, S.L. contra la Resolución de 10 de febrero de 2011 por la que se analiza la solicitud de TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. de modificación de las medidas de aseguramiento de pago de sus ofertas mayoristas (AJ 2011/517).

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución de fecha 10 de febrero de 2011 recaída en el expediente RO 2010/902.

Con fecha 5 de mayo de 2010, Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) solicitó a esta Comisión la modificación de los mecanismos de aseguramiento de pago establecidos en los contratos tipo de todas sus ofertas mayoristas de referencia. En concreto TESAU solicitó las siguientes modificaciones:

- a) La aprobación de un procedimiento general anterior a la conexión de las redes para verificar el riesgo financiero de las entidades que solicitan servicios de interconexión,
- b) El establecimiento de un procedimiento por el que se permita a TESAU la desconexión del servicio contratado en caso de impagos y,
- c) Se autorice a denegar la provisión de nuevos servicios al operador en caso de falta de pago.

TESAU señalaba que su condición de operador con poder significativo en la mayoría de los mercados le obliga a prestar servicios de telecomunicaciones a los operadores que se lo solicitan, y que el marco procedimental actual permite que los operadores contraten servicios, en algunos casos susceptibles de generar consumos elevados, sin garantía de pago de ningún tipo, posibilitando la existencia de impagos acumulados y retrasos sistemáticos.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tras la tramitación del correspondiente procedimiento, con fecha 10 de febrero de 2011, el Consejo de esta Comisión dictó Resolución mediante la que modificó la Oferta de Interconexión de Referencia (en adelante, OIR) en los siguientes términos:

- a) Introducir el prepago como nuevo sistema de aseguramiento de pago en la OIR.
- b) Otorgar a TESAU la facultad para solicitar un prepago o aval, a elección del operador entrante, cuando éste solicite alguno de los servicios recogidos en la OIR y no haya contratado con anterioridad ningún servicio mayorista con ella.
- c) Modificar la actual redacción de la Resolución y clarificar que la cuantía del aval tendrá un importe equivalente al resultado de multiplicar por tres el coste mensual de los enlaces solicitados a TESAU, y que el coste de los enlaces será el establecido en la OIR para la interconexión por capacidad.
- d) Establecer el carácter indefinido de la duración de la cuantía de las garantías con cláusulas de revisión.

SEGUNDO.- Recurso de reposición interpuesto por Wavilon Solutions S.L.

Con fecha 21 de febrero de 2011, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito presentado en nombre y representación de la entidad WAVILON SOLUTIONS, S.L. (en adelante, WAVILON) por el que interpuso recurso potestativo de reposición contra la Resolución de fecha 10 de febrero de 2011 citada.

WAVILON solicita la revisión del procedimiento por no haberse incluido como parte interesada en el mismo a los operadores entrantes (operadores con la autorización para la explotación de una red telefónica fija) a pesar de que las medidas adoptadas en la Resolución establecen barreras de entrada para éstos.

Agrega que, si bien existe una motivación justa para realizar modificaciones a las medidas de aseguramiento de pago de la OIR, éstas han sido realizadas de manera discriminatoria, desproporcionada, imprecisa y retroactiva, toda vez que:

- a) El cálculo de los costes para la constitución del aval y/o prepagos se realiza en función del número de enlaces solicitados por el operador, sin analizar el uso otorgado a los mismos;
- b) Fija el periodo de vigencia del aval o prepago como indefinido,
- c) Se establece nuevos requisitos adicionales a los operadores que actualmente se encuentran en el proceso de interconexión,
- d) La Resolución no es clara respecto a la devolución del exceso prepago.

TERCERO.- Inicio del procedimiento y presentación de alegaciones.

Mediante publicación en el Boletín Oficial del Estado (en adelante, BOE) de fecha 17 de marzo de 2011, se comunicó a los interesados el inicio del procedimiento objeto de la presente Resolución, concediéndoles un plazo de 10 días para alegar cuanto estimasen oportuno.

