



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 40/11 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 1 de diciembre de 2011, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución relativa al recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España, SAU, contra la Resolución de 2 de junio de 2011, relativa al conflicto de interconexión presentado por Peopletel, SA, contra la recurrente (AJ 2011/1655).

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Resolución de 2 de junio de 2011.

Con fecha 2 de junio de 2011 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, Comisión) dictó Resolución relativa al conflicto de interconexión presentado por Peopletel, SA, (en adelante, PEOPLETEL) en relación con la modificación del AGI y la imposición de precios unilateral y retroactivamente por parte de Telefónica de España, SAU, (en adelante, TESAU) en el servicio de tránsito con origen internacional y destino numeración 902 (RO 2010/904).

La citada Resolución resolvió lo siguiente:

<< PRIMERO.- Declarar justificada y razonable la propuesta de Telefónica de España, S.A., sociedad unipersonal, contenida en su carta de 30 de diciembre de 2009, de establecer un nuevo modelo de facturación y precios para el servicio de tránsito con origen internacional y destino a numeración de red inteligente 902 de Peopletel, S.A. y la inclusión en los APC's de una nueva ruta de facturación (subruta 54), relativa al servicio de "Tránsito desde Internacional a 902". Asimismo, las referidas modificaciones deben ser recogidas en el acuerdo general de interconexión que rige la relación de las partes.

SEGUNDO.- Establecer que las modificaciones acordadas en el Resuelve anterior serán aplicables al tráfico cursado a partir de la fecha de interposición del presente conflicto, es decir, a partir del 3 de mayo de 2010.



TERCERO.- Instar a Telefónica de España, S.A. a retarificar el tráfico agrupado en la subruta 54 desde el 14 de diciembre de 2009 hasta el 3 de mayo de 2010, aplicando las condiciones que establecía la OIR 2005 y el AGI firmado entre las partes.

CUARTO.- Instar a Telefónica de España, S.A. a retarificar el tráfico agrupado en la subruta 54 desde la fecha de interposición del presente conflicto hasta la fecha de resolución del mismo aplicando los nuevos precios propuestos, siempre que Telefónica de España, S.A. demuestre su origen internacional. De lo contrario, esas llamadas serán facturadas como si hubiesen sido originadas en red nacional.

QUINTO.- Instar a Telefónica de España, S.A.U. a devolver a Peopletel, S.A. las cantidades resultantes de realizar las reclasificaciones y retarificaciones indicadas en los Resolves Tercero y Cuarto. >>

SEGUNDO.- Recurso de reposición interpuesto por TESAU.

Con fecha 8 de julio de 2011, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito presentado en nombre y representación TESAU, en virtud del cual interpone recurso potestativo de reposición contra la mencionada Resolución de 2 de junio de 2011 a la que se refiere el antecedente de hecho primero.

TESAU considera que la Resolución recurrida es lesiva a sus intereses y contraria a Derecho por estar incurso en vicio de nulidad de pleno derecho y anulabilidad previstos en los artículos 62.1.a) y 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

La recurrente fundamenta su recurso en los siguientes motivos:

- La Resolución supone una extralimitación de la función reguladora de esta Comisión al limitar el derecho a la libertad de pactos entre las partes en el marco de un servicio no regulado. (libertad de pactos, no amparo constitucional, ver 9.2)
- Aún reconociendo esta Comisión el perjuicio económico que se venía ocasionando a la TESAU al utilizar el modelo de facturación y precios de interconexión vigentes en el AGI suscrito con PEOPLETEL para el servicio de tránsito internacional a servicios 902 de este último, ha resuelto de manera discrecional aplicar el nuevo modelo y precios a partir de la fecha de interposición del conflicto de interconexión por parte de PEOPLETEL, en lugar de adoptar la fecha en la que TESAU comunicó la modificación de los mencionados extremos a PEOPLETEL.

Sobre la base de los anteriores motivos, solicita su estimación íntegra y que se declare la nulidad de los resolves segundo, tercero, cuarto y quinto de la Resolución recurrida.

TERCERO.- Notificación de inicio de su tramitación.

Mediante el correspondiente escrito del Secretario de la Comisión, fechado el día 14 de julio de 2011, se notificó a los interesados del inicio del correspondiente procedimiento de tramitación del recurso de reposición, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la LRJPAC.



CUARTO.- Alegaciones de PEOPLETEL.

Por medio de un escrito que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión en fecha 2 de agosto de 2011, PEOPLETEL manifiesta su conformidad con la Resolución recurrida y solicita que se desestime íntegramente el recurso interpuesto por TESAU ratificando la Resolución impugnada.

II FUNDAMENTOS JURÍDICO PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación del escrito.

El artículo 107.1 de la 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 cumpliendo 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, y en el artículo 117 se especifica que el plazo para interponer el recurso de reposición será de un mes desde la notificación de la resolución recurrida.

