



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

IGNACIO REDONDO ANDREU, 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 nº 05/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 7 de febrero de 2008, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en relación con el expediente RO 2006/1365 se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE INTERCONEXIÓN PRESENTADO POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A., SOCIEDAD UNIPERSONAL CONTRA TELE2 TELECOMMUNICATION SERVICES, S.L.U. SOBRE LA DEVOLUCIÓN DE LAS CANTIDADES RECLAMADAS POR LOS ABONADOS QUE EFECTÚAN LLAMADAS DE TARIFICACIÓN ADICIONAL.

HECHOS

Primero.- Escrito presentado por TELEFÓNICA.

Con fecha 23 de octubre de 2006, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de D. Pablo de Carvajal González, en nombre y representación de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A., SOCIEDAD UNIPERSONAL (en adelante, TELEFÓNICA) por el que plantea conflicto de interconexión.

En concreto, la representación de TELEFÓNICA señalaba lo siguiente:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que tras la entrada en vigor el 23 de febrero de 2002 de la Orden PRE/361/2002, TELEFÓNICA ha cumplido con la obligación de devolución de las cantidades correspondientes a los servicios de tarificación adicional (STA) por reclamación del usuario.
- Que TELEFÓNICA ha procedido a solicitar a COMUNITEL GLOBAL, S.A.U¹ (en adelante, TELE2), como operador de red inteligente, el reintegro de los importes devueltos a los usuarios finales que han solicitado la devolución de las cantidades correspondientes a las llamadas a STA desde el 23 de febrero de 2002, como ya puso de manifiesto en la denuncia que se sustanció en el expediente RO 2005/1323 respecto a las reclamaciones desde el 23 de febrero de 2002 hasta el 31 de marzo de 2004.
- Que TELEFÓNICA desea poner de manifiesto la nueva negativa de TELE2 de aceptar la repercusión de los impagos de llamadas a STA de dicho operador generados por reclamación del cliente llamante desde el 1 de abril de 2004 hasta la fecha actual, a pesar de haberse recogido los nuevos estados de impago en la Oferta de Interconexión de Referencia (OIR) 2005 y en la OIR vigente, y haber procedido TELEFÓNICA a acreditar las devoluciones de las cantidades correspondientes a llamadas a STA por reclamación del usuario.
- Que tal negativa se ha puesto de manifiesto en todas las Actas de Consolidación desde que TELEFÓNICA intentó repercutir a TELE2 las devoluciones a los usuarios finales de las llamadas a STA correspondientes a llamadas a partir del 1 de abril de 2004, al señalar TELE2 que el fichero *“contiene dos estados nuevos que no han podido ser contrastados ya que no está disponible la información que se indica en la carta enviada por TELEFÓNICA el 1 de abril de 2005, donde nos comunica los cambios que van a llevar a cabo para la automatización de las acreditaciones de las llamadas incobrables, motivo por el cual, TELE2 se reserva el derecho de alegar respecto al contenido de la carta, una vez que disponga de la información necesaria para su análisis”*. Y posteriormente, señalando que *“TELEFÓNICA manifiesta que TELE2 no*

¹ Mediante el escrito de alegaciones presentado el 15 de noviembre de 2007, TELE2 TELECOMMUNICATION SERVICES, S.L.U. comunicó su actuación en el presente procedimiento como parte interesada por ser la sociedad absorbente de COMUNITEL GLOBAL, S.A.U. Efectivamente, con fecha 24 de octubre de 2007 mediante Resolución del Secretario de esta Comisión se procedió a cancelar la inscripción efectuada en el Registro de operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas correspondiente a la entidad COMUNITEL GLOBAL, S.A.U. como persona autorizada para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas y se procedió a la inscripción en el citado Registro la modificación, por ampliación de la actividad de TELE2 COMMUNICATIONS SERVICES, S.L. como persona autorizada para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

acepta el importe correspondiente a las llamadas pasadas a incobrables (estados "X" y "B") y detalladas en el fichero de liquidación de julio ...".

- Que de conformidad con el artículo 1895 del Código Civil, relativo al cobro de lo indebido, TELE2 se encuentra obligado a reintegrar a TELEFÓNICA las cantidades que ésta se ha visto obligada a restituir al usuario llamante que ha reclamado la devolución del importe de las llamadas a STA contenidas en su factura, permitiendo su repercusión en los procesos de consolidación de la interconexión.
- Que TELEFÓNICA es un mero intermediador entre el usuario llamante y el operador destinatario de la llamada, cuya obligación finaliza en la realización de las labores adecuadas de facturación y gestión del cobro sin que exista obligación alguna de asumir el riesgo de impago que corresponde al operador destinatario de la llamada, en este caso, TELE2.

Expuestas estas consideraciones, TELEFÓNICA solicita a la CMT lo siguiente:

"SOLICITA que, (...) proceda a dictar resolución por la que se declare que TELE2 debe permitir que TELEFÓNICA impute la repercusión de las cuantías correspondientes a llamadas realizadas a Servicios de Tarificación Adicional, titularidad de TELE2, que han sido reclamadas y no pagadas por el abonado como consecuencia del derecho que le asiste al usuario final, desde el 1 de abril de 2004, apareciendo como los estados "X" y "B" en Telefónica On Line (TOL) desde mayo de 2005".

Segundo.- Apertura de procedimiento para la resolución del conflicto.

Mediante sendos escritos fechados el día 13 de noviembre de 2006, y en cumplimiento de lo establecido en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), se comunicó a los interesados, TELEFÓNICA y TELE2, que había quedado iniciado expediente administrativo para la resolución del conflicto planteado por la primera de estas entidades.

Tercero.- Escrito de alegaciones de TELE2.

Con fecha 9 de mayo de 2007, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de D. Heliodoro Alcaraz García de la Barrera, en nombre y representación de TELE2.