Con fecha 30 de marzo de 2011, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TESAU por el que vino a presentar alegaciones al recurso de reposición interpuesto por WAVILON. En el citado escrito, solicita que se desestime el recurso por no concurrir en la Resolución recurrida ninguna causa de nulidad o anulabilidad, de las previstas en la normativa vigente.

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



II FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Calificación.

El artículo 107.1 de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) establece que contra las resoluciones y los actos de trámite cualificados podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualesquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC establece 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 o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

La entidad recurrente califica expresamente su escrito como recurso potestativo de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), las resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede calificar el escrito presentado como recurso de reposición, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC.

SEGUNDO.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado para la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. A su vez, el artículo 31 de la misma Ley prevé que se consideran interesados en el procedimiento administrativo quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.

De acuerdo a lo señalado, la entidad recurrente ostenta la condición de interesado en el presente recurso por cuanto las medidas que establece la Resolución impugnada trascienden al interés público y tiene incidencia en sus derechos e intereses legítimos.

TERCERO.- Admisión a trámite.

El recurso de reposición fue interpuesto el día 21 de febrero de 2011, es decir, dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117.1 de la LRJPAC y además, cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la misma Ley, por lo que debe entenderse interpuesto en tiempo y forma, procediendo su admisión a trámite.

CUARTO.- Competencia y plazo para resolver.

De conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, la competencia para resolver el recurso de reposición objeto de la presente resolución corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

Asimismo, el artículo 117.2 de la LRJPAC dispone que los recursos deben ser resueltos y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente al de su recepción. Sin embargo, tal y como prevé el artículo 43.2 de la misma Ley, en defecto de notificación en plazo de la resolución expresa, el silencio administrativo tendrá efecto desestimatorio, sin perjuicio del deber de la Administración de resolver con posterioridad confirmando o no el sentido del silencio.



II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Sobre la falta de notificación del trámite de Audiencia.

En sus alegaciones, WAVILON señala que la Resolución establece barreras de entrada a los operadores entrantes, y que el hecho de no haber incluido en el trámite de audiencia a las entidades perjudicadas por la decisión les provoca indefensión. Es por ello, que solicita se repita de nuevo el trámite de audiencia, invitando a participar en el mismo a todos los operadores que hayan solicitado la interconexión con TESAU y a todos aquéllos operadores con autorización para la explotación de una red telefónica fija que hayan notificado el inicio de su actividad en el último año.

Ante una concreta solicitud en el marco del procedimiento del recurso, que además puede afectar directamente a terceros, esta Comisión únicamente debe tramitar y resolver la misma cuando ha sido formulada y presentada cumpliendo con los requisitos de participación previstos en la Ley procedimental vigente. Así, podrán presentar solicitudes y participar en el procedimiento los interesados directamente o a través de sus representantes en la forma legalmente prevista. No sería conforme a derecho que esta Comisión resolviera cuestiones solicitadas en nombre de terceros sin la debida representación de los mismos por parte del peticionario.

WAVILON alega su indefensión y la de todos los operadores entrantes, ya que, según señala, esta Comisión no les ha dado la oportunidad de participar en el trámite de audiencia del procedimiento de modificación de la OIR (RO 2010/902), y por ello solicita la revocación de la Resolución del mismo.

Nos centraremos, no obstante, en resolver únicamente aquellas cuestiones que pudieran afectar directamente a WAVILON, pues no acredita su condición de representante de los operadores entrantes y además invoca un vicio procedimental, como es la indefensión por la supuesta omisión del trámite de audiencia, que únicamente puede hacerse valer por aquellos que realmente la han padecido¹.

Por otro lado, cabe señalar que ningún otro operador entrante ha interpuesto recurso potestativo de reposición contra la Resolución de fecha 10 de febrero de 2011, ni tan siquiera presentado alegaciones al recurso interpuesto por WAVILON, teniendo en cuenta, además, que tanto la resolución como el recurso de reposición fueron publicados en el BOE, y por tanto, ambos actos son públicos.

