



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON JAIME VELAZQUEZ VIOQUE, 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 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 24 de abril de 2003, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 13 DE FEBRERO DE 2003 RELATIVA AL CONFLICTO DE INTERCONEXIÓN ENTRE UNI2 TELECOMUNICACIONES, S.A.U. Y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. SOBRE INTERPRETACIÓN Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PORTADOR DE ALQUILER DE CIRCUITOS SUSCRITO POR AMBAS ENTIDADES.

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por Telefónica de España S.A.U. contra la Resolución de 13 de febrero de 2003 relativa al conflicto planteado por Uni2 Telecomunicaciones, S.A.U. en relación con la interpretación y ejecución del contrato para la prestación del servicio portador de circuitos suscrito por ambas entidades (Exp. RO 2002/7504), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión número 15/03 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 24 de abril de 2003, recaída en el expediente AJ 2003/530.

HECHOS

PRIMERO. Con fecha 13 de septiembre de 2002, Uni2 Telecomunicaciones, S.A.U. (en adelante, Uni2) presentó ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito por el que solicitaba su intervención en relación con el conflicto planteado con Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) respecto a la interpretación y cumplimiento de determinadas cláusulas del contrato de prestación del servicio portador de alquiler de circuitos que tenía suscrito con TESAU desde 1998.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El motivo de la disputa consistía en el derecho de Uni2 (en el contrato Lince Telecomunicaciones) a obtener determinados descuentos acordados en la cláusula cuarta del acuerdo que estipulaba lo siguiente:

"En el caso de que Lince Telecomunicaciones estuviera interesado en la prórroga del contrato según se establece en el punto IV cláusula tercera de este contrato, Telefónica se compromete a adecuar el precio de los circuitos en función del entorno de mercado en esos momentos, no obstante garantiza a Lince Telecomunicaciones la aplicación de un porcentaje de descuento del 30% sobre los precios por kilómetro que figuran en el apéndice III del anexo I (tanto para los circuitos instalados como para los de nueva instalación) siempre que la capacidad total instalada, en el momento de la prórroga del contrato, sea superior al 80% de la capacidad máxima instalable y tenga una antigüedad media de al menos 10 meses."

Por su parte el punto IV de la cláusula tercera del contrato dispone que:

"Lince Telecomunicaciones vendrá obligada a mantener en servicio la conexión al servicio de, al menos, la totalidad de los cincuenta puntos de interconexión bajo las condiciones que figuran en el Anexo I de este contrato durante un plazo mínimo de 2 años a partir de la fecha de la puesta en servicio del último de los cincuenta puntos de conexión a la red. Una vez transcurrido dicho plazo ambas partes, de mutuo acuerdo, podrán prorrogar su vigencia otros 3 años."

Tras la tramitación del procedimiento, en el que TESAU no presentó alegaciones ni antes ni durante el trámite de audiencia, el 13 de febrero de 2003 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones adoptó Resolución por la que se determinaba que el momento de la prórroga del contrato debía fijarse en fecha 29 de abril de 2001 y que a tal fecha se daban todas las condiciones para que Uni2 pudiese beneficiarse del descuento pactado. En consecuencia se acordaba lo siguiente:

"Único.- Telefónica de España, S.A.U. deberá aplicar a la entidad Uni2 Telecomunicaciones, S.A.U. desde el 29 de abril de 2001 el descuento a que hace referencia la Cláusula Cuarta del Contrato para la Prestación del Servicio Portador de Alquiler de Circuitos suscrito por ambas entidades con fecha 27 de octubre de 1998."

SEGUNDO. Con fecha 25 de marzo de 2003, TESAU interpuso recurso potestativo de reposición contra la citada Resolución de fecha 13 de febrero de 2003, por los siguientes motivos:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Previo.- Incompetencia de la CMT al tratarse de un conflicto por la interpretación de un contrato que en el momento de formalizarse no trataba sobre un servicio regulado.

Primero.- Nulidad de pleno derecho de la resolución recurrida por haber sido dictada de acuerdo a premisas inciertas derivadas de una interpretación absolutamente literal del Contrato.

TESAU alega en este punto que Uni2 exige a TESAU la aplicación del descuento a pesar de haber solicitado la reducción del nivel de ocupación de planta desde la fecha en que se ha producido la prórroga.

TESAU mantiene que Uni2 era consciente de que las condiciones del contrato vigente y las que se estaban negociando en su momento estaban condicionadas a que la planta de circuitos contratada no se viera reducida. Además, la interpretación contraria llevaría a admitir que se estaban aplicando descuentos con objetivos fidelizadores.