La entidad recurrente califica su escrito como recurso de reposición, y ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117.1 de la misma Ley; por tanto, y teniendo en cuenta que las Resoluciones de la Comisión ponen fin a la vía administrativa (artículo 48.12 de la LGTel), procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, calificar el escrito de TESAU presentado el día 8 de julio de 2011 como recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución del Consejo de la Comisión de 2 de junio de 2011 (RO 2010/904).

SEGUNDO.- 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 interesada por cuanto que ya lo era en el procedimiento número RO 2010/904 en el que se dictó la Resolución objeto de impugnación.

En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a TESAU para la interposición de su recurso potestativo de reposición objeto de la presente Resolución.

TERCERO.- Admisión a trámite.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJPAC los recursos administrativos que interpongan los interesados han de estar fundamentados en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 o 63 de la misma Ley.



El recurso de reposición interpuesto por TESAU cumple con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC, que se han presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, y viene fundamentado en los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de la misma Ley.

No obstante, debe señalarse que el artículo 62.2 de la LRJPAC invocado por la recurrente como infringido por la Resolución recurrida, no resulta aplicable en el presente supuesto por cuanto el mismo alude a la nulidad de pleno derecho de disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

En el presente caso se impugna un acto administrativo de carácter resolutorio (y no de una disposición de carácter general) por lo que, en virtud del principio antiformalista que rige la actuación de la Administración Pública, deberá analizarse si el acto podría resultar nulo, de conformidad con el apartado primero del mismo precepto o anulable por infracción del ordenamiento jurídico, en virtud de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la LRJPAC.

Por todo lo anterior procede la admisión a trámite del recurso de reposición de TESAU.

CUARTO.- Competencia para resolver.

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

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Sobre la capacidad y límites de esta Comisión para intervenir en la resolución de un conflicto sobre un servicio no regulado.

TESAU alega que la Resolución recurrida resulta nula de pleno derecho al amparo de lo previsto por la letra a) del artículo 62.1 de la LRJPAC por lesionar su derecho a la libertad de pactos entre las partes al extralimitarse esta Comisión en su función reguladora.

La recurrente señala que el servicio de tránsito internacional es un servicio de interconexión de tránsito que no está sometido a condiciones reguladas, de conformidad con lo previsto en la Resolución¹ de 29 de junio de 2006 recaída en el expediente número AEM 2005/1453. Es decir, es un servicio comercial cuyas condiciones están sometidas a la libre negociación de las partes y no a la capacidad de intervención de esta Comisión. Añade que, a pesar de que existen alternativas reales para su prestación, PEOPLETEL no ha optado por ninguna de aquellas sino que ha consentido las condiciones del servicio de TESAU.

En consecuencia, considera la recurrente que dado que el servicio de interconexión de tránsito es un servicio sujeto a la libre negociación de las partes, en ningún caso esta Comisión tiene capacidad para intervenir, y menos aún, extendiendo la aplicación de

¹ Exclusión del servicio de tránsito con origen internacional confirmada por Resolución del Consejo de la Comisión, de fecha 1 de octubre de 2009, recaída en el expediente MTZ 2009/184.



obligaciones propias de un servicio regulado a un servicio que no lo está. Sobre la base de lo anterior, manifiesta su total discrepancia con la conclusión de esta Comisión sobre que TESAU ha realizado una modificación unilateral del Acuerdo General de Interconexión (AGI) por cuanto que, conforme afirma esta Comisión, “dicho servicio no estaba previsto en el AGI ni en la Oferta de referencia.

Con anterioridad a analizar las anteriores alegaciones, procede señalar que la libertad de pactos o la autonomía privada en relación con los contratos no es un derecho o libertad susceptible de amparo constitucional, según lo previsto por el artículo 53.2 de la Constitución española, sino que se trata de un principio legal que rige, con carácter general, la contratación privada según está previsto en el artículo 1255 del Código Civil.

En virtud del principio antiformalista que rige la actividad de la Administración Pública², corresponde a esta Comisión valorar si su intervención en el conflicto en cuestión está amparada por su potestad para intervenir en las relaciones entre operadores o si, por el contrario, con su intervención está infringiendo el ordenamiento jurídico de tal forma que determine la anulabilidad de la Resolución impugnada.

La LGTel define el acceso como la puesta a disposición de otro operador, en condiciones definidas y sobre una base exclusiva o no exclusiva, de recursos o servicios con fines de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. La interconexión viene definida como un tipo particular de acceso entre operadores de redes públicas que consiste en la conexión física y lógica de las redes públicas de comunicaciones de éstos, de manera que los usuarios de un operador puedan comunicarse con los usuarios del mismo operador o de otro distinto, o acceder a los servicios prestados por otro operador.