En concreto, la representación de TELE2 señalaba lo siguiente:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que la negativa de TELE2 a aceptar la repercusión de las cantidades que TELEFÓNICA le ha trasladado tiene su origen en las incoherencias y confusión que presenta la información facilitada y en las deficiencias e incumplimientos del procedimiento por parte de TELEFÓNICA que impiden a TELE2 validar la información que TELEFÓNICA le remite y analizar la procedencia de la repercusión o devolución de las cantidades correspondientes.
- Que si bien reconoce el derecho de TELEFÓNICA a solicitar el reembolso de las cantidades que este operador haya devuelto a los usuarios, TELE2 considera que TELEFÓNICA no ha ejercido su derecho correctamente, motivo por el cual TELE2 no ha aceptado el traslado de las cantidades controvertidas.
- Que en abril de 2004 TELE2 y TELEFÓNICA actualizaron su Acuerdo General de Interconexión (AGI) recogiendo las modificaciones introducidas por la OIR 2003, por la que, a partir de ese momento, TELE2 recibe en consolidación únicamente los importes correspondientes al servicio soporte, quedando a la espera de recibir la parte correspondiente al valor añadido en el caso de que el usuario pague a TELEFÓNICA. Así, en los casos en los que exista un impago por parte del usuario, el importe que TELE2 deberá pagar a TELEFÓNICA es únicamente el correspondiente al servicio soporte.
- Que mediante carta de 1 de abril de 2005, TELEFÓNICA comunicó a TELE2 la introducción de dos nuevos estados en el procedimiento de gestión de pagos e impagos en interconexión para los STA:
 - *“Incobrible por fin de gestión de cobro por parte de Telefónica de España o por reclamación anterior a la publicación de la Orden PRE/2410/2004: Aplicable a las llamadas que finalmente han resultado impagadas por el cliente llamante, habiendo finalizado Telefónica de España todas las gestiones de cobro establecidas por la normativa sectorial”.*
 - *“Incobrible por reclamación posterior a la publicación de la Orden PRE/2410/2004: Aplicable a las llamadas que finalmente han resultado impagadas por el cliente llamante, acogiéndose éste a lo establecido en la Orden PRE/2410/2004”.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que TELEFÓNICA remitió a TELE2 un primer fichero de incobrables en los estados mencionados con fecha 1 de mayo de 2005, cuyo contenido eran llamadas efectuadas entre los meses de abril de 2004 y enero de 2005.
- Que TELE2 ha detectado que TELEFÓNICA está siguiendo un proceso erróneo en la repercusión de las devoluciones reclamadas y que la información facilitada es confusa e insuficiente lo que impide a TELE2 confirmar que TELEFÓNICA está cumpliendo con el procedimiento.
- Que TELEFÓNICA comunica erróneamente a TELE2 unos recobros que, en realidad, no se producen y, una vez advierte el error, procede a reclamar las cantidades correspondientes, “*encubriéndolas*” en concepto de solicitud de devolución del usuario.
- Que si TELEFÓNICA llevara a cabo el proceso correctamente y gestionando de manera eficiente la información relativa a impagos y recobros, TELE2 no habría abonado a los prestadores de servicios de tarificación adicional, las cantidades que, supuestamente, habían sido recobradas, ni se vería en la imposibilidad de recuperarlas de aquellos prestadores con los que ya no tiene relación jurídica alguna.
- Que de la información que TELEFÓNICA facilita a TELE2 en relación con los nuevos estados, aquella no comunica en ningún momento la fecha de las reclamaciones de los clientes, por lo que no está acreditando las devoluciones de los importes reclamados por los abonados.
- Que TELEFÓNICA comunicó en el fichero de 1 de mayo de 2005, llamadas efectuadas entre abril y junio de 2004, es decir, más de seis meses después del que dispone para comunicar y reclamar las devoluciones sin justificación alguna.
- Que ante la importancia que entraña la fecha de la reclamación de los abonados en el procedimiento de gestión de los nuevos estados de impagos, esta Comisión debe declarar la obligación de TELEFÓNICA de aportar este dato a TELE2.
- Que esta Comisión debe establecer que, “*en aquellos casos en los que TELEFÓNICA ha incumplido el plazo de seis meses del que dispone para comunicar y reclamar a TELE2 las devoluciones efectuadas a los clientes, como sucede en el caso de los incobrables en estado X incluidos en el fichero de 1 de mayo de 2005, TELEFÓNICA no está legitimada para exigir a TELE2 el reembolso de las cantidades que trata*”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de repercutirle y, consiguientemente, TELE2 no está obligada a devolver los importes correspondientes”.

- Que TELE2 como ya ha señalado en otras ocasiones entiende necesario que TELEFÓNICA remita la información sobre los nuevos estados a través de su aplicación desarrollada de forma agregada.

Expuestas estas consideraciones, TELE2 solicita a la CMT lo siguiente:

- a) “Se desestime la solicitud de TELEFÓNICA y se declare que TELE2 no tiene la obligación de abonar las cantidades reclamadas por aquélla.*
- b) Se declare la obligación de TELEFÓNICA de facilitar a TELE2 información completa, exacta y congruente sobre los nuevos estados X y B, que permita validar la información aportada, así como la fecha de la reclamación de devolución de abonados.*
- c) Se declare que, mientras TELEFÓNICA no suministre la información pertinente de la manera indicada en el apartado b) anterior, TELE2 no vendrá obligada a restituir a TELEFÓNICA los importes que ésta trate de repercutirle en concepto de devolución de cantidades reclamadas por los abonados de ésta que realizan llamadas a servicios de tarificación adicional.*
- d) Se declare la obligación de TELEFÓNICA de remitir la información sobre los nuevos estados X y B de forma agregada.”*

Cuarto.- Mediante sendos escritos de fecha 22 de octubre de 2007, con salida de esta Comisión el 29 del mismo mes, una vez finalizada la instrucción del procedimiento y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 de la LRJPAC, se procedió a comunicar a los interesados, TELE2 y TELEFÓNICA, la apertura del trámite de audiencia previo a la resolución definitiva del expediente así como el Informe elaborado por los Servicios de esta Comisión de fecha 22 de octubre de 2007.

Quinto.- Dentro del plazo conferido para realizar alegaciones en el trámite de audiencia, la representación de TELE2 presentó escrito de alegaciones que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el día 16 de noviembre de 2007 y en el que, en resumen, manifestaba lo siguiente:

