



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 01/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 10 de enero de 2008, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN DEL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. CONTRA LA RESOLUCIÓN DE FECHA 28 DE JUNIO DE 2007 POR LA QUE SE DECLARA CONCLUSO EL CONFLICTO DE INTERCONEXIÓN ENTRE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. Y FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. SOBRE LA DEVOLUCIÓN DE LAS CANTIDADES RECLAMADAS POR LOS ABONADOS QUE EFECTÚAN LLAMADAS DE TARIFICACIÓN ADICIONAL (AJ 2007/891)

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U contra la Resolución de esta Comisión de fecha 28 de junio de 2007 (RO 2007/53) por la que se declara concluso el conflicto de interconexión entre Telefónica de España, S.A.U. (en adelante TESAU) y France Telecom España, S.A. (en adelante FTE) sobre la devolución de las cantidades reclamadas por los abonados que efectúan llamadas de tarificación adicional (en adelante STA), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión nº 01/08 del día 10 de enero de 2008, la siguiente Resolución.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 28 de junio de 2006, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó Resolución por la que se declara concluido el conflicto de interconexión entre TESAU y FTE sobre la devolución de las cantidades reclamadas por los abonados que efectúan llamadas de tarificación adicional.

A través del Resuelve de la citada Resolución, esta Comisión decidió lo siguiente:

“Único.- No procede la tramitación de un conflicto de interconexión planteado por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. contra FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. en relación con la repercusión a esta última entidad de las cuantías correspondientes a llamadas realizadas a números de tarificación adicional asignados a FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. y que TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. ha restituido al usuario llamante desde el mes de abril hasta el mes de diciembre de 2004, tras la reclamación de su importe al operador de acceso”.

SEGUNDO.- Con fecha 25 de julio de 2007 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por el representante de TESAU en virtud del cual interpone recurso de reposición contra la Resolución a la que se refiere el antecedente de hecho anterior.

La entidad recurrente muestra su disconformidad con la Resolución impugnada solicitando se resuelva el presente recurso en el sentido de acordar la procedencia de la tramitación del conflicto de interconexión planteado por TESAU contra FTE en relación con la repercusión a esta última entidad de las cuantías correspondientes a llamadas realizadas a números de tarificación adicional asignados a FTE y que TESAU ha restituido al usuario llamante desde el mes de abril hasta el mes de diciembre de 2004, tras la reclamación de su importe al operador de acceso. El recurso se fundamenta en el siguiente motivo:

“Único.- La CMT ha considerado erróneamente incluidos en la Resolución de 25 de mayo de 2006 los meses que abarcan de abril de 2004 a la fecha de la denuncia”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La recurrente solicita en su petitum que se resuelva el presente recurso acordando la procedencia de la tramitación de un conflicto de interconexión instado por TESAU contra FTE en relación con la repercusión a esta última entidad de las cuantías correspondientes a llamadas realizadas a STA asignados a FTE y que TESAU ha restituido al usuario llamante desde el mes de abril hasta el mes de diciembre de 2004, tras la reclamación de su importe al operador de acceso.

TERCERO.- Por otra parte, con fecha 17 de agosto de 2007 tuvo entrada en el Registro General de esta Comisión escrito de alegaciones de FTE en el que solicita el archivo de las actuaciones relativas al recurso de reposición, procediendo en consecuencia a la desestimación de las pretensiones de TESAU.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Calificación del escrito.

El artículo 107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo (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 cualesquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC establece que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos en reposición potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

La recurrente califica expresamente su escrito como recurso potestativo de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, las resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

administrativa procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC calificar el escrito presentado por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. como recurso potestativo de reposición que se interpone contra la Resolución de esta Comisión de fecha 28 de junio de 2007.

SEGUNDO.- Admisión a trámite.

La Resolución de esta Comisión de fecha 28 de junio de 2007 pone fin a la vía administrativa por lo que es recurrible en reposición, tal y como dispone el artículo 116 de la LRJPAC.

La recurrente fundamenta su recurso de reposición en uno de los supuestos previstos en los artículos 62 y 63 de la LRJPAC, por lo que se cumple con la exigencia del artículo 107.1 de la propia LRJPAC.

Por todo ello, esta Comisión considera que el recurso ha sido interpuesto cumpliendo con todos los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC. Asimismo, se ha interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117 de la citada Ley.

