



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

CERTIFICA

Que en la Sesión número 35/12 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 11 de octubre de 2012, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución relativa a los recursos de reposición interpuestos por France Telecom España, S.A.U. y Emsertex 2002, S.L. contra la Resolución de fecha 5 de julio de 2012, por la que se resuelve el conflicto de interconexión entre ambas en relación con los servicios prestados para las llamadas con origen internacional y destino numeración 902 (AJ 2012/1793).

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Resolución recurrida.

En su sesión de fecha 5 de julio de 2012, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones acordó declarar no justificada la propuesta de France Telecom España, S.A.U. (France Telecom, en adelante) de modificar el modelo de facturación y los precios del servicio de llamadas con origen internacional y destino a numeración de red inteligente de Emsertex 2002 S.L. (en adelante, Emsertex) respecto del tráfico cursado entre los días 1 de octubre de 2009 y 5 de diciembre de 2009 y, por el contrario, justificada y razonable su propuesta para ese mismo tipo de tráfico a partir del día 5 de diciembre de 2009.

Asimismo, se instaba a ambas partes a incluir en su acuerdo para la prestación de servicios de red de comunicaciones electrónicas el servicio de tránsito con origen internacional y destino a numeración de red inteligente 902 con las condiciones económicas contenidas en la propuesta de France Telecom de fecha 27 de noviembre de 2009.

Finalmente se obligaba a France Telecom a retarificar los tráficos cuyo origen internacional no pudiera acreditar de conformidad con los anteriores criterios.



SEGUNDO.- Recurso de reposición de France Telecom.

Contra la anterior resolución, France Telecom presentó un recurso de reposición que tuvo entrada en el registro electrónico de esta Comisión el día 3 de agosto de 2012. En su recurso solicita que se anule parcialmente la resolución recurrida y, en concreto, sus partes dispositiva que se refieren a i) la obligación relativa a aplicar precios para tráfico con origen fijo a los tráficos con origen internacional, ii) la aplicación del acuerdo de interconexión a los tráficos cursados en octubre y noviembre, y iii) el apartado quinto del resuelve, que se refiere a su obligación de retarificar el tráfico cursado en el servicio con destino a los 902 de Emsertex desde el 1 de octubre de 2009 hasta la fecha de la resolución recurrida cuyo origen internacional no pueda acreditarse, con las condiciones económicas del tráfico con origen fijo nacional contenido en la *addenda* del acuerdo de interconexión.

Los motivos en los que se fundamenta el recurso son, en esencia, los siguientes:

1. Extralimitación de las funciones de esta Comisión al resolver sobre extremos que no eran objeto del conflicto.

Para France Telecom, esta Comisión habría sobrepasado el ámbito competencial que le otorga el artículo 14.1 de la Ley General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel). En concreto, el pronunciamiento relativo a los tráficos posteriores al diez de enero de 2010 no serían objeto del conflicto. Sin embargo, en el apartado quinto de su parte dispositiva la resolución recurrida se refiere a la obligación de la recurrente de retarificar determinado tráfico cursado hasta la fecha de la propia resolución que no había sido objeto del conflicto.

2. Contravención de las normas que rigen los contratos.

A juicio de la recurrente, la resolución recurrida supone la aplicación de un acuerdo no vigente. La aplicación de los precios del acuerdo de interconexión al tráfico anterior a que los números fuesen portados a Emsertex el 27 de noviembre es una infracción del contrato de "comisionamiento" que, según France Telecom, regía las relaciones con ambos operadores.

Asimismo, para France Telecom, los tráficos con origen internacional hacia números 902 no estaban recogidos en su contrato de interconexión, por lo que cualquier decisión administrativa al respecto infringiría los límites previstos en el artículo 1283 del Código Civil relativo al contenido de los contratos.

TERCERO.- Recurso de reposición de Emsertex 2002, S.L.

La resolución de constante referencia también ha sido recurrida en vía administrativa por Emsertex 2002, S.L. por medio de un escrito que ha tenido entrada en el registro de esta Comisión el día 13 de agosto de 2012. En su recurso, Emsertex solicita la reposición del apartado segundo de la parte dispositiva de la resolución recurrida, en el que se considera justificada la propuesta de France Telecom para el tráfico cursado en el servicio de llamadas con origen internacional y destino a numeración inteligente 902 a partir del día 5 de diciembre de 2009.



