



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 26/12 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 5 de julio de 2012, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución por la que se pone fin al periodo de información previa iniciado como consecuencia del escrito de denuncia presentado por Telefónica de España, S.A.U contra Colt Telecom España, S.A. por el presunto incumplimiento de la Resolución de 10 de noviembre de 2005 (RO 2012/591).

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 10 de noviembre de 2005 el Consejo de esta Comisión aprobó la Resolución del conflicto de interconexión presentado por Colt Telecom España, S.A. (en adelante, Colt) frente a Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) sobre la devolución de las cantidades reclamadas por los abonados de este último operador que efectúan llamadas de tarificación adicional¹.

En dicha Resolución se acordó resolver lo siguiente:

*“**ÚNICO.-** COLT deberá hacer frente al pago a TESAU de la componente de valor añadido de las llamadas de tarificación adicional que son objeto del presente conflicto, previo desglose por TESAU de dicha componente”.*

SEGUNDO.- El 18 de marzo de 2006 Colt interpuso un recurso de reposición contra la Resolución de 10 de noviembre de 2005, que dio lugar a la aprobación de la Resolución de 1 de junio de 2006². Esta resolución anuló parcialmente la resolución recurrida y acordó lo siguiente:

*“**Único.-** Estimar parcialmente el recurso potestativo de reposición interpuesto por Colt Telecom España, S.A. contra la Resolución de fecha 10 de noviembre de 2005, por la que se resuelve el conflicto de interconexión presentado por dicha entidad frente a Telefónica de España, S.A.U., sobre devolución de las cantidades reclamadas por los abonados de este último operador que efectúan llamadas de tarificación adicional, en los siguientes términos:*

¹ RO 2005/438

² AJ 2005/1724



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Colt Telecom España, S.A. no vendrá obligada a restituir a Telefónica de España, S.A.U. las cantidades reclamadas por ésta como consecuencia de las devoluciones solicitadas por los abonados en ejercicio de su derecho reconocido en la Orden PRE/361/2002 en el marco del conflicto al que se refiere la presente Resolución”.

TERCERO.- Telefónica interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional (en adelante, AN) contra las resoluciones de 10 de noviembre de 2005 y 1 de junio de 2006. Este órgano judicial, el 10 de octubre de 2008, dictó sentencia con el siguiente fallo:

“PRIMERO.- Rechazar la causa de inadmisibilidad alegada por el demandado.

SEGUNDO.- ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo formulado por la entidad “TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.” contra las resoluciones de fecha 10 de noviembre de 2005 y 1 de junio de 2006, a que las presentes actuaciones se contraen, que anulamos con el sentido y alcance razonados, esto es en orden a reconocer a TESAU a repercutir a COLT el importe correspondiente a la componente de tarificación adicional de las llamadas realizadas por los abonados a los números de tarificación adicional asignados a COLT a que el recurso se refiere.

TERCERO.- No formular expreso pronunciamiento sobre las costas producidas”.

CUARTO.- La citada sentencia de la AN fue recurrida en casación tanto por esta Comisión como por Colt ante el Tribunal Supremo (en adelante, TS). Este órgano judicial, tras analizar la sentencia de la AN y transcribir los pronunciamientos de una sentencia precedente de este Tribunal sobre un caso análogo al discutido³, en su Sentencia de 31 de mayo de 2011, falló no haber lugar y, por tanto, desestimar ambos recursos de casación.

QUINTO.- Con fechas 20 de febrero y 15 de marzo de 2012 Telefónica presentó dos escritos ante el Registro de esta Comisión por los que interpone una denuncia contra Colt por la que le acusa de incumplir la Resolución aprobada por esta Comisión el 10 de noviembre de 2005.

Telefónica alega que, tras la sentencia aprobada por el TS y tras múltiples requerimientos, Colt no ha procedido al pago de las componentes de valor añadido de las llamadas efectuadas por los usuarios de Telefónica que solicitaron a esta operadora su devolución. El importe total que Colt debe a Telefónica asciende a **[CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** euros.

Por todo ello, Telefónica solicita a esta Comisión que se exijan las responsabilidades que hayan dado lugar el incumplimiento de Colt y que se hagan los apercibimientos pertinentes para que se pague a Telefónica la cantidad reclamada.

SEXTO.- En virtud de lo establecido en los artículos 69.2 y 78.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), mediante sendos escritos del Secretario de esta Comisión de fecha 29 de marzo de 2012 se notificó a Telefónica y Colt el inicio de un periodo de información previa, con el fin de conocer con mayor detalle los hechos puestos de manifiesto por Telefónica y la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento.

SÉPTIMO.- Con fechas 12, 20 y 26 de abril de 2012, se recibió en el Registro de esta Comisión sendos escritos de los operadores Telefónica y Colt dando contestación al inicio

³ Sentencia de 13 de abril de 2011 (RJ/2001/3211).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

del periodo de información previa y al requerimiento de información realizado por el Secretario de esta Comisión.

OCTAVO.- Mediante escritos de fechas 17 y 24 de mayo y 12 de junio de 2012 Telefónica y Colt presentaron documentación complementaria a la ya aportada al expediente.

A los anteriores Antecedentes de Hecho le son de aplicación los siguientes

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

En relación con la solicitud presentada por Telefónica, las competencias de esta Comisión para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial.

El artículo 48.3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (LGTel) establece que *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora y en el apartado 1 del artículo 10 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, la resolución de conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos.”*

Asimismo, el artículo 48.4 de la LGTel, en relación con las materias de telecomunicaciones reguladas en la citada Ley, señala que esta Comisión ejercerá, entre otras, *“j) el ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos por esta ley”*.

En este sentido, el artículo 53 de la misma Ley establece, en su letra r), que será infracción muy grave *“El incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes”*.

Por último, la Disposición adicional sexta regula la habilitación de esta Comisión para establecer multas coercitivas con la finalidad de asegurar el cumplimiento de las resoluciones que dicte, en los términos previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Esta disposición adicional establece que:

- el importe diario de las multas coercitivas podrá alcanzar desde los 100 hasta los 10.000 euros,
- dichas multas coercitivas serán independientes de las sanciones que puedan imponerse con tal carácter y compatibles con ellas, y
- el importe de las multas coercitivas previstas en esta disposición se ingresará en el Tesoro Público.

El escrito presentado por Telefónica ha puesto en conocimiento de esta Comisión que Colt podría estar incumpliendo la Resolución de 10 de noviembre de 2005, escrito que, de conformidad con el artículo 11 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la



Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, aplicable a los procedimientos sancionadores tramitados por esta Comisión, ha de calificarse como una denuncia.

En consecuencia, en aplicación de los anteriores preceptos, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene competencia para conocer sobre la conducta de Colt anteriormente mencionada y decidir sobre la iniciación o no del correspondiente procedimiento administrativo sancionador, así como acerca del apercibimiento de una multa coercitiva que asegure el cumplimiento de la precitada Resolución de 10 de noviembre de 2005, que goza del carácter de cosa juzgada tras la Sentencia del TS de 31 de mayo de 2011.

Con este fin, esta Comisión abrió el presente expediente de información previa. A este respecto, el artículo 69.2 de la LRJPAC dispone que, con anterioridad al acuerdo de iniciación, el órgano competente podrá abrir un periodo de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento.