Teniendo en cuenta lo anterior, se admite a trámite el recurso de reposición interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. contra la Resolución de esta Comisión de fecha 28 de junio de 2007.

TERCERO.- Competencia y plazo para resolver.

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

Asimismo, el presente recurso deberá ser resuelto y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, tal y como dispone el artículo 117.2 de la LRJPAC.

CUARTO.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. La entidad recurrente ostenta la condición de interesado por cuanto



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que ya lo era en el procedimiento que dio como resultado la Resolución objeto de impugnación.

En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a TESAU para la presentación del recurso potestativo de reposición interpuesto.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

ÚNICO.- Sobre la inclusión del periodo abril – diciembre de 2004 en la Resolución de fecha 25 de mayo de 2006 recaída en el expediente RO 2005/1322.

La recurrente fundamenta su recurso en el siguiente motivo:

“Único.- La CMT ha considerado erróneamente incluidos en la Resolución de 25 de mayo de 2006 los meses que abarcan de abril de 2004 a la fecha de la denuncia”.

La recurrente, en esencia, fundamenta su recurso en que esta Comisión ha incluido indebidamente en el marco de la Resolución de fecha 25 de mayo de 2006 (Expediente RO 2005/1322) las reclamaciones correspondientes al periodo comprendido entre el día 1 de abril y el 31 de diciembre de 2004. Dicha Resolución puso fin al conflicto de interconexión de TESAU con FTE cuyo objeto era la reclamación de TESAU de los importes correspondientes al componente de tarificación adicional referidos a las llamadas del periodo comprendido entre el 23 de febrero de 2002 (fecha de entrada en vigor de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, de desarrollo, en lo relativo a los derechos de los usuarios y a los servicios de tarificación adicional del título IV del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el título III de la Ley General de Telecomunicaciones) y el 31 de marzo de 2004 (fecha de inicio de la migración del modelo de repercusión de impagos de STA).

Sobre la base de lo anterior, TESAU afirma que la Resolución de fecha 25 de mayo de 2006 no puede extender sus efectos a un periodo temporal más amplio y no denunciado entonces ni solicitado por TESAU. Afirma que ello es así porque esta Comisión en ningún caso puso de manifiesto a TESAU la ampliación del objeto del conflicto a fin de que ésta formulase las alegaciones pertinentes y adecuadas a la defensa de su derecho. No cumplido este requisito procedimental -afirma la recurrente- no se puede concluir, como hace la Resolución recurrida, que el objeto de la denuncia originadora del expediente



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

RO 2007/53 se encuentra incluido y resuelto en la Resolución de 25 de mayo de 2006 (Expediente RO 2005/1322), incumpliendo así las previsiones del artículo 89.1 de la LRJPAC.

Para dar cumplida respuesta a lo manifestado por la recurrente, hemos de partir de lo resuelto por esta Comisión en su Acuerdo de 25 de mayo de 2006 cuyo Resuelve dispuso lo siguiente:

“Único.- TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. no podrá ejercitar el derecho a que FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. 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 FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A”.

La determinación de la cuestión controvertida requiere un análisis cronológico y detallado del iter procedimental que desembocó en la Resolución de fecha 25 de mayo de 2006:

1. Con fecha de entrada 28 de julio de 2005, TESAU planteó conflicto de interconexión formulando la siguiente pretensión:

“SOLICITA que, teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo y, en mérito al mismo, proceda a dictar resolución por la que se declare que UNI2 debe permitir que Telefónica de España impute la repercusión de las cuantías correspondientes a llamadas realizadas a Servicios de Tarificación Adicional, titularidad de UNI2 que han sido reclamadas y no pagadas por el abonado como consecuencia del derecho que le asiste al usuario final, contemplado en la Orden PRE/361/2002 y en la Orden PRE/2410/2004, desde el 23 de febrero de 2002”.

2. En fecha 21 de noviembre de 2005 tuvo entrada en esta Comisión escrito de alegaciones de FTE formulando la siguiente pretensión:

*“SOLICITO a esa Comisión que, teniendo por presentado el presente escrito lo admita y tras la tramitación del correspondiente expediente, dicte resolución imponiendo a TESAU la obligación de mantener indemne a FTE de cuantos daños y perjuicios se deriven para la misma de la falta de diligencia de TESAU y en este sentido, determine que FTE no está obligada a devolver a TESAU cantidad alguna por los conceptos reclamados **anteriores al 1 de enero de 2005** (la negrita es nuestra)”.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

3. En fecha 30 de noviembre de 2005 tuvo entrada nuevo escrito de alegaciones de FTE formulando la siguiente pretensión:

*“SOLICITO a esa Comisión que, teniendo por presentado el presente escrito lo admita y tras la tramitación del correspondiente expediente, dicte resolución imponiendo a TESAU la obligación de mantener indemne a FTE de cuantos daños y perjuicios se deriven para la misma de la falta de diligencia de TESAU y en este sentido, determine la compensación de deudas entre ambas operadoras y por tanto, que FTE no está obligada a devolver a TESAU cantidad alguna por los conceptos reclamados **anteriores al 1 de enero de 2005**... (la negrita es nuestra)”.*

4. Con fecha 13 de diciembre de 2005 tuvo entrada escrito de alegaciones de TESAU en contestación al trámite de audiencia formulando la siguiente pretensión:

“SOLICITA que, teniendo por presentado este escrito, lo admita y, en mérito al mismo resuelva que se reconozca a Telefónica de España el derecho a repercutir a UNI2 el importe total de las llamadas reclamadas por los usuarios finales realizadas con anterioridad a la publicación de la Orden PRE/2410/2004, dado que en aplicación de la Orden PRE/361/2002, Telefónica de España ha procedido a efectuar a los abonados llamantes la devolución del importe íntegro de las llamadas de tarificación adicional reclamadas y, en caso de que no se reconozca este derecho, Telefónica de España, siendo Operador de acceso, va a tener que soportar un coste que, en aplicación del modelo de interconexión en acceso, no le correspondería afrontar en ningún caso”.

5. Con fecha 15 de diciembre de 2005 tuvo entrada escrito de alegaciones de FTE en contestación al trámite de audiencia formulando la siguiente pretensión:

*“SOLICITO a esa Comisión que, teniendo por presentado el presente escrito lo admita y tras la tramitación del correspondiente expediente, dicte resolución imponiendo a TESAU la obligación de mantener indemne a FTE de cuantos daños y perjuicios se deriven para la misma de la falta de diligencia de TESAU y en este sentido, determine la compensación de deudas entre ambas operadoras y por tanto, que FTE no está obligada a devolver a TESAU cantidad alguna por los conceptos reclamados **anteriores al 1 de enero de 2005**... (la negrita es nuestra)”.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Del iter procedimental reseñado, se deriva claramente el planteamiento por parte de FTE de la cuestión controvertida de forma expresa, esto es, la consideración del periodo comprendido entre abril y diciembre de 2004. Ello es así desde que tuvo entrada en esta Comisión el primer escrito de alegaciones de FTE en fecha 30 de noviembre de 2005.

En este sentido, el Resuelve de la Resolución de fecha 25 de mayo de 2006 despliega sus efectos sobre todo el periodo temporal planteado en el procedimiento que comprende desde la entrada en vigor de la Orden PRE/361/2002 hasta el mes de diciembre de 2004.

A los efectos de determinar la congruencia de la referida Resolución, debemos recordar lo dispuesto por el artículo 89, de la Ley de Procedimiento Administrativo, en sus apartados primero y segundo:

“Artículo 89. Contenido.

1. La resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo. Cuando se trate de cuestiones conexas que no hubieran sido planteadas por los interesados, el órgano competente podrá pronunciarse sobre las mismas, poniéndolo antes de manifiesto en aquéllos por un plazo no superior a quince días, para que formulen las alegaciones que estimen pertinentes y aporten, en su caso, los medios de prueba.

2. En los procedimientos tramitados a solicitud del interesado, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por éste, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la Administración de incoar de oficio un nuevo procedimiento, si procede.....”.

El principio de congruencia exige, con carácter general en la jurisdicción civil, que la resolución de todo procedimiento guarde la debida correspondencia con las pretensiones ejercitadas por las partes; prohibiendo, en consecuencia, al órgano juzgador otorgar más de lo pedido (ultra petita), o cosa distinta de la efectivamente reclamada (extra petita), so pena de incurrir en un vicio susceptible de determinar la revocación del fallo.