Respecto a la indefensión alegada por WAVILON, no puede ser estimada por esta Comisión, ya que la citada entidad no ostentaba la condición de interesado en el procedimiento de modificación de la OIR y por ende no podía verse perjudicada por las decisiones adoptadas en el transcurso del mismo.

En efecto, a la fecha de inicio del procedimiento de referencia, la citada entidad no se encontraba en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 31 de la LRJPC, el cual establece lo requisitos para ostentar la condición de interesados en los procedimientos administrativos.

Según consta en el expediente y en los archivos de esta Comisión, el inicio del procedimiento de modificación de la OIR se produjo el día 5 de mayo de 2010, fecha en la que tuvo entrada el escrito de TESAU en el Registro de esta Comisión. Por su parte, el día 11 de octubre de 2010, WAVILON notificó a esta Comisión su intención de prestar actividades como operador de

¹ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de enero de 1988 (RJ 1988/334)



telecomunicaciones² y por tanto a partir de esa fecha podría haber tenido un interés legítimo en el procedimiento, pero no se personó en ningún momento, tal como exige el artículo 31.c) de la LRJPC y, por tanto, esta Comisión no tenía la obligación de notificarle ninguno de los actos del procedimiento ni, por supuesto, la apertura del periodo de audiencia.

Sirva como ilustración, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de julio de 2009 (RJ 2010/334), que señala lo siguiente:

“en el presente caso se ha dicho que el Consejo General recurrido tiene un interés legítimo, pero, ni promovió el procedimiento, ni se personó en el mismo, ni desde luego, ostenta un derecho que pueda resultar afectado por la resolución. En consecuencia no es interesado a efectos del artículo 31 de la Ley 30/1992, y no existía respecto a él la obligación la obligación de notificarle el acto finalizador del procedimiento”.

En cualquier caso, de haber ostentado WAVILON la condición de interesado en el procedimiento, tampoco hubiese sido motivo suficiente para anular la resolución, ya que como bien señalan tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, únicamente puede invocarse la presunta vulneración del derecho constitucional bien en sede de procedimientos judiciales o procedimientos administrativos de naturaleza sancionadora³.

En ese sentido, una posible irregularidad formal como es la omisión del trámite de audiencia, no supondría la existencia de indefensión alguna ni generaría una lesión irreversible del derecho de defensa, toda vez que a través de los recursos administrativos los interesados tienen la oportunidad de alegar cuanto estimen conveniente, e incluso mostrar su oposición, por lo que retrotraer las actuaciones para que se diese un nuevo trámite de audiencia sería contrario al principio de economía procesal⁴.

Se desestima la pretensión de nulidad de la resolución por la alegada indefensión de WAVILON, al no existir un motivo legal que sustente tal petición.

SEGUNDO.- Fijación de costes para la constitución de los avales los prepagos.

Según WAVILON, la fijación de los costes para la constitución del aval o prepago es desproporcionada porque se efectúa exclusivamente en función del número de enlaces solicitados por el operador entrante, sin tener en cuenta la forma en que es utilizado dicho enlace. La entidad solicita las siguientes medidas:

- a) Excluir expresamente los enlaces dedicados a señalización del cálculo de los avales y prepagos.
- b) Indicar expresamente que los avales y prepagos solamente se podrán exigir cuando el operador que se interconecte con TESAU solicite los siguientes servicios: servicios de tránsito de red fija, tránsito o terminación móvil en TESAU, de terminación internacional, tránsito a red inteligente y terminación en red inteligente de TESAU.
- c) Incluir en la OIR el derecho del operador interconectado a no contratar los servicios anteriormente indicados.

² Las actividades comunicadas por WAVILON son: (i) Explotación de una red telefónica pública fija; (ii) Servicio telefónico fijo disponible al público y, (iii) Servicio telefónico sobre redes de datos”.

³ Sentencia del Tribunal Constitucional 175/1987:

“(…) la indefensión ha de ser entendida como una limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales, por lo que no puede ser alegado el art. 24.1 de la Constitución frente a actuaciones de la Administración.

