



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 07/13 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 21 de febrero de 2013, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución del expediente sancionador RO 2012/591, incoado a Colt Technology Services, S.A.U. por el presunto incumplimiento de la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 10 de noviembre de 2005¹.

Finalizada la instrucción del presente expediente sancionador incoado contra Colt Technology Services, S.A.U. por acuerdo del Consejo de esta Comisión de 5 de julio de 2012 y, vista la propuesta de resolución elevada a este Consejo por la Instructora del citado procedimiento sancionador, el Consejo de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado en su sesión núm 07/13 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

I

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 10 de noviembre de 2005 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución del conflicto de interconexión presentado por Colt Telecom España, S.A.² (en adelante, Colt) frente a Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) sobre la devolución de las cantidades reclamadas por los abonados de este último operador que efectúan llamadas a servicios de tarificación adicional³.

En dicha Resolución se acordó resolver lo siguiente:

“ÚNICO.- COLT deberá hacer frente al pago a TESAU de la componente de valor añadido de las llamadas de tarificación adicional que son objeto del presente conflicto, previo desglose por TESAU de dicha componente”.

¹ Resolución relativa al conflicto de interconexión presentado por Colt Telecom España, S.A. frente a Telefónica de España, S.A.U. sobre la devolución de las cantidades reclamadas por los abonados de este último operador que efectúan llamadas de tarificación adicional.

² Actualmente denominada Colt Technology Services, S.A.U.

³ RO 2005/438



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En cumplimiento de dicha Resolución Colt y Telefónica procedieron a regularizar el importe de dichas componentes de tarificación adicional en la siguiente acta de consolidación, de 20 de diciembre de 2005.

SEGUNDO.- El 18 de marzo de 2006 Colt interpuso un recurso de reposición contra la Resolución de 10 de noviembre de 2005, que dio lugar a la aprobación de la Resolución de 1 de junio de 2006⁴. Esta resolución anuló parcialmente la resolución recurrida y acordó lo siguiente:

“Único.- Estimar parcialmente el recurso potestativo de reposición interpuesto por Colt Telecom España, S.A. contra la Resolución de fecha 10 de noviembre de 2005, por la que se resuelve el conflicto de interconexión presentado por dicha entidad frente a Telefónica de España, S.A.U., sobre la devolución de las cantidades reclamadas por los abonados de este último operador que efectúan llamadas de tarificación adicional, en los siguientes términos:

Colt Telecom España, S.A. no vendrá obligada a restituir a Telefónica de España, S.A.U. las cantidades reclamadas por ésta como consecuencia de las devoluciones solicitadas por los abonados en ejercicio de su derecho reconocido en la Orden PRE/361/2002 en el marco del conflicto al que se refiere la presente Resolución”.

Telefónica procedió a restituir de nuevo a Colt el importe objeto de disputa, tal y como acordaron en el acta de consolidación de 11 de agosto de 2006.

TERCERO.- Telefónica interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional (en adelante, AN) contra las resoluciones de 10 de noviembre de 2005 y 1 de junio de 2006. El 10 de octubre de 2008, este órgano judicial dictó sentencia con el siguiente fallo:

“PRIMERO.- Rechazar la causa de inadmisibilidad alegada por el demandado.

SEGUNDO.- ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo formulado por la entidad “TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.” contra las resoluciones de fecha 10 de noviembre de 2005 y 1 de junio de 2006, a que las presentes actuaciones se contraen, que anulamos con el sentido y alcance razonados, esto es en orden a reconocer a TESAU a repercutir a COLT el importe correspondiente a la componente de tarificación adicional de las llamadas realizadas por los abonados a los números de tarificación adicional asignados a COLT a que el recurso se refiere.

TERCERO.- No formular expreso pronunciamiento sobre las costas producidas”.

CUARTO.- La citada sentencia de la AN fue recurrida en casación tanto por esta Comisión como por Colt ante el Tribunal Supremo (en adelante, TS). Este Tribunal, tras analizar la sentencia de la AN, el 31 de mayo de 2011 falló desestimar ambos recursos de casación.

QUINTO.- El 22 de septiembre de 2011 se recibió en el Registro de esta Comisión un oficio de la AN por el que se remitía copia de la citada sentencia del TS y se procedía a devolver el expediente administrativo que había surtido efectos en el recurso contencioso-administrativo (RO 2005/438), para que, en virtud de lo establecido en el artículo 104 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA), se llevase a puro y debido efecto lo acordado en la citada Sentencia del TS. (Documentos nº 19).

⁴ AJ 2005/1724



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEXTO.- Con fechas 20 de febrero y 15 de marzo de 2012 Telefónica presentó dos escritos ante el Registro de esta Comisión mediante los que interponía una denuncia contra Colt por incumplimiento de la Resolución aprobada por el Consejo de esta Comisión, el 10 de noviembre de 2005. (Documentos nº 1 y 2).

Telefónica alegaba que, una vez recaída la sentencia del TS y tras realizar múltiples requerimientos, Colt no había procedido al pago de las componentes de valor añadido de las llamadas efectuadas por los usuarios de Telefónica que le solicitaron su devolución. El importe total que Colt debía a Telefónica ascendía a **[CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** euros.

Por todo ello, Telefónica solicitaba a esta Comisión que se exigieran las responsabilidades que hubieran dado lugar el incumplimiento de Colt y que se hicieran los apercibimientos pertinentes para que se pagase a Telefónica la cantidad reclamada.

SÉPTIMO.- En virtud de lo establecido en los artículos 69.2 y 78.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), mediante sendos escritos del Secretario de esta Comisión de fecha 29 de marzo de 2012 se notificó a Telefónica y a Colt el inicio de un periodo de información previa, con el fin de conocer con mayor detalle los hechos puestos de manifiesto por Telefónica y la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento. (Documentos nº 3 y 4).

OCTAVO.- Con fechas 12, 20 y 26 de abril de 2012, se recibieron en el Registro de esta Comisión sendos escritos de Telefónica y Colt dando contestación al inicio del periodo de información previa y al requerimiento de información realizado el 29 de marzo de 2012. (Documentos nº 7, 8 y 9).

Mediante varios escritos de fechas 17 y 30 de mayo y 12 de junio de 2012 Telefónica y Colt presentaron documentación complementaria en el expediente. (Documentos nº 10, 11 y 12).

NOVENO.- Con fecha 5 de julio de 2012 esta Comisión aprobó la Resolución por la que se puso fin al período de información previa iniciado el 20 de febrero de 2012. En virtud de dicha resolución, se acordó iniciar la apertura de un procedimiento sancionador contra Colt Telecom España, S.A. como presunto responsable directo de una infracción administrativa calificada como muy grave, tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), y consistente en el incumplimiento del resuelve único de la Resolución de 10 de noviembre de 2005 adoptada por esta Comisión.

DÉCIMO.- Mediante sendos escritos del Secretario de esta Comisión, de fechas 5 de julio de 2012, se procedió a notificar a la operadora Colt y a la Instructora designada la citada Resolución que abrió el presente procedimiento sancionador. (Documentos nº 15, 16 y 17).

UNDÉCIMO.- El 16 de julio de 2012 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de Colt por el que comunicaba que, con fecha 11 de julio de 2012, le fue notificada la Resolución de 5 de julio de 2012 y acreditaba que, con fecha 13 de julio de 2012, había procedido a pagar a Telefónica la cantidad que le adeudaba por el importe de **[CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** euros. (Documento nº 20).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DUODÉCIMO.- Mediante un escrito, de 26 de julio de 2012, Telefónica comunicó a esta Comisión que con fecha 16 de julio de 2012 había recibido en cuenta un ingreso realizado por Colt por el importe de **[CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** euros. Telefónica alegaba que este importe unido a los **[CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** euros ya abonados por Colt con anterioridad, daba lugar a la total ejecución por parte de Colt de lo dispuesto en la Resolución de 10 de noviembre de 2005. (Documento nº 21).

DECIMOTERCERO.- Con fecha 13 de agosto de 2012 Colt presentó su escrito de alegaciones al inicio del procedimiento sancionador así como la documentación que estimó oportuna en relación con la apertura del citado procedimiento. (Documento nº 22).