El principal motivo del recurso de Emsertex es la inexistencia de una propuesta de modificación de precios por parte de France Telecom. En efecto, a su juicio, los correos electrónicos de France Telecom de fecha 27 de noviembre de 2009 no constituirían una verdadera propuesta de modificación de precios, y menos aún en lo que se refiere al tráfico posterior a ese momento.

En consecuencia, la fecha en la que se produce la propuesta de modificación de las condiciones económicas sería la de la resolución del conflicto o, en su caso, la fecha de interposición del mismo.

CUARTO.- Acumulación de los recursos.

Los dos recursos se han acumulado y tramitado de forma conjunta en el procedimiento de referencia AJ 2012/1793, tal y como se acordó por acto del Secretario de esta Comisión de fecha 28 de agosto de 2012.

QUINTO.- Alegaciones de Emsertex 2002, S.L. al recurso de France Telecom.

Por medio de un escrito que ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión el día 25 de septiembre de 2012, Emsertex se opone al recurso de France Telecom y reitera que la relación jurídica entre ambos era la prestación de servicios de red de comunicaciones electrónicas, y no de mero "comisionamiento". También insiste en que existiría un acuerdo tácito entre los dos operadores para la prestación del servicio de tránsito a números 902 con origen internacional y que France Telecom conocía el origen internacional de esas llamadas.

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación de los escritos de France Telecom y Emsertex.

El artículo 107.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) establece que contra las resoluciones (entre otros actos) podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley y que deberán cumplir las formalidades establecidas en el artículo 110.1 de la misma LRJPAC.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. En su artículo 117 especifica que el plazo para interponer el recurso de reposición será de un mes desde la notificación de la resolución recurrida.

Ambas recurrentes califican de forma expresa sus escritos como recursos de reposición, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (LGTel), las resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, se califican como recursos de reposición contra la Resolución de fecha 5 de julio de 2012, por la que se resuelve el conflicto presentado por Emsertex 2002, S.L. contra France Telecom en relación con los



servicios prestados para las llamadas con origen internacional y destino numeración 902 (AJ 2012/1793).

SEGUNDO.- Legitimación de los operadores recurrentes.

El artículo 107 de la LRJPAC exige a los recurrentes la condición de interesados para estar legitimados para la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. A su vez, el artículo 31 de la misma ley prevé que se consideran interesados en el procedimiento administrativo quienes lo promuevan como titulares de derecho o intereses legítimos individuales o colectivos.

Las entidades recurrentes ostentan la condición de interesados por cuanto que ya lo era en el procedimiento de referencia número RO 2011/798, en el que se dictó la resolución recurrida, al ser los operadores que eran parte del conflicto de interconexión que resolvía.

En atención a lo anterior, se reconoce legitimación activa a Emsertex y a France Telecom para la interposición de sus respectivos recursos potestativos de reposición objeto de la presente resolución.

TERCERO.- Admisión a trámite.

Ambos recursos han sido interpuestos cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC.

Asimismo, se han presentado dentro del plazo de un mes desde la notificación del acto recurrido al que se refiere el artículo 117 de la LRJPAC.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJPAC, los dos recursos están fundamentados en motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 o 63 de la misma Ley. En concreto, France Telecom alega la infracción del artículo 14 de la LGTel, así como la vulneración de diferentes preceptos del Código Civil relativos al contenido de los contratos. Por su parte, Emsertex opone la falta de acreditación de la comunicación de France Telecom del cambio de las condiciones económicas del servicio.

En atención a lo anterior, ambos recursos de admitieron a trámite por actos del Secretario de fecha 21 y 28 de agosto de 2012, respectivamente.

CUARTO.- Competencia y plazo para resolver.