Dado que la interconexión y acceso resulta necesaria y fundamental para la interoperabilidad de las redes de comunicaciones electrónicas y, en consecuencia, para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas a los usuarios, la LGTel prevé en su artículo 11 que *“Los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas tendrán el derecho y, cuando se solicite por otros operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas, la obligación de negociar la interconexión mutua con el fin de prestar servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, con el objeto de garantizar así la prestación de servicios y su interoperabilidad”* (apartado 2º) y que *“No existirán restricciones que impidan que los operadores negocien entre sí acuerdos de acceso o interconexión”* (apartado 3º).

Con objeto de garantizar lo previsto en el apartado 3º del artículo 11 de la LGTel, el mismo artículo, en su apartado 4º, habilita a esta Comisión para: *“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.”*

Los artículos 14.1 de la LGTel y 23.3.a) del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración (en adelante, RMAN), prevén que esta Comisión podrá conocer de los conflictos en materia de interconexión y acceso pudiendo intervenir, a

² Recogido, entre otras, por las SSTs de 28 de octubre de 1991 (RJ 1991\8889), 19 de noviembre de 1984 (RJ 1984\6223) y 16 de marzo de 1983 (RJ 1983\1441).



solicitud de cualquier parte, o de oficio cuando esté justificado, con independencia de que la modalidad de acceso o interconexión sobre la que trate el servicio objeto de conflicto, esté o no sometida a condiciones reguladas específicas.

El marco regulatorio comunitario de 2002 insiste³ en que los conflictos deben resolverse de conformidad con los principios previstos en el artículo 8 de la Directiva marco⁴, artículo que lista una serie de objetivos generales que pretenden fomentar la competencia en el mercado, contribuir al desarrollo del mismo y velar por los intereses de los ciudadanos. Aunque el artículo 14 de la LGTel no incorpora una mención expresa a dichos objetivos generales, los mismos constituyen una guía que ha de ser seguida necesariamente por esta Comisión en la resolución de conflictos al ser invocados por el artículo 11.4 de la misma Ley que, a su vez, se refieren al artículo 3 de la LGTel, artículo que establece los principios que han de regir el ejercicio de la potestad de la Comisión para resolver conflictos en materia de interconexión y acceso. Asimismo, la resolución de conflictos, de acuerdo con el apartado 5 del artículo 11, ha de ser objetiva, transparente, proporcional y no discriminatoria.

Recientemente el Tribunal Supremo, en su sentencia de 28 de junio de 2011 (RC 5732/2008), señala que *“la atribución legal al organismo regulador de las telecomunicaciones de esta competencia específica, distinta de la mera función arbitral, tiende a velar por los objetivos de interés público que la justifican. Los conflictos derivados de los acuerdos de interconexión son uno de los campos más propicios para llevar a cabo aquellos objetivos ya que tanto la interconexión como el acceso al bucle final son elementos clave para la existencia de un mercado de telecomunicaciones respetuoso con la libre de competencia entre todos los operadores, cualquiera que se la posición relativa en él de cada uno de ellos.”*

Los AGI's son los contratos privados de arrendamiento de servicios que regulan las condiciones de interconexión entre los operadores en los que las partes gozan de libertad para pactar lo que consideren y decidan comprometerse y vincularse recíprocamente, siempre que respeten la ley, la moral y el orden público, de conformidad con el artículo 1255 del Código Civil.

No obstante, pese a que los AGI's regulan una relación privada entre las partes, confluyen ciertas obligaciones de interés público que antes hemos señalado y que limitan la autonomía de la voluntad o libertad de pactos entre las partes a la que se refiere el artículo 1255 del Código Civil. Es decir, los AG's no solo están sometidos a Derecho Privado sino también a Derecho Público por cuanto que regulan una relación privada entre las partes, confluyendo ciertas obligaciones de interés público como son, entre otras, la pluralidad de ofertas en el mercado junto con la interoperabilidad entre redes y servicios de comunicaciones electrónicas para la promoción de la competencia efectiva en el mercado de comunicaciones electrónicas y la mejora de las condiciones de acceso a los servicios por parte de los usuarios, obligaciones cuya vigilancia ha sido encomendado a esta Comisión.

³ En este sentido, el artículo 20 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco) [se ha modificado por la Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009]

⁴ Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco) [Se ha modificado por el Reglamento CE 717/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de junio de 2007, por el Reglamento (CE) n° 544/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, y por la Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009].



En este sentido la Audiencia Nacional ha señalado, en sus Sentencias de 3 de diciembre de 2004 (RJCA 2005/804) y de 19 de mayo de 2005 (RJCA 2005/921), que *“precisamente es la intervención administrativa en sus diversas formas la que dificulta la calificación jurídica denominada en la Ley “acuerdo de interconexión”, acuerdo del que puede afirmarse que tiene una indudable naturaleza contractual, aunque sometido a unos importantes poderes de intervención por parte de la Administración, de los que es titular en nuestro Ordenamiento Jurídico la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Puede incluso afirmarse que las prerrogativas de la Administración en relación con estos contratos, en principio de naturaleza privada, son superiores a las que ostenta en los contratos administrativos.”*

Incluso el propio Tribunal Supremo ha señalado, siendo exponente de dicha doctrina su Sentencia de 8 de julio de 2008 (RC 6957/2005), que esta Comisión es competente para dirimir conflictos que se produzcan en razón de que, aún tratándose de contratos privados que se establecen libremente entre las partes, están sometidos a una regulación de Derecho público.