- Que se está aplicando retroactivamente la Orden PRE/2410/2004 vulnerando el principio general de irretroactividad de las normas establecido en el Código Civil, ya que, dicha Orden no dispone su propia retroactividad, no siendo posible aplicar su contenido a las llamadas efectuadas con anterioridad a su entrada en vigor.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que TELE2 comparte el criterio de que en aquellos casos en los que se haya superado el plazo de seis meses, TELEFÓNICA no habrá ejercitado su derecho correctamente, por lo que no podrá reclamar a TELE2 que le sean reembolsadas las cantidades devueltas a los clientes, al haber actuado negligentemente y abusar de su derecho.
- Que TELE2 comparte el criterio del Informe de los Servicios respecto a la necesidad de equiparar el tratamiento de las devoluciones a usuarios al de los casos de impago, puesto que en la práctica la gestión y tramitación de las cantidades relativas a ambos conceptos es idéntica, exigiéndole además que TELEFÓNICA facilite la fecha de reclamación del abonado.
- Que sin embargo TELE2 considera que el orden lógico del análisis realizado debería haber sido inverso, estableciendo en primer lugar la obligación de TELEFÓNICA de facilitar los datos correspondientes y, posteriormente que, en caso de exceder el plazo de seis meses, ésta no podría repercutir a TELE2 las cantidades relativas a las devoluciones efectuadas a los abonados.
- Que TELEFÓNICA comunica a TELE2 unos recobros que nunca llegan a producirse y que cuando TELEFÓNICA es consciente de su equivocación vuelve a reclamar las cantidades oportunas como devoluciones efectuadas a los clientes, habiendo TELE2 abonado a los proveedores de tarificación adicional los importes supuestamente recobrados no pudiendo recuperar posteriormente los mismos.
- Que además de la necesidad de obtener información sobre las devoluciones y las llamadas correspondientes, es indispensable que la información sea exacta y congruente puesto que si bien el hecho de imponer a TELEFÓNICA la obligación de facilitar determinados datos puede posibilitar la mejora del proceso no significa que, en todos los casos, puedan validarse los datos recibidos.
- Que por lo anterior, esta Comisión debe declarar la obligación de TELEFÓNICA de facilitar a TELE2 información completa, exacta y congruente sobre los nuevos estados y acreditar la procedencia de su repercusión, de forma que TELE2 pueda validar la información aportada. Es más, de no ser así, TELE2 no tendría que reembolsar a TELEFÓNICA los importes que ésta le traslade en concepto de devolución de cantidades reclamadas por los abonados de ésta que realizan llamadas a servicios de tarificación adicional.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que TELE2 no pretende que TELEFÓNICA le remita la información únicamente de forma agregada sino que, además de la información al detalle se le facilite simultáneamente algún tipo de soporte adicional en el que se incluyan los datos de esta forma facilitándose en los casos en que no existan discordancias el procedimiento de gestión y validación.
- Que se debe declarar de forma expresa en la resolución del presente conflicto que debido a las razones expuestas (el incumplimiento del plazo establecido, la reclamación de cantidades comunicadas anteriormente como recobros y la imposibilidad de validar la información recibida) TELE2 no tiene la obligación de abonar los importes disputados y reclamados por TELEFÓNICA en este caso concreto, desestimando la solicitud de ésta.

Sexto.- Dentro del plazo conferido para realizar alegaciones en el trámite de audiencia, la representación de TELEFÓNICA presentó escrito de alegaciones que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el día 21 de noviembre de 2007 y en el que, en resumen, manifestaba lo siguiente:

- Que los Servicios de esta Comisión no justifican en qué precepto normativo, jurídico o resolución administrativa se recoge la dependencia del derecho de repetición que tiene el operador de red inteligente frente al prestador de servicios de tarificación adicional, ni dónde aparece el periodo de tiempo transcurrido entre el conocimiento de la devolución por parte de TELEFÓNICA y la propia devolución como elemento esencial del derecho reconocido en las Órdenes citadas.
- Que tampoco existe previsión en el Código Civil en relación con el contrato de mandato que se refiera al tiempo como elemento esencial de la diligencia exigida al mandatario. Razón por la cual TELEFÓNICA no tendría el deber jurídico de realizar la labor de comunicación a TELE2 en un plazo determinado de tiempo, y mucho menos de un plazo de seis meses como el establecido por la Comisión de forma retroactiva.
- Que por lo anterior, esta Comisión incurre en los defectos de ausencia de motivación suficiente, aplicación retroactiva de una resolución administrativa e indefensión a TELEFÓNICA por vulneración del principio de confianza legítima.
- Que esta Comisión debe precisar con mayor concreción las cantidades que TELE2 debe abonar a TELEFÓNICA habida cuenta de las continuas discrepancias con dicho operador puesto que resulta claro que el derecho a la devolución acapara tanto la componente de tarificación adicional como la componente soporte del servicio telefónico disponible



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

al público, no siendo hasta la entrada en vigor de la nueva Orden de tarificación adicional cuando tal derecho quedó restringido únicamente a la componente de tarificación adicional.

- Que con la obligación impuesta por esta Comisión a TELEFÓNICA de remitir a TELE2 determinada información sobre las llamadas reclamadas se está vulnerando el principio de irretroactividad de los actos administrativos así como el principio de prohibición de reformatio in peius al no aparecer dicha obligación recogida ni en la OIR ni en el AGI suscrito entre las partes.
- Que en contra de lo alegado por TELE2 de que TELEFÓNICA le comunica unos recobros que nunca llegan a producirse y que cuando aquella es consciente de su equivocación vuelve a reclamar las cantidades oportunas como devoluciones efectuadas a los clientes, la explicación no es otra que la siguiente: inicialmente las llamadas resultan impagadas por el usuario (se genera el estado I), posteriormente las reclama acogiéndose a la Orden ministerial en vigor, por lo que es necesario generar un recbro (estado C) para liquidar la situación anterior y finalmente pasa a tramitarla como reclamación (estado B).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Habilitación competencial para conocer del conflicto planteado.

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

En concreto, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), en su artículo 48.2, indica que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto, entre otras cuestiones, el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y la resolución de los conflictos entre operadores. Dichas competencias generales se concretan en la habilitación competencial de esta Comisión para actuar en esta materia, recogida en el apartado 3.1etra d) del mismo artículo, que establece que es función de esta Comisión la resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre operadores en materia de acceso o interconexión.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

Asimismo, el artículo 14 de la LGTel establece que será la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones quien conozca de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de la propia Ley y de sus normas de desarrollo.

Segundo.- Objeto del procedimiento.

El presente procedimiento tiene por objeto resolver el conflicto de interconexión planteado por TELEFÓNICA contra TELE2 en relación con la solicitud por parte de TELEFÓNICA de poder repercutir a TELE2 las cuantías correspondientes a la componente de tarificación adicional de las llamadas realizadas a Servicios de Tarificación Adicional, titularidad de TELE2 y que TELEFÓNICA se ha visto obligada a restituir al usuario llamante que ha reclamado su devolución desde el 1 de abril de 2004 hasta la fecha de interposición del conflicto por parte de TELEFÓNICA.

Tercero.- Sobre el derecho del usuario a la devolución de las cantidades correspondientes a las llamadas a servicios de tarificación adicional según la normativa existente.

Como se ha señalado por esta Comisión en anteriores ocasiones, la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, vino a desarrollar el Reglamento de Servicio Universal en lo relativo a los derechos de los usuarios y a los servicios de tarificación adicional, del título IV del anterior Reglamento de Servicio Universal². Esta Orden se ha visto modificada con posterioridad por la Orden PRE/2410/2004, de 20 de julio.

