



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 número 35/09 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 22 de octubre de 2009, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

Resolución relativa al recurso de reposición interpuesto por la entidad Renaissance Ventures, S.L., contra la Resolución de fecha 23 de junio de 2009 por la que se da contestación a la consulta planteada por dicha entidad en materia de obligaciones de interconexión y acceso (AJ 2009/1326).

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Escrito del Secretario de la Comisión de fecha 23 de junio de 2009 por el que se da contestación a la consulta planteada por Renaissance Ventures, S.L.

Con fecha 23 de agosto de 2009, el Secretario de la Comisión contestó a la consulta formulada por la entidad Renaissance Ventures, S.L (en adelante, RV) en relación con determinados extremos relativos a la interpretación y aplicación del AGI firmado con Telefónica de España, S.A.U (en adelante, Telefónica), en los siguientes términos:

“...RV solicita que la Comisión se pronuncie acerca de la metodología a seguir para la revisión retroactiva de precios ordenada por esta Comisión conforme a las condiciones establecidas en la OIR 2000 y 2001.

A este respecto, cabe indicar que, con fecha 10 de septiembre de 2003, RV planteó un conflicto de interconexión contra TESAU en relación con las diferencias existentes entre ambos operadores para efectuar la consolidación del tráfico de interconexión cursado entre ellos, así como con la correlativa facturación y pago del mismo (RO 2003/1322).

La Resolución de fecha 27 de enero de 2005, que puso fin al citado expediente, concluyó que hasta noviembre de 2002 TESAU había facturado correctamente. En concreto, el Resuelve Primero de la citada Resolución declaraba que “con anterioridad a noviembre de 2002, TESAU había facturado correctamente. En concreto, el Resuelve Primero de la citada Resolución declaraba que “con anterioridad a noviembre de 2002 Telefónica de España, S.A.U. facturó a Redes y Servicios Liberalizados, S.L. utilizando correctamente sólo sus datos de tráfico”. Es decir en la citada Resolución se concluyó que las deudas reclamadas con anterioridad a noviembre de 2002, entre las que se incluían las referidas a las regularizaciones de la OIR 2000 Y 2001 objeto de consulta, eran improcedentes. La citada Resolución no fue recurrida por la entidad RV.



Asimismo, esta cuestión también ha sido resuelta por la Jurisdicción Civil tanto en primera instancia por el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Madrid, como en segunda instancia por la Audiencia Provincial de Madrid. En ambas instancias, los órganos judiciales desestimaron la pretensión de RV respecto de las cantidades objeto de la presente consulta.

Por tanto, en base a todo lo anterior, cabría entender que el derecho de crédito a favor de RV como consecuencia de la incorrecta regularización de las OIR 2000 y 2001 por parte de TESAU en una cuestión ya resuelta tanto por esta Comisión como por la jurisdicción civil, con lo cual esta Comisión no estima procedente volver a pronunciarse sobre la misma”.

SEGUNDO.- Recurso de reposición interpuesto por la entidad RV contra el escrito del Secretario de fecha 23 de junio de 2009.

Con fecha 5 de agosto de 2009 tuvo entrada en el Registro de la Comisión escrito presentado por el representante legal de RV, por el que interpone recurso potestativo de reposición contra el escrito del Secretario de la Comisión de fecha 23 de junio de 2009 citado anteriormente.

El recurso de reposición se interpuso sobre la base de los siguientes motivos:

1º) Las cuestiones planteadas en la consulta no fueron resueltas en el conflicto de interconexión tramitado bajo el número de expediente RO 2003/1322.

2º) Los pronunciamientos efectuados por los órganos judiciales civiles en relación con la cuestión de la metodología para la revisión retroactiva de precios conforme a las condiciones establecidas en las OIR 2000 y 2001 no impiden a la Comisión pronunciarse sobre dicha materia, ni tampoco vinculan a la Comisión.

