



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**D. JAIME ALMENAR BELENGUER**, 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 nº 36/05 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 13 de noviembre de 2005, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el cual, en relación con el Expediente RO 2005/203, se aprueba la siguiente

**RESOLUCIÓN POR LA QUE SE PONE FIN AL CONFLICTO DE INTERCONEXIÓN PLANTEADO POR RETEVISIÓN MÓVIL, S.A. CONTRA TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. EN RELACIÓN CON LOS PRECIOS DE TERMINACIÓN DE LLAMADAS EN LA RED DE AQUÉLLA.**

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** Con fecha 20 de enero de 2005, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de D. José Joaquín Mollinedo Chocano, en nombre y representación de Retevisión Móvil, S.A. (en adelante, Amena), por el que plantea conflicto de interconexión contra la entidad Telefónica de España, S.A.U., (en adelante, Telefónica), en relación con los precios de terminación de llamadas en su red.

En su escrito, la representación de Amena alega que:

- La Resolución de la CMT de 7 de octubre de 2004 estableció los precios de interconexión de terminación en la red Amena.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Mediante carta de 26 de octubre de 2004 Telefónica solicitó a Amena la aplicación de los nuevos precios a partir del 1 de noviembre de 2004. Amena contestó mediante carta de 29 de octubre de 2004 remitiéndose a lo prescrito en la Resolución de 7 de octubre de 2004 y comunicándole que los nuevos precios se los comunicaría Amena y sería cuando entonces Telefónica tendría que manifestar su voluntad de aceptarlos o no.
- Mediante carta de 5 de noviembre de 2004, Amena ofreció a Telefónica los nuevos precios nominales de interconexión aprobados mediante la citada Resolución, emplazándole a notificar a Amena su voluntad de aceptar o no acogerse a la oferta de Amena y comunicándole lo que Amena entendería de no recibir ningún escrito.
- El día 15 de noviembre de 2004, Amena, mediante correo electrónico, advirtió a Telefónica de la inminente extinción del plazo de 10 días para contestar.
- Amena no ha recibido comunicación alguna de Telefónica sobre su intención de aceptar o no la oferta de Amena.
- Amena considera que Telefónica ha decidido no acogerse a los nuevos precios nominales y franjas horarias de interconexión de terminación en la red de Amena.
- En la primera reunión de consolidación de interconexión: Amena manifestó que consideraba que Telefónica no había aceptado los nuevos precios y Telefónica manifestó que había aceptado los nuevos precios con efectos del 1 de noviembre.
- La relación de interconexión entre Amena y Telefónica se rige por el AGI suscrito entre las partes y se trata de una relación contractual bilateral, que debe atender a las normas generales del Código Civil.
- El apartado tercero de la Resolución de 7 de octubre de 2004 establece con detalle el procedimiento para la aplicación, efectividad y formalización de los precios nominales y franjas horarias en las relaciones jurídicas bilaterales contractuales que Amena mantiene con los operadores interconectados con los que tiene suscrito un AGI. Amena se ha ajustado a este procedimiento, cursando su oferta en tiempo y forma.
- Dentro del plazo del 6 al 15 de noviembre, todos los operadores fijos interconectados con Amena, excepto Telefónica, respondieron cumplidamente a su oferta manifestando su voluntad de aceptarla.
- No se ha producido la necesaria manifestación expresa de aceptación de Telefónica a su oferta, de acuerdo con la Resolución de la CMT de 7 de octubre de 2004 y con el 1.262 del Código Civil.
- De una interpretación material del Resuelve de la Resolución, se concluye que Amena está obligada a formular la oferta y que la decisión de aceptarla o de no acogerse a la misma por parte de los operadores



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*interconectados es enteramente libre y voluntaria para éstos. Sostiene que sí se han producido declaraciones de Telefónica sobre la oferta de Amena pero ninguna de ellas durante los diez días siguientes a que Amena formulara su oferta, esto es, el 5 de noviembre.*