Según criterio reiterado de este Tribunal, las infracciones cometidas en el procedimiento administrativo tienen que ser corregidas en vía judicial y planteadas ante los órganos judiciales y resueltas motivadamente por éstas, en uno u otro sentido, pero no originan indefensión que pueda situarse en el art. 24.1 de la Constitución.”

⁴ Sentencia de 12 de diciembre de 1995 [RJ 1995/ 9460]



En cuanto a la alegada desproporcionalidad de los costes para la constitución del aval en función del número de enlaces solicitados, esta Comisión quiere poner de manifiesto que en el subapartado "Aval" del apartado B del Fundamento de Derecho Cuarto de la Resolución recurrida, se señala expresamente que la modificación de la cuantía del aval tiene como finalidad clarificar y simplificar el método de cálculo del importe de las medidas de aseguramiento de pago en la OIR de TESAU. En concreto, la Resolución señala lo siguiente:

"Por otra parte, con el objeto de clarificar y simplificar el método de cálculo del importe de las medidas de aseguramiento de pago vigentes en la OIR, se considera necesario modificar la actual redacción de la misma en lo concerniente a dichos mecanismos; en concreto: se establece que la cuantía del aval tendrá un importe equivalente al resultado de multiplicar por tres el coste mensual de los enlaces solicitados a Telefónica. El coste de los enlaces será el establecido en la OIR para la interconexión por capacidad".

La Resolución recurrida al clarificar y simplificar el método de cálculo no está introduciendo una modificación sustancial en el texto de la OIR en lo que se refiere al sistema de cálculo en función del número de enlaces, ya que el mismo se viene aplicando desde la Resolución de 9 de agosto de 2001 (MTZ 2001/4036), que señalaba lo siguiente:

"Los servicios de esta Comisión consideraron adecuado que se estableciera una cantidad por enlace de interconexión de tal forma que la simple multiplicación del número de enlaces solicitados por el operador entrante por dicha cantidad previamente definida, daría un resultado que multiplicado por el número de meses transcurridos desde que se produce el impago hasta que se recurre a la Comisión, se obtendría la cuantía inicial del aval. Los servicios de esta Comisión consideraron que el criterio propuesto por TELEFÓNICA para el cálculo de la cantidad por enlace resultaba proporcionado y objetivo".

En cuanto a la petición de exclusión de los enlaces dedicados a señalización, hay que señalar que el objetivo perseguido con la instauración de los diferentes mecanismos de aseguramiento de pago es garantizar el cobro de los costes ocasionados a TESAU ante posibles impagos de los servicios mayoristas previstos en la OIR. Si bien es cierto que los tráficos de señalización pueden suponer un uso menos intensivo de los enlaces solicitados a TESAU también lo es que, además de suponer servicios susceptibles de aseguramiento por su carácter oneroso, provocan un coste que debe asumir TESAU. Por ello, se considera necesario, a diferencia de lo que indica WAVILON, que la cobertura del aval englobe cualquier servicio mayorista previsto en la OIR.

TERCERO.- Fijación de un periodo de vigencia indefinido para la constitución del aval y/o prepago.

WAVILON considera que es discriminatorio establecer como indefinido el periodo de vigencia de los mecanismos de aseguramiento de pago, toda vez que *"la diferencia entre prepagar por un servicio o pagar a 30 o más días constituye una diferencia competitiva muy importante. Más importante todavía en el contexto económico actual que dificulta o imposibilita a empresas de nueva creación el acceso al crédito"*.

Tal como ha sido señalado anteriormente por esta Comisión⁵, el establecimiento de los mecanismos de aseguramiento de pago se sustentan en que el mercado de interconexión está vinculado a la evolución del negocio de los distintos operadores que se interconectan y a las condiciones económicas en las que desarrollan sus actividades comerciales.