Ahora bien, la anteriormente citada Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de junio de 2011, además de constatar la competencia de esta Comisión para intervenir en las relaciones entre los operadores en virtud de los objetivos de interés público que le han sido encomendados proteger, señala cuáles son los límites a los que esta Comisión ha de sujetarse cuando actúa en el ejercicio de esta competencia al declarar que: *“(…) los intereses generales justifican la intervención vinculante de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en la resolución de aquellos conflictos, al margen de los intereses estrictamente privados de los operadores que son parte en ellos.”* O también, *“los conflictos derivados de los acuerdos de interconexión en las actividades o industrias en red, (...) son uno de los campos más propicios para llevar a cabo aquellos objetivos ya que tanto la interconexión como el acceso al bucle final son elementos clave para la existencia de un mercado de telecomunicaciones respetuoso de la libre competencia entre todos los operadores (...). No obstante, la función del organismo regulador en la precisión de las obligaciones derivadas de prestar un servicio de interés general como el de telefonía no es la de componedor de los intereses privados en conflicto.”*

Por lo tanto, dicha Sentencia viene a aclarar las zonas grises comprendidas y afectadas en los conflictos de acceso en el marco de un conflicto, limitando la competencia de esta Comisión para intervenir en la resolución de conflictos entre las partes a aquellos aspectos que puedan afectar al interés general que le ha sido encomendado proteger; por ejemplo, adoptando medidas cuyo objeto sea el de garantizar la pluralidad de la oferta en el mercado o la interoperabilidad entre redes y servicios de comunicaciones electrónicas para la promoción de la competencia efectiva en el mercado de comunicaciones electrónicas y la mejora de las condiciones de acceso a los servicios por parte de los usuarios, obligaciones cuya vigilancia ha sido encomendada a esta Comisión, pero excluyendo, del ámbito de sus competencias, aquellos aspectos que sean de naturaleza exclusivamente privada cuya decisión corresponde a la jurisdicción civil. En este sentido, señala también que *“Dadas las competencias de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para intervenir en las relaciones entre operadores en materia de acceso e interconexión (...) si observa que el incumplimiento de los plazos (...) está generando, además de los daños al operador que pide el acceso, perjuicios para la competencia, puede adoptar las medidas necesarias, incluso sancionadoras, que pongan fin a esta situación. No es competente, sin embargo, (...) para ordenar que uno de los operadores pague al otro (...): su función es vigilar porque el acceso sea facilitado de modo efectivo se corresponde con la adopción de las medidas*



ejecutorias a su alcance, sin que ello sea necesario pronunciarse sobre el abono de las cantidades debidas a causa de los retrasos ya consumados.”

En aplicación de esta doctrina jurisprudencial (hay dos⁵ Sentencias del Tribunal Supremo en ese sentido), una vez que esta omisión en el ejercicio de sus competencias para la resolución de un conflicto, ha fijado el precio de un servicio mayorista y el momento desde que el mismo ha de ser aplicado al acuerdo, los operadores están obligados a realizar todas las acciones necesarias para cumplir con dicho mandato, so pena de que esta Comisión pueda sancionarles por el incumplimiento de su Resolución o pueda, si es el caso, ejercer sus competencias para la ejecución forzosa de su Resolución e imponer, por ejemplo, las correspondientes multas coercitivas.

Sobre la base de todo lo anterior cabe concluir que, aun cuando el servicio objeto de conflicto no está sujeto a regulación, al ser una modalidad de acceso e interconexión fundamental para la interoperabilidad de las redes de comunicaciones electrónicas; esto es, debido al innegable interés general que el acuerdo entre las partes para la prestación del servicio presenta aún cuando no está regulado, esta Comisión está habilitada para intervenir en la resolución del conflicto planteado para hacer efectivo el cumplimiento del régimen jurídico general en materia de acceso e interconexión. Por lo tanto, siendo el modelo de facturación y precios para el servicio de tránsito con origen internacional y destino a numeración de red inteligente 902 de Peopletel, el objeto principal de la controversia, no cabe duda de que existe el necesario interés público regulatorio para que esta Comisión entre a conocer y resolver sobre el conflicto que le ha sido planteado por una de la partes y a fijar las condiciones necesarias para la completa solución del conflicto como he hecho en el caso que nos ocupa sin que su intervención haya dejado de respetar los límites señalados en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2011 como veremos a continuación.

SEGUNDO.- Sobre la supuesta vulneración del principio de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad con el consiguiente perjuicio para TESAU.