La citada Orden PRE/361/2002 presentaba como novedad una excepción respecto a la regla que contenía el antiguo Reglamento de Servicio Universal, en lo referido a las llamadas a servicios de tarificación adicional. En concreto, el apartado Octavo establece que si un abonado no está de acuerdo con la

² Derogado según la Disposición derogatoria única del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

facturación de los servicios de tarificación adicional que le presente al pago su operador, dicho abonado no está obligado a pagar el importe correspondiente a los servicios de tarificación adicional, y el operador no puede suspenderle el servicio telefónico siempre que pague la parte correspondiente al mismo.

Por lo tanto a partir de esta redacción original del apartado Octavo de la Orden PRE/361/2002, se reconoce al abonado un derecho a no hacer frente al pago inmediato de la facturación correspondiente a los servicios de tarificación adicional.

Conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado Octavo de la Orden PRE/361/2002, se suspendería al abonado la prestación de llamadas a servicios de tarificación adicional (aunque no el resto de llamadas) si no presentaba la correspondiente reclamación ante el organismo correspondiente mostrando su disconformidad (Juntas Arbitrales de Consumo o Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información) y consignaba el importe de los servicios de tarificación adicional. En cualquier caso, el abonado estaba legitimado para no pagar al operador el importe de estos servicios de tarificación adicional si estaba en desacuerdo con el mismo, ello hasta que los organismos competentes resolvieran acerca de la procedencia o no, del pago.

TELE2 en su escrito de alegaciones de fecha 15 de noviembre de 2007 manifiesta la aplicación retroactiva por parte de esta Comisión de la Orden PRE/2410/2004 vulnerando el principio general de irretroactividad de las normas establecido en el Código Civil, ya que, dicha Orden no dispone su propia retroactividad, no siendo posible aplicar de esta manera su contenido a las llamadas efectuadas con anterioridad a su entrada en vigor.

Como hemos referido con anterioridad, la Orden PRE/2410/2004, de 20 de julio, en su apartado séptimo, modificó la Orden PRE/361/2002 en lo relativo a la disconformidad del abonado con las llamadas de tarificación adicional.

Con la modificación de la norma citada se perseguía, según se desprende del preámbulo de la propia Orden, un propósito de transparencia, dotando de una nueva redacción el apartado Octavo de la Orden anterior, que incide en la relevancia que tiene para la protección de los usuarios, la identificación del importe correspondiente a los servicios de información o comunicación que se prestan a través de los números de tarificación adicional (recogiendo diferentes previsiones respecto al desglose de este importe), así como en la identificación de la entidad que está prestando esos servicios y a la que corresponde cobrar esa cantidad que se está facturando al usuario en cuestión.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A mayor abundamiento, en la nueva Orden, se vuelve a definir con mayor claridad el contenido que debe ser incluido en el desglose de las facturas que le remita el operador de acceso a su abonado, separando la parte que corresponde al servicio telefónico disponible al público (que incluye el servicio de red de tarificación adicional), cuya prestación corresponde a los operadores, de la otra parte relativa a la remuneración que corresponde al prestador de servicios de tarificación adicional por el servicio de información o comunicación prestado.

En conclusión, tanto de la Orden originaria como de la posterior modificación de la misma, se desprende que con la nueva redacción, se reitera que el abonado que esté disconforme con la facturación de los servicios de tarificación adicional podrá mantener el servicio telefónico disponible al público si paga el importe del mismo, excluido la remuneración que corresponda a los prestadores del servicio de tarificación adicional por todos los conceptos relativos a la prestación de los servicios de tarificación adicional (información, comunicación u otros). Cabe aclarar también, que el derecho del abonado que se le reconocía ya desde la Orden PRE/361/2002, cubre tanto la posibilidad de no pagar la facturación de los servicios de tarificación adicional una vez se le presente al cobro la factura por parte del operador de acceso si no está de acuerdo con la misma, como, naturalmente, la posibilidad de que si ya pagó la factura pueda con posterioridad solicitar la devolución de dichas cantidades, ya que se trataría de un pago indebido ab origine.

Cuarto.- Sobre la obligación de devolver las cantidades reclamadas por el abonado, la determinación del sujeto obligado a ello y la cantidad susceptible de reclamación al operador de red inteligente.

Una vez reconocido en el apartado anterior el derecho del usuario final disconforme con la facturación del servicio de tarificación adicional a no efectuar el pago o, si ya lo hizo efectivo, a solicitar la devolución de los importes correspondientes a las llamadas objeto de discrepancias, nace una obligación en cuya virtud, el operador que presta el servicio de acceso al usuario (y que, por consiguiente, ha pasado al cobro la factura discutida) ha de devolver el importe previamente abonado.

Hay que tener en cuenta que, aunque la percepción del usuario es que el servicio telefónico se lo presta en su totalidad el operador que le proporciona el acceso, en este caso TELEFÓNICA, en realidad hay una serie de relaciones jurídicas entre los agentes involucrados y un conjunto de obligaciones al respecto.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En las llamadas a un número de tarificación adicional, son varias las relaciones jurídicas existentes y el incumplimiento de una de las obligaciones esenciales puede llevar consigo una cadena de incumplimientos sucesivos que sólo deben afectar a los sujetos de las relaciones jurídicas principales o básicas efectivamente incumplidas y no a los intervinientes que actúen como meros intermediarios en estas relaciones.

Entre los servicios de interconexión vinculados a la prestación de los servicios de inteligencia de red podemos diferenciar, por un lado, un servicio denominado de valor añadido, que no se considera un servicio de comunicaciones electrónicas y por otro, un servicio de telecomunicaciones que actúa como soporte de éste.

En el caso concreto que nos ocupa, y teniendo en cuenta que TELE2 ha optado por el modelo de interconexión de acceso para la prestación de servicios de inteligencia de red, es precisamente TELE2 el operador responsable de la prestación de este tipo de servicios y, por consiguiente, quien en las relaciones de interconexión entre los operadores intervinientes se haga cargo de los eventuales impagos o, en su caso, devoluciones de pagos, que tengan lugar.

Esta Comisión ha puesto de manifiesto en distintas ocasiones que, ante el impago de una llamada de tarificación adicional, sólo deben verse afectados los titulares de los derechos de crédito que hubieran quedado insatisfechos. Esto es, en primer lugar, la relación contractual para la prestación del servicio de valor añadido, que es una relación ajena a los servicios de telecomunicaciones que la sustentan y, en segundo lugar, el prestador del servicio soporte de red inteligente. En definitiva, una vez producido el impago por el usuario llamante, el perjuicio ocasionado deberá ser trasladado hasta el titular del derecho de crédito afectado: el prestador de servicios de valor añadido y el operador prestador del servicio soporte de red inteligente.