DECIMOCUARTO.- Con fecha 14 de diciembre de 2012, la Instructora del expediente emitió la correspondiente propuesta de resolución en la que, tras relatar los antecedentes de hecho, fijar el hecho considerado probado y analizar los fundamentos de derecho aplicables al caso, propuso resolver lo siguiente: (Documento nº 26).

*“**ÚNICO.-** Archivar el expediente sancionador incoado a Colt Technology Services, S.A.U. mediante Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 5 de julio de 2012, por el presunto incumplimiento del Resuelve Único de la Resolución, de 10 de noviembre de 2005, relativa al conflicto de interconexión entre Colt Telecom España, S.A. y Telefónica de España, S.A.U. sobre la devolución de las cantidades reclamadas por los abonados de este último operador que efectúan llamadas de tarificación adicional”.*

Dicha propuesta de resolución fue notificada a Colt el 26 de diciembre de 2012.

DECIMOQUINTO.- Mediante escrito de fecha 11 de enero de 2013 Colt dio cumplimiento al trámite de audiencia y formuló las alegaciones que estimó pertinentes, de acuerdo al artículo 19 del Reglamento del Procedimiento Sancionador (Documento nº 27).

En concreto, Colt en su escrito se limita a mostrar su conformidad con las conclusiones finales alcanzadas en la propuesta de resolución sobre su no culpabilidad en la comisión de la infracción y, en consecuencia, con el archivo del presente expediente sancionador.

II

HECHOS PROBADOS

De la documentación obrante en el expediente y de las pruebas practicadas ha quedado probado, a los efectos del procedimiento de referencia, el siguiente hecho:

ÚNICO.- Colt tardó trece meses en dar cumplimiento al resuelve único de la Resolución de 10 de noviembre de 2005, tras la notificación de la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 31 de mayo de 2011.

De conformidad con las actuaciones realizadas y los documentos obrantes en el expediente del presente procedimiento sancionador, este Hecho Probado resulta de lo siguiente:



1. De la validez y el carácter ejecutivo de la Resolución de 10 de noviembre de 2005, una vez adquirió firmeza la Sentencia del TS de 31 de mayo de 2011.

Como ya se ha anticipado en el Antecedente de hecho primero, y tal y como se expuso en la Resolución que dio inicio a este procedimiento, el 10 de noviembre de 2005 esta Comisión aprobó la Resolución que puso fin al conflicto de interconexión presentado por Colt frente a Telefónica sobre la devolución de las cantidades reclamadas por los abonados de este último operador que efectuaron llamadas a servicios de tarificación adicional prestados a través de la numeración asignada a Colt.

A la vista de los hechos y fundamentos de derecho puestos de manifiesto a lo largo de la tramitación del conflicto y la normativa reguladora afectada al respecto, esta Comisión consideró que Telefónica no debió devolver a sus abonados el importe total de las llamadas sino sólo la parte correspondiente a la componente de valor añadido. Además, debido a que Telefónica tardó más de un año en comunicar a Colt las devoluciones efectuadas a sus abonados, se imputó a esta operadora una aparente falta de diligencia que le competía en calidad de mandatario y que podía haber producido un perjuicio a Colt para la repercusión de las cantidades reclamadas a sus prestadores de servicios de tarificación adicional.

Sin embargo, puesto que estos perjuicios no fueron acreditados por Colt a lo largo del procedimiento esta Comisión estimó resolver que Colt debía hacer frente al pago a Telefónica únicamente de la componente de valor añadido correspondiente a las llamadas de tarificación adicional objeto de conflicto, previo desglose por parte de Telefónica de dicha componente:

“ÚNICO.- COLT deberá hacer frente al pago a TESAU de la componente de valor añadido de las llamadas de tarificación adicional que son objeto del presente conflicto, previo desglose por TESAU de dicha componente”.

Con fecha 16 de diciembre de 2006 Colt interpuso ante esta Comisión un recurso de reposición contra la Resolución de 10 de noviembre de 2005, basado en los siguientes argumentos:

- Tanto la obligación de los operadores a desglosar las facturas como el derecho de los abonados a solicitar la devolución de la componente de valor añadido de las llamadas efectuadas a los servicios de tarificación adicional no se encontraban recogidos en la Orden PRE/361/2002, sino que se introdujo por primera vez como novedad en la Orden PRE/2410/2004.

Por ello, Colt alegaba que el reconocimiento por esta Comisión del derecho de Telefónica a reclamar al operador de red inteligente las cantidades previamente abonadas a los usuarios, como consecuencia de sus solicitudes de devolución formuladas con anterioridad a la entrada en vigor de la Orden PRE/2410/2004, conllevaba a que esta aplicación retroactiva vulnerase el principio de irretroactividad de las normas jurídicas contemplado en el artículo 2.3 del Código Civil (en adelante, C.C.).

- En relación con el tiempo transcurrido entre la realización de las llamadas objeto de conflicto y la comunicación de Telefónica a Colt, acerca de la repercusión de las devoluciones efectuadas a sus abonados, esta operadora entendía que debería de aplicarse el plazo establecido en la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica (en adelante, OIR), aprobada el 23 de noviembre de 2005, la cual fijaba el plazo de seis meses para perseguir el cobro y comunicar al operador interconectado, en el mes siguiente a dicho plazo, el impago producido. De este modo, solicitaba que respecto de las llamadas susceptibles de devolución que no fueron comunicadas



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

dentro del citado plazo, se determinase la falta de legitimidad de Telefónica de reclamar a Colt la devolución de la componente de valor añadido de dichas llamadas.

Ante tales alegaciones esta Comisión consideró lo siguiente:

- El derecho del abonado a la devolución de las cantidades facturadas por los servicios de tarificación adicional no se introdujo como novedad en la Orden PRE/2410/2004 sino que el mismo se podía deducir inequívocamente de la Orden PRE/361/2002, por lo que no nos encontramos ante la aplicación retroactiva de la Orden PRE/2410/2004.
- En la Resolución recurrida solo se reconocía la falta de diligencia de Telefónica en su actuación, no obstante, examinadas las OIRs 2003 y 2005 se observó que, si bien estas ofertas fijaban un plazo de seis meses para perseguir el cobro de los servicios y comunicar finalmente al operador interconectado el impago producido en el mes siguiente a dicho plazo, no mencionaban nada en relación con los supuestos de devolución.

Basándose en criterios de proporcionalidad esta Comisión consideró oportuno tratar las devoluciones del mismo modo que se trataban los impagos en dichas OIRs y, por tanto, determinó razonable que Telefónica en el plazo de seis meses debió comunicar a Colt la devolución de las llamadas a sus abonados.

En consecuencia, esta Comisión imputó una falta de diligencia a Telefónica en su condición de mandatario al retrasar innecesariamente a más de seis meses, o a más de un año en algunos casos, la comunicación a Colt de las devoluciones efectuadas a los abonados. Sin embargo, también se apuntó que la constatación y cuantificación de los eventuales perjuicios provocados a Colt por tal retraso en la comunicación de las devoluciones correspondían a la jurisdicción civil.

Por todo ello, se resolvió estimar parcialmente el recurso de Colt, reconociéndole la no obligación de restituir a Telefónica las cantidades reclamadas por esta operadora:

“Único.- Estimar parcialmente el recurso potestativo de reposición interpuesto por Colt Telecom España, S.A. contra la Resolución de fecha 10 de noviembre de 2005, por la que se resuelve el conflicto de interconexión presentado por dicha entidad frente a Telefónica de España, S.A.U., sobre devolución de las cantidades reclamadas por los abonados de este último operador que efectúan llamadas de tarificación adicional, en los siguientes términos:

Colt Telecom España, S.A. no vendrá obligada a restituir a Telefónica de España, S.A.U. las cantidades reclamadas por ésta como consecuencia de las devoluciones solicitadas por los abonados en ejercicio de su derecho reconocido en la Orden PRE/361/2002 en el marco del conflicto al que se refiere la presente Resolución”.