TESAU alega que la Resolución recurrida resulta nula de pleno derecho por vulnerar el principio de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad por cuanto que esta Comisión aplica de manera discrecional el AGI y la OIR 2005 a un servicio de tránsito internacional que no está regulado ni estipulado en el AGI.

Los motivos sobre los que TESAU funda esta causa de impugnación, son los siguientes:

- Que esta Comisión considera que el modelo y precios propuestos por TESAU mejoran la situación de ambas partes al valorarlos como más razonables y transparentes que los que se venían aplicando. Por lo tanto, considera contradictorio e impreciso que esta Comisión le haya impuesto la aplicación de un AGI a un servicio que PEOPLETEL ha consentido y optado porque le fuera prestado por TESAU y no por otro operador, aun cuando no existía al respecto acuerdo entre las partes.
- A pesar de que esta Comisión ha considerado como razonables el modelo y los precios propuestos por TESAU, ha determinado que los mismos son de aplicación

⁵ Sentencias del Tribunal Supremo, de 28 y 29 de junio de 2011 (correspondientemente, RC 5732/2008 y RC 2349/2009)



desde la fecha de interposición del conflicto por parte de PEOPLETEL y no la fecha desde la que se detectó el grave perjuicio que le estaba causando el modelo y precios que venían aplicando.

- Que esta Comisión, excediéndose de la discrecionalidad de la que goza para conocer de los conflictos entre los operadores, no considera acreditados que desde el 14 de diciembre de 2009, el sistema de facturación detectaba las llamadas internacionales sino que es a partir del 3 de mayo de 2010, la fecha en la que “presuntamente” sí reconoce las llamadas de origen internacional.
- Que aún cuando esta Comisión reconoce el grave perjuicio ocasionado a TESAU frente al beneficio obtenido por PEOPLETEL al venir aplicando el modelo de facturación y precios previstos en el AGI a las llamadas con origen internacional y destino numeración inteligente 902 asignada a PEOPLETEL, demore la adopción de una medida correctora hasta el 3 de mayo de 2011.

a) Sobre el modelo de facturación y precios que se venía aplicando al servicio objeto de conflicto y la supuesta falta de transparencia de PEOPLETEL.

El servicio objeto de conflicto es el servicio de interconexión de tránsito de las llamadas que tienen su origen fuera de España y su destino a numeración inteligente 902 asignada a PEOPLETEL que TESAU venía asimilando al tráfico con origen nacional; esto es, venía aplicando el mismo modelo de facturación y precios que al servicio de interconexión de tránsito con origen nacional.

Alega TESAU que dicha asimilación de tráficos le venía causando un grave perjuicio económico que no detectó a tiempo, entre otras razones, debido a la falta de transparencia de PEOPLETEL a la hora de comunicar la variación del servicio en el año 2009, en cuanto al origen de tránsito internacional conforme reconoce esta Comisión en la Resolución recurrida donde señala que *“Es cierto que el patrón de llamadas en tránsito con origen internacional y destino 902 de PEOPLETEL había variado desde 2009, tanto en número como en duración.”*

En cuanto a la intencionalidad de PEOPLETEL de no comunicar la variación del tránsito desde 2009, ha de tenerse en cuenta que este último es el operador destino, el operador en el que finaliza la llamada, no es el operador en el que se origina la llamada.

Hay un operador de origen, que en este caso se encuentra fuera de España y que está interconectado con TESAU para que ésta le termine las llamadas en nuestro país. Puesto que, en el caso que nos ocupa, el número llamado (902) pertenece a PEOPLETEL, éste es el operador que finaliza la llamada. En ese caso, respecto a este último, TESAU actúa de operador de tránsito pues recoge la llamada del operador de origen y la entrega a PEOPLETEL (TESAU recibe la llamada en un Pdl frontera y lo transita por territorio nacional hasta la red de PEOPLETEL).

TESAU es el único que está en disposición de conocer el origen de la llamada, ya que es la recurrente quien recibe el tráfico del operador internacional de origen. En consecuencia, PEOPLETEL sólo puede conocer el origen internacional de las llamadas que le entrega TESAU si ésta las identifica como tales, por lo tanto, de ningún modo podría ser PEOPLETEL quien advirtiera a TESAU, en primera instancia, del origen no nacional del tráfico generado por el servicio objeto de conflicto.



Respecto del modelo de facturación y precios que TESAU venía aplicando, ha de señalarse que fue la propia TESAU quien decidió asimilar ambos tráficos y aplicar al tránsito con origen internacional las mismas condiciones económicas reguladas en la OIR 2005 y acordadas en el AGI para el tránsito con origen nacional.

En efecto, tal como afirma TESAU en su recurso, la Resolución de 29 de junio de 2006⁶ “*consideró que la dimensión geográfica del mercado de referencia (Mercado de los servicios de tránsito en la red pública de telefonía fija) era el territorio nacional*”. Asimismo, que la Resolución de 1 de octubre de 2009 (MTZ 2009/184)⁷ “*confirma la exclusión de los servicios de tránsito internacional del mercado relevante*” además de determinar que el servicio de interconexión de tránsito ya no constituía un mercado cuyas características justificaran la imposición de obligaciones específicas y, por tanto, no era susceptible de regulación *ex ante*.

A pesar de lo anterior y de que esta Comisión ha señalado⁸ que el servicio de interconexión de tránsito con origen nacional es diferente del que tiene origen internacional, el servicio objeto de conflicto no estaba previsto en la OIR 2005 ni expresamente en el AGI, laguna que venía sufriendo TESAU aplicando las mismas condiciones para su prestación y facturación que las previstas en el AGI para el servicio de tráfico en tránsito con origen nacional y destino numeración 902, condiciones que sí venían reguladas en la OIR 2005.

Desde el momento en que TESAU decide aplicar las condiciones de prestación y facturación para el servicio objeto de conflicto, condiciones a las que no se opuso PEOPLETEL procediendo a pagar el servicio prestado por la oferente de acuerdo a las mencionadas condiciones, se considera que existe un contrato entre las partes para el servicio de interconexión de tránsito para llamadas con origen internacional y destino numeración 902 por concurrir los requisitos previstos en el artículo 1262 del Código Civil.

En definitiva, esta Comisión en ningún momento ha impuesto la aplicación del AGI suscrito entre TESAU y PEOPLETEL sino que, en aplicación del principio de intervención mínima y de libertad de pactos entre las partes, consideró que las condiciones del servicio objeto de conflicto y que TESAU pretendió modificar en su comunicación de 30 de diciembre de 2009, eran aquellas pactadas por las partes en el AGI para el servicio de tráfico en tránsito con origen nacional y destino numeración 902, conforme con lo que acordaron tácitamente las propias partes contratantes.

b) Sobre la fecha en que resultan de aplicación las condiciones modificadas del servicio objeto de conflicto.

⁶ AEM 2005/1453

⁷ Resolución por la que se aprueba la revisión del mercado de los servicios de tránsito en la red pública de telefonía fija, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea.

⁸ Fundamento de Derecho Cuarto de la Resolución de 7 de diciembre de 2010 (RO 2010/253). En este mismo sentido lo señala el apartado 2 del Fundamento de Derecho Tercero de la Resolución de 2 de junio de 2011 (RO 2010/904): “*El tránsito generado por el servicio que presta PEOPLETEL es facturado por TESAU bajo el modelo de acceso de la OIR 2005 cuando el origen de las llamadas es nacional, tal y como está previsto en el AGI firmado entre las partes. No obstante, en el caso de las llamadas originadas fuera de España, puesto que TESAU no identificaba su origen internacional ni dicho servicio estaba previsto ni en el acuerdo de interconexión ni en la oferta de referencia, ésta las clasificaba y facturaba bajo el mismo modelo.*”



TESAU alega que la fecha en que resultan de aplicación las condiciones modificadas del servicio objeto de conflicto, no debe ser la fecha en la que PEOPLETEL presentó el conflicto ante esta Comisión sino la fecha en la que comunicó a este último el grave perjuicio que le estaban causando el modelo y precios que le venía aplicando y por ende, modificaba dichas condiciones. Además, TESAU entiende que esta Comisión consideró como razonable la propuesta de TESAU.

En relación con los perjuicios que TESAU alega derivados de los precios que venía aplicando previo a los fijados en la Resolución recurrida⁹, es cierto que esta Comisión valoró como razonable el modelo de facturación y el precio propuestos por Telefónica, dada la necesidad de guardar el justo equilibrio entre los intereses legítimos de las partes durante la vigencia del contrato sobre la base de la siguiente argumentación:

“(…) cuando las llamadas tengan una duración inferior a 130 segundos –llamadas de origen internacional y destino numeración 902 de PEOPLETEL–, las ganancias de Peopletel se reducen respecto a las que obtenía con el modelo anterior, con la particularidad de que este nuevo modelo no genera pérdidas a Peopletel, cualquiera que sea la duración de las llamadas.

Cuestión distinta es que, desde el punto de vista del modelo de negocio de Peopletel, y aplicando el precio propuesto por Telefónica, no le resulte posible ofrecer a sus usuarios la terminación de la llamada en determinados destinos internacionales porque el precio de terminación sea superior a los ingresos percibidos. En ese caso, no le sería rentable, ni siquiera ofreciendo la llamada con una duración limitada como hacía con el modelo de acceso.

De producirse esta situación, Peopletel se vería obligado a ajustar los destinos ofrecidos en su servicio “Llamar a casa” a los nuevos parámetros de rentabilidad o a renegociar los precios con los operadores internacionales con los que se encuentra interconectado para la terminación de llamadas.

En todo caso, la ausencia de rentabilidad en el servicio analizado, para determinados destinos internacionales, no ha de asumirla Telefónica, incurriendo en pérdidas económicas. Como se ha señalado anteriormente, se sigue retribuyendo a Telefónica por el servicio de tránsito con el mismo precio aplicado en el modelo anterior (tránsito nacional); por lo que el nuevo modelo no le supone aumentar sus ingresos, pero sí le evita incurrir en pérdidas al no tener que retribuir a Peopletel el precio minorista de una llamada a servicios de red inteligente, incluyendo la componente fija de establecimiento de llamada, cuando tal composición de precio
[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]

De este modo, Telefónica conseguiría tener beneficios para todo tipo de llamadas, tanto de corta como de larga duración, consecuencia razonable, pues está prestando un servicio de tránsito contratado por Peopletel al no tener éste interconexión directa con los operadores internacionales (de origen), que ha de ser correctamente remunerado.”

Ahora bien, el hecho de que los precios y modelo de facturación propuestos por TESAU hayan sido considerados como razonables, no habilita directamente a dicho operador para modificar las condiciones del servicio objeto de conflicto de manera unilateral. Esto es así puesto que ya existía un acuerdo (tácito) entre las partes sobre las condiciones económicas del servicio y de aceptar la aplicación de las condiciones comunicadas por TESAU a PEOPLETEL en su carta de 30 de diciembre de 2009 desde la fecha de recepción por PEOPLETEL de la citada carta, se estaría dando validez a una modificación unilateral de las condiciones del mencionado acuerdo proscrita por el Código Civil como veremos más

⁹ Páginas 19 a 21 de la Resolución de 2 de junio de 2011, que puso fin al expediente RO 2010/904.



adelante. Volvemos a traer a colación aquí cómo la propia Resolución recurrida señala que: *“Peopletel hizo constar en la mencionada acta su desacuerdo con el importe en el apartado de tránsito por la forma de facturar y por los precios fijados unilateralmente por Telefónica. (...) En consecuencia, las condiciones notificadas por Telefónica en su carta de 30 de diciembre de 2009 suponen la modificación de las condiciones económicas del servicio de interconexión de tránsito, en relación con las que se venían aplicando; y, en consecuencia, una modificación (...) llevada a cabo unilateralmente por parte de Telefónica. (...)”*

Para que proceda la modificación de las condiciones del contrato del servicio de interconexión de tránsito para llamadas con origen internacional y destino numeración 902 sea efectiva, ha de observarse lo previsto en el Código Civil respecto de la novación impropia de las obligaciones y, con carácter específico, cumplir con las normas reguladoras de la interconexión.

El Código Civil, prevé en su artículo 1204 que *“Para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles.”*

Por lo tanto, en lo que se refiere a la declaración de la modificación de las condiciones principales de una obligación, el Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 28 de mayo (RJ 1996\3860) y de 23 de julio de 1996 (RJ 1996\5897) ha declarado que *“la novación, sea modificativa o extintiva, nunca se presume, ni puede inferirse de meras deducciones o conjeturas, debiendo constar de modo inequívoco la voluntad de novar”*. Por su parte, la STS de 10 de mayo de 1979 (RJ 1979/1764) estimó que *“es requisito necesario la intención o voluntad de las partes -animus novandi-, pues decisión tan esencial ha de ser declarada expresamente por los contratantes, como condición indispensable para que la novación se produzca (...) toda vez que para variar el objeto o las condiciones principales de la obligación se necesita el mismo acuerdo de voluntades que para contraer ésta”*.

Por lo tanto, para considerar que PEOPLETEL había consentido modificar las condiciones del servicio de interconexión de tránsito con origen internacional, una vez realizada la comunicación por parte de TESAU, PEOPLETEL tendría que haber prestado su consentimiento de la novación, bien de forma expresa o tácita conforme lo previsto en los artículos 1261 y 1262 del Código Civil puesto que la modificación de las obligaciones y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de una de las partes. De lo actuado en el expediente que trae causa de la Resolución impugnada no puede concluirse que haya existido una aceptación expresa por parte de PEOPLETEL de la modificación del AGI en los términos que pretendía TESAU ni en los que finalmente fijó la Resolución recurrida, tampoco ha presentado TESAU ni en sede del conflicto ni en la del presente recurso ninguna evidencia que pruebe lo que ahora pretende.

Al margen de lo anterior y con carácter específico, la modificación de las condiciones del servicio objeto de conflicto está sujeta a los principios y procedimientos relativos a las relaciones de interconexión entre los operadores. Conforme con lo expuesto en el primero de los Fundamentos de Derecho de esta Resolución, los artículos 11.2 LGTel y 22.2 del RMAN establecen el derecho y la obligación de los operadores de redes públicas de negociar, en un plazo de cuatro meses, la interconexión mutua con el fin de prestar servicios de comunicaciones electrónicas.



Mientras que PEOPLETEL no prestara su consentimiento a la propuesta de TESAU de modificación de las condiciones, las condiciones a aplicar eran las acordadas entre las partes hasta ese momento puesto que, conforme se establece en la Resolución impugnada, la mencionada comunicación de TESAU no puede considerarse como una modificación de las condiciones acordadas tácitamente para el servicio objeto del conflicto dada la ausencia de consentimiento de PEOPLETEL sino que ha de considerarse como una propuesta de modificación de las mencionadas condiciones que daría lugar a la apertura de un periodo de negociación al que se refiere el artículo 22.2 del RMAN.

Por lo tanto, una vez transcurridos cuatro meses sin haber alcanzado las partes un acuerdo respecto de la modificación de las condiciones del servicio objeto de conflicto, PEOPLETEL solicitó la intervención de esta Comisión (cualquiera de la partes podría haberlo hecho antes, una vez constatada la imposibilidad de llegar a un acuerdo). La intervención de esta Comisión finalizó con la Resolución impugnada en la que se llegó a la conclusión de que era razonable la propuesta de TESAU resultando aplicable desde el momento en que se solicitó dicha intervención.

c) Sobre la fecha desde la que se detectan las llamadas de origen internacional, la retarificación del tráfico agrupado en la subruta 54 y la devolución a Peopletel, S.A. las cantidades resultantes de realizar las retarificaciones.

TESAU considera que esta Comisión no ha considerado acreditado que desde el 14 de diciembre de 2009 el sistema de facturación detectaba las llamadas internacionales, sino que habría interpretado que hasta el día 3 de mayo de 2010 no se pudo identificar el origen internacional de las llamadas.

Dicha afirmación es errónea puesto que la Resolución recurrida en ningún momento desmiente la afirmación de que *“con posterioridad al 31 de diciembre de 2009 procedió – TESAU- a realizar las correcciones en los sistemas de facturación para poder identificar el número A con el origen internacional y se comenzó a facturar de acuerdo al nuevo modelo comunicado”*.

Lo que la Resolución recurrida prevé al respecto es que TESAU podría aplicar el nuevo modelo de facturación y precios sobre el tráfico cuyo origen internacional pudiera acreditar del tráfico cursado a partir del día 3 de mayo de 2010, esto es, desde el día de la interposición del conflicto por PEOPLETEL.

Como el nuevo modelo sólo se considera aplicable, a efectos regulatorios, a partir de la fecha de interposición del conflicto, esta Comisión no puede obligar a que se apliquen los nuevos precios sobre el tráfico generado con anterioridad a esa fecha, aunque el mismo ya hubiese podido ser identificado por TESAU como de origen internacional.

Por lo tanto, para que lo acordado en la Resolución impugnada sea llevado a cumplido efecto, es condición necesaria que el tráfico agrupado en la subruta 54 al que le fueron aplicadas unilateralmente por TESAU los nuevos precios con anterioridad al día 3 de mayo de 2010, sea retarificado por TESAU aplicándole los precios acordados inicialmente por las partes antes de la modificación operada por la Resolución impugnada. A sensu contrario, el tráfico agrupado en la subruta 54 que se haya cursado desde la fecha de interposición del conflicto hasta la fecha de resolución debe ser tarifado aplicándole los nuevos precios



siempre que, como hemos razonado, el tráfico pueda ser acreditado por TESAU como de origen internacional. Consecuentemente con todo lo anterior, TESAU deberá proceder a devolver a PEOPLETEL las cantidades que resulten de la retarificación.

Por lo tanto, esta Comisión ha actuado en el ejercicio legítimo de sus competencias al ordenar a TESAU que efectúe las retarificaciones a las que se refieren los resuelve tercero y cuarto sin que se aprecie que se haya inmiscuido en resolver cuestiones que le están vedadas por corresponder a la Jurisdicción Civil ya que, en este caso está adoptando, por decirlo en palabras del Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de junio de 2011 a la que nos referimos en el Fundamento de derecho anterior: *“las medidas necesarias, incluso sancionadoras, que pongan fin a esta situación”*, en este caso a la situación de que TESAU siga tarifando por precios distintos a los fijados en la Resolución que impone las medidas impugnada.

Con la Resolución impugnada, esta Comisión ha puesto fin al conflicto que le ha sido planteado y ha sentado las bases para que la relación de interconexión entre los operadores se realice de conformidad con los intereses generales cuya salvaguarda tiene encomendada y sin que se extralimite de sus funciones por cuanto que, en ningún caso se erige en componedora de los intereses privados de las partes.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión



RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar el recurso de reposición interpuesto Telefónica de España, SAU, contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 2 de junio de 2011, dictada en el expediente número RO 2010/904, en relación al conflicto de acceso presentado Peopletel, SA, contra la recurrente por modificación del AGI y la imposición de precios unilateral y retroactivamente por parte de Telefónica de España, SAU, en el servicio de tránsito 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 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado por la Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007, 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 48.12 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.

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