



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

JORGE SANCHEZ 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 14/11 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 28 de abril de 2011, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución por la que se da contestación a la consulta formulada por B.T España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A.U. en relación con la fecha de aplicación de los precios de interconexión establecidos en la OIR 2010 una vez notificada a Telefónica de España, S.A.U. su adhesión a dicha Oferta.

I ANTECEDENTES DE HECHO

El 3 de marzo de 2011, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de B.T España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A.U. (en adelante, BT), por el que solicita que se de contestación a la siguiente consulta:

1. *“En el caso de que un operador solicite a Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) la aplicación de los nuevos precios OIR, con posterioridad a la publicación de la misma en el B.OE., mediante carta (bien enviada por correo certificado, burofax, mensajero o electrónicamente):*

¿Desde qué momento debe Telefónica aplicar los nuevos precios al operador solicitante:

- (i) *desde la fecha de recepción de dicha carta*
- (ii) *un día después de su recepción*
- (iii) *en qué otro momento?”.*

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

De acuerdo con lo establecido en el artículo 48.3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene por objeto *“el establecimiento y supervisión de las obligaciones*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos”.

Para el cumplimiento de este objeto, la citada Ley atribuye a esta Comisión determinadas funciones, además de cualesquiera otras que legal o reglamentariamente se le atribuyan o le encomienden el Gobierno o el Ministerio de Industria.

Concretamente, el artículo 29.2, letra a), del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, establece que es función de esta Comisión *“la resolución de las consultas que puedan formularle los operadores de redes y servicios de telecomunicaciones y las asociaciones de consumidores y usuarios de estos servicios”.*

Con carácter general, y conforme a lo señalado por esta Comisión en distintos acuerdos contestando consultas que le han sido planteadas, ha de entenderse que las consultas a las que se refiere el artículo 29.2 a) del Reglamento de la CMT pueden referirse a los siguientes ámbitos:

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

En consecuencia, esta Comisión es competente para conocer de la presente consulta formulada por el operador BT, por versar sobre la modificación del acuerdo de interconexión suscrito con Telefónica.

SEGUNDO.- Sobre la aplicación efectiva de los nuevos precios establecidos en la OIR 2010.

De conformidad con lo manifestado por BT en su escrito de consulta, el 18 de noviembre de 2010, el Consejo de esta Comisión aprobó la Resolución por la cual se modificó la Oferta de Interconexión de Referencia (en adelante, OIR) de Telefónica (MTZ 2008/210). En los resúmenes cuarto y quinto de esta Resolución se estableció lo siguiente:

“Cuarto.- *La Oferta de Interconexión de Referencia es un contrato de adhesión que se perfecciona por la simple aceptación de sus términos por parte de los Operadores interesados. La aceptación de cualquiera de los términos de la OIR por el Operador interesado supone la aceptación del Contrato-tipo de la misma y, en su caso, la adaptación del Cuerpo General del AGI en vigor entre Telefónica de España, S.A.U. y el Operador interesado a los términos del citado Contrato-tipo*

Quinto.- *A partir de la entrada en vigor de esta Resolución¹, los operadores podrán solicitar, mediante petición por escrito, la revisión automática de las condiciones económicas establecidas en los acuerdos de interconexión que hubieran resultado afectadas por las modificaciones económicas introducidas por esta Resolución en la OIR, conforme a lo dispuesto en la cláusula 11.16.1 del contrato-tipo.*

¹ Esta Resolución se publicó en el BOE de 7 de diciembre de 2010.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La modificación de dichas condiciones económicas entrará en vigor desde la fecha de la notificación de la solicitud y afectará únicamente a la condición o condiciones económicas referidas en el escrito de solicitud realizado. Ambas partes habrán de formalizar por escrito la modificación del acuerdo en el plazo de cinco días desde la fecha de recepción de la solicitud efectuada por una de las partes a la otra”.

Asimismo, en la cláusula 11.16 de los contratos-tipo de la OIR 2005 y 2010 se dispone que cuando un cambio normativo o una resolución emitida por la Autoridad administrativa o judicial, incluida la aprobación de las modificaciones económicas de dicha Oferta, afecten a todas o parte de las condiciones económicas establecidas en el acuerdo, su contenido modificará el mismo previa solicitud escrita de una de las partes a la otra. La modificación entrará en vigor desde la fecha de la notificación de la solicitud y afectará únicamente a la condición o condiciones económicas referidas en el escrito de solicitud realizado.