3º) La Comisión debería resolver sobre el fondo las cuestiones planteadas en la consulta, de conformidad con los argumentos que se contienen en el escrito de RSL de 26 de marzo de 2009, y con los precedentes y criterios ya establecidos por la Comisión.

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

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación del escrito presentado por RV.

El artículo 107.1 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones y determinados 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.

Asimismo, 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 recurrente califica su escrito como recurso de reposición, y si bien no alude expresamente a los motivos de nulidad o anulabilidad establecidos en los artículos mencionados, la entidad recurrente señala que es deber de la Comisión dar contestación a la consulta formulada en virtud de lo dispuesto en el artículo 42 de la LRJPAC.

En la medida en que la falta de contestación a una consulta de un operador por parte de esta Comisión podría conllevar el incumplimiento, tanto de la normativa administrativa como de la específica de telecomunicaciones, la misma podría ser determinante de la anulabilidad del escrito de fecha 23 de junio de 2009.

Teniendo en cuenta, por tanto, el principio antiformalista que rige la actividad administrativa, la impugnación del escrito del Secretario cumpliría con el requisito establecido en el artículo 107.1 de la LRJPAC, relativo a la invocación de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

Por ello, procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, calificar el escrito presentado como recurso potestativo de reposición que se interpone contra el escrito del Secretario de fecha 23 de junio de 2009.

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 recurrente ostenta la condición de interesada por cuanto que es la entidad que formuló la consulta cuya contestación ha sido objeto de impugnación. En atención a lo anterior, se reconoce legitimación activa a la recurrente para la interposición del recurso potestativo de reposición.

TERCERO.- Competencia para resolver.

Mediante Resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 8 de mayo de 2008¹ se acordó (Resuelve Segundo, letra a) delegar en el Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones *“la adopción de los actos de instrucción o trámite, cualificados o no, que deban adoptarse en el curso de los expedientes administrativos tramitados en la Comisión, con excepción de los siguientes:*

Las resoluciones por las que se dé por finalizado cualquier procedimiento.

Los actos que pongan fin a un período de información previa.

Los actos en los que se acuerde el inicio de un procedimiento administrativo sancionador por infracciones graves y muy graves.

Los actos en los que se adopten medidas cautelares.”

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.4 de la LRJPAC los actos aprobados por delegación se considerarán dictados por el órgano delegante, por lo que el escrito del Secretario de fecha 23 de junio de 2009 por el que se daba contestación a la consulta de RV, debe considerarse dictado por el Consejo de la Comisión.

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

¹ BOE número 142 de 12 de junio de 2008, páginas 27001 a 27004.



CUARTO.- Inadmisión a trámite del recurso interpuesto por RV.

Básicamente, los motivos de impugnación alegados por la recurrente giran en torno a que la Comisión debería haberse pronunciado sobre el fondo de las cuestiones planteadas en la consulta ya que, contrariamente a lo expuesto en el escrito del Secretario de fecha 23 de junio de 2009, tales cuestiones no fueron resueltas en la Resolución de fecha 27 de enero de 2005 que resolvió el conflicto de interconexión con Telefónica en relación con los procedimientos de consolidación, facturación y regularización, tramitado bajo el número de expediente RO 2003/1322.

Señala RV que el objeto de la consulta formulada por la entidad era diferente del objeto del conflicto resuelto por la Comisión en fecha 27 de enero de 2005. A su entender, el conflicto tenía por objeto la aplicación del procedimiento de consolidación automática y resolución de discrepancias por máximos, con carácter retroactivo, a partir del 21 de agosto de 2002. Sin embargo, la consulta se refería a la metodología para la revisión retroactiva de precios derivada de las OIR 2000 y 2001. Por tanto, según RV, además de tener objetos diferentes, el conflicto y la consulta se refieren a períodos diferentes, ya que los períodos relevantes en ésta son anteriores al 21 de agosto de 2002.