En el modelo de acceso es el operador de red inteligente, TELE2, el titular de un derecho de crédito frente al usuario llamante por la totalidad del coste de la llamada. Así, TELE2, en caso de impago, debe asumir el coste de los servicios de interconexión que le hubieran sido prestados por los operadores intervinientes y, en concreto, será el responsable del pago del servicio de interconexión de acceso prestado por TELEFÓNICA y del de facturación y gestión de cobro, no estando, por lo tanto, TELEFÓNICA obligada a soportar la carga financiera que supone hacerse cargo de los impagos de servicios prestados por TELE2 puesto que en estos casos el operador que proporciona el acceso al usuario llamante actúa únicamente como mandatario del operador



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de red inteligente asignatario de la numeración a la que se dirigen las llamadas impagadas.

En consecuencia, el operador que proporciona el acceso al usuario llamante, en el presente caso TELEFÓNICA, no queda tampoco obligado a soportar la devolución de la componente de tarificación adicional que retribuye el servicio de valor añadido, puesto que se trata de un servicio que presta el usuario llamado o prestador de servicios de tarificación adicional. Ha de afirmarse que ninguno de los operadores de comunicaciones electrónicas intervinientes tienen la obligación de asumir el impago de la componente de tarificación adicional y que, en cualquier caso, el operador que proporciona el acceso al usuario llamante tiene el derecho a repercutir al operador de red inteligente los impagos o las devoluciones de pago que, respectivamente, hubiera tenido que soportar o cumplir. A su vez, el operador de red inteligente, aún cuando sea el obligado a la devolución de esa componente de tarificación adicional, podrá repercutirlo al prestador de servicios de tarificación adicional.

Como consecuencia de lo anterior, TELE2 tendría la obligación de reintegrar a TELEFÓNICA las cantidades que ésta se ha visto obligada a restituir a los usuarios llamantes que han reclamado la devolución del importe de las llamadas a servicios de tarificación adicional sobre la base de lo establecido en la Orden PRE/361/2002.

Sentadas las consideraciones anteriores, TELEFÓNICA debe desempeñar una diligencia respecto al servicio de facturación y gestión de cobro que presta al operador de red inteligente, en este caso TELE2, debiendo comunicarle a TELE2, en el plazo más breve posible, cuantas reclamaciones hubiera recibido en relación con el cobro de las llamadas a números de tarificación adicional asignados a TELE2.

Es doctrina de esta Comisión recogida por la operadora, *“que, en calidad de mandatario que TELEFÓNICA adquiere conforme a la oferta contractual que figura en la OIR, este operador debe desempeñar con una diligencia adecuada el servicio de facturación y gestión de cobro que presta al operador de red inteligente. Y a tal efecto, debería haber comunicado en el plazo más breve posible toda solicitud de devolución de los usuarios (...)”* (Resolución 10 de noviembre de 2005 en el marco del expediente RO 2005/348).

Como ya señaló esta Comisión en su Resolución de 25 de mayo de 2006 que daba fin al conflicto de interconexión planteado por TELEFÓNICA contra TELE2 sobre el mismo objeto que el presente procedimiento pero aplicable a reclamaciones realizadas entre febrero de 2002 y marzo de 2004³,

³ Expediente RO 2005/1323 relativo a la devolución de las cantidades reclamadas por los abonados de TELEFÓNICA que efectúan llamadas de tarificación adicional.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TELEFÓNICA es la operadora que presta el servicio de acceso y, por tanto, la que establece relación directa con el abonado llamante (titular del derecho a la devolución que desencadena todo el proceso) y a ella sola corresponde poner en marcha, recibida la correspondiente reclamación, el proceso que afecta a todos los agentes presentes en la cadena de valor de estos servicios. De esta manera, cuando el operador de red inteligente se ve obligado a abonar a TELEFÓNICA las cantidades reclamadas nace para él, al mismo tiempo, un derecho de repetición sobre el proveedor del servicio de valor añadido, derecho éste absolutamente dependiente del tiempo transcurrido desde que el operador de red inteligente conoce la reclamación o impago que da lugar a la devolución.

TELEFÓNICA en su escrito de alegaciones de 16 de noviembre de 2007 manifiesta la no justificación por parte de esta Comisión en ningún precepto que muestre la dependencia del derecho de repetición que tiene el operador de red inteligente frente al prestador de servicios de tarificación adicional. Es más, añade la inexistencia de previsión en cuanto al contrato de mandato que se refiera al tiempo como elemento esencial de la diligencia exigida al mandatario, razón por la cual TELEFÓNICA no tendría el deber jurídico de realizar la labor de comunicación en un plazo determinado de tiempo.

Respecto a lo señalado por TELEFÓNICA basta con resaltar, como bien sabe la misma, la importancia del derecho de repetición en la cadena de negocio que existe para los servicios de red inteligente bajo el modelo de interconexión de acceso, en la que el operador de red inteligente es el responsable de la prestación del servicio de telecomunicaciones, el cual a su vez crea una relación contractual para la prestación del servicio de valor añadido. Es decir, una vez producido el impago por el usuario llamante, el perjuicio ocasionado se traslada hasta el prestador de servicios de valor añadido y el operador prestador del servicio soporte de red inteligente. Es por ello, que un retraso en la comunicación de reclamaciones de los abonados por parte del operador de acceso (TELEFÓNICA) influirá claramente en el proceso de repercusión de cantidades al resto de personas jurídicas que en él participan.

En cuanto a la inexistencia de previsión concreta en la figura del contrato de mandato que se refiera al tiempo que pueda determinar la diligencia o no que se le exige al mandatario, debe señalarse que si bien dicho plazo no es explícito en la norma, ello no puede llevar a TELEFÓNICA a incumplir con su obligación de diligencia de forma sistemática hasta el momento que la misma decida.

Efectivamente, de acuerdo con la regulación contenida en el Código Civil, el mandatario debe cumplir el mandato de acuerdo con el principio de buena fe que se traduce en este caso por la actuación diligente, con la diligencia general del “buen padre de familia” y la concreta, relativa a la “naturaleza del negocio”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el caso en el que nos encontramos TELEFÓNICA en ningún momento parece haber cumplido su mandato de facturación y gestión de cobro de forma diligente de acuerdo con el principio de buena fe teniendo en cuenta la naturaleza del negocio en el que nos encontramos en el que el operador de red inteligente, una vez devuelva la cantidad convenida al operador de acceso, se la querrá repercutir al prestador de servicios de tarificación adicional. Pero es que además, ese retraso en la comunicación de las reclamaciones no ha sido justificado por TELEFÓNICA en las alegaciones obrantes en este expediente sin que, por tanto, quepa apreciar causa objetiva y proporcionada que justifique el retraso, de manera que no puede considerarse cumplido el deber de diligencia exigido por el artículo 1719 del Código Civil y ello, con perjuicio para los derechos de TELE2.