Segundo.- Que la interpretación de lo dispuesto en la Cláusula Cuarta del acuerdo es errónea, puesto que la Comisión no ha tenido en cuenta en su resolución un requisito más que se deduce del propio contrato, cual es la intención de las partes de estipular que tales requisitos se mantengan no en el momento puntual de la prórroga sino también después de la misma, lo que según TESAU es contrario a las normas generales de interpretación de los contratos contenidas en los artículos 1281, 1282 y 1285 del Código Civil.

Además, siendo un contrato de tracto sucesivo, si las partes acuerdan la aplicación de un descuento en el supuesto de cumplirse determinadas condiciones, este descuento solo se aplicará si las prestaciones periódicas de cada una de las partes suponen la aplicación del descuento, es decir si las condiciones se cumplen en todo momento del contrato.

Tercero.- La interpretación de la cláusula cuarta que se realiza en la resolución impugnada es susceptible de contravenir la normativa de competencia, puesto que se obliga a TESAU a aplicar un descuento que es independiente de un adecuado sustrato económico que lo justifique, y ello porque sólo si se mantienen en el tiempo las condiciones que posibilitan el descuento, tendría sentido económico el mismo. La única interpretación de la cláusula que la Comisión debería admitir es aquella que no resultase en contradicción con las normas de libre competencia

Por todo lo anterior solicita que se modifique la resolución y declare que TESAU no está obligada a la aplicación del descuento. Asimismo se solicita la suspensión de la Resolución, toda vez que el cumplimiento de la misma por TESAU condicionaría la eficacia de la futura resolución del recurso planteado.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TERCERO. En cumplimiento de lo establecido en el artículo 112.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), mediante escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 27 de marzo del año en curso, se notificó a los interesados la apertura del procedimiento y se les dio traslado de una copia del citado escrito para que en el plazo de diez días alegasen cuanto estimasen procedente.

Uni2 presentó alegaciones en fecha 4 de abril de 2003, solicitando la desestimación del recurso.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO. Admisión a trámite.

La Resolución de 13 de febrero de 2003 que trae causa puso fin a la vía administrativa, por lo que es recurrible en reposición de acuerdo con el artículo 116 de la LRJPAC.

La recurrente califica expresamente su escrito como recurso de reposición. En la medida en que se alega la infracción del ordenamiento jurídico se entiende que se está invocando causa de nulidad de pleno derecho o de anulabilidad prevista en los artículos 62 y 63 de la misma Ley, conforme requiere el artículo 107 de la LRJPAC.

Por todo ello, el recurso ha sido interpuesto cumpliendo con todos los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC. Asimismo, se ha interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117 de la misma Ley. Teniendo en cuenta lo anterior, se admitió a trámite el recurso interpuesto.

SEGUNDO. Competencia para resolver.

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



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TERCERO. Alegaciones de la entidad recurrente en la resolución del recurso.

Conforme lo dispuesto por el artículo 112.1 de la LRJPAC, no se tendrán en cuenta en la resolución de los recursos, hechos, documentos o alegaciones del recurrente, cuando habiendo podido aportarlos en el trámite de alegaciones no lo haya hecho.

Pues bien, conforme lo establecido en el artículo 42.4 de la LRJPAC, TESAU fue puntualmente notificada del inicio del procedimiento RO 2002/7504 correspondiente al conflicto planteado por Uní2, según consta debidamente acreditado en el expediente.

Durante la fase de instrucción del procedimiento, TESAU no hizo uso del derecho que legalmente le asiste en relación con la posibilidad de aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio, en los términos expresados en el artículo 79.1 de la LRJPAC. Cumple destacar que, en virtud del citado artículo, dichas alegaciones y documentos serán tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente propuesta de resolución.

En consonancia con lo anterior, es preciso señalar que el artículo 35 letra e) de la citada Ley reconoce a los interesados en el procedimiento administrativo el derecho a formular alegaciones y aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución.

Asimismo, respecto de la instrucción del procedimiento el artículo 78.1 de la LRJPAC dispone que los actos de tal carácter necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución, se realizarán de oficio por el órgano que tramite el procedimiento, sin perjuicio del derecho de los interesados a proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención o constituyan trámites legal o reglamentariamente establecidos. En relación con las alegaciones presentadas por los interesados, el artículo 80.2 de la misma Ley establece que, cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los mismos, el instructor del procedimiento acordará la apertura de un período de prueba a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue oportunas.

Igualmente, una vez instruido el procedimiento RO 2002/7504 e inmediatamente antes de redactar la correspondiente propuesta de resolución,



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TESAU fue debidamente notificada en fecha 14 de enero de 2003 respecto del preceptivo trámite de audiencia en los términos establecidos en el artículo 84 de la LRJPAC, sin que la recurrente presentase alegación alguna.