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

Por su parte, el artículo 117.2 de la LRJPAC dispone que los recursos deben ser resueltos y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo. En defecto de notificación en plazo de la resolución expresa, el silencio administrativo tendrá efecto desestimatorio, sin perjuicio del deber de la



Administración de resolver con posterioridad confirmando o no el sentido del silencio, según establece el artículo 43.2 de la misma Ley.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Sobre la existencia de una propuesta de modificación de las condiciones económicas del servicio.

Emsertex centra su recurso en rechazar la existencia de una propuesta de precios por parte de France Telecom desde el día 27 de noviembre de 2009. A su juicio, los correos electrónicos intercambiados ese día no pueden entenderse como tal porque no tienen ninguna mención en el sentido de modificar las condiciones económicas del servicio.

Dicha posición, no obstante, contradice las conclusiones de su escrito de alegaciones en el trámite de audiencia, en el que reconoce la existencia de esa comunicación en los siguientes términos:

“Entendemos que los tres meses deberían aplicarse desde el momento de resolución del conflicto que nos ocupa, pero el escaso impacto económico de la aplicación de dicho término a partir de la fecha de la comunicación de las condiciones por FTE, el 27 de noviembre de 2009, esto es a partir del 27 de febrero de 2010, nos lleva a aceptar la posición de los Servicios”

Como puede observarse, la recurrente da por cierto que France Telecom comunicó las nuevas condiciones económicas el 27 de noviembre de 2009, o al menos su intención de modificarlas y retarificar el tráfico involucrado en atención a su origen, tal y como reconoce la resolución recurrida.

Por lo tanto, no parece razonable aceptar un argumento en vía de recurso contrario a la posición mantenida de forma voluntaria durante la tramitación del procedimiento. Y ello no sólo por el carácter estrictamente revisor de los recursos administrativos, sino también porque la audiencia a los interesados en el procedimiento es un trámite preclusivo que impide en vía de recurso la alegación de hechos y alegaciones nuevos que hubieran podido ser aportados en dicho trámite, tal y como dispone el artículo 112 de la LRJAP y PAC, así como por la evitación de posibles situaciones de indefensión para los demás operadores que sean parte en el procedimiento.

SEGUNDO.- Sobre el objeto del conflicto.

France Telecom reprocha que esta Comisión se habría excedido al referirse, en el apartado quinto de la parte dispositiva de la resolución recurrida, a la obligación de retarificar el tráfico cuyo origen internacional no pueda acreditar hacia los números 902 de Emsertex desde el 1 de octubre de 2009 hasta la fecha de la resolución recurrida. France Telecom considera que la Comisión ignora si existen acuerdos entre las partes al respecto o incluso si su relación contractual sigue vigente.

A este respecto, cabe señalar que en su escrito inicial Emsertex solicita *“que se declare la obligación de FTE de aplicar al tráfico con origen fijo internacional transitado entre octubre y diciembre de 2009 el precio tácitamente acordado entre las partes y aplicado a lo largo del año 2009 y se imponga la obligación de proceder a su pago”*.



Por su parte, en su escrito de alegaciones de fecha 10 de mayo de 2012, igualmente solicita:

“Que se declare la obligación de FTE de aplicar al tráfico con origen internacional transitado entre el 1 de octubre de 2009 y el 27 de febrero de 2010 el precio tácitamente acordado entre las partes y aplicado desde el 1 de mayo de 2009 y, como consecuencia, se imponga a FTE la obligación de proceder al pago a EMSERTEX la diferencia entre los pagos debidos y los efectivamente satisfechos”.

Finalmente, también es significativo que Emsertex no se oponga en su escrito de alegaciones al recurso de France Telecom a la pretensión de ésta analizada en este apartado.

Ciertamente, el hecho de que la mayor parte del tráfico cuya retribución ha sido objeto de análisis en la resolución recurrida se haya cursado a finales del año 2009 parece ser determinante para la falta de referencias por parte de Emsertex al tráfico posterior a esa fecha. No obstante, ampliando los anteriores términos, Emsertex solicita en su recurso de reposición que se retarifique el tráfico desde el día 5 de diciembre de 2009 hasta la fecha de interposición del conflicto, el 21 de marzo de 2011.

Por su parte, el informe de audiencia de los servicios de la Comisión no contenía una previsión en este sentido.