Así, TELEFÓNICA no comunicó el fichero de llamadas reclamadas por los abonados entre los meses de abril de 2004 hasta enero de 2005, en base al derecho que les reconoce la Orden PRE/361/2002, hasta el 1 de mayo de 2005, dejando transcurrir por lo tanto en algunas ocasiones hasta un año, dificultando de esta forma, en la práctica, la posibilidad de reclamación sobre los proveedores de servicios de valor añadido que hubieran podido dar lugar a esas reclamaciones como se verá más adelante.

Pues bien, como ya hemos señalado en anteriores ocasiones, esta Comisión, según la competencia que le reconocen los artículos 48.3 d) y 11.4 de la Ley General de Telecomunicaciones y en aras a la consecución de lo establecido en la normativa sectorial, según la cual se permite la intervención mínima de esta Comisión para proteger los intereses públicos cuando ello resulte necesario, entiende que un plazo máximo razonable para comunicar y reclamar por parte de TELEFÓNICA al operador de red inteligente las devoluciones realizadas a los abonados que han ejercido su derecho que les reconoce la Orden PRE/361/2002, es el de seis meses desde que TELEFÓNICA tiene conocimiento de dichas reclamaciones de devolución y las realiza al abonado que ha ejercido su derecho (plazo igual al que está actualmente regulado para el caso de gestión de cobro en el procedimiento de pagos e impagos en interconexión).

Sentado lo anterior, aún reconociendo que TELEFÓNICA tiene derecho a solicitar a TELE2 la devolución de las cantidades correspondientes a la componente de tarificación adicional que ha procedido a rembolsar al usuario llamante en base al derecho que se le reconoce en la normativa sectorial y analizadas las circunstancias del presente conflicto, esta Comisión considera que TELEFÓNICA puede no haber ejercido su derecho correctamente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Esta afirmación se deriva de lo establecido en el apartado segundo del artículo 7 del Código Civil, en el cual se señala que la ley no ampara el abuso del derecho. Así, todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio del derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

Abundante jurisprudencia⁴ determina a la luz de este precepto, que el concepto jurídico del “abuso del derecho” exige como requisitos esenciales los siguientes:

- a) una actuación aparentemente correcta que indique una extralimitación y que, por ello, la ley la debe privar de su protección;
- b) que esta actuación produzca efectos dañinos;
- c) que dicha actuación produzca una reacción del sujeto pasivo concretada en que pueda plantear una pretensión de cesación y de indemnización.

Es decir, el abuso de derecho ha de quedar claramente manifestado, tanto por la convergencia de circunstancias subjetivas e intencionales de perjudicar o falta de interés serio y legítimo, como de las objetivas de producción de un perjuicio injustificado.

Procede por lo tanto analizar por esta Comisión si efectivamente en el presente caso concurren los requisitos anteriormente citados.

En primer lugar, se debe estudiar si TELEFÓNICA ha actuado sobrepasando de forma manifiesta los límites normales del ejercicio de derecho que tiene de exigir las cantidades determinadas al operador de red inteligente, en este caso TELE2.

Analizando toda la documentación aportada en el presente conflicto, efectivamente TELEFÓNICA no ha procedido a comunicar en la mayoría de las reclamaciones al operador de red inteligente lo antes posible la existencia de las peticiones de devolución por parte de los abonados en base al derecho que se les reconoce. Ello se deduce del hecho de que las reclamaciones de los abonados se produjeron entre abril de 2004 y enero de 2005 y TELEFÓNICA no procede a su comunicación a TELE2 hasta el mes de mayo de 2005, es decir, TELEFÓNICA ha tardado cerca de un año en comunicar algunas de las reclamaciones del abonado a TELE2.

⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1993, sentencia de 2 de diciembre de 1994, sentencia de 19 de octubre de 1995, sentencia de 21 de diciembre de 2000, sentencia de 18 de julio de 2000.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En segundo lugar, respecto de si la actuación desarrollada por TELEFÓNICA puede producir efectos dañinos, queda claro que si dicho operador hubiera comunicado con la mayor brevedad posible la existencia de la mayoría de dichas llamadas y del estado en el cual se encontraban, posiblemente TELE2 hubiera podido actuar consecuentemente a la hora de realizar o no las remuneraciones correspondientes o negociarlas en su caso con los prestadores de servicios de tarificación adicional.

A lo anterior hay que añadir que, si bien es cierto el hecho de que TELEFÓNICA no está obligada a comunicar en un plazo determinado la existencia de las llamadas sobre las cuales los abonados han solicitado la devolución de la componente de tarificación adicional en base al derecho que les reconoce la Orden PRE/361/2002, puesto que en la OIR sólo se contemplan los casos de impagos, esto no exime a TELEFÓNICA del deber de actuar con la mayor diligencia posible para conseguir que en la cadena de relaciones jurídicas existentes en las llamadas de servicios de red inteligente no se vean perjudicadas ninguna de las partes que participan en la misma.

En tercer lugar, respecto de la necesidad de que la actuación desarrollada por TELEFÓNICA produzca o no una reacción del sujeto pasivo concretada en que pueda plantear una pretensión de cesación y de indemnización, en el caso que nos encontramos, el operador de red inteligente efectivamente como se refleja en las alegaciones presentadas en este procedimiento señala la imposibilidad en muchos casos de poder localizar a los prestadores de servicios de tarificación adicional con los que ha contratado y consecuentemente tener que asumir un perjuicio por los impagos que no puede finalmente repercutir al usuario llamado.

Ciertamente, hay que tener en cuenta también que mientras que TELEFÓNICA actúa solamente frente al operador de red inteligente solicitando el reintegro de las cantidades devueltas con anterioridad a los abonados, TELE2 a la hora de recuperar dichas cantidades debe hacer valer su derecho hacia una pluralidad de contrapartes, lo que supone más difícil aún su consecución si se actúa con excesiva dilación en el tiempo, cosa que depende en este caso totalmente de TELEFÓNICA que como operador de acceso es quién lo debe comunicar lo antes posible.