Así las cosas, consta acreditado que TESAU no aportó en el trámite de alegaciones del procedimiento RO 2002/7504 hecho, documento o alegación alguna. Sin embargo, a través de su escrito de fecha 14 de marzo de 2003, con entrada en el Registro de esta Comisión el día 25 de marzo del mismo año, procedió a presentar el recurso potestativo de reposición que trae causa de la presente Resolución.

Analizados los hechos, documentos y alegaciones presentados por TESAU en el recurso interpuesto, resulta obvio que los mismos pudieron aportarse en el trámite de alegaciones. En consecuencia, ya desde un punto de vista puramente procedimental esta Comisión no puede tener en cuenta en la presente Resolución los citados hechos, documentos y alegaciones aportados por la recurrente, por imperativo del artículo 112.1 de la LRJPAC.

Al respecto ha de recalcar que el cumplimiento de los requisitos de procedimiento condiciona el enjuiciamiento de las pretensiones de fondo, según tiene establecida tanto la Jurisprudencia como el Tribunal Constitucional. Baste señalar, por todas, la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de fecha 2 de diciembre de 1997 (RJ 1997/8697), que sostiene en su fundamento jurídico segundo lo siguiente:

*“Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, como sienta la Sentencia 27/1995, de 6 de febrero, que el derecho a la tutela judicial efectiva implica la necesidad de que los ciudadanos obtengan de los órganos judiciales una satisfacción razonada y, a ser posible, “de fondo” de sus pretensiones, de tal manera que, **una vez cumplidos los presupuestos y los requisitos procesales**, que condicionan la admisibilidad de la resolución judicial definitiva, aquella satisfacción sea, en cada una de las instancias, material, pues material y efectiva ha de ser la tutela que se ha de dispensar a los derechos e intereses legítimos; pero dicha doctrina no excluye **la necesidad de que las partes deban cumplir escrupulosamente con los presupuestos y requisitos procesales que condicionan el enjuiciamiento de fondo de sus pretensiones**, porque, en caso contrario, dicho incumplimiento faculta a los órganos judiciales para dictar una resolución absolutoria en la instancia o inadmisoria del recurso interpuesto (SSTC números 43/1985, 81/1986, 87/1986 y 231/1990).*

Asimismo, en la constante línea de la STC número 211/1989, de 19 de diciembre, debe sentarse que corresponde a los litigantes actuar en el proceso con la debida diligencia, sin que pueda alegar indefensión quien se coloca a sí mismo en dicha situación o quien no hubiera quedado afectado por ella de haber actuado con el cuidado razonablemente exigible.”



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por todas las razones expuestas y conforme lo dispuesto en el artículo 53 de la LRJPAC, en lo relativo a que los actos administrativos como el presente se producirán ajustándose al procedimiento establecido, ha de desestimarse el recurso interpuesto.

CUARTO. En relación con la solicitud de suspensión del acto impugnado.

El artículo 111.1 de la LRJPAC prevé que, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, la interposición de un recurso no suspende la ejecución del acto impugnado. No obstante, el órgano competente para resolver el recurso, ponderando los distintos intereses que se vean afectados, puede suspender de oficio o a solicitud del recurrente la ejecución de dicho acto cuando concurren las circunstancias a que se refiere el apartado 2 del citado artículo 111 de la LRJPAC.

Por su parte, el apartado 3 establece que la ejecución del acto impugnado se entenderá suspendida si transcurridos treinta días desde que la solicitud de suspensión haya tenido entrada en el registro del órgano competente para decidir sobre la misma, éste no ha dictado resolución expresa al respecto.

Teniendo en cuenta que la suspensión del acto impugnado es una medida de finalidad cautelar que se adopta hasta tanto no sea resuelto el recurso interpuesto (con efectos, por tanto, durante el tiempo en que se tramita el recurso), y que dicha suspensión se entiende producida si no se resuelve sobre la misma en un plazo de treinta días, en el presente caso no se ha hecho necesario pronunciarse sobre la solicitud de suspensión, ya que el recurso de reposición interpuesto se resuelve dentro del plazo máximo de treinta días que está establecido en el artículo 111.3 de la LRJPAC para resolver sobre las solicitudes relativas a la suspensión de la ejecución de los actos impugnados.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

PREVIO. Consideración de las alegaciones de la recurrente.

Por las razones antes expuestas en relación con lo establecido en el artículo 112.1 de la LRJPAC, procede desestimar el recurso interpuesto al no poder tenerse en cuenta en la resolución del presente recurso hechos, documentos o alegaciones del recurrente, cuando habiendo podido aportarlos en el trámite de alegaciones no lo haya hecho.

Sin perjuicio de lo anterior y considerando lo dispuesto por el artículo 56.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el sentido de que las pretensiones que se deduzcan ante dicha jurisdicción podrán justificarse en cuantos motivos procedan, hayan sido



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

o no planteados ante la Administración, se estima conveniente efectuar un somero análisis de las alegaciones de TESAU, con absoluta independencia y abstracción de la desestimación formal del recurso interpuesto, como queda dicho.

PRIMERO. En cuanto a la alegada incompetencia de la Comisión.

Al respecto es preciso señalar que esta Comisión se estima competente para entender de los conflictos de interconexión y acceso que le planteen los operadores y es competente para atender las controversias en materia de alquiler de circuitos.

Esta competencia le viene atribuida por la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, que en su artículo 25 dispone que *"de los conflictos relativos a la ejecución e interpretación de los acuerdos de interconexión y de los producidos por el acceso a las redes públicas de telecomunicaciones, conocerá la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones"* y es desarrollada luego por el Reglamento de Interconexión aprobado por Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio.

Con anterioridad, la Ley 12/1997, de 24 de abril de Liberalización de las Telecomunicaciones ya había atribuido esta competencia a la Comisión en su artículo 1 Dos.2 e), en virtud del que corresponde a la CMT *"La Resolución vinculante de los conflictos de que se susciten entre operadores en materia de interconexión de redes si los obligados a permitirla no lo hicieren voluntariamente o si no llegaren los interesados a un acuerdo satisfactorio sobre la forma y condiciones en que aquélla debe llevarse a efecto"*.

Al contrario de lo alegado por TESAU, esta competencia no se limita a aquellos servicios donde normativamente debe existir una oferta mínima de servicios sujeta a modificaciones de la administración y para los cuales existe una regulación específica, como pueden ser los servicios comprendidos en la Oferta de Interconexión de Referencia que esté vigente en cada momento, sino que se extiende a todos aquellos servicios necesarios para conseguir un acceso e interconexión adecuada a las redes y la prestación de los servicios de telecomunicaciones en libre competencia.

A mayor abundamiento y por atribución expresa, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es competente para entender de los conflictos entre el operador dominante que suministre las líneas susceptibles de arrendamiento y el usuario de las mismas cuando éste sea operador de redes y telecomunicaciones. Así lo dispone la Orden de 22 de septiembre de 1998 por la que se establecen el régimen aplicable a las licencias individuales para servicios y redes de telecomunicaciones y las condiciones que deben cumplirse por sus titulares. Esta Orden en su anexo I apartado II detalla "las condiciones



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que deben cumplir los operadores dominantes titulares de licencias de tipo B y de tipo C que presten el servicio de líneas susceptibles de arrendamiento" y concreta, en su punto 14, que la entidad competente para la resolución de los conflictos que se planteen es la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Por tanto, se concluye que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es plenamente competente para entender de los conflictos de interpretación y ejecución de un acuerdo entre TESAU y Uni2 para la prestación del servicio portador de alquiler de circuitos.

SEGUNDO. En cuanto a las alegaciones presentadas por TESAU sobre la interpretación de lo dispuesto en la cláusula cuarta del acuerdo

Al respecto cumple manifestar que la Resolución recurrida, en la interpretación de la cláusula controvertida, no incurre en ninguna infracción del ordenamiento jurídico puesto que los términos del contrato están claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, por lo que, conforme al artículo 1281 del Código Civil, deberá estarse al sentido literal de las cláusulas. Solamente si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquellas.

El descuento pactado en la cláusula cuarta se vincula a que la capacidad total instalada, sea superior al 80% de la capacidad máxima instalable y tenga una antigüedad media de, al menos 10 meses. Se dice expresamente que ambos requisitos deberán cumplirse en el momento de la prórroga del contrato.

Por el contrario se guarda silencio en el contrato sobre la necesidad de que tales requisitos deban mantenerse una vez prorrogado el contrato para tener derecho al descuento. Es decir, el supuesto de hecho que ahora se plantea, esto es, la reducción de la capacidad una vez solicitada la prórroga, no está contemplado en el contrato y TESAU no ha aportado evidencia alguna por la que se deba entender que el tenor literal de las cláusulas es contrario a la intención de los contratantes.

En consecuencia, cabe concluir que la Resolución recurrida se ha dictado en estricto cumplimiento de las normas de interpretación de los contratos establecidas en el Código Civil.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Desestimar el recurso potestativo de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 13 de febrero de 2003 relativa al conflicto planteado por Uni2 Telecomunicaciones, S.A.U. contra Telefónica de España S.A.U. en relación con la interpretación y ejecución del contrato para la prestación del servicio portador de alquiler de circuitos suscrito por ambas entidades.

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 el artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, 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 resuelve un recurso potestativo de reposición, no puede interponerse otro recurso de reposición. No obstante, contra la misma 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 1.ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, la disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº. Bº. EL PRESIDENTE

Jaime Velázquez Vioque

Carlos Bustelo García del Real