La razón de ser del trámite de información previa no es otra que evitar los inconvenientes que la simple apertura de un procedimiento puede causar a los afectados. El trámite de diligencias previas responde a razones elementales de prudencia, tratando de evitar la precipitación a la hora de acordar la apertura de un procedimiento que nunca debió iniciarse por carecer de base suficiente. Lo anterior cobra aún más importancia en el caso de los procedimientos sancionadores por cuanto éstos inciden directamente en el ámbito moral de la persona imputada.

SEGUNDO.- Sobre las resoluciones de 10 de noviembre de 2005 y 1 de junio de 2006, así como sobre las sentencias de la AN y el TS.

Debido a que son diversos los actos administrativos y judiciales que son fundamento de la presente denuncia, conviene examinar con más detalle dichos antecedentes antes de entrar a analizar las alegaciones de Colt sobre el inicio de este expediente y valorar la información obtenida, durante este periodo de información previa, en relación con la presunta conducta infractora de Colt.

- **Resolución de 10 de noviembre de 2005.**

Como ya se ha anticipado en el Antecedente de hecho primero, el 10 de noviembre de 2005 esta Comisión aprobó la Resolución que puso fin al conflicto de interconexión presentado por Colt frente a Telefónica sobre la devolución de las cantidades reclamadas por los abonados de este último operador que efectúan llamadas de tarificación adicional.

El origen del conflicto residió en una carta de Telefónica, de 31 de enero de 2005, en la que solicitaba a Colt la devolución de los importes correspondientes a determinadas llamadas realizadas a servicios de tarificación prestados a través de su numeración, que los abonados habían reclamado a Telefónica, procediendo Telefónica a devolvérselas. Algunas de dichas llamadas habían sido cursadas con anterioridad al 1 de abril de 2004.

Estas llamadas habían sido facturadas y consolidadas por los operadores según el modelo de acceso⁴ regulado en la OIR de 2003 de Telefónica así como por el procedimiento

⁴ Siguiendo este modelo de facturación la cadena de pagos es la siguiente:

- Retribución del operador de acceso (Telefónica): Servicio de acceso + Servicio de facturación y gestión de cobro al cliente.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

recogido, en dicho momento, en la Resolución de 26 de febrero de 2004 de esta Comisión, en la que se reguló del Plan de Migración al nuevo modelo de interconexión para la gestión de los pagos e impagos de los servicios de tarificación adicional, que consistía en no facturar y consolidar entre los operadores la componente de valor añadido de las llamadas efectuadas a los servicios de tarificación adicional hasta que Telefónica no hubiera cobrado esa componente de sus abonados o bien resultara finalmente impagada por éstos⁵.

Tras la solicitud de devolución cursada por los abonados a Telefónica de las llamadas a servicios de tarificación adicional, esta operadora, debido a que no giraba una factura debidamente desglosada haciendo figurar expresamente para estas llamadas la parte correspondiente al servicio telefónico soporte y la componente de valor añadido, les devolvió a sus abonados el importe total de estas llamadas.

A este respecto, las Órdenes PRE/361/2002 y 2410/2004 establecían la obligación de los operadores de acceso al servicio público telefónico a presentar a los abonados facturas desglosadas en conceptos independientes por cada uno de los servicios facturados donde figuren de forma separada la parte correspondiente al servicio de telecomunicaciones, esto es, la parte relativa al servicio telefónico disponible al público, de la parte correspondiente a los servicios de información o comunicación. Asimismo, dichas órdenes regulaban el derecho del abonado al servicio telefónico a impagar o solicitar la devolución de la componente de valor añadido correspondiente a las llamadas efectuadas a los servicios de tarificación adicional.

Dados los hechos expuestos y la normativa reguladora al respecto, esta Comisión consideró que Telefónica no debió devolver el importe total de las llamadas sino sólo la parte correspondiente a la componente de valor añadido. Además, debido a que Telefónica tardó más de un año en comunicar a Colt las devoluciones efectuadas a sus abonados, se imputó a esta operadora una aparente falta de diligencia que le compete en calidad de mandatario que podía haber producido un perjuicio a Colt para la repercusión de las cantidades reclamadas a sus prestadores de servicios de tarificación adicional.

Sin embargo, puesto que estos perjuicios no fueron acreditados por Colt a lo largo del procedimiento esta Comisión estimó resolver que Colt debía hacer frente al pago a Telefónica únicamente de la componente de valor añadido de las llamadas de tarificación adicional objeto de conflicto, previo desglose por parte de Telefónica de dicha componente.

- **Resolución de 1 de junio de 2006.**

Con fecha 16 de diciembre de 2006 Colt interpuso ante esta Comisión un recurso de reposición contra la Resolución de 10 de noviembre de 2005, basado en los siguientes argumentos:

- La obligación de los operadores de desglosar las facturas así como el derecho de los abonados a solicitar la devolución de la componente de valor añadido de las llamadas efectuadas a los servicios de tarificación adicional no se encontraban

- Retribución del operador de red inteligente (Colt): Precio minorista del llamante - Servicio de acceso - Servicio de facturación y gestión de cobro al cliente.

Este importe cubre el servicio telefónico soporte de terminar la llamada en su red más la componente de valor añadido por los servicios de tarificación adicional prestados.

⁵ Este sistema se encuentra actualmente regulado en la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica de julio de 2010 (OIR 2010) en su apartado 6.5.4. "Procedimiento de pagos entre operadores de acceso y operadores de tarificación adicional".



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

recogidos en la Orden PRE/361/2002, sino que se introdujo por primera vez como novedad en la Orden PRE/2410/2004.

Por ello, el reconocimiento por la Comisión del derecho de Telefónica a reclamar al operador de red inteligente las cantidades previamente abonadas a los usuarios, como consecuencia de sus solicitudes de devolución formuladas con anterioridad a la entrada en vigor de la Orden PRE/2410/2004, conlleva a su aplicación retroactiva lo que vulnera el principio de irretroactividad de las normas jurídicas contemplado en el artículo 2.3 del Código Civil (en adelante, C.C.).

- En relación con el tiempo transcurrido entre la realización de las llamadas objeto de conflicto y la comunicación de Telefónica a Colt, acerca de la repercusión de su devolución a los abonados, debería de aplicarse el plazo establecido en la OIR 2005, aprobada el 23 de noviembre, la cual fija el plazo de seis meses para perseguir el cobro y comunicar al operador interconectado, en el mes siguiente a dicho plazo, el impago producido. De este modo, respecto de las llamadas susceptibles de devolución que no fueron comunicadas dentro del citado plazo, se determine la falta de legitimidad de Telefónica de reclamar a Colt la devolución de la componente de valor añadido de dichas llamadas.

Ante tales alegaciones esta Comisión consideró lo siguiente:

- El derecho del abonado a la devolución de las cantidades facturadas por los servicios de tarificación adicional no se introdujo como novedad en la Orden PRE/2410/2004 sino que el mismo ya se podía deducir inequívocamente de la Orden PRE/361/2002, por lo que no nos encontramos ante la aplicación retroactiva de la Orden PRE/2410/2004.

Asimismo, se señaló que la obligación de los operadores a llevar a cabo una facturación desglosada de los distintos servicios prestados ya se contemplaba en el artículo 57 Reglamento del Servicio Universal⁶ de 1998, posteriormente desarrollado por las ordenes antes citadas.

Por todo ello, Telefónica debió haber procedido a la devolución, no del importe íntegro correspondiente de las llamadas de tarificación adicional, sino sólo de la componente de valor añadido, quedando el operador de red inteligente obligado a hacer frente únicamente a aquella componente.

- En la Resolución recurrida solo se reconocía la falta de diligencia de Telefónica en su actuación. A este respecto se aludió al interés de los operadores sobre el establecimiento de un plazo máximo en el que Telefónica debe comunicar las devoluciones realizadas a los abonados.

Examinada la OIR 2003 y 2005 se observó que, si bien estas ofertas fijaban un plazo de seis meses para perseguir el cobro de los servicios y comunicar finalmente al operador interconectado, en el mes siguiente a dicho plazo, el impago producido, no mencionaban nada en relación con los supuestos de devolución.

No obstante, basándonos en criterios de proporcionalidad se consideró oportuno tratar las devoluciones del mismo modo que se tratan los impagos en dichas OIRs y, por tanto, determinar razonable que Telefónica en ese plazo de seis meses debió comunicar a Colt la devolución de las llamadas a sus abonados.

⁶ Reglamento aprobado por el Real Decreto 1736/1998, el 31 de julio.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por ello, esta Comisión imputó una falta de diligencia a Telefónica en su condición de mandatario al retrasar innecesariamente a más de seis meses, o a más de 1 año en algunos casos, la comunicación a Colt de las devoluciones efectuadas. Sin embargo, también se apuntó que la constatación y cuantificación de los eventuales perjuicios provocados a Colt por tal retraso en la comunicación de las devoluciones correspondían a la jurisdicción civil.

A la vista de todo ello, esta Comisión resolvió estimar parcialmente el recurso de Colt, reconociéndole la no obligación de restituir a Telefónica las cantidades reclamadas por esta operadora.

- **Sentencia de la AN de 10 de octubre de 2008.**

Telefónica decidió interponer recurso contencioso-administrativo contra ambas resoluciones, personándose como demandados tanto esta Comisión como Colt. Los motivos del recurso se centraron en la nulidad de la Resolución de 1 de junio de 2006 por considerarla contraria al ordenamiento jurídico en relación con las normas que rigen el mandato y con la doctrina del abuso del derecho.

A este respecto, la AN se pronunció en los siguientes términos:

- No puede calificarse de abuso de derecho la conducta de Telefónica de repercutir las devoluciones a Colt, ya que no se excedió de los límites que marca la norma puesto que no existe norma que determine que el plazo de comunicación de las llamadas sobre las cuales los abonados hayan solicitado su devolución es de seis meses. Existe un vacío en la regulación sectorial sobre este extremo.
- La Comisión no puede ampararse en criterios de proporcionalidad ni en analogía para fijar un plazo que no está establecido en la normativa aplicable al supuesto de autos. La Comisión “se mueve en el ámbito de las meras hipótesis al afirmar que a la entidad codemandada (Colt) se le ha impedido, en la práctica, toda posibilidad de reclamación sobre los proveedores de servicios de valor añadido. Así, ni siquiera se ha intentado acreditar la imposibilidad de que la entidad ahora codemandada pueda repercutir las cantidades reclamadas a los prestadores de servicios pues la posibilidad de accionar contra los mismos estará sometida a los plazos de prescripción establecidos en el Código Civil y en los contratos que tengan suscritos con los proveedores de servicios.”(subrayado nuestro)
- Se comparte la interpretación de la Comisión sobre que la obligación de desglose de las facturas y el derecho de los abonados a solicitar la devolución de las llamadas de tarificación adicional se deduce claramente de la Orden PRE/361/2002.

En base a todo ello, la AN ratificó el resuelve acordado por el Consejo de esta Comisión en la Resolución de 10 de noviembre de 2005 y falló: **“ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo formulado por la entidad “TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.” contra las resoluciones de fecha 10 de noviembre de 2005 y 1 de junio de 2006, a que las presentes actuaciones se contraen, que anulamos con el sentido y alcance razonados, esto es en orden a reconocer a TESAU a repercutir a COLT el importe correspondiente a la componente de tarificación adicional de las llamadas realizadas por los abonados a los números de tarificación adicional asignados a COLT a que el recurso se refiere”.** (subrayado nuestro)



- **Sentencia del TS de 31 de mayo de 2011.**

Tras la Sentencia de 10 de octubre de 2008, esta Comisión y Colt interpusieron recurso de casación contra la misma. Los motivos de recurso de ambas demandantes fueron:

- **CMT:** Infracción del artículo 11.4⁷ de la LGTel en relación con el artículo 8 de la Orden PRE/2410/2004, con los artículos 1.718, 1.179⁸ y 1.968⁹ del C.C. y 57¹⁰ y 252¹¹ del Código de Comercio.
- **Colt:** Infracción del artículo 2.3¹² del C.C. y las normas reguladoras del mandato y la comisión mercantil.

El TS fundamenta su decisión haciendo uso de otra sentencia del mismo Tribunal de 13 de abril de 2011¹³, que versaba sobre un supuesto similar al objeto de decisión, aunque haciendo las precisiones que fueron necesarias respecto de los motivos formulados por los demandantes.

Así, reproduciendo los fundamentos de dicha sentencia, el Tribunal comienza reconociendo que no es posible admitir que el derecho de Telefónica a repercutir al operador de red inteligente las cantidades devueltas a los abonados quedase abierto indefinidamente en el tiempo. Asimismo, acepta que Telefónica no fue todo lo diligente que hubiera debido ser al dejar transcurrir entre uno y tres años para reclamar dichas cantidades a Colt. Sin embargo, considera que ambas circunstancias no llevan consigo de forma automática la pérdida del derecho de Telefónica a repercutir a Colt.

En primer lugar, el TS señala que no puede aceptarse la aplicación al caso del plazo de prescripción de un año previsto en el artículo 1968.2 del C.C. El TS entiende que en este artículo no puede incardinarse *“el derecho reconocido normativamente en el marco de unas*

⁷ Este artículo ha sido recientemente modificado por el Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen las directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista, ampliando la capacidad de intervención de esta Comisión en las relaciones entre operadoras y empresas que se beneficien del acceso o la interconexión.

⁸ Artículos relativos a las obligaciones del mandato.

⁹ *“Prescriben por el transcurso de un año: 1. La acción para recobrar o retener la posesión. 2. La acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia, y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1.902, desde que lo supo el agraviado”.*

¹⁰ *“Los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueron hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones”.*

¹¹ *“El comisionista que, sin causa legal, no cumpla la comisión aceptada o empezada a evacuar, será responsable de todos los daños que por ello sobrevengan al comitente”.*

¹² *“Las Leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario”.*

¹³ El origen del recurso resuelto en esta sentencia fueron también dos resoluciones de esta Comisión, de 25 de mayo y 13 de diciembre de 2006, relativas al conflicto de interconexión entre Telefónica y Comunitel, sobre la devolución de las cantidades reclamadas por los abonados de Telefónica que efectúan llamadas a los servicios de tarificación adicional, así como al recurso de reposición contra la primera de las resoluciones.

En dichas resoluciones esta Comisión se pronunció en el mismo sentido a como lo hizo en las resoluciones objeto de este expediente.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

relaciones que si bien son entre particulares y quedan sometidas en lo substancial a criterios de derecho privado, están reguladas administrativamente -en concreto en el derecho de que se trata, por las citadas órdenes de Presidencia 361/2002 y 2410/2004- y en las que las partes están vinculadas por pactos contractuales de contenido en gran medida predeterminado por las referidas disposiciones". Es más, para el TS habría de estarse al plazo residual de quince años para las obligaciones personales que no tienen señalado plazo especial de prescripción -artículo 1.964 del C.C.-.

En segundo lugar, el Tribunal considera que la inexistencia de un plazo previsto con anterioridad al supuesto sobre el que versa el litigio. El TS siguiendo lo establecido por la AN argumenta que *"ante el silencio de las ordenes mencionadas y de la OIR de Telefónica no es posible exigir a esta operadora el ejercicio de su derecho de repercusión de las cantidades devueltas a los usuarios en un plazo relativamente breve como el de seis meses, ni por criterios de proporcionalidad ni por analogía con el plazo para la reclamación de Telefónica a los abonados morosos"*.

Y, en tercer lugar porque, tal y como se indicó en primera instancia, no se ha acreditado la imposibilidad de que el operador de red inteligente repercute a su vez las cantidades que le reclama Telefónica al prestador del servicio de tarificación adicional.

Así es, el TS apunta que *"si efectivamente el cumplimiento poco diligente de un derecho u obligación de una de las partes ocasiona perjuicios a otro de los sujetos intervinientes, dicha circunstancia habrá de ser tomada en consideración"*. Sin embargo, concluye que *"para anudar consecuencias perjudiciales al comportamiento poco diligente de Telefónica requiere como paso previo acreditar que esa actuación haya ocasionado daños efectivos y concretos a los restantes sujetos de las relaciones litigiosas, perjuicios que no se han probado tal como la Sala dice y ya hemos recordado antes.* (subrayado nuestro).

En virtud de ello, y en contestación a ambas codemandantes, el citado Tribunal reiterando lo establecido en Sentencia de 13 de abril de 2011, establece que, en definitiva, *"si Colt acreditase la imposibilidad de reclamar las cantidades a los proveedores de servicios de tarificación adicional como consecuencia de un retraso injustificado por parte de Telefónica en repercutirle las devoluciones efectuadas a los abonados a que haya tenido que hacer frente -como en hipótesis plantea la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones-, sin duda estaría habilitada para denegar a ésta las cantidades requeridas. Pero, tal como señala la Sala de instancia, no sin que dicha imposibilidad haya sido alegada y probada en concreto.*

Finalmente, resta comentar que este Tribunal rechaza, tal y como hizo la AN, el motivo esgrimido por Colt en relación con la aplicación retroactiva de la Orden PRE/2410/2004 en relación con el derecho de los abonados a solicitar la devolución de las llamadas a los servicios de tarificación adicional, al estimar que la Orden PRE/361/2002 ya reconocía tal derecho.

En conclusión, el TS de conformidad con sus fundamentos decidió en el fallo desestimar en su totalidad los recursos de casación interpuestos por esta Comisión y Colt contra la Sentencia de la AN, de 10 de octubre de 2008.

TERCERO.- Contestación a las alegaciones de Colt en relación con el inicio del presente expediente.

En su escrito de alegaciones, de 26 de abril de 2012, Colt manifiesta que no existe el incumplimiento de ningún tipo de Resolución de esta Comisión *"(por cuanto que no existe una Resolución a incumplir)"*, sino un conflicto legal aún vigente y que se está dirimiendo exclusivamente dentro del ámbito de la actuación de los Tribunales de Justicia.



Colt entiende que, si bien el TS ha dictado sentencia desestimando los recursos de casación, éste no reconoce a Telefónica un derecho absoluto a recibir la totalidad de la cantidad reclamada.

Para Colt la sentencia del TS no es ejecutiva sino declarativa de un derecho ya que indica que “a la hora de calcular la cuantía a la que TESAU tiene derecho, **habrá que respetar el derecho de Colt a devolver únicamente las cantidades que se hayan podido recuperar. Pero no se trata de ninguna afirmación nueva, sino que como dice el propio Tribunal Supremo, “reitera” lo ya manifestado en fase judicial anterior.**

Dicho de otra forma, dado que TESAU incurrió (tal y como se reconoce en el Expediente) en un retraso injustificado a la hora de repercutirle a Colt las devoluciones efectuadas a los usuarios su derecho de cobro queda limitado aquellos importes que Colt, a su vez, pueda recuperar de los proveedores de servicios de tarificación adicional”.

Por último, Colt considera que “**no ha lugar a la apertura de ningún procedimiento administrativo en sede de esa Comisión por cuanto que el conflicto legal aún perdura al no existir aún un importe vencido, líquido y exigible que TESAU pueda reclamar a Colt.** Buena muestra de lo anterior es que TESAU reconoce (...) que “ha remitido testimonio de la misma (la sentencia) a la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) para que se lleve a puro y debido efecto lo acordado”. **Por lo tanto, la propia TEAU está reconociendo que el conflicto legal aún no ha finalizado, por lo que carece de sentido reclamar incumplimiento alguno a esa Comisión”.**

Con respecto a esta última alegación, se señala que, según ha acreditado Telefónica, mediante diligencia de ordenación del TS, de 27 de junio de 2011, se remitió testimonio de su sentencia a la AN para que la llevase a puro y debido efecto. Este es el acto al que se remite Telefónica en su escrito de 20 de febrero de 2012 y al que se acoge Colt para entender que está aún vigente el “conflicto legal” entre ambos operadores.

Pues bien, cabe indicar que el 29 de septiembre de 2011 se recibió en el Registro de esta Comisión un oficio de la AN por el que remitía copia de la citada sentencia del TS, para que, en virtud de lo establecido en el artículo 104 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se lleve a puro y debido efecto lo acordado en la citada Sentencia.

El citado artículo 104.1 de la Ley 29/1998 establece lo siguiente:

“1. Luego que sea firme una sentencia, el Secretario judicial lo comunicará en el plazo de diez días al órgano que hubiera realizado la actividad objeto del recurso, a fin de que, recibida la comunicación, la lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo, y en el mismo plazo indique el órgano responsable del cumplimiento de aquél.

(...)

Por tanto, es este Organismo quien debe hacer cumplir las declaraciones contenidas en el fallo de la Sentencia del TS, y por ende, las contenidas en el fallo de la AN, puesto que, como bien alega Colt, la sentencia del TS es declarativa y no ejecutiva, ya que desestimó las pretensiones procesales de Colt y de esta Comisión confirmando la Sentencia de la AN recurrida, la cual si es ejecutiva.

Sentado lo anterior, es de interés explicar a Colt que su conflicto con Telefónica goza del carácter de cosa juzgada y sobre éste no podrá recaer actuación judicial alguna, posterior a la Sentencia del TS – a excepción, en caso de que así fuera posible, del recurso de revisión



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de una sentencia firme¹⁴-. Asimismo, se le indica que, tras la aprobación de la Sentencia del TS, la Sentencia de la AN de 10 de octubre de 2008 es firme.

Ello conlleva indefectiblemente a reconocer que lo resuelto por esta Comisión en la Resolución de 10 de noviembre de 2005 es también firme y, por tanto, de nuevo ejecutable por esta Comisión. Como ya se ha indicado en el fundamento de derecho anterior, la Sentencia de la AN anuló, entre otros aspectos, el único resuelve de la Resolución de 1 de junio de 2006, que reconocía el derecho de Colt a no restituir las cantidades reclamadas por Telefónica, y confirmó expresamente en su fallo el derecho de repercusión contra Colt reconocido a Telefónica en el resuelve de la Resolución de 10 de noviembre de 2005.

En consecuencia, compete a esta Comisión adoptar cuantas medidas sean procedentes para restablecer la situación jurídica objeto de litigio entre Telefónica y Colt a antes de ejecutarse el acto administrativo anulado, es decir, la Resolución de 1 de junio de 2006. Por ello, conocida la denuncia de Telefónica sobre el posible no cumplimiento por parte de Colt de las Resolución de 10 de noviembre de 2005, de conformidad con lo señalado en la sentencias de la AN y el TS, esta Comisión, en el ámbito de sus competencias, ha considerado procedente abrir un expediente de información previa para conocer los hechos denunciados, con el objeto de asegurar el cumplimiento de dicha resolución por parte de Colt.

En relación con el motivo esgrimido por Colt, sobre que su conflicto legal con Telefónica aún está vivo al no ser el importe reclamado vencido, líquido y exigible, cabe indicar que no se comparte dicha idea. Ello porque, como veremos a continuación, el importe que reclama ahora Telefónica a Colt ya fue abonado por Colt a Telefónica en cumplimiento de la citada Resolución que puso fin a su conflicto. Posteriormente, dicho importe fue devuelto por Telefónica a Colt, tras la aprobación del recurso de reposición que anuló el resuelve de la Resolución de 10 de noviembre de 2005.

Asimismo, se considera que la Sentencia del TS es clara en su fallo y no da lugar a interpretaciones, tal y como pretende ahora Colt, sin que ni siquiera haya acreditado que solicitó una aclaración de la citada Sentencia del TS¹⁵. Colt entiende que el TS, reiterando lo ya señalado por la AN, le reconoce en su último párrafo, previo a las conclusiones, el derecho a devolver lo que le sea posible recaudar de sus prestadores de servicios, como consecuencia de que Telefónica incurrió en un retraso injustificado a la hora de repercutirle a Colt las devoluciones efectuadas a los usuarios.

Efectivamente, el TS fundamentó su sentencia reiterando lo ya indicado por la AN en la sentencia recurrida así como por el propio Tribunal en su Sentencia de 13 de abril de 2011. Sin embargo, en el fallo de dicha sentencia el TS no recoge el pretendido derecho que Colt cree reconocerle sino que, al contrario, desestima en su totalidad su recurso.

Asimismo, Colt parece olvidar que al final del fundamento de derecho quinto de la Sentencia de la AN precisamente se procede a anular los argumentos utilizados por esta Comisión, en la Resolución de 1 de junio de 2006, para reconocer los posibles perjuicios provocados a Colt para recuperar de sus prestadores de servicios de tarificación adicional las cantidades reclamadas por Telefónica, como consecuencia del retraso de esta operadora en comunicarle las devoluciones efectuadas a sus abonados:

¹⁴ Artículo 102 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

¹⁵ De conformidad con lo establecido en el artículo 267 de la Ley 6/1985, de 1 de julio, de Ordenación del Poder Judicial.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“De otro lado, la CMT no invoca, partiendo de una prueba adecuada y suficiente, la existencia de una causa de justificación que estuviese en consonancia con su conclusión sino que se mueve en el ámbito de la meras hipótesis al afirmar que a la entidad ahora codemandada se le ha impedido, en la práctica, toda posibilidad de reclamación sobre los proveedores de servicio de valor añadido.

Así, ni siquiera se ha intentado acreditar la imposibilidad de que la entidad ahora codemandada pueda repercutir las cantidades reclamadas a los prestadores de servicios pues la posibilidad de accionar contra los mismos estará sometida a los plazos de prescripción establecidos en el Código Civil y en los contratos que tengan suscritos con los proveedores del servicio”.

Es decir, la AN no reconoce en ningún momento que el retraso de Telefónica en comunicar las devoluciones hubiera provocado algún perjuicio a Colt que le legitime a no devolver en su totalidad las cantidades reclamadas por Telefónica, tal y como ahora pretende Colt. La AN considera que dicho perjuicio sólo existiría si Colt hubiera acreditado que el citado retraso de Telefónica le había hecho perder el ejercicio de las acciones para reclamar a sus prestadores de servicios como consecuencia de su prescripción, es decir, por trascurso del plazo establecido en el Código Civil o bien en virtud de sus contratos.

En este mismo sentido, se pronunció la Sentencia de 13 de abril de 2011, a la que también remite el TS para fundamentar la Sentencia de 31 de mayo de 2011:

“(…) para anudar consecuencias perjudiciales al comportamiento poco diligente de Telefónica requiere como paso previo acreditar que esa actuación haya ocasionado daños efectivos y concretos a los restantes sujetos de las relaciones litigiosas, perjuicios que no se han probado tal como la Sala dice y ya hemos recordado antes. Todo lo cual supone, en definitiva, que si Comunitel llegase a acreditar la imposibilidad de reclamar las cantidades a los proveedores de servicios de tarificación adicional como consecuencia de un retraso injustificado por parte de Telefónica en repercutirle las devoluciones efectuadas a los abonados a que haya tenido que hacer frente -como en hipótesis plantea la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones-, sin duda estaría habilitada para denegar a ésta las cantidades requeridas. Pero, tal como señala la Sala de instancia, no sin que dicha imposibilidad haya sido alegada y probada en concreto”. (subrayado y negrita nuestro)

De ambas resoluciones se extrae que para poder reconocer perjuicios a Colt, este operador tendría que haber acreditado que el citado retraso de Telefónica en comunicarle las devoluciones a sus abonados -de más de 1 año en algunos casos, según se dispuso en la Resolución de 10 de noviembre de 2005- le había provocado la prescripción de las acciones para reclamar a sus prestadores. Sin embargo, Colt no demostró dicho perjuicio ni a esta Comisión, ni a la AN, ni al TS.

En consecuencia, resulta incongruente considerar que el conflicto legal entre Telefónica y Colt esté aún vivo por interpretar que el TS le reconoce el derecho a devolver a Telefónica sólo aquella cantidad que consiga recuperar, a día de hoy, de los prestadores de los servicios de tarificación adicional, pasados más de siete años desde que Telefónica le comunicara las devoluciones efectuadas a sus abonados y cuando puede que alguno de dichos prestadores ni siquiera ya opere con Colt o incluso en el mercado, debido al dinámico desarrollo de los servicios de comunicaciones electrónicas y, en concreto, de los servicios de tarificación adicional.

Con esta interpretación Colt pretende ahora repercutir a Telefónica, no los perjuicios que le pudo conllevar el retraso en comunicarle las devoluciones a sus abonados, sino los posibles



perjuicios que asimismo se ha podido producir por no haber intentado reclamar o retener a sus prestadores de servicios de tarificación adicional la devolución de las componentes de valor añadido hasta ahora, tras la aprobación de la Sentencia del TS.

Por todo ello, se rechazan las alegaciones de Colt acerca de la oportunidad del inicio del presente expediente así como de su derecho a no devolver todo el importe reclamado por Telefónica si no le es posible ahora recuperarlo de sus prestadores de servicios.

CUARTO.- Valoración de las actuaciones practicadas en el periodo de información previa.

- **Análisis de la documentación aportada por los operadores y que obra en el expediente.**

Según se desprende de las alegaciones y de la documentación aportada por Telefónica en su escrito de 15 de marzo de 2012, tras la aprobación de la Resolución de 10 de noviembre de 2005, ambos operadores procedieron en la siguiente consolidación de los tráficos – acta de 20 de diciembre de ese mismo año- regularizar el pago de las componentes de valor añadido de los abonados que solicitaron su devolución, de conformidad con lo establecido en la precitada Resolución, por el importe de **[CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** euros.

Trece días después de la aprobación de la Resolución de 1 de junio de 2006, que resolvió el recurso de reposición interpuesto por Colt contra la Resolución que resolvió el conflicto de interconexión, mediante carta de 14 de junio de 2006, Colt solicitó a Telefónica para que efectuara la devolución de la cuantía que Colt le abonó de conformidad con la consolidación efectuada en el acta de 20 de diciembre de 2005, en la siguiente consolidación que realizaran entre las partes. En el acta de consolidación firmada el 11 de agosto de 2011, Telefónica procedió a pagar a Colt la citada cantidad objeto de controversia, sin embargo, ya avisó a Colt acerca de la interposición de recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de 1 de junio de 2006, al estar disconforme con la misma.

Estos hechos han sido acreditados a través de la aportación de una copia de la carta de 14 de junio de 2006, que Colt envió a Telefónica para conminarle a pagar las cantidades objeto de conflicto, así como de las copias de las actas de consolidación de 20 de diciembre de 2005¹⁶ y 11 de agosto de 2006.

Por otra parte, se ha podido conocer a través de Colt que, tras la aprobación el 31 de mayo de 2011 de la Sentencia del TS, este operador envió un correo electrónico a Telefónica, el 21 de junio de 2011, por el que le proponía mantener una reunión operativa para comentar la citada sentencia. Telefónica contestó el citado correo al día siguiente mostrando su conformidad con la celebración de la reunión sugerida por Colt.

Dicha reunión se celebró el 5 de julio de 2011 en la sede de Telefónica. Durante la celebración de la misma los operadores se comunicaron las distintas interpretaciones jurídicas que cada uno hacía de la citada sentencia del TS. Así, Colt consideraba que la sentencia reconoce dos derechos, uno de Telefónica a recuperar las cantidades devueltas a sus abonados correspondientes a la componente de valor añadido y otro de Colt a no abonar a Telefónica las cantidades que acreditase que eran de imposible reclamación a sus

¹⁶ La copia del acta de consolidación de 20 de diciembre de 2005 no figura firmada por ninguno de los operadores.



prestadores como consecuencia del retraso injustificado de Telefónica. Por su parte, Telefónica no comparte dicha justificación y, por tanto, tampoco el retraso en el pago de las cantidades debidas, no obstante acepta escuchar una propuesta de liquidación por parte de Colt.

En dicha reunión los operadores, a instancia de Colt, también acordaron cerrar el acta de consolidación de los tráficos correspondiente a junio de 2011 haciendo constar en ella la no renuncia de las partes a las cantidades reconocidas en la Sentencia del TS.

Pasadas estas primeras comunicaciones, Telefónica ha acreditado que, mediante un burofax de fecha 2 de febrero de 2012, se requirió de nuevo a Colt para que procediera al pago de las cantidades reclamadas **[CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**. Asimismo, Telefónica le conminaba para que en el plazo de 10 días naturales realizara el pago de dicha cuantía, ya que en caso contrario tomaría las acciones legales oportunas para la defensa de sus intereses.

Colt contestó a Telefónica, el 11 de abril de 2012, mediante otro burofax en el que le reiteraba su criterio interpretativo de la Sentencia del TS y, en consecuencia, de la falta de una cantidad concreta a devolver ya que entendía que ello dependía de lo que consiguiera reclamar y cobrar Colt de sus prestadores.

Además, Colt atribuyó a Telefónica una falta de colaboración en la determinación de esa cifra y le comunicó que localizar a los proveedores y explicarles que tenían que devolver las cantidades reclamadas estaba siendo difícil, dado el tiempo transcurrido. No obstante, le ofreció la posibilidad de adelantarle **[CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** y de comunicarle trimestralmente la evolución de las reclamaciones a los proveedores de servicios.

- **Examen de la conducta seguida por Colt para dar cumplimiento a la Resolución de 10 de noviembre de 2005, tras la aprobación de la Sentencia del TS.**

A este respecto, Colt considera gratuita y desafortunada la afirmación de Telefónica de que se niegue a dar cumplimiento de las Resoluciones de referencia, ya que de forma proactiva se puso en contacto con esta operadora, nada más conocer la sentencia, y le propuso mantener una reunión con el objetivo de alcanzar un consenso sobre la interpretación y los pasos a seguir en relación con la sentencia. Dicha reunión, como ya se ha indicado, tuvo lugar el 5 de julio de 2011 y su celebración ha sido acreditada por Colt a través de la presentación de una copia del acta que se levantó de la misma.

Ante la negativa de Telefónica sobre la interpretación que Colt hacía de la Sentencia del TS, esta operadora manifiesta que propuso a Telefónica *“un plan de pagos, en los términos de identificar aquellas cantidades de imposible recuperación y que, por tanto, no puedan ser repercutidas por TESAU, y un acuerdo en cuanto a las acciones y timing a realizar por Colt para reclamar las cantidades. Sin embargo, todas las medidas propuestas fueron rechazadas por TESAU”*.

Por último, Colt alega que ya se ha realizado el pago de la cantidad comunicada a Telefónica en el burofax enviado 11 de abril de 2012, al haber sido cobrada. Ello ha sido acreditado a través de la presentación de una copia de la transferencia realizada a favor de Telefónica, el 11 de mayo de 2012. Asimismo, Telefónica ha confirmado la realización de este pago, a través de su escrito de 12 de junio de 2012.

Como ya se ha explicado con detalle en el Fundamento de derecho anterior, esta Comisión no comparte el análisis que Colt realiza de la Sentencia del TS, tomando en cuenta tanto lo dispuesto en su fallo como en su fundamentación jurídica basada en pronunciamientos



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

precedentes del propio TS y de la AN, en sus sentencias de 13 de abril de 2012 y de 10 de octubre de 2008 -objeto del recurso de casación-, respectivamente.

Partiendo de esta premisa, tampoco se acepta que la cantidad objeto de devolución por parte de Colt a Telefónica no esté determinada, puesto que dicha cantidad ya fue abonada por Colt a Telefónica en cumplimiento de la Resolución de 10 de noviembre de 2005 y, posteriormente, por Telefónica a Colt, en virtud de la Resolución de 1 de junio de 2006 que modificó el resuelve de la Resolución precedente.

En conclusión, lo acordado por esta Comisión en la Resolución de 10 de noviembre de 2005 es, tras las Sentencias de la AN y el TS, plenamente eficaz y ejecutivo, al ser dicha resolución firme, por lo que Colt está obligada a cumplir lo dispuesto en la misma y, por tanto, a abonar a Telefónica el importe que esta operadora le pagó tras la Resolución de 1 de junio de 2006, es decir, **[CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**, sin perjuicio de los intereses que correspondan, cuyo pago no compete exigir a esta Comisión.

Es cierto que Colt en un principio pareció tener una actitud proactiva tras conocer la Sentencia del TS, al ponerse en contacto con Telefónica para proponerle la celebración de una reunión así como un plan de pago para ejecutar la Resolución de 10 de noviembre de 2005, según lo acordado por el TS y la AN. No obstante, resulta sorprendente que, pasado ya un año desde la aprobación de la precitada sentencia del TS, y aún siguiendo su criterio de devolver aquello que consiga reclamar de sus proveedores de servicios de tarificación adicional, sólo haya podido abonar a Telefónica el importe de **[CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**.

Es decir, Colt tan sólo ha abonado un 0,86% de la cantidad total que debe pagar a Telefónica por la componente de valor añadido devuelta a sus abonados. Además, cabe considerar que dicha cantidad ha sido pagada una vez iniciado el presente expediente.

Por otra parte, tampoco consta que haya presentado finalmente a Telefónica un plan de pago o que le haya comunicado las acciones a realizar por Colt para reclamar las cantidades, tal y como le manifestó en la reunión celebrada el 5 de julio de 2011.

Por tanto, a la vista de la conducta seguida por Colt para dar cumplimiento a la Resolución de 10 de noviembre de 2005, tras la aprobación de la Sentencia del TS, se estima necesario analizar la procedencia de abrir a Colt un procedimiento sancionador como consecuencia de la posible infracción en la que ha podido incurrir, así como apercibirle de la imposición de multas coercitivas para el completo cumplimiento de lo acordado en la Resolución de constante referencia.

QUINTO.- Sobre la existencia de indicios de hechos sancionables.

De los datos expuestos se considera que Colt tiene conocimiento de la cantidad a cuyo pago a favor de Telefónica está obligada desde que se le notificó la Resolución infringida, ya que ella misma procedió a abonarla a Telefónica en la siguiente acta de consolidación, al igual que hizo Telefónica una vez que conoció el acuerdo de esta Comisión de 1 de junio de 2006.

En consecuencia, es posible descubrir la existencia de indicios de incumplimiento por parte de Colt de la Resolución de 10 de noviembre de 2005, debido a que ya ha pasado más de un año desde que dicha Resolución adquirió la condición de firme, goza de nuevo de eficacia ejecutiva y es exigible, sin que haya procedido Colt a cumplir lo establecido en su resuelve.

Esta Comisión considera que cabe apreciar indicios suficientes de que Colt podría haber realizado actividades e incurrido en omisiones tipificadas en el artículo 53.r de la LGTel susceptibles de motivar la incoación de un procedimiento sancionador, en los términos



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

establecidos por el artículo 13 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (en adelante, Reglamento del Procedimiento Sancionador), debiéndose resolver en consecuencia.

El artículo 11 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, aplicable a los procedimientos sancionadores tramitados por esta Comisión, conforme a lo dispuesto por el artículo 58 de la LGTel, determina que:

«1. Los procedimientos sancionadores se iniciarán siempre de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia.»

A efectos del presente Reglamento, se entiende por:

a) Propia iniciativa: La actuación derivada del conocimiento directo o indirecto de las conductas o hechos susceptibles de constituir infracción por el órgano que tiene atribuida la competencia de iniciación, bien ocasionalmente o por tener la condición de autoridad pública o atribuidas funciones de inspección, averiguación o investigación.

(...)

b) Denuncia: El acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera constituir infracción administrativa».

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 48.3.j y 50.7 de la LGTel, corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el ejercicio de la potestad sancionadora por el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por esta Comisión en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes.

SEXTO.- Iniciación de un Procedimiento Administrativo Sancionador.

1.- Tipo infractor

El artículo 128.1 de la LRJPAC dispone que serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa.

El artículo 53.r de la LGTel tipifica como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas. Sin perjuicio de lo que resulte de la posterior instrucción del procedimiento sancionador, y vistos los antecedentes, los actos y omisiones de Colt podría considerarse como actividades comprendidas en la conducta tipificada en el citado artículo.

2.- Sanción que pudiera corresponder

Sin perjuicio de lo que resulte de la posterior instrucción del procedimiento sancionador, según lo establecido en el artículo 56.1.a de la LGTel, las sanciones que podrían ser impuestas por la comisión de las mencionadas infracciones son las siguientes:

“Por la comisión de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) y r) del artículo 53 se impondrá al infractor multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción. En caso de que no resulte posible aplicar este criterio o que de su aplicación resultara una cantidad inferior a la mayor de las que a continuación se indican, esta última constituirá el límite del importe de la sanción pecuniaria. A estos efectos, se



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

considerarán las siguientes cantidades: el uno por ciento de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio en la rama de actividad afectada o, en caso de inexistencia de éstos, en el ejercicio actual: el cinco por ciento de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o 20 millones de euros.”

3.- Órgano competente para resolver

El Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador, de conformidad con lo establecido en el artículo 58 letra a) de la vigente LGTel, en el que se dispone que la competencia sancionadora corresponderá «a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) a x) del artículo 5 (...). Dentro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la imposición de sanciones corresponderá: 1º) Al Consejo, respecto de las infracciones muy graves y graves.».

4.- Procedimiento

De conformidad con lo establecido en el artículo 58 de la LGTel, el presente procedimiento sancionador se sujetará al procedimiento aplicable, con carácter general, a la actuación de las Administraciones públicas. Por tanto, se sustanciará de acuerdo con lo establecido en el Título IX de la LRJPAC (artículos 127 y siguientes) y en el Reglamento del Procedimiento Sancionador. No obstante, el plazo máximo de duración del procedimiento será de un año y el plazo de alegaciones no tendrá una duración inferior a un mes. El incumplimiento del plazo máximo para resolver, en los términos que dispone la LRJPAC, supondrá la caducidad del procedimiento, con los efectos del artículo 92 de la misma norma.

SÉPTIMO.- Imposición de multas coercitivas

A la vista de las circunstancias concretas concurrentes en el presente expediente, esta Comisión considera necesario apercibir a Colt de la imposición de multas coercitivas como medio de ejecución forzosa de la Resolución de 10 de noviembre de 2005, relativa al conflicto de interconexión presentado por Colt frente a Telefónica en relación con la devolución de las cantidades reclamadas por los abonados de este último operador que efectúan llamadas de tarificación adicional, en el caso de que, transcurrido un lapso de tiempo suficiente para cumplir con lo establecido, el operador no lo hubiese hecho.

Al respecto, la disposición adicional sexta de la LGTel dispone que esta Comisión podrá imponer multas coercitivas por importe diario de 100 € hasta 10.000 € para asegurar el cumplimiento de sus resoluciones, en los términos previstos en la LRJPAC.

En el presente caso, la obligación impuesta a Colt por el resuelve único de la citada Resolución constituye una obligación personalísima en la que no procede la compulsión directa sobre la persona del obligado, por cuanto sólo a Colt le resulta factible su cumplimiento, tratándose de una obligación de hacer.