En definitiva, esta Comisión considera que aún cuando formalmente no existía hasta la fecha un plazo para el ejercicio del derecho de repetición por parte de TELEFÓNICA, la manera en que dicha entidad ha hecho uso de su derecho, convirtiendo en ilusoria la posibilidad de que TELE2 pueda en un futuro recuperar dichas cantidades, ha generado un grave problema en el mercado, que debe ser calificado de abuso de derecho, y cuya consecuencia práctica no puede ser otra que la de impedir a TELEFÓNICA la repercusión a TELE2 de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

las cantidades controvertidas en los casos en que se haya superado el plazo de seis meses en comunicar al operador de red inteligente las reclamaciones de los abonados desde el momento en que tuvo conocimiento de las mismas.

Por lo tanto, en atención a la pretensión de TELEFÓNICA de permitirle que repercuta a TELE2 las cuantías correspondientes a llamadas realizadas a servicios de tarificación adicional reclamadas desde el 1 de abril de 2004 hasta la fecha en que interpuso el conflicto (23 de octubre de 2006), TELEFÓNICA solamente podrá reclamar a TELE2 la devolución de los importes reclamados por los abonados y comunicados a TELE2 antes del plazo de seis meses desde que tuvo conocimiento de cada una de ellas.

Por otro lado, TELEFÓNICA solicita a esta Comisión que precise si las cantidades que TELE2 debe abonar a TELEFÓNICA resultan ser tanto la componente de tarificación adicional como la componente soporte del servicio telefónico disponible al público puesto que fue solamente a partir de la Orden PRE/2410/2004 cuando tal derecho quedó restringido únicamente a la componente de tarificación adicional.

En relación con esta cuestión, cabe señalar que como se desprende de la normativa sectorial, existe la obligación de desglosar el servicio telefónico soporte del servicio de valor añadido de las llamadas de tarificación adicional en la factura que se le presente al cliente para que éste pueda ejercer su derecho en caso de disconformidad con la prestación de estos servicios.

Con el desglose de la factura por tanto, se consigue que el abonado pueda hacer frente al pago separado de toda la parte de la factura de TELEFÓNICA que va destinada a la retribución de los operadores (esto es, tanto la correspondiente a las llamadas que no se han dirigido a números de tarificación adicional, como la que retribuye el servicio telefónico soporte de las llamadas de tarificación adicional) de la componente de tarificación adicional que retribuye el servicio de valor añadido ofrecido por el usuario llamado, y ello con el objetivo de que, ante un desacuerdo con la factura presentada, no se vea obligado a tener que pagarla completa so pena de ser suspendido del servicio telefónico disponible al público.

Así, el entender como pretende TELEFÓNICA que con anterioridad a la aprobación de la Orden PRE/2410/2004, estaba dicho operador de acceso obligado a devolver a los abonados que reclamaran el importe íntegro de las llamadas de tarificación adicional dejaría sin efecto y sin sentido la obligación de desglose que ya se recogía en la redacción originaria de la Orden PRE/361/2002.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Quinto.- Sobre la información a remitir a TELE2 en los casos en los que el abonado está disconforme con la factura.

Otra de las cuestiones sobre las que versa el conflicto planteado por TELEFÓNICA es la relativa a la información que ha de remitir TELEFÓNICA con relación a las llamadas de tarificación adicional a números de TELE2 con cuyo importe los abonados demuestren su disconformidad y soliciten su devolución.

Desde mayo de 2005 TELEFÓNICA ha procedido a comunicar mediante fichero a los operadores de red inteligente, y en concreto a TELE2, la situación de las devoluciones realizadas a los abonados que reclamaron la componente de tarificación adicional a TELEFÓNICA mediante dos nuevos estados en el procedimiento de gestión de pagos e impagos en interconexión, en concreto los dos nuevos estados son:

- *Incobrable por fin de gestión de cobro por parte de Telefónica o por reclamación anterior a la publicación de la Orden PRE/2410/2004*
- *Incobrable por reclamación posterior a la publicación de la Orden PRE/2410/2004*

Por su parte, TELE2 denuncia al respecto que TELEFÓNICA está siguiendo un proceso erróneo en la repercusión de las devoluciones reclamadas y que la información facilitada resulta confusa e insuficiente, lo cual impide a TELE2 confirmar que TELEFÓNICA está cumpliendo con dicho procedimiento. En concreto, añade TELE2 en relación con los nuevos estados que TELEFÓNICA no comunica en ningún momento la fecha de las reclamaciones de los clientes, por lo que no está acreditando las devoluciones de los importes reclamados por los abonados.

Añade TELE2 que TELEFÓNICA le comunica incorrectamente recobros que nunca llegan a producirse puesto que cuando TELEFÓNICA es consciente de su equivocación vuelve a reclamar las cantidades como devoluciones efectuadas a los clientes.

Por su parte TELEFÓNICA manifiesta que el mecanismo utilizado resulta ser aquél en el que en un primer momento las llamadas resultan impagadas por el usuario y posteriormente las reclama acogiéndose a la Orden ministerial en vigor, por lo que es necesario generar un recobro para liquidar la situación anterior y finalmente tramitarla como reclamación.

Al respecto, cabe señalar que con la intención de conseguir un proceso de gestión de pagos e impagos correctamente implantado y útil en la práctica, la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

última modificación de la OIR de 23 de noviembre de 2005 introdujo tres nuevos estados en el sistema de gestión de pagos establecido.

En concreto, los tres nuevos estados relativos a la situación en la cual se realice una reclamación de un abonado sobre llamadas de tarificación adicional son:

-Estado P (reclamación del usuario pendiente de cierre). Este es el caso en el cual la llamada ha sido objeto de reclamación conforme a lo establecido en la Orden PRE/2410/2004 pero ésta no ha sido resuelta.

-Estado X (incobrable por fin de gestión de cobro). En este caso la llamada ha resultado impagada por el abonado, habiendo realizado TELEFÓNICA sobre la misma todas las gestiones de cobro establecidas por la normativa sectorial.

-Estado B (incobrable con reclamación del usuario). En este caso la llamada ha resultado finalmente impagada, pero el abonado se ha acogido a lo establecido en la Orden PRE/2410/2004 y ha pagado la parte correspondiente al servicio soporte.

Con la inclusión de estos nuevos estados TELEFÓNICA tendría la obligación de informar del estado de cada llamada en el fichero correspondiente, de tal forma que el operador de red inteligente pueda adoptar las medidas que estime convenientes para evitar los perjuicios que pudiera ocasionarle un eventual impago de la componente de tarificación adicional. De esta forma se alcanza una solución adecuada con el objetivo de evitar los posibles perjuicios que se le puedan ocasionar al operador de red inteligente.