- **Sentencia de la AN de 10 de octubre de 2008.**

Telefónica decidió interponer recurso contencioso-administrativo contra ambas resoluciones, personándose como demandados tanto esta Comisión como Colt. Los motivos del recurso se centraron, principalmente, en la nulidad de la Resolución de 1 de junio de 2006, que revisó en reposición la Resolución de 10 de noviembre de 2005.

Una vez analizadas la resolución recurrida, la AN pronunció su sentencia en los siguientes términos:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- No puede calificarse de abuso de derecho la conducta de Telefónica de repercutir las devoluciones de las componentes de tarificación adicional a Colt, puesto que no se excedió de los límites que marca la norma al no estar determinado en la regulación sectorial que el plazo de comunicación de las devoluciones solicitadas por los abonados sea de seis meses.
- La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no puede ampararse en criterios de proporcionalidad ni de analogía para fijar un plazo que no está establecido en la normativa aplicable al supuesto de autos. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones “se mueve en el ámbito de las meras hipótesis al afirmar que a la entidad codemandada (Colt) se le ha impedido, en la práctica, toda posibilidad de reclamación sobre los proveedores de servicios de valor añadido. Así, ni siquiera se ha intentado acreditar la imposibilidad de que la entidad ahora codemandada pueda repercutir las cantidades reclamadas a los prestadores de servicios pues la posibilidad de accionar contra los mismos estará sometida a los plazos de prescripción establecidos en el Código Civil y en los contratos que tengan suscritos con los proveedores de servicios.”(subrayado nuestro)
- Se comparte la interpretación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sobre que el derecho de los abonados a solicitar la devolución de las llamadas de tarificación adicional se deduce claramente de la Orden PRE/361/2002.

En base a todo ello, la AN ratificó el resuelve acordado por en la Resolución de 10 de noviembre de 2005 y falló: **“ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo formulado por la entidad “TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.” contra las resoluciones de fecha 10 de noviembre de 2005 y 1 de junio de 2006, a que las presentes actuaciones se contraen, que anulamos con el sentido y alcance razonados, esto es en orden a reconocer a TESAU a repercutir a COLT el importe correspondiente a la componente de tarificación adicional de las llamadas realizadas por los abonados a los números de tarificación adicional asignados a COLT a que el recurso se refiere”**. (Subrayado y negrita nuestro)

En consecuencia, la estimación por parte de la AN de la anulación de la Resolución de 1 de junio de 2006, que reconocía el derecho de Colt a no restituir a Telefónica las cantidades reclamadas por ésta como consecuencia de las devoluciones solicitadas por los abonados, implicaba privar de efectos a dicha Resolución y, por tanto, hacer desaparecer las situaciones jurídicas nacidas de la misma, como fue la restitución por parte de Telefónica de las cantidades pagadas por Colt, tal y como se comenta en el Antecedente de Hecho Segundo y se explicará en el punto 2 del presente Hecho Probado.

- **Sentencia del TS de 31 de mayo de 2011.**

Tras la Sentencia de la AN, de 10 de octubre de 2008, esta Comisión y Colt interpusieron recurso de casación contra la misma.

El TS para fundamentar su pronunciamiento hizo uso de otra sentencia del mismo Tribunal de 13 de abril de 2011⁵, que versaba sobre un supuesto similar al objeto de decisión,

⁵ El origen del recurso resuelto en esta sentencia fueron también dos resoluciones de la Comisión, de 25 de mayo y 13 de diciembre de 2006, relativas al conflicto de interconexión entre Telefónica y Comunitel, sobre la devolución de las cantidades reclamadas por los abonados de Telefónica que efectúan llamadas a los servicios de tarificación adicional, así como al recurso de reposición contra la primera de las resoluciones.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

aunque haciendo las precisiones que fueron necesarias respecto de los motivos formulados por los demandantes.

Así, reproduciendo los fundamentos de dicha sentencia, el Tribunal razona que no es posible admitir que el derecho de Telefónica a repercutir al operador de red inteligente las cantidades devueltas a los abonados quedase abierto indefinidamente en el tiempo. Por otra parte, acepta que Telefónica no fue todo lo diligente que hubiera debido ser al dejar transcurrir entre uno y tres años para reclamar dichas cantidades a Colt. Sin embargo, considera que ambas circunstancias no llevan consigo de forma automática la pérdida del derecho de Telefónica a repercutir a Colt las citadas cantidades.

Por lo que respecta al plazo de seis meses que adoptó esta Comisión en su Resolución de 1 de junio de 2006, el TS siguiendo lo establecido por la AN argumenta que “ante el silencio de las ordenes mencionadas y de la OIR de Telefónica no es posible exigir a esta operadora el ejercicio de su derecho de repercusión de las cantidades devueltas a los usuarios en un plazo relativamente breve como el de seis meses, ni por criterios de proporcionalidad ni por analogía con el plazo para la reclamación de Telefónica a los abonados morosos”. (Subrayado nuestro)

El TS apuntó que, tal y como se indicó en primera instancia, no se había acreditado la imposibilidad de que el operador de red inteligente pudiera repercutir a su vez las cantidades que le reclama Telefónica al prestador del servicio de tarificación adicional.

En este sentido, el TS apunta que “si efectivamente el cumplimiento poco diligente de un derecho u obligación de una de las partes ocasiona perjuicios a otro de los sujetos intervinientes, dicha circunstancia habrá de ser tomada en consideración”. Sin embargo, concluye que “para anular consecuencias perjudiciales al comportamiento poco diligente de Telefónica requiere como paso previo acreditar que esa actuación haya ocasionado daños efectivos y concretos a los restantes sujetos de las relaciones litigiosas, perjuicios que no se han probado tal como la Sala dice y ya hemos recordado antes”. (Subrayado y negrita nuestro).

Finalmente, el TS reiterando lo establecido en Sentencia de 13 de abril de 2011, manifiesta que, tal y como hizo la AN, no acepta el motivo esgrimido por Colt sobre la aplicación retroactiva de la Orden PRE/2410/2004 en relación con el derecho de los abonados a solicitar la devolución de las llamadas a los servicios de tarificación adicional, al estimar que la Orden PRE/361/2002 ya reconocía tal derecho.

Por tanto, el 31 de mayo de 2011, el TS siendo congruente con lo establecido en sus fundamentos decidió en el fallo desestimar en su totalidad los recursos de casación interpuestos por esta Comisión y Colt contra la Sentencia de la AN.

En consecuencia, dadas las sentencias firmes recaídas en vía contencioso-administrativa contra las Resoluciones de 10 de noviembre de 2005 y 1 de junio de 2006, se concluye que la Resolución de esta Comisión, de 10 de noviembre de 2005, es cosa juzgada, y dotada de nuevo de validez y de carácter ejecutivo en cuanto a lo no anulado por los citados tribunales. Ello implica la obligación de pago de Colt a Telefónica de las cantidades objeto del conflicto, con la finalidad de restituir la situación jurídica desarmada por la Resolución de 1 de junio de 2006 ahora anulada.

En dichas resoluciones la Comisión se pronunció en el mismo sentido a como lo hizo en las resoluciones objeto de este expediente.



2. De la restitución total por parte de Colt de la cantidad adeudada a favor de Telefónica el 13 de julio de 2012.

En primer lugar, cabe indicar que según alegó y demostró Telefónica en su escrito de 15 de marzo de 2012, tras la aprobación de la Resolución de 10 de noviembre de 2005, ambos operadores procedieron en la siguiente consolidación de los tráficos – acta de 20 de diciembre de ese mismo año- a regularizar el pago de las componentes de valor añadido de los abonados que solicitaron su devolución, de conformidad con lo establecido en la precitada Resolución, por el importe de **[CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** euros.

Trece días después de la aprobación de la Resolución de 1 de junio de 2006, que resolvió el recurso de reposición interpuesto por Colt contra la Resolución que resolvió el conflicto de interconexión, mediante carta de 14 de junio de 2006, esta operadora solicitó a Telefónica para que efectuara la devolución de la cuantía que Colt le abonó de conformidad con la consolidación efectuada en el acta de 20 de diciembre de 2005, en la siguiente consolidación que realizaran entre las partes. En el acta de consolidación firmada el 11 de agosto de 2006, Telefónica acordó pagar a Colt la citada cantidad objeto de controversia, sin embargo, ya avisó a Colt acerca de la interposición de recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de 1 de junio de 2006, al estar disconforme con la misma.

Estos hechos han sido probados a través de la aportación de una copia de la carta de 14 de junio de 2006, que Colt envió a Telefónica para conminarle a pagar las cantidades objeto de conflicto, así como de las copias de las actas de consolidación de 20 de diciembre de 2005⁶ y 11 de agosto de 2006. (Documentos nº 1.5, 9.2 y 10.1)

En consecuencia, una vez iniciada la vía procesal contencioso-administrativa Colt se encontraba en posesión de la cantidad objeto del conflicto con Telefónica; de conformidad con lo manifestado en su escrito de 13 de agosto de 2012, Colt alega que *“provisionó debidamente la cantidad total reclamada por Telefónica, (...)”*.

En segundo lugar, como se ha indicado en el apartado anterior, tras la sentencia del TS de fecha 31 de mayo de 2011 la citada Resolución de esta Comisión, de 10 de noviembre de 2005, volvió a ser válida y ejecutiva y, por tanto, a desplegar sus efectos sobre los administrados, esto es, sobre Colt y Telefónica, interesados del expediente sobre el que recayó la precitada Resolución, desde el momento de la notificación a los mismos de la citada Sentencia del TS, esto es, una vez fuera firme.

Pues bien, de acuerdo con los datos y documentación aportados por Colt, la sentencia del TS, de 31 de mayo de 2011, le fue notificada el 13 de junio de 2011, fecha a partir de la cual Colt debía dar cumplimiento a la Resolución de 10 de noviembre de 2005, restituyendo las cantidades adeudadas a Telefónica. No obstante, una vez iniciado el expediente de información previa cuyos resultados justificaron la apertura del presente procedimiento sancionador⁷, con fecha 11 de mayo de 2012 Colt abonó a Telefónica el importe de **[CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** euros. (Documento nº 11.1)

El pago total de las cantidades reconocidas a Telefónica no se efectuó hasta el día 13 julio de 2012, es decir, un día hábil después de que tuviera efectos la notificación fehaciente a Colt de la Resolución de 5 de julio de 2012 que abrió el presente procedimiento

⁶ La copia del acta de consolidación de 20 de diciembre de 2005 no figura firmada por ninguno de los operadores.

⁷ Expediente iniciado mediante sendos escritos del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 19 de marzo de 2012, comunicados a Telefónica y Colt los días 2 y 11 de abril de 2012.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

sancionador, según consta en el expediente. En efecto, dicho día Colt realizó una transferencia a favor de Telefónica por el valor pendiente de pago: **[CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** euros. (Documento nº 20 y 21)

3. Conclusión.

En el presente apartado se ha acreditado que Colt tardó trece meses en dar cumplimiento a lo establecido en el resuelve de la Resolución de esta Comisión, de 10 de noviembre de 2005, desde que conoció que la misma volvía a ser ejecutiva. Esto es, desde la notificación a esta operadora de la Sentencia del TS que consideraba ajustada a Derecho la Sentencia de la AN, que a su vez confirmó la validez de lo estipulado en el citado resuelve de la Resolución de 10 de noviembre de 2005.

Lo anterior prueba que Colt incumplió su obligación de pago establecida en la precitada Resolución hasta un día hábil después (13 de julio de 2012) de que surtiera efectos la notificación de la Resolución que dio lugar a la apertura del presente procedimiento sancionador, de 5 de julio de 2012.

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

III

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para resolver el presente procedimiento sancionador.

El artículo 48.3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) establece que *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora y en el apartado 1 del artículo 10 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos”*.

Asimismo, según el artículo 48.4 de la LGTel, en relación con las materias de telecomunicaciones reguladas en la citada Ley, esta Comisión ejercerá, entre otras, las siguientes funciones *“j) El ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos por esta ley”*.

El Pleno del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador, a tenor de lo establecido en el artículo 58.a).1º de la LGTel. De acuerdo con este precepto, corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por medio de su Consejo, el ejercicio de la competencia sancionadora cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) a x) del artículo 53, infracciones graves tipificadas en el párrafo p) y, en el ámbito material de su actuación, en el párrafo q) del artículo 54.



SEGUNDO.- Tipificación del Hecho Probado.

El presente procedimiento sancionador se inició ante la posible comisión de una infracción tipificada en el artículo 53.r) de la LGTel, que califica como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas.

En particular, tal y como consta en el Fundamento de Derecho Quinto del acuerdo de inicio del procedimiento sancionador, el presente expediente se abrió contra Colt como consecuencia de *“la existencia de indicios de incumplimiento por parte de Colt de la Resolución de 10 de noviembre de 2005, debido a que ya ha pasado más de un año desde que dicha Resolución adquirió la condición de firme, goza de nuevo de eficacia ejecutiva y es exigible, sin que haya procedido Colt a cumplir lo establecido en su resuelve”*.

Por ello, en el Resuelve Segundo de dicho acuerdo se incoó a Colt el presente procedimiento sancionador por *“presunto responsable directo de una infracción administrativa calificada como muy grave, tipificada en el artículo 53.r de la Ley 32/2003, y consistente en el incumplimiento del resuelve único de la Resolución de 10 de noviembre de 2005 (RO 2005/438) adoptada por esta Comisión”*.

Tal y como ha quedado acreditado en el Hecho Probado, la Resolución de esta Comisión, de 10 de noviembre de 2005, estableció en su resuelve único la obligación de Colt de hacer frente al pago a Telefónica de la componente de valor añadido de las llamadas de tarificación adicional que fueron objeto de conflicto entre ambos operadores.

Dicha Resolución tras haber sido anulada en reposición por la Resolución de 1 de junio de 2006, volvió a tener validez, tras haber sido anulada aquella última en vía contencioso-administrativa, y a gozar de la condición de cosa juzgada una vez fue firme la sentencia del TS. En consecuencia, la citada obligación impuesta a Colt por esta Comisión debía llevarse a cabo una vez le fue notificada la Sentencia del TS, el 13 de junio de 2011. Sin embargo, Colt, a diferencia del pago diligente que efectuó en tiempo y forma a favor de Telefónica en diciembre de 2005, no cumplió con el pago total de las componentes de tarificación adicional devueltas por Telefónica a sus usuarios, hasta pasados trece meses desde la notificación de la citada Sentencia del TS.

En oposición a lo anterior Colt realiza, en su escrito de contestación al inicio de este expediente, de 13 de agosto de 2012, una serie de alegaciones que pueden sintetizarse en las siguientes:

1. Sobre la falta de incumplimiento por parte de Colt de la Resolución de 10 de noviembre de 2005.

Colt considera que la sentencia del TS es declarativa. Sin embargo, manifiesta que *“lo que verdaderamente concede el cariz de ejecutiva a la Sentencia es, tal y como afirma esa Comisión en su Resolución de 5 de julio de 2012, el Auto que la Audiencia Nacional remite a esta Comisión en fecha 29^º de septiembre de 2011 para que «lleve a puro y debido efecto lo acordado en la citada Sentencia».* **Es decir, Colt no podía cumplir con la Sentencia del Tribunal Supremo hasta que, siguiendo la normativa vigente, el órgano judicial del que emanó la sentencia recurrida (Audiencia Nacional) requiera al órgano administrativo (esa Comisión) para que haga ejecutar la Sentencia”**.

⁸ Si bien en la Resolución de 5 de julio de 2012, se señaló que el Auto de la AN fue recibido el 29 de septiembre de 2011, la fecha correcta de recibo de dicho escrito en el Registro de la Comisión fue el 22 de septiembre de 2011.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, esta entidad entiende que esta Comisión era el órgano responsable de hacer cumplir la Sentencia de 31 de mayo de 2011 y considera que *“esa Comisión, contrario al propio artículo 104, no hizo nada para hacer cumplir la Sentencia del Tribunal Supremo. Esa Comisión tardó más de 5 meses para que, a instancias de Telefónica y nunca de oficio por esa Comisión, admitiera un escrito de Telefónica de 2 de febrero de 2012 abriendo un conflicto contra Colt”*.

Por todo ello, Colt alega que **“lo que esa Comisión realiza es traspasar a Colt una responsabilidad que recae exclusivamente en ella”**. Según esta operadora, *“una vez recibido el Auto de la Audiencia Nacional, debería habérselo notificado a Colt para que cumpliera con la Sentencia del Tribunal Supremo y, de no hacerlo, ponerle cuantas medidas coercitivas considerase necesarias y advertirle de cuantos expedientes sancionadores estimase oportunos contra Colt”*.

En consecuencia, Colt manifiesta que **“no se ha producido ningún incumplimiento de una Resolución de esa Comisión por cuanto que esta parte procedió a cumplir con los mandatos de esa Comisión al día siguiente de la notificación de la Resolución por la que esa Comisión daba cumplimiento al Auto de la Audiencia Nacional, de 29 de septiembre de 2011, y ejercía sus obligaciones derivadas de la Ley 29/1998. Colt es responsable único del cumplimiento de las Sentencias Judiciales y de las Resoluciones de esa Comisión, pero las consecuencias derivadas de esa Comisión no deberían ser desatendidas por ella”**.

2. Sobre el derecho ignorado a Colt y reconocido en la Sentencia del Tribunal Supremo a devolver sólo a Telefónica las cantidades que pueda recuperar de sus proveedores de servicios de tarificación adicional.

A este respecto, Colt alega que, si bien está de acuerdo con que el TS en su sentencia de 31 de mayo de 2011 desestima en su fallo el recurso interpuesto por Colt contra la Sentencia de la AN, esta Comisión no da validez legal a todo el contenido de la Sentencia.

Según esta operadora, este Organismo ignora la jurisprudencia que establece que no sólo el fallo de una sentencia es vinculante, sino que además debe atenderse a lo dispuesto en sus fundamentos jurídicos a la hora de analizar ésta. En este sentido, Colt se remite a tres sentencias de las Audiencias Provinciales de Asturias, Sevilla y Álava así como a dos sentencias del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) (RTC 1988/92 y 289/1990).

En base a ello, Colt sigue sosteniendo en este procedimiento que *“aunque en el fallo de la Sentencia del TS no se especifique, en su fundamento jurídico tercero si se establece, de forma clara, la matización que hace que Colt haya intentado conocer cuáles de las cantidades debía abonar a Telefónica, razón por la cual ha tardado en su devolución, devolución que dicho sea de paso hay que resaltar que ya se ha producido”*.

Colt manifiesta que está convencida de que *“la sentencia del TS le reconoce el derecho a probar que el culpable retraso de Telefónica en informar a Colt de los impagos de sus clientes finales (de más de un año, recordemos) le ha producido daños, y que, en estas condiciones, «sin duda» estaría habilitada para denegar a ésta las cantidades requeridas» (...)* como literalmente indica el Alto Tribunal”.

Finalmente, esta operadora alega que si esta Comisión tuviera dudas razonables en cuanto a la interpretación de la citada sentencia, podría haber solicitado una aclaración de la misma. Colt no lo hizo porque *“tenía claro que la Ley y la Jurisprudencia, nos guste o no, reconoce ese derecho a Colt que ahora esa Comisión, un órgano administrativo y no judicial, nos rechaza. Si la intención de esa Comisión es interpretar una sentencia judicial, en lugar*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de correr el riesgo de hacerlo de forma contraria al ordenamiento jurídico y a la jurisprudencia, debería haber solicitado una aclaración de la misma”.

Examinadas las alegaciones presentadas por Colt sobre su falta de incumplimiento de la Resolución de 10 de noviembre de 2005, cabe contestar lo siguiente:

1. En primer lugar, Colt pretende justificar el incumplimiento que se le imputa en una supuesta falta de diligencia por parte de este Organismo para ejecutar el Auto de la AN que le fue comunicado el 22 de septiembre de 2011, en contra de lo establecido en el artículo 104 de la LJCA.

A este respecto cabe indicar que, si bien la AN a través de dicho auto notificaba a esta Comisión la Sentencia del TS, indicando que, en virtud del artículo 104 de la LJCA, se llevara a puro y debido efecto lo acordado en ella, ello no significa como erróneamente entiende Colt que la sentencia del TS no le fuera ejecutiva a esta operadora desde su notificación, el 13 de junio de 2011.

El cumplimiento de lo dispuesto en el citado artículo 104 de la LJCA implica que la Administración que fue parte en el proceso viene obligada a cumplir lo mandado en el fallo de la sentencia que puso fin al mismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 17 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que dispone en su apartado 2 que: “Las Administraciones Públicas, las Autoridades y funcionarios, las corporaciones y todas las entidades públicas y privadas, y los particulares, respetarán y, en su caso, cumplirán las sentencias y las demás resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las Leyes”. (Subrayado nuestro).

Habiendo sido esta Comisión parte de los citados recursos contenciosos-administrativos que dieron lugar a las sentencias de la AN y del TS, por la que se anuló la Resolución del Consejo de 1 de junio de 2006, se considera que para la correcta ejecución de las citadas sentencias este Organismo debía asegurar la pérdida de eficacia de la Resolución de 2006 y, por tanto, la restitución de la situación jurídica creada por ésta mediante la supervisión del cumplimiento de la Resolución de 10 de noviembre de 2005, puesto que esta Comisión es la autoridad encargada de vigilar el cumplimiento de sus resoluciones (art. 48 y 50 y 53 de la LGTel).

Sin embargo, ello no es óbice para que Colt como parte también en los citados recursos y obligado a respetar y a cumplir las sentencias, pueda eludir la ejecución voluntaria de las mismas una vez le fue notificada la Sentencia de TS, por la que se le comunicaba la desestimación de su recurso y la confirmación de la Sentencia de la AN. Esta última sentencia, le obligaba a restituir a Telefónica el importe correspondiente a las componentes de tarificación adicional de las llamadas realizadas por los abonados a los números de tarificación adicional de Colt, en cumplimiento de la Resolución del Consejo de esta Comisión, de 10 de noviembre de 2005, que validaba.

En base a lo anterior, esta Comisión no tenía por qué instar a Colt para el cumplimiento de su precitada obligación tras tener conocimiento del Auto de la AN. Ello porque la Resolución de 10 de noviembre de 2005, que adquirió firmeza con la sentencia desestimatoria del TS, volvió a ser ejecutiva y, por tanto, Colt como parte en los procesos contenciosos-administrativos, debió ejecutarla voluntariamente en el momento de serle notificada la sentencia del TS, al igual que hizo en diciembre de 2005 cuando le fue notificada la reiterada resolución.

Por otra lado, lo que si debía hacer esta Comisión, y así lo hizo, era asegurar la ejecución forzosa de su resolución. Por ello, una vez tuvo conocimiento a través de Telefónica de la falta de cumplimiento voluntario por parte de Colt de lo resuelto en



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2005 y dada su petición de que se exigiera a este operador el cumplimiento de su obligación, se procedió a analizar oportunamente los hechos acaecidos y se decidió instar a Colt para el cumplimiento forzoso de dicha resolución, apercibiéndole de la imposición de multas coercitivas, de acuerdo con la facultad que detenta esta Comisión en cuanto Administración Pública para obligar a la ejecución forzosa de sus resoluciones (artículo 94 y siguientes de la LRJPAC), así como abrirle el presente procedimiento sancionador, por haber cometido una presunta infracción administrativa.

Por tanto, se rechaza la acusación sobre dejación de funciones que Colt vierte sobre esta Comisión para intentar justificar su incumplimiento, puesto que esta Comisión en ejecución de las sentencias de la AN y el TS actuó conforme a las competencias que tiene legalmente atribuidas.

Es más, resta comentar que resulta contradictorio que Colt utilice esta argumentación para justificar la falta de cumplimiento de su obligación de pago a Telefónica, ya que, como veremos en el siguiente Fundamento de Derecho, Colt ha acreditado, mediante la presentación de copia de un correo enviado a Telefónica, que tras la notificación de la sentencia del TS se puso en contacto con dicha operadora para acordar cómo traspasar los pagos de conformidad con la interpretación de la sentencia que Colt entiende que es la correcta. (Documentos nº 9.1 y 21.1)

Es decir, no se corresponden los actos que en su momento Colt llevó a cabo para proceder a cumplir con su obligación de pago, de los cuales se desprende que sí consideró ejecutiva la Sentencia del TS tras su notificación, con las alegaciones y acusaciones vertidas por esta operadora contra esta Comisión para excusar su infracción.

2. En segundo lugar, tampoco se admiten las acusaciones que Colt imputa a este Organismo acerca de: (i) realizar una interpretación de la sentencia del TS contraria al ordenamiento jurídico; (ii) ignorar la jurisprudencia relativa a la ejecución de las sentencias; y (iii) privarle del derecho que considera que el TS le reconoce, consistente en probar los daños que le provocó el retraso de Telefónica en informarle de las devoluciones solicitadas por sus clientes finales y, por tanto, a devolver a Telefónica sólo aquello que pudiera recuperar ahora (pasados más de 7 años), de sus prestadores de servicios de tarificación adicional; todo ello, para demostrar que no ha cometido ninguna infracción.

Esta Comisión considera que, a diferencia de lo que precisamente hace Colt, en ningún momento a lo largo de la Resolución de 5 de julio de 2012 se trata de interpretar las sentencias del TS y la AN, sino que tan sólo transcribe sus fundamentos en orden a conminar a Colt al cumplimiento de lo dispuesto expresamente en las mismas.

Es de interés aclarar a Colt que esta Comisión conoce perfectamente que la interpretación de las sentencias compete en exclusiva a los Jueces y Tribunales, tal y como establece el artículo 267 de la Ley 6/1985, de 1 de julio, de Ordenación del Poder Judicial⁹. Además, hablar de interpretación de sentencias supone aceptar que la misma adolece de ambigüedad, oscuridad o contradicción.

⁹ "1. Los tribunales no podrán variar las resoluciones que pronuncien después de firmadas, pero sí aclarar algún concepto oscuro y rectificar cualquier error material de que adolezcan.

2. Las aclaraciones a que se refiere el apartado anterior podrán hacerse de oficio dentro de los dos días hábiles siguientes al de la publicación de la resolución, o a petición de parte o del Ministerio Fiscal formulada dentro del mismo plazo, siendo



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sobre este extremo existe extensa jurisprudencia, de la que cabe mencionar la Sentencia del TC, de 24 de julio del 2000, (RTC 2000/207), que establece que:

*“(…) **Sin embargo, esclarecer cuál es el sentido de un fallo es una función netamente jurisdiccional y la valoración efectuada –si no es incongruente, arbitraria o irrazonable– debe ser respetada** (SSTC 242/1992 [RTC 1992, 242] y 78/1993 [RTC 1993, 78] y ATC1322/1988 [RTC 1988, 1322 AUTO]), so pena de convertir el recurso de amparo en una nueva instancia, a través de la cual reexaminar eventuales conculcaciones de la cosa juzgada (STC 21/1982 [RTC 1982, 21] y ATC 96/1982 [RTC 1982, 96 AUTO])».* (Subrayado y negrita nuestro)

Pues bien, tal y como ya se indicó en la resolución que dio lugar a la apertura de este procedimiento, Colt debió de ser quien, en caso de tener dudas sobre la ejecución de las sentencia del TS y la AN, solicitara una aclaración de las mismas.

Por lo que respecta al seguimiento de la jurisprudencia por parte de esta Comisión, relativa a la ejecución de las sentencias, se señala que es cierto que conforme a la misma, y al objeto de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, para determinar lo resuelto en una resolución judicial es necesario tener en cuenta las premisas fácticas y jurídicas que permitieron llegar al fallo. En este sentido, y continuando con la precitada Sentencia del TC, de 24 de julio del 2000, a la que se remite también la reciente Sentencia del TC, de 29 de marzo de 2012 (RTC 2012/57):

*“Pues bien, como es sabido, **constituye una tesis muy generalizada la de que la cosa juzgada se circunscribe al pronunciamiento judicial y no alcanza a los fundamentos de la Sentencia; sin embargo, al menos desde la óptica del art. 24.1 CE, resulta imprescindible un análisis de las premisas fácticas y jurídicas que permitieron obtener una determinada conclusión a fin de perfilar debidamente el ámbito o contenido de lo verdaderamente resuelto y, por ello, ya en la STC 6/1991, de 15 de enero (RTC 1991,6), declaramos que la cosa juzgada viene configurada por el fallo y su fundamento determinante**”.* (Subrayado nuestro)

Pero a este respecto, cabe también tener en cuenta lo establecido por la jurisprudencia de TS, sobre la congruencia de las sentencias. Sirva de ejemplo, a estos efectos, la Sentencia del TS, de 23 julio 2012 (RJ 2012\7992), la cual afirma que:

*“Pues bien, como hemos dicho en las **sentencias de 7 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7027) (casación 7640/05, FJ 3º) y 11 de febrero de 2010 (RJ 2010, 3864) (casación 9215/04 , FJ 3º), entre otras, la sentencia debe tener una coherencia interna, ha de observar la necesaria correlación entre la ratio decidendi y lo resuelto en el fallo o parte dispositiva; y, asimismo, ha de reflejar una adecuada conexión entre los hechos admitidos o definidos y los argumentos jurídicos utilizados. Se habla así de un supuesto de incongruencia, en realidad, de incoherencia interna de la sentencia, cuando los fundamentos de la decisión y el fallo resultan contradictorios.***

*Hemos recordado, no obstante, en las sentencias de 19 de mayo de 2011 (2) (casaciones 2783/08, FJ 4º, y 2825/08 (RJ 2011, 4473), FJ 5º), la necesidad de hacer dos importantes precisiones a la hora de enjuiciar si dicha contradicción existe: primera, **la falta de lógica de la sentencia no puede asentarse en la consideración de un razonamiento aislado, es preciso tener en cuenta el discurso completo del***

en este caso resuelta por el tribunal dentro de los tres días siguientes al de la presentación del escrito en que se solicite la aclaración”.



pronunciamiento; y segunda, tampoco basta para apreciar el defecto cualquier clase de contradicción, se **requiere una notoria incompatibilidad entre los argumentos básicos de la sentencia y su parte dispositiva**, sin que los razonamientos obiter dicta, supletorios o a mayor abundamiento puedan determinar la incongruencia interna que se denuncia". (Subrayado y negrita nuestro)

Pues bien, siguiendo precisamente la citada jurisprudencia, esta Comisión no puede admitir que el fundamento determinante del fallo de la Sentencia de 31 de mayo de 2011 lo sea el último párrafo de su Fundamento de Derecho Tercero¹⁰, al ser la interpretación de Colt discordante con los Fundamentos de Derecho Segundo y Tercero al completo, que desestiman íntegramente los recursos interpuestos tanto por esta Comisión como por Colt contra la Sentencia de la AN, y con el Fundamento Cuarto de conclusiones y el fallo de dicha sentencia, que vuelven a reiterar la desestimación de ambos recursos.

De conformidad con las sentencias citadas, un razonamiento aislado no puede asentar la falta de lógica de una sentencia, por lo que a la inversa tampoco se podrá considerar que un razonamiento aislado puede ser determinante a los efectos de esclarecer el contenido de un fallo; más aún si tenemos en cuenta que el razonamiento al que se acoge Colt atiende a una interpretación subjetiva de quien tuvo la condición de codemandante en el recurso de casación.

En este sentido, Colt parece obviar que cuando el TS entra en concreto a analizar, en dicho Fundamento de Derecho Tercero, los dos motivos alegados por esta operadora en su recurso de casación, comienza su valoración expresando literalmente que "*Ambas alegaciones deben ser rechazadas*". Además, cuando examina en concreto la falta de cumplimiento por parte de Telefónica de su condición de mandataria, el TS reitera su rechazo sobre dicha imputación de Colt sobre Telefónica.

Por tanto, en virtud del principio de seguridad jurídica, no puede entenderse como pretende Colt que en el siguiente párrafo el propio Tribunal se desligue de su planteamiento inicial para modular su rechazo con respecto al incumplimiento de Telefónica de sus obligaciones como mandataria, y más teniendo en cuenta que el TS finaliza su fundamento corroborando lo dispuesto por la AN en su sentencia, en relación con la falta de acreditación por parte de Colt de su imposibilidad para reclamar las cantidades objeto de devolución a sus proveedores de servicios de tarificación adicional.

Por todo ello, se rechaza la interpretación que Colt realiza de un párrafo de la sentencia del TS pretendiendo extender dicha interpretación a su fallo, con la finalidad de justificar el reconocimiento de un derecho a Colt de devolver a Telefónica sólo las cantidades que consiga recuperar hoy en día (7 años después) de sus prestadores.

A la vista de todo lo expuesto en el presente Fundamento de Derecho, no cabe sino concluir que concurre tipicidad en la conducta de Colt, consistente en el no cumplimiento de la Resolución del Consejo de esta Comisión, de 10 de noviembre de 2005, habiendo incurrido en una infracción administrativa de carácter muy grave tipificada en el artículo 53.r) la LGTel.

¹⁰ Párrafo que Colt entiende que le reconoce un derecho a devolver a Telefónica sólo las cantidades que consiga recuperar hoy en día de sus prestadores, debido al retraso que en 2005 tuvo Telefónica en comunicarle las devoluciones de las facturas a sus clientes.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

No obstante, para determinar si procede imponer una sanción, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56.a) del mismo texto legal, es preciso a continuación analizar si concurrió culpabilidad (dolo o culpa) por parte de Colt en la comisión de la citada infracción.

TERCERO.- Culpabilidad en la comisión de la infracción.

Como ha sido recogido en ocasiones anteriores por esta Comisión, de conformidad con la Jurisprudencia y doctrina mayoritarias, actualmente no se reconoce la responsabilidad objetiva en la comisión de la infracción, sino que se exige el elemento de la culpabilidad, lo que supone que la conducta antijurídica sea imputable a un sujeto pasivo responsable de dicha conducta, esto es, que exista un nexo psicológico entre el hecho y el sujeto.

Este es un presupuesto que procede del Derecho penal y que es aplicado en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, como lo acreditan, entre otras, las Sentencias del Tribunal Constitucional 76/1990, de 26 de abril (en adelante, STC) y del Tribunal Supremo de fechas 3 de abril de 2000 (RJ 2000, 2579) y 22 de noviembre de 2004 (RJ 2005, 20), y jurisprudencia posterior.

Así se interpreta la expresión recogida por el legislador español cuando, al regular la potestad sancionadora de la Administración, en el artículo 130.1 de la LRJPAC establece que *“sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia.”*

Como se desprende del precepto anterior y se ha afirmado asimismo en reiteradas ocasiones, en el Derecho Administrativo sancionador no se exige dolo o intención maliciosa para responder de la comisión de una infracción sino que basta la culpa o imprudencia¹¹. En consecuencia, con carácter general, cabe atribuir responsabilidad a título de simple negligencia, entendida como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

En lo que aquí interesa, resulta que la consideración conjunta de lo dispuesto por el artículo 130.1 de la LRJPAC y el artículo 1.104 del Código Civil lleva a concluir que, en el cumplimiento de las obligaciones, ha de ponerse aquella diligencia que resulte exigible en función de la propia naturaleza de la obligación y de las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar.

Por tanto, actúa culposamente quien evita la diligencia debida en la observancia de la norma [STS de 22 de noviembre de 2004 (RJ 2005\20)] y dolosamente quien quiere realizar el tipo de infracción.

Es decir, la culpa se caracteriza por la ausencia de voluntad de producir un determinado resultado y el descuido del sujeto para evitarlo, siendo evitable, ya sea de forma consciente, cuando se ha previsto, o inconsciente, cuando no se ha previsto el resultado pero éste era previsible.

Por otro lado, nos encontramos ante la figura del dolo cuando se cumplen los dos elementos que lo integran: el intelectual y el volitivo. El primero implica que el autor tiene conocimiento

¹¹ Por todas, la STS de 3 de marzo de 2003 (RJ 2003\2621), afirmaba que *“en Derecho Administrativo Sancionador (...) por regla basta la imprudencia para que se entienda cometida la infracción y, salvo advertencia legal expresa en contrario, no es exigible el dolo que de otra suerte, caso de haberse dado, únicamente opera como elemento de graduación (agravante) de la sanción. Así se establece con carácter general en el artículo 131.3.a) LRJPAC – con el rótulo de intencionalidad – sin perjuicio de que en muchas leyes sectoriales se haga esta prevención con mayor o menor precisión”*.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de los hechos constitutivos del tipo de infracción así como de su significación jurídica, mientras que el segundo supone querer realizar el hecho ilícito.

Precisamente, en la normativa sectorial de telecomunicaciones podemos encontrar ambos supuestos: unos en los que la ley recoge el dolo como un elemento subjetivo del tipo de forma expresa, excluyendo así la posibilidad de cometer la infracción por mera imprudencia, como por ejemplo el artículo 53.e) o el 53.o) de la LGTel¹², donde el ilícito debe cometerse de forma deliberada, y otros como el artículo 53.r) de la misma norma, cuyo incumplimiento se sanciona en el presente procedimiento, en el que no se exige la concurrencia de dolo, siendo suficiente la negligencia consistente en no dar cumplimiento a las condiciones que tiene impuestas como operador durante un período de tiempo, lo que equivale a una infracción del deber de cuidado que le era exigible y cuyo resultado podría haber previsto.

Pues bien, partiendo de la citada doctrina jurisprudencial, es preciso analizar si se aprecia la existencia de concurrencia de culpabilidad en Colt respecto de la actuación que se ha tipificado como infracción administrativa. En el presente procedimiento y de conformidad con el Hecho Probado Único, se imputan a Colt el incumplimiento de la Resolución de 10 de noviembre de 2005, como consecuencia de no restituir Telefónica las cantidades establecidas en el resuelve de dicha resolución desde que le fue notificada la Sentencia del TS, el 13 de junio de 2011, sino hasta un día hábil después de que le fue comunicada la apertura del presente procedimiento y tras el apercibimiento de su ejecución forzosa por parte de esta Comisión.

En relación con la responsabilidad de Colt en la comisión de la infracción administrativa que se le atribuye, esta operadora afirma que tras la notificación de la sentencia del TS si tuvo intención de dar cumplimiento de su obligación de pago a favor de Telefónica. En concreto, Colt, al igual que ya alegó en el periodo de información previa, expone que tras conocer la Sentencia del TS envió un correo electrónico a Telefónica (de fecha 21 de junio de 2011¹³) por el que le proponía mantener una reunión sobre la interpretación de la sentencia y llegar a un consenso sobre los pasos a seguir. Dicha reunión se celebró el 5 de julio de 2011 en la sede de Telefónica. Durante la celebración de la misma los operadores se explicaron las distintas interpretaciones jurídicas que cada uno hacía de la citada sentencia del TS. (Documento nº 9.1 y 2).

En este sentido, tal y como ya se ha analizado en la presente propuesta así como en el procedimiento de información previa, Colt consideraba que la sentencia reconoce dos derechos: uno de Telefónica a recuperar las cantidades devueltas a sus abonados correspondientes a la componente de valor añadido y otro de Colt a no abonar a Telefónica las cantidades que acreditase que eran de imposible reclamación a sus prestadores como consecuencia del retraso injustificado de Telefónica. Por su parte, Telefónica no compartió dicha justificación y, por tanto, tampoco el retraso en el pago de las cantidades debidas, no obstante aceptó escuchar una propuesta de liquidación por parte de Colt. (Documento nº 9.3, 22.1 y 2).

¹² El artículo 53.e) de la LGTel establece que se considera infracción muy grave “*la producción deliberada de interferencias definidas como perjudiciales en esta ley (...)*”. De la misma forma, el artículo 53.o) determina como infracción muy grave “*el incumplimiento deliberado, por parte de los operadores, de las obligaciones en materia de interceptación legal de las comunicaciones impuestas en desarrollo del artículo 33 de esta ley*”.