⁵ Resolución del 9 de agosto de 2001 en el Expediente N° MTZ 2001/4036



Factores como el incremento del número de operadores en el mercado de las telecomunicaciones, así como el número de posibles servicios a prestar y las distintas ofertas de precios y servicios que todos los operadores dan a los usuarios finales, en ocasiones, puede alterar las condiciones en las que se desarrolla la competencia generando que algunos de los operadores entrantes no puedan, por no generar a través de sus clientes el suficiente negocio y en especial a sus obligaciones de pago frente al operador al que solicitaron la interconexión, hacer frente a todas las inversiones y obligaciones que hayan asumido.

Ante ello, la empresa a la cual se le adeuda estas obligaciones económicas tendría el legítimo derecho de ser la que decida si solicita el mecanismo de aseguramiento de pago a la otra parte, así como el periodo en el que estará vigente. Para lo cual debe tener en consideración la información sobre (i) el desempeño de la otra parte relacionado con el cumplimiento de sus obligaciones económicas, y, de ser el caso (ii) su desenvolvimiento en otras relaciones de interconexión.

En ese sentido, al igual que los procesos de establecimiento de mecanismos de pago de una relación de interconexión específica son independientes unos de otros, esta Comisión considera que el periodo de vigencia de dicho mecanismo dependerá del caso particular.

Es por ello que, en la Resolución del 10 de febrero de 2011, se deja a salvo la posibilidad de que las partes pacten una vigencia distinta, tanto para la constitución del aval como el prepago, tal como se indica a continuación:

“(...) En cuanto a su vigencia, el aval tendrá carácter indefinido, salvo pacto entre las partes (...)”⁶.

Por otro lado, respecto al aval, se ha establecido la posibilidad de revisión de las condiciones de constitución, tal como se indica: *“En cuanto a sus condiciones, las mismas tendrán una duración inicial de 6 meses, transcurrido el cual se revisarán, de acuerdo con las normas de valoración que se establecen para el caso de constitución de aval una vez abierta la interconexión”.*

Por tanto, dicha modificación no podría ser considerada como una barrera de entrada para nuevos operadores ni mucho menos discriminatoria, toda vez que tiene por finalidad asegurar el normal desarrollo de las relaciones comerciales entre el operador con poder significativo de mercado – TESAU- y los operadores entrantes, otorgando una seguridad financiera en relación con la solvencia de éstos últimos, para evitar que soliciten una provisión excesiva de servicios en la contratación inicial de los servicios mayoristas necesarios para la prestación de sus servicios minoristas.

CUARTO.- Establecimiento de requisitos adicionales a los operadores entrantes actualmente en proceso de interconexión.

En su escrito de recurso, WAVILON indica que las nuevas medidas que impone la Resolución recurrida tienen carácter retroactivo por afectar a los operadores entrantes que, actualmente, se encuentran en proceso de interconexión con TESAU. Añade que ello constituye un *“cambio de las reglas de juego a mitad de la partida”* que no habrían sido consideradas en los planes de negocios de los operadores entrantes, por lo que no corresponde su aplicación.

En atención a lo anterior, solicita que las medidas fijadas en la Resolución recurrida sean de aplicación para los operadores que soliciten interconexión con TESAU a partir de la publicación de la Resolución de fecha 10 de febrero de 2011.

⁶ Segundo párrafo de la página 17 de la Resolución recurrida.



Nos centramos, nuevamente, en resolver únicamente aquellas cuestiones que pudieran afectar directamente a WAVILON, pues no acredita su condición de representante de los operadores entrantes, tal como fue señalado en el Fundamento Primero.

La OIR como garantía del cumplimiento de la obligación de transparencia y no discriminación impuestas a TESAU en su condición de operador con poder significativo en los mercados 2 y 3 de la nueva Recomendación CE (2007/879/CE) de 17 de diciembre de 2007⁷, es un documento contractual cuyo contenido viene determinado por las necesidades regulatorias existentes tras la definición de los citados mercados. Es por ello, que la normativa faculta a esta Comisión para determinar el contenido de la Oferta de Referencia e introducir modificaciones en la misma para hacer efectivas en cada momento las obligaciones que tiene impuestas TESAU⁸.

El iter contractual de los servicios de interconexión con TESAU está compuesto de dos grandes fases, comunes a la gran mayoría de los contratos privados. Una primera fase en la que se negocian las condiciones del futuro contrato, pues la OIR, aunque es una oferta contractual de mínimos de obligado cumplimiento para TESAU, está sujeta a negociación entre las partes, y una segunda fase en la que el operador solicitante acepta los términos contenidos en la Oferta y aquellos otros pactados de consuno, y se formaliza el correspondiente Acuerdo General de Interconexión (en adelante, AGI).

Tal como consta en la propia OIR⁹ y ha manifestado esta Comisión en anteriores Resoluciones¹⁰, la OIR vincula a ambos operadores desde la aceptación clara e inequívoca de sus términos por parte del operador que solicita la interconexión, lo que a sensu contrario nos indica que si en un momento anterior a la aceptación se produjera una modificación del texto motivada por una resolución de esta Comisión, las partes deberían alterar el contenido de lo negociado hasta ese momento para adaptarlo al nuevo texto aprobado, salvo pacto en contra. Incluso una vez firmado el AGI, las partes pueden negociar las modificaciones que se introduzcan en la OIR, en los términos y condiciones que prevé el propio texto contractual.

En el ámbito estrictamente privado, esta potestad modificativa del contenido negocial durante la fase previa a la perfección de los contratos viene avalada por la jurisprudencia de nuestro país, que reconoce que *“durante los tratos previos, negociaciones de ofertas y contra ofertas orientadas a la aceptación, cualquier modificación supone la continuación de las relaciones preliminares mientras no se llegue a la aceptación recíproca que ha de ser seria, concluyen y definitiva”*¹¹.

Si no resulta extraño modificar el contenido negocial previo a la firma de un contrato en la esfera de la autonomía de la voluntad de las partes, mayor razón y justificación tendrá tal modificación cuando derive de una decisión de esta Comisión como garante de correcto funcionamiento de un mercado calificado de interés general, lo que supone que la decisión goza de carácter imperativo para TESAU, pues deviene de una resolución administrativa eficaz y ejecutiva, y salvo pacto en contrario aceptado por la entidad solicitante.

⁷ Recomendación CE (2007/879/CE) de 17 de diciembre de 2007, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

⁸ Artículo 7 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.

⁹ El apartado 1.2 de la vigente OIR señala que la aceptación supondrá la aplicación automática e incondicional del objeto de misma desde la fecha en que Telefónica de España, tuviera conocimiento de esta.

Asimismo establece que en los cinco días laborables siguientes a la fecha en la que Telefónica de España, tenga conocimiento de la aceptación del operador solicitante, Telefónica de España, y el citado operador formalizaran por escrito el texto que corresponda con el objeto de la aceptación.

¹⁰ Resolución de esta Comisión de fecha 27 de julio de 2006 (RO 2006/358).

¹¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 20 de diciembre de 2002 que cita la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 31 de diciembre de 1998, en relación con vinculación de la fase preparatoria de los contratos.



En atención a lo anterior, en contra de lo que señala WAVILON, esta Comisión no considera que el nuevo texto de la OIR tenga carácter retroactivo, pues será de obligado cumplimiento para las partes, salvo pacto en contrario, desde que se notificó a TESAU la Resolución e hizo público el nuevo texto en su página Web, tal como le impone el Resuelve de la misma.

Si la modificación se ha producido en el periodo de negociación de futuro AGI, obligará a renegociar los términos previamente fijados, salvo pacto en contra, y si se ha producido una vez suscrito el AGI, en este caso se estará a lo que señale la OIR, que sí permite esa modificación del Acuerdo bajo ciertos requisitos, aunque no de manera automática.

WAVILON señala que la nueva medida supone que incurra en unos costes importantes que no estaban previstos en sus planes de negocio y que en el contexto actual podría ser inviable obtener, pero no acredita ni justifica los mismos ni los perjuicios económicos que le puede suponer la nueva medida, cuestión ésta, que impide a esta Comisión entrar en el análisis de la misma.