En consecuencia, TELEFÓNICA en el mecanismo que utilice para comunicar los estados en que se encuentren las llamadas de tarificación adicional con reclamación de usuario, en aquellos casos en los que el abonado desde un primer momento decida impagar las mismas, y efectivamente no hayan sido recobradas por acogerse al derecho que les reconoce la Orden ministerial, deberá gestionarlas como llamadas susceptibles de encuadrarse directamente en alguno de los estados determinados en la última modificación de la OIR y no en el estado de recobradas.

Ciertamente hasta ahora en la OIR sólo se contemplaban los casos de impagos y la información necesaria que debía remitir TELEFÓNICA al operador de red inteligente en los ficheros relativos a los estados de pagos e impagos de las llamadas a servicios de red inteligente. Así, se determinaba que se debe remitir información continuamente actualizada relativa a cada número de red inteligente llamado perteneciente al operador de red inteligente y desglosando



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

por número llamante completo (incluyendo la fecha, hora de comienzo y duración de la llamada, CIF/DNI del abonado llamante, importe total de la llamada) el estado de tramitación de su facturación o gestión de cobro y del estado de la ejecución de las garantías constituidas en su caso con sus respectivas fechas.

Además de lo anterior y como establece la OIR, TELEFÓNICA debe proporcionar (i) resumen de situación de llamadas por número de destino (ii) por fechas de llamada (iii) por número de red inteligente y fecha (iv) informe de liquidación mensual e (v) informe de detalle de las llamadas impagadas en algún momento.

Dicho esto, bien es verdad que una vez introducidos en la última Oferta de TELEFÓNICA tres nuevos estados relativos a las posibles reclamaciones de los usuarios en base a lo establecido en la Orden PRE/2410/2004, TELEFÓNICA debería adaptar los datos que ofrecía hasta ahora relativos a los impagos a los casos de devolución de la componente de tarificación adicional por reclamación de los abonados, aportando además de la información relativa a la fecha, hora de comienzo y duración de la llamada, identificación del llamante y estado de tramitación de su facturación o gestión de cobro, la fecha en la cual se realizaron las reclamaciones de los abonados.

En conclusión, TELEFÓNICA deberá adaptar los datos que ofrecía hasta ahora relativos a los impagos de llamadas de tarificación adicional a los casos de devolución de la componente de tarificación adicional por reclamación de abonado, junto con la fecha en la cual se realizaron dichas reclamaciones, y ello, respecto de las llamadas que hubieran sido reclamadas por el abonado y comunicadas a TELE2 con anterioridad al plazo de seis meses desde que TELEFÓNICA tuvo conocimiento de las mismas, entendiéndose esta Comisión que dicha información resultaría suficiente para que TELE2 pudiera validar correctamente las cantidades controvertidas y pudiera realizar un seguimiento de los posibles cambios de estado que se produjeran en los ficheros utilizados en el proceso de pagos en interconexión.

TELEFÓNICA manifiesta que el hecho de obligarla a remitir a TELE2 determinada información sobre las llamadas reclamadas vulneraría el principio de irretroactividad de los actos administrativos así como el principio de prohibición de “reformatio in peius”.

Al respecto cabe reseñar que la propia naturaleza del conflicto de interconexión, como procedimiento cuasijurisdiccional, en el que la Comisión actúa como tercero independiente en la heterotutela de las pretensiones de los operadores, implica de suyo el pronunciamiento sobre cuestiones anteriores a la fecha de la resolución del conflicto. La interpretación de TELEFÓNICA



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

significaría entender que la Comisión no puede decidir sobre problemas de interconexión pasados o presentes en el momento del inicio del conflicto, sino sólo sobre las cuestiones futuras que surjan entre los operadores, quedando la Comisión como un órgano meramente consultivo o regulador de las condiciones futuras de interconexión, lo cual tropieza formalmente con la naturaleza de las funciones de esta Comisión.

Es por ello que, de igual manera que en la OIR se ha venido estableciendo para el caso de impagos en servicios de tarificación adicional la información necesaria que deben remitirse los operadores, por similitud y congruencia, y dado que la misma es necesaria para que TELE2 reclame posteriormente las cantidades procedentes, debe establecerse ahora vía conflicto la obligación de suministrar la misma información para los casos de devoluciones de cantidades por reclamación de abonado.

Por último, y en relación con lo anterior, solicita TELE2 en sus alegaciones que TELEFÓNICA remita además la información sobre los nuevos estados a través de su aplicación desarrollada de forma agregada mediante algún tipo de soporte adicional facilitándose en los casos en que no existan discordancias el procedimiento de gestión y validación de cantidades.

Al respecto, cabe señalar que teniendo en cuenta que TELEFÓNICA deberá proporcionar a TELE2 para los casos de devoluciones de cantidades por reclamación del abonado, los datos que hasta ahora ofrecía en caso de impagos de llamadas de tarificación adicional, entre otros, (i) resumen de situación de llamadas por número de destino (ii) por fechas de llamada (iii) por número de red inteligente y fecha (iv) informe de liquidación mensual e (v) informe de detalle de las llamadas impagadas en algún momento, no resulta necesario como solicita TELE2 exigir a TELEFÓNICA la generación de ningún soporte adicional con información agregada de los nuevos estados que presenta a los operadores desde mayo de 2005.

En atención a lo recogido en los anteriores Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho,

RESUELVE



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Primero.- TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. sólo podrá ejercitar su derecho a que TELE2 TELECOMMUNICATIONS SERVICES, S.L.U. le restituya el importe correspondiente a la componente de tarificación adicional de las llamadas realizadas por los abonados a los números de tarificación adicional asignados a TELE2 TELECOMMUNICATIONS SERVICES, S.L.U. desde el 1 de Abril de 2004 hasta el 23 de Octubre de 2006 que hayan sido comunicadas a éste en el plazo de seis meses desde que TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. tuvo conocimiento de las mismas.

Segundo.- TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. deberá entregar a TELE2 TELECOMMUNICATIONS SERVICES, S.L.U., en el plazo de quince días desde la notificación de la presente resolución, los datos que establece la Oferta de Interconexión de Referencia en caso de impagos de llamadas de tarificación adicional respecto de las llamadas a servicios de tarificación adicional en las que TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. haya restituido al usuario llamante que lo reclamara la componente de tarificación adicional y que hayan sido comunicadas a TELE2 TELECOMMUNICATIONS SERVICES, S.L.U. en el plazo de seis meses desde que TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. tuvo conocimiento de las mismas desde el 1 de Abril de 2004 hasta el 23 de Octubre de 2006.

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 el Artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de lo dispuesto en el número dos del artículo 58 de la misma Ley.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Reinaldo Rodríguez Illera

Ignacio Redondo Andreu