Ciertamente, en un conflicto de interconexión las facultades de intervención de la Comisión del Mercados de las Telecomunicaciones previstas en el artículo 14 de la LGTel están limitadas a las cuestiones planteadas por los propios operadores, de manera que escapan a su ámbito de actuación material los aspectos del conflicto que no han sido sometidos a su consideración, salvo que exista un interés público de carácter regulatorio.

Además, la extensión del conflicto a tráficos cursados hasta la propia fecha de la resolución recurrida pudiera ser innecesaria, pues no consta de forma expresa que ambos operadores no estén en desacuerdo en la forma de facturarla. A este respecto, France Telecom alega (y Emsertex no desmiente) que ambos han aceptado un tratamiento específico para el tráfico de origen desconocido posterior al 10 de enero de 2010, por lo que esta Comisión estaría imponiendo una solución diferente a la alcanzada libremente por ambas partes.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el criterio expuesto en la resolución recurrida para facturar el tráfico cuyo origen internacional no logre acreditar France Telecom no es más que una consecuencia de los razonamientos allí expuestos a la vista de las alegaciones de las partes del conflicto.

En efecto, que los efectos de la resolución del conflicto se extiendan a tráficos posteriores al último trimestre de 2009 es una mera discusión dialéctica, pues el apartado quinto de la parte dispositiva no añade nada, sino que reconoce expresamente una consecuencia lógica de lo expuesto en la propia resolución: solo hay dos tipos de tráfico posibles: i) el que tiene su origen internacional y ii) el que no lo tiene. La resolución recurrida, tal y como reconoce al describir su objeto, aclara cómo tiene que facturarse el primero: hasta el 5 de diciembre de 2009, se aplicarán las condiciones económicas aplicadas por Emsertex antes de octubre de ese año, que no son otras que las indicadas en la *addenda* al acuerdo de interconexión para el tráfico con origen fijo nacional.



Lógicamente, el tráfico que no tiene su origen internacional, lo tiene nacional. Este último incluye el que no pueda acreditarse que tenga origen internacional, que deberá facturarse como el tráfico con origen fijo nacional. Esto es lo que señala el resuelve discutido, en definitiva. Y, como puede comprobarse, no es más que una consecuencia lógica. El pronunciamiento de esta Comisión en este sentido puede ser innecesario, pero no ilegal, pues no añade ninguna obligación suplementaria para France Telecom. Su inclusión responde a la voluntad de evitar nuevos posibles conflictos, pues podría, teóricamente, discutirse cómo ha de facturarse el tráfico cuyo origen internacional no ha podido acreditarse desde el día 1 de octubre de 2009. La solución contenida en la resolución recurrida conduce a la consecuencia apuntada: si no puede acreditarse que determinadas llamadas tienen su origen en el extranjero, debe considerarse que tienen un origen nacional. La resolución recurrida se limita a señalar en el apartado de la parte dispositiva quinta impugnado que el tráfico que no pueda acreditarse internacional se facturará como si fuera nacional.

TERCERO.- Sobre las supuestas infracciones de las normas relativas a los contratos.

France Telecom opone como motivo recursivo la infracción del ordenamiento jurídico, en concreto de las normas del derecho civil que regulan los contratos.

En primer lugar, porque entiende que la resolución recurrida otorga validez a un contrato (el acuerdo de interconexión) que todavía no estaba en vigor en el momento de cursarse los tráficos controvertidos. En concreto, dicho contrato no entró en vigor hasta que las numeraciones fueron portadas, lo que se produjo el 27 de noviembre de 2009 porque así lo preveía una cláusula suspensiva.

En segundo lugar, France Telecom entiende que el servicio de entrega de tráfico con origen internacional no estaba previsto en el acuerdo, infringiéndose así lo dispuesto en el artículo 1283 del Código Civil, que señala que los contratos no pueden comprender cosas distintas a aquellas sobre las que los interesados se propusieran contratar.

A este respecto, debe comenzarse por señalar que la intervención de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en las relaciones privadas de los operadores a través de la resolución de conflictos de interconexión debe realizarse con la necesaria cautela que asegure el respecto a su autonomía contractual. La necesidad de interpretar los contratos privados entre ellos tiene como límite asegurar el interés público protegido consistente en asegurar la interoperabilidad de los servicios, la protección de los derechos de los usuarios y la adecuada competencia entre operadores.