Tampoco esta Comisión se muestra conforme con la afirmación de WAVILON consistente en que la modificación de la OIR genera inseguridad jurídica. Tal como hemos señalado en el presente Fundamento de Derecho, la modificación de las Ofertas de Referencia vienen motivadas por la necesidad de hacer efectivas las obligaciones que TESAU tiene impuestas en su condición de operador con poder significativo de mercado, y en este caso esa efectividad, tal como señala la Resolución recurrida, minimiza el posible riesgo financiero de TESAU en la prestación de los servicios de interconexión, unos servicios necesarios para garantizar la prestación de los servicios y su interoperabilidad.

En cualquier caso, no parece que pueda haber inseguridad jurídica cuando la medida ha sido adoptada en virtud de una resolución administrativa, suficientemente motivada, dictada por un órgano administrativa al que la Ley vigente le faculta expresamente para modificar las Ofertas de Referencia en beneficio del correcto funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas, salvaguardando así el interés general.

QUINTO.- Regularización de pagos, en el supuesto que el monto prepagado resultara superior al de la consolidación.

WAVILON señala que el texto del Anexo de la Resolución recurrida incurre en una imprecisión ya que *“no queda claro que Telefónica de España debe devolver al operador interconectado el exceso de dinero prepagado”*. En atención a ello, solicita clarificar el significado de operador en el siguiente párrafo:

“si la cantidad prepagada por el operador fuera superior a la que resultara de la consolidación, el operador abonará la diferencia a Telefónica de España. En caso contrario, si la cantidad prepagada no cubriera el precio de la totalidad de los servicios prestados por Telefónica de España, el operador abonará la diferencia”.

Si bien es cierto que el párrafo transcrito no señala expresamente que TESAU deberá abonar la diferencia al operador interconectado si la cantidad prepagada por este último fuera superior a la que resultara de la consolidación, ello sí queda expresado en la *“ratio decidendi”* de la resolución de fecha 10 de febrero de 2011, lo que sería suficiente para interpretar, en caso de duda, el párrafo contenido en el Anexo de la Resolución de referencia.

El sub-apartado *“Nuevo mecanismo de aseguramiento de pago: prepago”* del apartado B del Fundamento de Derecho Cuarto de la Resolución recurrida, señala lo siguiente:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“Transcurrido el mes prepagado y tras la reunión de consolidación, las partes procederán a la regularización de los pagos entre ambas. Si la cantidad prepagada por el operador, impuestos incluidos, fuera superior a la que resultara de la consolidación, Telefónica de España abonará la diferencia al operador interconectado. En caso contrario, si la cantidad prepagada no cubriera el precio de la totalidad de los servicios prestados por Telefónica de España (impuestos incluidos), el operador abonará a Telefónica de España la diferencia”.

TESAU, en su escrito de alegaciones, ha señalado que si bien existe un error material de transposición en la redacción del Anexo I, éste no afecta a su comprensión final, ya que la finalidad de disposición es asegurar el pago de los servicios consumidos por los operadores y devolver el prepago/aval de aquello que no se ha consumido.

Sin perjuicio de lo señalado, esta Comisión considera que a los efectos de una mejor comprensión de dicho párrafo, sería conveniente que TESAU introdujera un cambio formal en el texto de la OIR con el objeto de clarificar que si la cantidad prepagada por el operador a TESAU, impuestos incluidos, fuera superior a la que resultara de la consolidación, TESAU deberá abonar la diferencia al operador interconectado.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión,

RESUELVE

Primero.- Desestimar el recurso potestativo de reposición interpuesto por WAVILON SOLUTIONS, S.L. contra la Resolución de fecha 10 de febrero de 2011 por la que se analiza la solicitud presentada por Telefónica de España, S.A.U. de modificación de las medidas de aseguramiento de pago de sus ofertas mayoristas. (RO 2010/902)

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 23.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado mediante Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007 (BOE núm. 27, de 31 de enero de 2008), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, 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, sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.