No obstante, el procedimiento administrativo se aparta sensiblemente de este esquema general. Ello es así en la medida en que los procedimientos administrativos no sólo deben ser congruentes con las pretensiones de los interesados, sino que ello debe conjugarse con la satisfacción de los intereses



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

públicos que estén en juego en cada caso; los cuales, obviamente, no pueden quedar al arbitrio de los interesados ni subordinarse a las pretensiones de éstos. A ello se refiere expresamente la Ley cuando indica que se deben resolver todas las cuestiones planteadas por los interesados y *“aquellas otras derivadas del mismo (artículo 89.1 LPC)”* y cuando se dice que se han de *“decidir cuantas cuestiones plantee el procedimiento hayan sido o no alegadas por los interesados (artículo 113.3 LPC)”*.

Así pues, la resolución de todo procedimiento administrativo debe ser, por supuesto, congruente con las peticiones formuladas por los interesados en el sentido de que sus alegaciones deben ser tenidas en cuenta, sin perjuicio de que las mismas sean o no acogidas. En consecuencia, las pretensiones ejercitadas deben ser objeto de pronunciamiento pertinente para no causar indefensión; pronunciamiento que debe guardar la debida correspondencia con aquéllas.

Cumplidas estas mínimas exigencias, la resolución puede y debe pronunciarse sobre cualesquiera otras cuestiones que la tramitación del procedimiento haya podido manifestar, adoptando a tal efecto cuantas salvaguardas sean necesarias para la debida tutela de los intereses públicos en juego.

Ello es especialmente importante cuando en los conflictos de interconexión lo que se plantean son dos posturas divergentes entre los operadores. En estos procedimientos, la Comisión debe conjugar las pretensiones de las partes con la observancia de los intereses públicos fijados por la LGTel y cuya tutela corresponde legalmente a esta Comisión. Así se reconoce explícitamente para la interconexión en el artículo 11.4 de la LGTel:

“4. 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. Asimismo, el Ministerio de Ciencia y Tecnología podrá actuar, en el ámbito de sus competencias, para conseguir los citados objetivos”.

En definitiva, la congruencia en el procedimiento administrativo se mide en función, no sólo de lo alegado y pretendido por los interesados, sino también de todo aquello que se derive del procedimiento con independencia de que sobre ello se hayan pronunciado o no los interesados.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

No puede haber pues, tal y como plantea TESAU en su recurso, incorrecta inclusión del referido plazo en la Resolución indicada, dado que el Resuelve al no acotar específicamente plazo alguno en su contenido, lo que está determinando es la vinculación de su contenido a la totalidad del periodo temporal planteado en la tramitación del procedimiento.

No ha habido, por tanto, infracción alguna del principio de congruencia por dos motivos esenciales. En primer lugar, porque el periodo temporal controvertido es una cuestión explícitamente planteada por las dos partes en conflicto y ello es así, no sólo porque como hemos señalado FTE lo ha explicitado en sus escritos de alegaciones (antes y después del trámite de audiencia), sino también porque junto con el propio escrito de interposición del conflicto por TESAU se anexan diversas actas de consolidación en las que se señala que UNI2 no acepta la repercusión de las cantidades relativas a impagos por llamadas a STA por reclamación del cliente y “no acepta la repercusión de aquellas llamadas anteriores a 2005”. En segundo término, porque la Resolución de 22 de mayo de 2006, en atención al principio de seguridad jurídica, fija unos criterios claros a observar pro futuro en relación a la cuestión controvertida y ventilada a través de la Resolución.

Finalmente, cabe indicar que la apertura de un nuevo procedimiento, para resolver una cuestión que ya ha sido objeto de resolución tal y como pretende TESAU, supondría la revisión de un acto administrativo por un cauce no previsto por la Ley, ajeno por completo a los procedimientos legalmente establecidos para la revisión de los actos administrativos según prevén los artículos 102 y siguientes de la LRJAPyPAC.

En atención a los anteriores antecedentes de hecho y fundamentos de Derecho, esta Comisión,

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar el recurso de reposición interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 28 de junio de 2007 recaída en el expediente RO 2007/53 por la que se declara concluso el conflicto de interconexión entre TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. sobre la devolución de las cantidades reclamadas por los abonados que efectúan llamadas de tarificación adicional.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, 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 puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº Bº EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Reinaldo Rodríguez Illera

Ignacio Redondo Andreu