En relación con el plazo considerado suficiente para cumplir lo ordenado se estima que, transcurrido un año desde la aprobación de la Sentencia del TS y, por tanto, de la firmeza de lo resuelto por esta Comisión el 10 de noviembre de 2005, Colt ya ha dispuesto de un tiempo mucho más que apropiado para dar cumplimiento a lo dispuesto por esta Comisión en la citada resolución.

Atendiendo al principio de proporcionalidad señalado en el artículo 96.1 de la LRJPAC, se hace necesaria una justificación de la cuantía concreta de la multa coercitiva. Para evaluar dicha proporcionalidad, en este caso concreto, se considera conveniente estimar los intereses adicionales que obtiene Colt por día como consecuencia del impago de las



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cantidades que restan por abonar a Telefónica para dar cumplimiento a lo dispuesto por esta Comisión.

Para ello, se tendrá en cuenta, en la mayor medida posible, lo establecido en el acuerdo de interconexión firmado entre Colt y Telefónica¹⁷ en relación con el tipo de interés aplicable a las cantidades debidas en concepto de mora que es: *“el Euribor a 30 días más un margen de 0,5 puntos porcentuales si el retraso respecto a la fecha de vencimiento es igual o inferior a 30 días y el Euribor a 30 días más un margen de 2 puntos porcentuales si este es superior.”*

Se entenderá por Euribor el que figure en la pantalla de Reuters para plazos de un mes a las 11 horas de la mañana del día laborable siguiente al de la fecha de vencimiento de la factura”.

Al ser el retraso de Colt superior a 30 días procede aplicar como tipo de interés el Euribor a 30 días más 2 puntos porcentuales, considerando el Euribor a un mes el correspondiente a septiembre de 2011¹⁸, ya que se entiende que dos meses (agosto) desde el pronunciamiento de TS, el 31 de mayo de 2011, eran un plazo proporcionado para que Colt hubiera hecho el abono a Telefónica. Además, se ha considerado que en la reunión mantenida entre ambos operadores el 5 de julio de 2011 acordaron no liquidar dicha cantidad en el acta de consolidación correspondiente a los tráficos de junio de 2011, sino posteriormente. Finalmente, dichos intereses se calcularán restando de la deuda total la cantidad ya abonada por Colt, a pesar de que la misma ha sido pagada el 11 de mayo de 2012. El importe resultante es **[CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** euros.

Calculando los intereses compuestos en un año, se obtiene una estimación de **[CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**.

Este importe se considera que no es incentivador del cumplimiento de la obligación impuesta Colt, ya que a pesar de que Telefónica le reclama, además del importe principal, la cantidad de **[CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** en concepto de intereses Colt no ha completado el pago del importe correspondiente a las componentes de valor añadido adeudadas. Por ello, se considera proporcional que la cuantía de la multa coercitiva en el presente caso sea de **1000 euros diarios**, los cuales comenzará a devengarse a partir de los 10 días hábiles siguientes a la fecha de notificación de la presente Resolución.

En consecuencia, al amparo de lo dispuesto en la disposición adicional sexta de la LGTel y conforme lo establecido en el Capítulo V del Título VI de la LRJPAC, se apercibe a Colt de la posible imposición de las multas coercitivas que constan, en la forma y cuantía que se señalan, con el fin de proceder a la ejecución forzosa de la obligación impuesta por la Resolución de 10 de noviembre de 2005, si fuera el caso.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión, en uso de las competencias que tiene atribuidas

¹⁷ Colt dispone de un acuerdo de interconexión con Telefónica desde el 3 de junio de 1999, no obstante se señala que, mediante el envío de un burofax de fecha 14 de diciembre de 2010, Colt comunicó a Telefónica su adhesión a la OIR.

¹⁸ <http://www.euribor-rates.eu/euribor-2011.asp?i1=4&i2=1>



RESUELVE

PRIMERO.- Requerir a Colt Telecom España, S.A. bajo apercibimiento de imposición de multas coercitivas por importe de 1.000 euros diarios para que, en el pazo de 10 días hábiles a contar a partir la fecha de notificación de la presente Resolución, Colt ejecute lo dispuesto por esta Comisión en el resuelve primero de la Resolución de 10 de noviembre de 2005.

SEGUNDO.- Acordar la incoación de un procedimiento sancionador contra Colt Telecom España, S.A. como presunto responsable directo de una infracción administrativa calificada como muy grave, tipificada en el artículo 53.r de la Ley 32/2003, y consistente en el incumplimiento del resuelve único de la Resolución de 10 de noviembre de 2005 (RO 2005/438) adoptada por esta Comisión.

La citada infracción administrativa puede dar lugar a la imposición por la Comisión de una sanción en los términos expresados en el apartado segundo del Fundamento de Derecho Séptimo de la presente Resolución.

El expediente sancionador tiene por finalidad el debido esclarecimiento de los hechos y cualesquiera otros relacionados con ellos que pudieran deducirse, determinación de responsabilidades que correspondieren y, en su caso, sanciones que legalmente fueran de aplicación, según lo establecido en el artículo 56 de la Ley 32/2003, y todo ello con las garantías previstas, y en los plazos a que se refiere el artículo 58, en la Ley precitada y en el Reglamento del Procedimiento Sancionador.

TERCERO.- Nombrar Instructor del presente procedimiento sancionador a Estela Pascual Palacín quien, en consecuencia, quedará sometido al régimen de abstención y recusación establecido en los artículos 28 y 29 de la LRJPAC.

CUARTO.- De conformidad con lo que establece el artículo 16.1 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, en relación con el artículo 58 de la Ley 32/2003, los interesados en el presente procedimiento disponen de un **plazo de un mes**, contado a partir de la notificación del presente Acuerdo de incoación, para:

- a) Comparecer en esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, si así lo desea, para tomar vista del expediente.
- b) Proponer la práctica de todas aquellas pruebas que estime convenientes para su defensa, concretando los medios de prueba de que pretendan valerse.
- c) Presentar cuantas alegaciones, documentos y justificantes estime convenientes.

Transcurrido dicho plazo sin que se haya recibido alegación alguna, se continuará con la tramitación del procedimiento, informándole que el Instructor del mismo podrá acordar de oficio la práctica de aquellas pruebas que considere pertinentes.

QUINTO.- En cualquier momento de la tramitación del procedimiento y con suspensión del mismo, el interesado podrá ejercitar su derecho a la recusación contra el Instructor, si concurre alguna de las causas recogidas en los artículos 28 y 29 de la LRJPAC.

SEXTO.- En el supuesto de que Colt Telecom España, S.A. reconozca su responsabilidad en los hechos citados se podrá, conforme a lo dispuesto en el artículo 8 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, dictar resolución directamente sin necesidad de tramitar el procedimiento en su totalidad. No obstante se le informa de su derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SÉPTIMO.- Este Acuerdo deberá ser comunicado al Instructor nombrado, dándole traslado de cuantas actuaciones existan al respecto en el expediente. Asimismo, deberá ser notificado a los interesados.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en el artículo 22.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado mediante Resolución de su Consejo de 30 de marzo de 2012 (BOE núm. 149, de 22 de junio de 2012), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, por quienes puedan acreditar su condición de interesados ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, 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 los artículos 107 y 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 48 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