Por tanto, de ambas redacciones se extrae que dada la naturaleza de la OIR como contrato de adhesión, la simple aceptación de los términos de la OIR comunicada a Telefónica por parte de los operadores alternativos, ya sea en su totalidad o parcialmente, perfecciona el acuerdo de interconexión así como sus modificaciones desde el mismo momento de su notificación o recepción en Telefónica.

Este criterio de perfeccionamiento de los acuerdos de interconexión deriva de lo señalado en los artículos 1.262 del Código Civil, modificado por la Disposición adicional cuarta de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, y 54 del Código de Comercio, los cuales siguen la teoría de la recepción del consentimiento del aceptante por parte del oferente para entender perfeccionado el contrato cuando las partes se encuentran en lugares distintos. Es decir, basta que la declaración de la aceptación llegue al ámbito o círculo de interés del oferente para considerar que la aceptación puede ser conocida por éste sin faltar a la buena fe.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo² indicando “*que el sistema de la recepción, para el cual se perfecciona el contrato sólo cuando la aceptación llega a poder del ofertante o al ámbito o círculo de intereses del mismo, es, sin duda, el más próximo al legalmente contemplado, y su aplicación por el Tribunal de apelación no ha conculcado precepto alguno, ni tampoco la doctrina jurisprudencial expresada en el motivo*”.

2.1 Sobre la cláusula 11.22.4 y 5 del acuerdo de interconexión suscrito entre BT y Telefónica.

Según se desprende de la consulta formulada por BT, Telefónica en lugar de aplicar la teoría de la recepción de la aceptación de la OIR 2010 y, por tanto, comenzar a aplicar a BT las condiciones económicas de dicha oferta desde dicho momento, se acoge ahora a lo establecido en la cláusula 11.22 del contrato tipo de la OIR que establece con carácter genérico lo siguiente:

“11.22.4 **Cualquier comunicación que sea requerida para los propósitos de este acuerdo deberá ser entregada por cualquier medio que permita acreditar fehacientemente su recepción (en mano, por correo certificado o por mensajero). En cualquier caso, esto no impedirá que dichas comunicaciones puedan ser anticipadas por fax o "e-mail".**

11.22.5 **Se entenderá como fecha de recepción de cualquier comunicación:**

² La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1998 (RJ 1998\8756).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *la entregada en mano, el momento de la entrega.*
- *la enviada por correo certificado, el primer día laborable después de la fecha de entrega registrada por Correos.*
- *la enviada por mensajero, el primer día laborable posterior a la fecha de entrega que aparece en una copia de la hoja de entrega firmada por el receptor al citado mensajero*".
(Subrayado y negrita nuestro)

Siguiendo esta cláusula de carácter general, Telefónica aplicaría a BT las condiciones económicas de la OIR 2010 a partir del día siguiente de la recepción de la aceptación de BT en sus dependencias y no desde el mismo momento de dicha recepción.

A este respecto, debe indicarse que esta cláusula 11.22.5 no debe interpretarse aisladamente, tal y como parece hacer Telefónica. Si nos fijamos en el apartado cuarto de la citada cláusula 11.22, íntimamente unido al apartado quinto objeto de interpretación, del mismo se desprende que dicha regla regirá únicamente para aquellas comunicaciones que sea necesario cursar entre los operadores para la consecución de los objetivos del contrato ("*a los propósitos de este acuerdo*"), no para la perfección o modificación del propio acuerdo de interconexión, como sería el caso en el que nos encontramos – adhesión a las nuevas condiciones económicas de la OIR-.

Así es, si tenemos en cuenta que las cláusulas de un acuerdo de interconexión han de interpretarse a la luz de las normas generales de interpretación de los contratos, cabe señalar que no pueden hacerse interpretaciones extensivas de las mismas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1283 del C.C: "*cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar*".

Por tanto, Telefónica no podría extender los efectos de lo estipulado con carácter general en la cláusula 11.22.5 a aspectos del contrato que ambas partes no tenían intención de que les afectara, como es a las comunicaciones efectuadas por los operadores alternativos para su aceptación de las nuevas condiciones económicas establecidas en la OIR de Telefónica (modificación del contrato). Dicha intención se desprende de los siguientes hechos: (i) que según manifiesta BT ninguna de las partes ha alegado la aplicación de esta cláusula para anteriores notificaciones de modificación del contrato por adhesión a la OIR cursadas por BT y (ii) que exista en el propio contrato otra cláusula específica (11.16.1) que prevea expresamente la fecha a partir de la cual debe surtir efectos la notificación de la aceptación de las nuevas condiciones económicas de la OIR.