La resolución recurrida analiza la naturaleza de las relaciones de ambos operadores (también con el operador de acceso y el de tránsito) y la razonabilidad del cambio de las condiciones económicas aplicadas por France Telecom a raíz de la detección de llamadas de origen internacional por parte de Telefónica de España, que al ser retribuidas mediante un modelo de acceso no le aseguraban recuperar el pago que hacía a los operadores que transitaban las llamadas en España, como France Telecom.

En respuesta a las alegaciones France Telecom, esta Comisión considera que existe una aplicación retroactiva de las condiciones económicas por su parte, pues Emsertex no conoció la forma de facturación de un tráfico cursado con anterioridad hasta casi dos meses después. La resolución recurrida también parte del hecho de que el servicio de tránsito con



origen internacional y destino a numeración 902 de Emsertex, pese a no estar previsto en sus sucesivos contratos, estaba siendo prestado por France Telecom con normalidad hasta el día 1 de octubre de 2009. Ello acreditaría la existencia de una situación jurídica activa (no meramente tolerada porque implica el tratamiento, la consolidación y la facturación de los tráficos) consentida por ambas partes y con unas condiciones hasta ese momento indiscutidas y que resultan modificadas con los criterios aplicados por France Telecom a partir de ese momento.

El hecho de que el servicio de constante referencia no estuviera previsto expresamente en sus acuerdos no impide considerar que se prestaba con normalidad, tal y como se ha señalado. A este respecto, cabe señalar que nuestro ordenamiento jurídico no exige, con carácter general, la forma escrita a los contratos. Por el contrario, el artículo 1278 del Código Civil señala que los contratos son obligatorios si en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez, con independencia de la forma en que se hayan celebrado. Por su parte, el artículo 1261 de la misma norma dispone que existe un contrato cuando concurre el consentimiento de los contratantes sobre un objeto cierto y con una causa legítima.

France Telecom sostiene que ese tráfico internacional se cursaba como si tuviera un origen fijo nacional porque no podía identificarse su origen, pero lo cierto es que durante la instrucción del procedimiento, tras la aportación de los CDR's con los datos de las llamadas, se ha podido verificar que ambos operadores conocían el origen internacional de las llamadas transitadas hacia los números 902 de Emsertex.

A la vista del recurso de France Telecom, no existen motivos para cambiar el criterio decisorio, que coincide con el expuesto por esta Comisión en su resolución de fecha 7 de diciembre de 2012, por la que se resuelve el conflicto de interconexión presentado por Least Cost Routing Telecom, S.L frente a Telefónica de España, S.A.U., en relación con el establecimiento y aplicación unilateral de los precios del servicio de tránsito en llamadas con origen internacional y con destino a numeración 902 (RO 2010/253). En esa ocasión (y en otras en las que se analizaron problemas semejantes), esta Comisión ya acordó que las modificaciones unilaterales en las condiciones económicas para la prestación de servicios como los que nos ocupan no pueden aplicarse de forma retroactiva a los operadores de red inteligente.

En efecto, la modificación unilateral de las condiciones económicas que se venían aplicando a un servicio como el prestado por France Telecom, con independencia de si estaban recogidas por escrito, es rechazada por esta Comisión sobre la base de la aplicación de las reglas de revisión genérica de los contratos, que se remiten, en primer lugar, al acuerdo de las partes. Es en defecto de esta voluntad novativa común cuando la Comisión está facultada para intervenir y fijar un precio a partir de la interpretación de dicho acuerdo

Por todo lo anterior, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones



RESUELVE:

PRIMERO.- Desestimar los recursos de reposición interpuestos por France Telecom España, S.A. y Emsertex 2002, S.L. contra la resolución de fecha 5 de julio de 2012, por la que se resuelve el conflicto de interconexión entre ambas en relación con los servicios prestados para las llamadas con origen internacional y destino numeración 902.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 22.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado por la Resolución de su Consejo de 30 de marzo 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, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, el artículo 22 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

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