- Si la intención de la CMT al aprobar la Resolución de 7 de octubre de 2004 hubiese sido la de que entrasen en vigor desde el 1 de noviembre, habría previsto la obligación de Amena de formular su oferta con anterioridad a esa fecha o habría dispuesto la aplicación "*ipso iure*" de aquellos precios nominales y franjas horarias desde aquella misma fecha. Términos que no se deducen de la interpretación literal de la Resolución.
- Frente a una posible alegación de Telefónica en el sentido de que con su carta de 26 de octubre de 2004 Telefónica aceptaba la oferta realizada por un tercero, en este caso la CMT, a través de la Resolución de 7 de octubre, indica que existe sobrada jurisprudencia por la que "*la oferta formulada en nombre de un tercero sin el consentimiento de éste es inexistente; de modo que, de producirse su aceptación por el destinatario de la misma, se tendrá por inexistente el consentimiento*".
- Aunque se llegara a valorar la eventual posibilidad de que la Resolución de la CMT de 7 de octubre de 2004 no exigiera una manifestación expresa de aceptación de la oferta de Amena dentro del plazo de 10 días para que dicha aceptación se tuviera por efectivamente producida, aún en forma tácita, sin embargo la inactividad y el silencio de Telefónica a lo largo del plazo expresado no serían suficientes por sí solos para fundar un consentimiento tácito y producir efectivamente los efectos jurídicos que la propia Telefónica pretende, dado que la conducta de Telefónica no se debió a una negligencia o confusión.
- La carta de Telefónica de 26 de octubre de 2004 queda anulada por otros hechos (exigencia de manifestación expresa por la Resolución de 7 de octubre de 2004 y cartas de Amena de 29 de octubre y 5 y 15 de noviembre de 2005).
- Si se aceptara la existencia de una aceptación tácita por parte de Telefónica, la misma sólo tendría sus efectos a partir del día siguiente al vencimiento del plazo de 10 días naturales que establece la Resolución de 7 de octubre de 2004 pues sólo así se tendría certeza de que Telefónica no decidía no acogerse a los nuevos precios ofertados. Admitir una fecha anterior penalizaría a los restantes operadores que cumplieron con la Resolución de la CMT y, además, supondría permitir la existencia de la aceptación antes de que se produzca la oferta.

En virtud de lo anterior, Amena solicita:



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*“dictar Resolución por la que se declare que los precios nominales y franjas horarias de interconexión de terminación de voz en la red de AMENA aplicables a TESAU son los vigentes con anterioridad a la Resolución de la CMT de 7 de octubre de 2004, por la que se fijan transitoriamente los precios de interconexión de terminación en la red de RETEVISIÓN MÓVIL, S.A.; o, en su defecto, que se declare que los nuevos precios nominales y franjas horarias de interconexión de terminación de voz en la red de AMENA aprobados por la citada Resolución de la CMT de 7 de octubre de 2004 y ofrecidos por este operador a TESAU con fecha 5 de noviembre de 2004 sólo son de aplicación a partir del 16 de noviembre de 2004.”*

**Segundo.-** Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de 7 de febrero de 2005 se comunicó a los interesados el inicio del expediente administrativo para la resolución del conflicto planteado por Amena, dando traslado de la solicitud de intervención para alegaciones.