Por otra parte, la aplicación de dicha cláusula iría en contra de la naturaleza jurídica de dicha Oferta, que es un contrato de adhesión que se perfecciona o modifica automáticamente con la recepción de la aceptación de los términos de la OIR por parte de Telefónica. Sólo cuando sea Telefónica quien solicite la modificación del acuerdo de interconexión en relación con los servicios que el operador alternativo le presta, deberá articularse dicha modificación a través de pactos formalizados bajo las reglas de negociación establecidos en la OIR, salvo que se haya previsto de algún modo su revisión automática (ej. referenciar los precios del operador a los precios regulados de Telefónica).

Asimismo, dicha interpretación se contrapone a la doctrina sentada hasta ahora por esta Comisión, a través de la aprobación de diversas resoluciones de conflictos de interconexión³

³ Resolución por la que se resuelve el conflicto de interconexión entre Valencia de Cable, S.A., Región de Murcia de Cable, S.A., Cable y Televisión de Andalucía, S.A., Mediterránea Sur Sistemas de Cable, S.A.,



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

habidos entre operadores así como de aprobación o modificación de las OIRs⁴ de Telefónica, la cual establece que los nuevos precios fijados en la OIR serán de aplicación por parte de Telefónica desde el momento que recibe la notificación del operador de su adhesión a los citados precios. Esto es, **aplicación directa e incondicional de la OIR a los operadores alternativos desde el momento que Telefónica recibe su solicitud.**

2.2 La Teoría de los actos propios.

Tal y como ya se ha comentado, BT manifiesta que *“Telefónica siempre ha aplicado los precios al operador interconectado desde el día que recibió la comunicación en tal sentido. Interpretar ahora de manera contraria la citada mención del contrato iría en contra de la doctrina de los actos propios”*

La indicación de BT carece de todo refrendo probatorio, de manera que esta Comisión no puede tenerla por acreditada en todos sus extremos.

No obstante, por tratarse del marco de una consulta y no de la resolución de un conflicto, puede señalarse, a efectos meramente dialécticos, que, de ser cierta la aseveración de BT en su escrito de consulta, Telefónica podría haber incurrido potencialmente en una infracción de la doctrina del acto propio.

La configuración del principio de la buena fe contractual y de la doctrina de los actos propios ha sido acuñada jurisprudencialmente.

A este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2003 señala que *“la regla según la cual no puede venirse contra los propios actos, negando todo efecto jurídico a la conducta contraria, se asienta en la buena fe o, dicho de otra manera, en la protección a la confianza que el acto o conducta de una persona suscita objetivamente en otra u otras. El módulo regulador es la objetividad, o sea, el entendimiento o significado que de acuerdo con los criterios generales de lograr en el tráfico jurídico ha de dársele a tal acto o conducta. Como expresa doctrina autorizada el centro de gravedad de la regla no reside en la voluntad de su autor, sino en la confianza generada en tercero, ni se trata en tal regla de ver una manifestación del valor de una declaración de voluntad manifestada por hechos o actos concluyentes. No es la regla una derivación de la doctrina del negocio jurídico, sino que tiene una sustantividad propia, asentada en el principio de buena fe»*.

Por otra parte, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 23 de noviembre de 2004 (RJ 2004\7383) establece los requisitos que han de concurrir para que esta doctrina jurisprudencial pueda ser aplicable, señalando que los actos propios deben ser “además de

Mediterránea Norte Sistemas de Cable, s.a. y Cableuropa, S.A. contra Telefónica de España, S.A.U., por no haber atendido a la revisión de las condiciones económicas de sus servicios de interconexión. (RO 2001/5670)

Resolución del conflicto de interconexión planteado entre Telefónica de España, S.A.U. y Euskaltel, S.A. por no haber aceptado la revisión de las condiciones del modelo de interconexión por capacidad recogidas en el acuerdo general de interconexión vigente entre ambas entidades (RO 2003/1906).

Asimismo, Resoluciones de fechas 14 de junio, 19 de julio y 13 de septiembre de 2001 respectivamente correspondientes a reclamaciones efectuadas por Colt, Lince y Aló.