Compartimos la afirmación de la recurrente, consistente en la obligación de esta Comisión de contestar a las consultas que les formulen los operadores, ya que, aunque la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones no aluda expresamente a la resolución de consultas como una de las funciones que debe ejercer la Comisión, en su artículo 48.3 m) se señala que le corresponderán, además de las enumeradas en dicho apartado, *“cualesquiera otras que legal o reglamentariamente se le atribuyan o que le encomienden el Gobierno o el Ministerio”*. En este sentido, el artículo 29.2 a) del Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, Reglamento de la Comisión) establece que corresponde a ésta *“resolver las consultas que puedan formularle los operadores de redes y servicios de telecomunicaciones y las asociaciones de consumidores y usuarios de estos servicios”*.

Asimismo, el artículo 42.1 de la LRJPAC establece la obligación de la Administración de dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación.

Como sucede en otros ámbitos de la Administración, como es el caso de la tributaria, la resolución de consultas constituye una garantía de seguridad jurídica para los ciudadanos², ya que en la mayoría de ellas se establecen criterios de interpretación de las normas a las que éstos se encuentran vinculados.

Dicho esto, debe señalarse, en particular, en relación con las consultas a las que se refiere el artículo 29.2 a) del Reglamento de la Comisión, que el citado precepto no contiene un deber ilimitado de contestación a cualesquiera cuestiones que se planteen por los operadores.

El contenido de tal obligación ha sido concretado en múltiples resoluciones de la Comisión, debiendo destacarse, a los efectos que aquí interesan, que las consultas a las que se refiere el artículo 29.2 a) del Reglamento de la Comisión pueden referirse a los siguientes ámbitos:

- las normas que han de ser aplicadas por la Comisión;
- los actos y disposiciones dictados por la Comisión;
- las situaciones y relaciones jurídicas sobre las cuales ha de ejercer sus competencias la Comisión.

² Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 10 de marzo de 2005 (JUR 2005/208648).



En el caso concreto de la consulta formulada por RV, que fue contestada mediante escrito del Secretario de la Comisión de fecha 23 de junio de 2009, la misma hacía referencia, según la recurrente, a la metodología de la “facturación aperiódica” resultante de la aplicación retroactiva de las OIR 2000-2001, por lo que tratándose de cuestiones relativas a actos y disposiciones dictados por la Comisión (Resoluciones de fechas 25 de mayo de 2000 y 9 de agosto de 2001) podría entenderse, en principio, que deberían ser objeto de contestación a través de la resolución de la consulta planteada.

Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que las consultas formuladas por los operadores deben constituir un instrumento adecuado para obtener de la Comisión una interpretación tanto de normas como de actos y disposiciones de la Comisión, sin desvirtuar la naturaleza de las consultas a través de su utilización para lograr un pronunciamiento de la Comisión que produzca efectos jurídicos directos en la esfera de los operadores, no sólo del operador consultante sino también de otros operadores que pudieran verse afectados por su resolución.

Como señaló la Audiencia Nacional en Sentencia de fecha 31 de octubre de 2005, recaída en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un operador contra la Resolución de esta Comisión de fecha 6 de junio de 2002 relativa a la consulta planteada por diversos operadores sobre la adecuación de un pliego de concurso para la contratación de un servicio de telecomunicaciones en la Universidad de Oviedo, la consultas no tienen carácter resolutorio, sino que *“con base en el resultado de la “consulta” las partes pueden ordenar sus relaciones jurídicas”*³

Analizadas las cuestiones formuladas por RV se comprobó, en virtud de la previsión contenida en el artículo 27.1 del Reglamento de Régimen Interior⁴, que los servicios podían contestar directamente a las preguntas planteadas por la recurrente a través de un escrito del Secretario, ya que se trataba de cuestiones que podían responderse sobre la base de criterios ya establecidos por el Consejo.

No se dio respuesta a las cuestiones de fondo porque, como bien se señalaba en dicho escrito, las regularizaciones de la OIR 2000 y 2001 objeto de la consulta se referían a deudas sobre las que se pronunció la Resolución de fecha 27 de enero de 2005, relativa al conflicto existente con Telefónica, y respecto de las cuales se señaló en aquella Resolución que eran improcedentes.

Resulta cierto que tales regularizaciones hacían referencia a deudas reclamadas con anterioridad a noviembre de 2002, como señala la recurrente, pero no que el objeto del conflicto versara únicamente sobre las cantidades debidas con posterioridad a dicha fecha. De ahí que el Resuelve Primero de la Resolución declarara que *“con anterioridad a noviembre de 2002 Telefónica de España, S.A.U. facturó a Redes y Servicios Liberalizados, S.L. utilizando correctamente sólo sus datos de tráfico”*.

Se desprende, por tanto, del pronunciamiento contenido en el Resuelve Primero de aquella Resolución que Telefónica había facturado correctamente sus servicios a RV con anterioridad a noviembre de 2002, sin que pueda darse favorable acogida a la alegación de la recurrente según la cual *“tampoco es correcto afirmar que del Resuelve Primero de la Resolución de 27 de enero de 2005 pueda concluirse que todas las deudas reclamadas con anterioridad a noviembre de 2002 por RSL sean improcedentes. El Resuelve Primero se extiende a las cuestiones que fueron objeto de debate en el procedimiento RO 2003/1322: la aplicación retroactiva, con efectos a partir del 21*

³ Sentencia de fecha 31 de octubre de 2005, recaída en el recurso número 1134/2002.

⁴ Resolución de 20 de diciembre de 2007, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por la que se publica el texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión (BOE núm. 27, de 31 de enero de 2008).



de agosto de 2002, del procedimiento de consolidación automática y resolución de discrepancias por máximos.

En cualquier caso, de haber considerado la ahora recurrente que el conflicto planteado no versaba sobre las cantidades facturadas con anterioridad a noviembre de 2002, debió plantear recurso contra aquella Resolución.

En relación con el motivo de impugnación invocado por RV relativo a que los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales civiles no impiden a la Comisión resolver las cuestiones objeto de la consulta, debe señalarse que la referencia en el escrito del Secretario a los pronunciamientos del Juzgado de Primera Instancia nº 10 y de la Audiencia Provincial de Madrid, no implica que tales pronunciamientos fueran el motivo determinante por el cual no se dio contestación a las cuestiones formuladas en la consulta de RV, sino que venía a poner de manifiesto que tales cuestiones eran relativas a deudas sobre las que existía desacuerdo entre las partes y cuyo conocimiento fue sometido a los tribunales.

En todo caso, las partes podían haber recurrido la Resolución de 27 de enero de 2005 si no estaban conformes con los términos de la misma debiendo reiterarse que no era la resolución de la consulta el cauce adecuado para obtener el pronunciamiento pretendido.

Como se ha dicho, la contestación de consultas no tiene carácter resolutivo y ello determina, según se expone en la Sentencia anteriormente citada, *“la innecesariedad de dar audiencia a posibles afectados por la consulta en el procedimiento interno de su emisión a tenor del artículo 84 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común”*.

Tampoco la vía del presente recurso resulta adecuada para el pronunciamiento pretendido por la recurrente, teniendo en cuenta que el escrito del Secretario de fecha 23 de junio de 2009 ni tiene carácter resolutivo ni tampoco se considera acto de trámite cualificado en el sentido del artículo 107.1 de la LRJPAC.

Como se señala en la misma Sentencia citada, *“en realidad la consulta no constituye un acto administrativo de carácter resolutivo ni se integra en un iter procedimental que permita su calificación como acto de trámite de carácter preceptivo. No constituye pues un acto administrativo recurrible”*.

Por todo cuanto antecede, esta Comisión

RESUELVE

ÚNICO.- Inadmitir a trámite el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad Renaissance Ventures, S.A. contra la Resolución de fecha 23 de junio de 2009, por la que se resuelve la consulta formulada por dicha entidad sobre la metodología para la revisión retroactiva de precios derivada de las OIR 2000 y 2001.

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



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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, 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, Ignacio Redondo Andreu, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.