**Tercero.-** Con fecha 28 de febrero de 2005 tuvo entrada en el Registro de la CMT escrito de Telefónica alegando que:

- Telefónica no ha impugnado las Resoluciones de la CMT de 7 de octubre de 2004 y 20 de enero de 2005 por tener intención de que se le aplicasen los nuevos precios y estar plenamente conforme con los mismos.
- Los plazos establecidos en la Resolución de 7 de octubre de 2004 son plazos establecidos en “*interés de los terceros*” que no han sido parte interesada pero no pueden perjudicar a quien demuestra interés manifiesto.
- Está probado (Carta de 26 de octubre de 2004) y es manifiesto el interés de Telefónica en que se le aplicaran los nuevos precios nominales y franjas horarias de interconexión de terminación en la red de Amena.
- Reconoce que se puede cuestionar la idoneidad de la fecha de emisión de la carta por parte de Telefónica pero este extremo sería un requisito formal en el que Telefónica ha demostrado un exceso de celo y de querer que los precios se aplicasen cuanto antes.
- El interés de Telefónica es manifiesto porque: (i) los nuevos precios a pagar por Telefónica son más bajos, (ii) Telefónica modifica sus precios finales del servicio fijo-móvil en función de los precios de interconexión, tal y como aparece en la Resolución de 28 de octubre de 2004.
- Las solicitudes de intervención de la CMT que alternativamente pide Amena son contradictorias entre sí y de algún modo suponen un reconocimiento de la aceptación de los precios que solicitó Telefónica.
- Para Telefónica el asunto incide directamente en el cumplimiento de una de las condiciones conexas al esquema de price cap y cualquiera de las



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

opciones de Amena supondría un incumplimiento de los términos medios de la condición *“la parte del precio de dichas llamadas (las de fijo a móvil) que responda a la remuneración de la red pública de Telefónica de España será la misma cualquiera que sea la red móvil en que se terminen las llamadas”*.

- Aceptar la tesis de Amena implicaría hacer una aplicación contradictoria con la Resolución de la CMT de 28 de octubre de 2004 en la que se verificaba que la equivalencia de la remuneración a la red fija obtenida de las llamadas a las distintas redes móviles.
- A la vista de los Resuelve primero y segundo de la Resolución de 7 de octubre de 2004, los nuevos precios de terminación en interconexión en la red de Amena deben surtir efectos desde el 1 de noviembre de 2004.

En virtud de estas alegaciones, Telefónica solicita:

*“desestimar la pretensión de AMENA, resolviendo que los precios aprobados por la Resolución de 7 de octubre de 2004 sean de aplicación a Telefónica de España desde el 1 de noviembre de 2004”*

**Cuarto.-** Mediante sendos escritos de fecha 26 de julio de 2005, una vez finalizada la instrucción del procedimiento y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 de la LRJPAC, se procedió a comunicar a los interesados, Amena y Telefónica, la apertura del trámite de audiencia previo a la resolución definitiva del expediente al tiempo que se le dio traslado del Informe elaborado por los Servicios de esta Comisión de fecha 26 de julio de 2005.

**Quinto.-** Con fecha 9 de agosto de 2005, dentro del plazo conferido para realizar alegaciones en el trámite de audiencia, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de la representación de Telefónica en el que, en resumen, realizaba las siguientes manifestaciones:

- Su total conformidad con el Informe en cuanto a la aplicación a Telefónica de los precios establecidos mediante la Resolución de 7 de octubre de 2004 a partir del 1 de noviembre de 2004
- Resulta conveniente que el plazo para la regularización de los pagos sea de quince días laborales a contar desde la notificación de la Resolución que ponga fin al procedimiento

**Sexto.-** Con fecha 12 de agosto de 2005, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de la representación de Amena en el que presenta las siguientes alegaciones:

Primera.- Existencia de silencio administrativo positivo



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- La pretensión deducida por Amena ha quedado estimada por silencio administrativo, de forma que la CMT necesariamente debe dictar Resolución expresa confirmatoria del acto presunto estimatorio porque el procedimiento se inició mediante su escrito, el plazo de la CMT para resolver de 4 meses se ha sobrepasado y, transcurrido el mismo, el silencio tiene carácter positivo por no ser aplicable ningún supuesto del artículo 43.2 de la LRJPAC de Amena
- El anterior planteamiento de Amena ha sido confirmado expresamente por la CMT en el propio procedimiento
- Amena no desconoce que la CMT ha negado la existencia de silencio positivo en un conflicto de acceso, aunque estima que no concurren en este caso las mismas circunstancias puesto que en el presente caso (i) la pretensión de Amena es plenamente conforme a Derecho, (ii) aunque la pretensión de Amena no fuera conforme a Derecho, la polémica anterior a la LRJPAC sobre la posibilidad jurídica de actos presuntos contrarios a Derecho está zanjada actualmente pues el artículo 62.1.f) de este texto legal los admite siempre salvo que exista una norma con rango de Ley que los prohíba expresamente y ello no sucede en el ámbito de las telecomunicaciones.
- Una Resolución de la CMT desestimatoria sería nula por constituir una revisión de oficio del acto presunto estimatorio realizada prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido (artículos 102 y siguientes de la LRJPAC).