¹³ Según alegó y acreditó Colt en el expediente de información previa que se cerró con la apertura del presente procedimiento sancionador y cuya documentación ha sido incorporado a este expediente.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En dicha reunión los operadores, a instancia de Colt, también acordaron cerrar el acta de consolidación de los tráficos correspondiente a junio de 2011 haciendo constar en ella la no renuncia de las partes a las cantidades reconocidas en la Sentencia del TS.

Continua alegando Colt que, tras dicha reunión, envió un correo electrónico a Telefónica, el 21 de julio de 2011, proponiéndole un pago en dicho mes de **[CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** euros sobre el total de la cantidad adeudada, esto es el 60% de la cantidad total reclamada. Colt propuso este importe en base a que era la cantidad que correspondía a las empresas proveedoras de los servicios de tarificación adicional que en el año 2008 eran solventes. (Documento nº 22.1).

Sobre el resto de la cantidad debida, manifestó a Telefónica su intención de *“alcanzar un acuerdo dentro de la cifra a minorar indicada, por lo que analizaríamos sin ninguna duda una propuesta por vuestra parte en este sentido”*. Sin embargo, Colt alega que Telefónica rechazó dicha propuesta mediante un correo electrónico de fecha 28 de julio de 2011. (Documentos nº 22.2).

En consecuencia, esta operadora alega que este *“hecho demuestra claramente la buena voluntad de Colt para alcanzar un acuerdo con Telefónica sobre el pago de la cantidad reclamada”*. No obstante, añade que al final sólo anticipó a Telefónica, el 11 de mayo de 2012¹⁴, (es decir, 10 meses después de la primera propuesta y una vez iniciado el expediente de información previa) **[CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** euros, debido a que dicha operadora rechazó su propuesta, por lo que *“(…), no le quedó otro remedio a Colt que seguir la línea interpretativa de la Sentencia mantenida desde el inicio y actuar en consecuencia”*.

Por otra parte, Colt manifiesta que el envío del primer correo electrónico a Telefónica no fue más que el inicio de una serie de acciones. Con la finalidad de justificar que intentó cumplir con su obligación de pago tras la notificación de la Sentencia del TS, Colt detalla minuciosamente a lo largo de cuarenta y nueve puntos, todas las acciones que llevó a cabo para el pago de las cantidades que consideraba debía restituir a Telefónica.

De dicha información detallada, se observa que Colt, tras tener conocimiento de la Sentencia del TS, pidió asesoramiento a un despacho de abogados externo con el que analizó y discutió el contenido de la Sentencia del TS. Dicho despacho le recomendó que procediera a reclamar las cantidades debidas a los clientes de Colt afectados por el retraso en el pago de Telefónica, con lo que Colt comenzó a analizar la solvencia de las empresas, a requerir por burofax el pago de las cantidades correspondientes a cada empresa y a perseguir judicialmente las deudas más importantes, alegando que las cantidades más pequeñas no perseguidas se asumirían como pérdidas de Colt y no de Telefónica.

Asimismo, se advierte que cuando el 3 de febrero de 2012 Colt recibió un burofax de Telefónica reclamándole las cantidades objeto de discrepancia, el despacho contratado por Colt le siguió confirmando su interpretación de la Sentencia del TS, es decir, que Telefónica sólo tenía derecho a cobrar las cantidades que Colt consiguiera recuperar de sus prestadores de servicios.

Colt no presenta acreditación de todos los hechos expuestos, ya que esta operadora alega que la documentación del expediente interno de Colt *“supera ampliamente los 2500 folios”* y que se han podido intercambiar más de cuatrocientos cincuenta y siete emails.

¹⁴ Esta información consta en la documentación incorporada de la información previa.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Pues bien, en primer lugar y dada la condición de Colt como operadora presente en el mercado español desde el 31 de mayo de 1999, según consta en el Registro de Operadores que gestiona esta Comisión, se entiende que esta entidad podía ser consciente de que el incumplimiento de la obligación de pago impuesta en la Resolución de 10 de noviembre de 2005 implicaba el tipo infractor definido en la LGTel, es decir, podía conocer su significación jurídica.

Sin embargo, debe señalarse que, según se ha analizado tanto en el expediente de información previa como en el presente procedimiento, es posible reconocer en Colt una creencia errónea de estar obrando conforme a lo establecido en la Sentencia del TS y, en consecuencia, de no tener conciencia sobre la antijuricidad de su conducta, es decir, de estar incumpliendo lo acordado en la Resolución de 10 de noviembre de 2005.

En efecto, conforme ha venido argumentando en todas sus alegaciones, en su correo electrónico de 21 de julio de 2011, Colt manifestaba a Telefónica que consideraba *“tener base legal suficiente para defender, a partir de Junio de 2011 (fecha de la Sentencia del Tribunal Supremo), la aplicación del derecho que a ésta le asiste de minorar la cuantía a Telefónica en la parte que no pueda repercutir a sus clientes como consecuencia del retraso de Telefónica en su actuación”*. (Subrayado nuestro).

Además, se considera que dicho error sobre la concreta interpretación de su obligación de pago, una vez dictada la Sentencia del TS, se pudo consolidar mediante la corroboración de dicha interpretación por un despacho externo contratado por Colt. Por lo que unidas ambas circunstancias es posible comprender que Colt no entendiera que su conducta supusiera una conculcación de lo establecido en el Resuelve Único de dicha Resolución.

Por otra parte, se estima que, aunque basado en un convencimiento erróneo pero con la finalidad de restituir al máximo posible las cantidades debidas dando cumplimiento a la Resolución de 10 de noviembre de 2005, Colt actuó diligentemente poniéndose en contacto con Telefónica para acordar un plan de pagos, una semana después (21 de junio de 2011) de recibir la notificación de la Sentencia del TS, (13 de junio de 2011) y tomando las medidas que consideraba apropiadas para perseguir el cobro de dichas cantidades de sus prestadores de servicios que eran solventes en 2008.

Asimismo, durante la tramitación del expediente de información previa por el que se abrió el presente procedimiento sancionador, Colt comenzó a devolver a Telefónica parte de las cantidades reclamadas por importe de **[CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** euros.

En este sentido, también se toma en cuenta que Colt, tras tener conocimiento del posible incumplimiento de la precitada Resolución de 2005, como consecuencia de recibir la notificación de la Resolución del Consejo de esta Comisión, de 5 de julio de 2012, por la que se le apercibió para el pago a favor de Telefónica de la totalidad de las cantidades controvertidas y se le comunicó la apertura del presente procedimiento, esta entidad procedió a pagar a Telefónica la totalidad de las cantidades objeto de conflicto, pasado tan sólo un día hábil desde que surtió efectos la citada notificación.

En consecuencia, a esta Comisión tampoco le es posible acreditar que en la conducta infractora de Colt concurrió elemento volitivo alguno, ni siquiera a título de culpa, de incumplir la Resolución de 10 de noviembre de 2005, no procediendo al pago voluntario de las cantidades relativas a las componentes de tarificación adicional que Telefónica devolvió a sus clientes, una vez fue firme la Sentencia el TS que desestimaba su recurso.

En definitiva y a la luz de los actos de instrucción realizados, del Hecho Probado y del resto de fundamentos jurídicos expuestos es posible concluir que Colt no tuvo conciencia ni



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

voluntad culposa de cometer la infracción de incumplir lo acordado en la Resolución del Consejo de esta Comisión, de 10 de noviembre de 2005.

Vistos los Antecedentes de hecho, el Hecho probado y los Fundamentos de Derecho y, vistas, asimismo, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto y demás normas de aplicación, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones,

RESUELVE

ÚNICO.- Archivar el expediente sancionador incoado a Colt Technology Services, S.A.U. mediante Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 5 de julio de 2012, por el presunto incumplimiento del Resuelve Único de la Resolución, de 10 de noviembre de 2005, relativa al conflicto de interconexión entre Colt Telecom España, S.A. y Telefónica de España, S.A.U. sobre la devolución de las cantidades reclamadas por los abonados de este último operador que efectúan llamadas de tarificación adicional.

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, por quienes puedan acreditar su condición de interesados, 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 29/10998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y los artículos 107 y 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 3 del artículo 48 de la misma Ley.

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