⁴ Resolución de 10 de julio de 2003: *“La OIR se constituye, por lo tanto, como una oferta de mínimos, cuya eficacia respecto de los términos que en ella constan debe ser automática tras su aceptación por parte de de los operadores entrantes, esto es, **no está justificada dilación alguna** (...)”*. (Subrayado y negrita nuestro).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

válidos, probados, producto de una determinación espontánea y libre de la voluntad, exteriorizados de forma expresa o tácita, pero de modo indubitado y concluyente, además de todo ello, es preciso que tengan una significación jurídica inequívoca, de tal modo que entre dicha conducta y la pretensión ejercitada exista una incompatibilidad o contradicción. Por ello, la jurisprudencia exige una significación y eficacia jurídica contraria a la acción ejercitada (SS., entre otras, de 9 de mayo [RJ 2000, 3194] , 13 de junio 2000 [RJ 2000, 5732] y 31 de octubre de 2001 [RJ 2001, 9639] , 26 de julio de 2002, 13 de marzo de 2003), es decir, una eficacia jurídica bastante para producir una situación de derecho contraria a la sostenida por quien lo realiza; y ello implica, como reiteran infinidad de sentencias (entre las más recientes, 25 y 26-7-2000; 7 y 24-5 [RJ 2001, 3379] , 23-11 y 21-12-2001; 25-1, 19-2, 15-3, 20-6 [RJ 2002, 5230] , 19-11 y 9 y 30-12-2002 [RJ 2003, 334] ; 25-5- SIC, 28-10 [RJ 2003, 7770] y 28-11-2003 [RJ 2003, 8360]), la finalidad o conciencia de crear, modificar o extinguir algún derecho causando estado y definiendo o esclareciendo de modo inalterable la situación jurídica de que se trata(...)”.

En virtud de lo expuesto, y sin perjuicio de que la orfandad probatoria imposibilita un adecuado contraste, podría considerarse que, en ausencia de justificación objetiva, una mutación en el comportamiento seguido hasta el momento por parte de Telefónica sobre la aplicación de los precios de la OIR tras recibir la solicitud de los operadores alternativos de modificación de dicha Oferta, podría reunir los requisitos exigidos por la Jurisprudencia para aplicar la teoría de los actos propios, afectando a su relación jurídica con BT y creando en esta entidad la confianza de que, sobre la base de lo establecido en la cláusula 11.16.1 y del cumplimiento de lo dispuesto en todas las Resoluciones del Consejo de esta Comisión de aprobación o modificación de las OIRs de Telefónica, aplicaría los precios de la OIR 2010 desde el momento de la recepción de la aceptación de BT de su adhesión a las modificaciones de dicha Oferta.

TERCERO.- Conclusiones.

A la vista de todo lo expuesto en la presente consulta, cabe extraer las siguientes conclusiones:

- Que tanto en la Resolución de 18 de noviembre de 2010, de aprobación de la modificación de la Oferta de Interconexión de Telefónica como en la cláusula 11.16.1 del acuerdo de interconexión suscrito entre BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A.U. y Telefónica de España, S.A.U se establece que la modificación de las condiciones económicas de los servicios incluidos en el acuerdo de interconexión entrarán en vigor desde el momento de la recepción por parte de Telefónica de la notificación de la solicitud del operador alternativo de adhesión a las condiciones establecidas en su Oferta de Interconexión de Referencia.
- Que interpretada la cláusula 11.22.4 y 5 del acuerdo de interconexión suscrito entre ambos operadores a la luz de las normas generales de interpretación de los contratos (artículo 1.283 del Código Civil) se entiende que la intención de los contratantes no era que dicha cláusula fuera de aplicación a las comunicaciones que se cursen los operadores para la perfección o modificación del acuerdo de interconexión, ya que ésta alude que se aplicará sólo a las comunicaciones que se cursen los operadores para la consecución de los objetivos del contrato. Además, en el propio contrato existe otra cláusula específica (11.16.1) que prevé expresamente la fecha a partir de la cual debe surtir efectos la notificación de la aceptación de las nuevas condiciones económicas de la OIR.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que la aplicación por parte de Telefónica de España, S.A.U. de las condiciones económicas de la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica de 2010 a partir del día siguiente a la recepción de la notificación de BT podría eventualmente conculcar el principio de buena fe y la confianza creada en BT, de suponer un cambio de conducta no justificado, contrario a la doctrina de los actos propios.
- Que, a la vista de todo lo concluido anteriormente, se considera que el momento a partir del cual Telefónica de España, S.A.U. debe aplicar las condiciones económicas establecidas en la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica de 2010 es el de la recepción de la solicitud realizada por BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A.U. aceptando la inclusión en el acuerdo de interconexión de dichas condiciones económicas.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior aprobado por Resolución del Consejo de la Comisión de fecha 20 de diciembre de 2007 (B.O.E. de 31 de enero de 2008), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sanchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera