



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 06/11 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 24 de febrero de 2011, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

Resolución del recurso de reposición contra la resolución de 7 de diciembre de 2010 sobre el conflicto de interconexión presentado por LEAST COST ROUTING TELECOM, S.L. frente a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. en relación con los precios del servicio de tránsito en llamadas con origen internacional y con destino a numeración 902 (AJ 2011/5).

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución de fecha 7 de diciembre de 2010 recaída en el expediente RO 2010/253

Según queda expuesto en la resolución recurrida, con fecha 22 de diciembre de 2005 TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TESAU) y LEAST COST ROUTING TELECOM, S.L. (en adelante, LEAST COST) formalizaron un acuerdo general de interconexión al que adjuntaron, con fecha 17 de julio de 2006, un Adendum en el que se establecen las condiciones de prestación de los servicios de interconexión para los servicios de red inteligente, cuyo modelo de facturación es el de acceso.

En el marco de la citada relación contractual y amparándose en el derecho de los operadores a resolver sus controversias ante esta Comisión, con fecha 1 de febrero de 2010 la entidad LEAST COST presentó ante este Organismo conflicto de interconexión frente a TESAU, cuyo origen es la aplicación de TESAU unilateral y retroactiva de unos nuevos precios de interconexión para el servicio de *“tránsito desde internacional a Servicio 902 de LCR”* sobre los tráficos ya consolidados. Esta nueva aplicación de precios fue comunicada por TESAU a LEAST COAST mediante carta de 30 de diciembre de 2009.

El establecimiento del servicio de *“tránsito desde internacional a Servicio 902 de LCR”* y la fecha a la que, según TESAU, debían retrotraerse los nuevos precios (1 de julio de 2009) quedaron plasmados en el APC comercial¹ comunicado por TESAU a LEAST COST mediante correo electrónico de fecha 15 de enero de 2010.



El nuevo modelo de facturación de TESAU para los servicios de tránsito desde internacional a 902 de LEAST COST está basado en el sistema de pagos utilizado para el servicio de tránsito a red inteligente según el modelo de acceso regulado hasta el 15 de abril de 2010², que TESAU viene aplicando tanto a los operadores móviles como fijos.

Tras la instrucción del correspondiente procedimiento administrativo, con fecha 7 de diciembre de 2010 el Consejo de esta Comisión dictó resolución sobre el conflicto planteado, en la que se declaró justificada y razonable la propuesta de TESAU de aplicación del modelo de facturación y precios propuestos en su carta de 30 de diciembre de 2009, así como la inclusión en el APC comercial del citado servicio de *“tránsito desde internacional a servicio 902”*. Según la resolución, el modelo propuesto por TESAU es beneficioso para ambas partes puesto que respeta el equilibrio entre las contraprestaciones.

Si bien el Consejo consideró que la propuesta de TESAU estaba justificada y era razonable, también declaró que TESAU no debió retarificar unilateral y retroactivamente los tráficos de llamadas ya consolidadas, fundamentalmente una vez solicitada la intervención de esta Comisión, por lo que se decidió que el modelo de facturación y precios propuesto por TESAU debía ser aplicado a partir del 1 de febrero de 2010, fecha en la que concluyeron las negociaciones entre las partes al presentar LEAST COST el conflicto de interconexión ante esta Comisión. En consecuencia, se insta a TESAU a la devolución a favor de LEAST COST de las cantidades retarificadas desde julio de 2009 hasta el 1 de febrero de 2010, referentes a las llamadas procedentes de internacional.

SEGUNDO.- Recurso de reposición interpuesto por TESAU

Con fecha 4 de enero de 2011 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de recurso presentado por la entidad TESAU, mediante el cual solicita que se declare la nulidad de pleno derecho de la resolución de fecha 7 de diciembre de 2010, al considerar que la misma vulnera los artículos 62.1.a) y 54.1 apartados a) y b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC).

La argumentación jurídica sobre la que TESAU sustenta su recurso se refiere a un cambio de criterio que se ha producido en la resolución del Consejo de esta Comisión con respecto al informe de los servicios que le fue puesto de manifiesto en el trámite de audiencia. Según la recurrente, el informe de los Servicios concluía que los nuevos precios propuestos por TESAU para el tráfico cursado con origen internacional y destino a la numeración de LEAST COST fueran de aplicación a partir del día 30 de diciembre del 2009, y en cambio el Consejo de esta Comisión acordó en la resolución del procedimiento que dicha fecha debía ser la del 1 de febrero de 2010.

Dicho cambio de criterio, según TESAU, adolece de falta de motivación, lo que supone por un lado la vulneración del artículo 54 de la LRJPAC que establece la necesidad de motivar los actos administrativos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos, y por otro lado la del artículo 62.1.a) al entender que la falta de motivación le produce indefensión.

Insiste la entidad recurrente, en que la fecha de 1 de febrero de 2010 no es adecuada ya que no es más que la fecha en la que se presentó el conflicto de interconexión, habiendo existido anteriormente contactos entre ambos operadores en relación a la necesidad de modificar las tarifas. Según TESAU, es el 30 de diciembre la fecha en la que se ha *“acreditado ante los*

¹ APC (Agrupación para Consolidar, concepto en el que se agrupa la información relativa a los registros detallados de llamadas)

² El servicio de interconexión de tránsito de TESAU, en virtud del último análisis de mercado dejó de ser un mercado cuya características justifique la imposición de obligaciones específicas y, por tanto, no es susceptible de regulación ex ante.



operadores el quebranto económico que le estaba produciendo la prestación del servicio y, por lo tanto, debe ser a partir de esta fecha, como mínimo, en la que se proceda a la regularización de esta situación”.

TERCERO.- Inicio del procedimiento y presentación de alegaciones

Mediante escritos de fecha 11 de enero de 2011, se notificó a los interesados el inicio del procedimiento objeto de la presente resolución, concediendo a la entidad LEAST COST un plazo de 10 días para alegar cuanto estimase oportuno.

Finalmente, la citada entidad ha presentado escrito de alegaciones en el que muestra su disconformidad con las alegaciones presentadas por TESAU en su recurso de reposición, y solicita que se desestime íntegramente el mismo.

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

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Calificación

El artículo 107.1 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones y los actos de trámite cualificados 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 potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

La entidad 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 LGTel³, las resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede calificar el escrito presentado como recurso de reposición, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC.

SEGUNDO.- Legitimación de la entidad recurrente

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado 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 derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.

La entidad recurrente ostenta la condición de interesado en el presente recurso por cuanto la Resolución impugnada tiene incidencia en sus derechos e intereses legítimos.

TERCERO.- Admisión a trámite.

³ Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (LGTel).



El recurso de reposición ha sido interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117.1 de la LRJPAC y cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la misma Ley, por lo que debe entenderse interpuesto en tiempo y forma, procediendo su admisión a trámite.

CUARTO.- Competencia y plazo para resolver

La competencia para resolver el presente procedimiento corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por ser el órgano que dictó el acto impugnado.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 117.2 de la LRJPAC, los recursos deben ser resueltos y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente al de su recepción. Tal y como prevé el artículo 43.2 de la misma Ley, 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.

II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Sobre los motivos de nulidad alegados en el recurso de reposición

TESAU alega que el cambio de criterio que se ha producido en la resolución del Consejo de esta Comisión con respecto al informe de los servicios realizado en el trámite de audiencia adolece de falta de motivación, lo que supone por un lado la vulneración del artículo 54 de la LRJPAC que establece la necesidad de motivar los actos administrativos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos, y por otro lado la del artículo 62.1.a) al entender que la falta de motivación le produce indefensión.

Insiste la entidad recurrente, en que la fecha de 1 de febrero no es adecuada ya que no es más que la fecha en la que se presentó el conflicto de interconexión, habiendo existido anteriormente contactos entre ambos operadores en relación a la necesidad de modificar las tarifas. Según TESAU, es el día 30 de diciembre la fecha en la que se ha *“acreditado ante los operadores el quebranto económico que le estaba produciendo la prestación del servicio y, por lo tanto, debe ser a partir de esta fecha, como mínimo, en la que se proceda a la regularización de esta situación”*.

En atención a lo anterior, la resolución del presente recurso debe girar en torno al análisis de la exigencia de motivación que reclama TESAU, para que sea procedente el cambio de criterio en la resolución definitiva del procedimiento con respecto a la opinión expresada por los servicios en el informe emitido en el trámite de audiencia, cuestión, por otro lado, profusamente debatida y resuelta por esta Comisión en resoluciones anteriores.

El informe elaborado por los Servicios de esta Comisión que se pone de manifiesto en el trámite de audiencia únicamente constituye un trámite de puesta en conocimiento de los interesados del criterio provisional de los Servicios sobre el resultado de la tramitación del expediente, que ni tiene por qué ser el criterio definitivo de los Servicios, pues las alegaciones a dicho trámite pueden cambiar el criterio comunicado ni, en última instancia, tienen que constituir el criterio final de esta Comisión, que se expresa mediante decisión del Consejo, y mediante la correspondiente resolución.

En consecuencia, no nos encontramos ante un trámite preceptivo (se podría dar trámite de alegaciones al interesado con puesta de manifiesto del expediente, sin pronunciamiento inicial de los servicios, como prevé el art. 84 de la LRJPAC), ni por su puesto vincula al Consejo de la Comisión, único órgano legitimado –sin perjuicio de las delegaciones existentes- para decidir en nombre de esta Comisión los asuntos de su competencia reguladora.



Este carácter no preceptivo ni vinculante de los informe aludidos ha sido confirmado por la Audiencia Nacional en su Sentencia de 30 de julio de 2005 (RJCA 2006/26), estando plenamente admitido el cambio de criterio en la resolución del procedimiento sin necesidad de motivar el mismo.

La ausencia de la irregularidad formal alegada por TESAU supone automáticamente la inexistencia de indefensión, pues la entidad recurrente vincula la vulneración de este derecho constitucional al hecho de que no haya podido conocer la fundamentación de la resolución.

Cabe distinguir, no obstante, entre la necesidad de motivar el cambio de criterio, que como hemos señalado no resulta exigible, y la necesidad de motivar la decisión adoptada en la resolución. En este último caso, de no existir tal motivación sí podría producirse una irregularidad procedimental. Pues bien, esta Comisión considera que la decisión de tomar el día 1 de febrero de 2010 como fecha para aplicar el modelo de facturación y precios propuesto por TESAU está suficientemente motivada en la resolución de fecha 7 de diciembre de 2010, si tenemos en cuenta que la jurisprudencia no exige una amplia motivación para justificar las decisiones adoptadas en las resoluciones ya que *“la brevedad de los términos y la concisión expresiva de un acto administrativo no puede confundirse con su falta de motivación”*⁴.

En cualquier caso, ni siquiera se observa brevedad en la Resolución a la hora de motivar la fecha objeto de controversia, ya que la misma emplea 8 páginas (apartados Séptimo y Octavo de los fundamentos de derecho) para justificar la fecha para aplicar el modelo de facturación y precios, y en consecuencia la devolución a favor de LEAST COST de las cantidades retarificadas desde julio de 2009.

La Resolución señala que los nuevos precios deben ser efectivos a partir de la fecha en la que se entiende que concluyeron las negociaciones entre ambos operadores sobre las condiciones económicas del referido servicio. Esto es, la fecha de presentación del conflicto ante esta Comisión.

Como bien motiva la Resolución si bien a efectos de su inclusión en el AGI, el servicio de tránsito a 902 desde internacional se entiende que debe ser tratado como un servicio nuevo, no hay que olvidar que el mismo se venía prestando tácitamente por TESAU con anterioridad a la propuesta de modificación del modelo de facturación mediante acuerdo verbal. Por ello, la modificación de las condiciones económicas del servicio debía regirse por las reglas de revisión del Acuerdo previstas en la cláusula 15.6 del mismo.

“a) Las partes se comprometen a negociar de buena fe, respondiendo pronta y constructivamente a las propuestas respectivas, y a tratarse recíprocamente de modo no discriminatorio y no exclusivo. (...)

d) Durante el desarrollo del proceso de negociación para la revisión del Acuerdo, se entenderá prorrogada provisionalmente en todo caso la vigencia de éste, salvo acuerdo de las partes en contrario”.

Pues bien, en aplicación de dichas reglas, en tanto que no hubo pacto en contra, los antiguos precios de interconexión debieron regir provisionalmente mientras duró la negociación de la modificación del AGI entre ambas partes. Esta negociación concluyó el día 1 de febrero de 2010, fecha en la que LEAST COST presentó ante esta Comisión el conflicto de interconexión.

⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 1998 (RJ 1998/819)



No parece, por tanto, que tomar el día 30 de diciembre de 2009 como fecha propuesta por TESAU en su recurso para aplicar los nuevos precios sea ajustado al AGI. Según queda acreditado en la Resolución recurrida esta es la fecha en la que TESAU comunicó a LEAST COST la aplicación unilateral y retroactiva de los nuevos precios, por lo que hasta esa fecha ni siquiera se habían iniciado entre ambas partes las negociaciones necesarias para la modificación de las condiciones que regían en ese momento su relación contractual.

En atención a lo anterior, esta Comisión debe desestimar el recurso de reposición interpuesto por TESAU, ya que no se aprecian las causas de nulidad alegadas. No se aprecia ausencia de motivación, por cuanto en el caso del cambio de criterio en la resolución definitiva con respecto al informe de los servicios no resulta necesaria, y en la decisión de tomar como fecha el día 1 de febrero de 2010, que sí requiere justificación, la resolución es extensa. En consecuencia, tampoco existe la indefensión alegada por TESAU.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión,

RESUELVE

Primero.- Desestimar el recurso de reposición interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. contra la resolución de fecha 7 de diciembre de 2010 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 los precios del servicio de tránsito en llamadas con origen internacional y con destino a numeración 902 (RO 2010/253).

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 mediante Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007 (BOE núm. 27, de 31 de enero de 2008), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a 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 48.17 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, 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 Vicepresidente, Marcel Coderch Collell (P.S. art. 39 R.D. 1994/1996 de 6 septiembre, B.O.E. de 25 de septiembre de 1996).