### Segunda.- Consideraciones generales

- Amena está conforme con el contenido del Fundamento de Derecho Tercero del Informe preliminar
- Amena está conforme con la consideración de admitir otros mecanismos de notificación distintos al establecido en la Resolución de 7 de octubre, aunque discrepa de las conclusiones emitidas en el Informe al considerar que:
  - (i) el procedimiento establecido en la Resolución de 7 de octubre para incorporar a los AGIs los nuevos precios fijados es especial (la Resolución fija el procedimiento para la incorporación del os nuevos precios) y resulta de aplicación preferente e imperativa (la Resolución obliga a seguir a Amena un determinado procedimiento que incide directamente sobre las distintas fases del proceso de aplicación de precios), no pudiendo ser válidamente excluido por la voluntad de los operadores ni por la CMT admitiendo un procedimiento alternativo distinto al fijado mediante la propia Resolución de 7 de octubre sin seguir el





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- procedimiento indicado para la revisión de oficio de actos administrativos,
- (ii) para aplicar el mecanismo establecido en la cláusula 13.3 del AGI, (i) éste debe ser compatible con la Resolución de 7 de octubre, y no lo es por cuanto las fechas de entrada en vigor no son coincidentes, impide la posibilidad de establecer nuevos precios y franjas hasta el 5 de noviembre de 2004, tal y como prevé la Resolución (ii) deben concurrir los requisitos previstos por dicha cláusula y ello no sucede en este caso por cuanto el AGI prevé la modificación ante cambios normativos y la Resolución de referencia no constituye una norma jurídica sino un acto administrativo, y (iii) ambas partes deben haber pretendido su aplicación, sin que ello haya sido así ya que ni el mecanismo propuesto por Telefónica está amparado en la citada cláusula del AGI ni Amena ha incoado este procedimiento con la finalidad de la cláusula de referencia, y
  - (iii) sólo si las partes lo decidieran, podrían voluntariamente incorporar otro mecanismo diferente que fuera compatible con lo establecido en la Resolución, circunstancia que no se ha producido
  - (iv) no cabe invocar el criterio interpretativo tendente a la defensa de los intereses de los usuarios finales por cuanto la Resolución de 7 de octubre no permite diversas interpretaciones sino que exige la aplicación preferente del mecanismo previsto en la misma. Este mecanismo establece expresamente el momento de la entrada en vigor de los precios y no pueden invocarse exigencias del interés público para trasladar a los AGIS con mayor rapidez los nuevos precios
  - (v) la aceptación del Informe preliminar produciría como un resultado discriminatorio en contra de los restantes operadores fijos interconectados con Amena que se ajustaron plenamente al procedimiento establecido por la Resolución de 7 de octubre.

Por todo ello, Amena entiende que la CMT debería dictar una Resolución en la que bien declare que los nuevos precios son los vigentes con anterioridad a la Resolución de 7 de octubre de 2004 o bien que los precios fijados en esta Resolución son aplicables a Telefónica a partir del 16 de noviembre de 2004.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO.



## **COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES**

### **Primero.- Competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.**

En relación con la solicitud de intervención presentada por Amena, las competencias de esta Comisión para intervenir se derivan de lo dispuesto en la normativa sectorial.

En concreto, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), en su artículo 48.2, indica que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto, entre otras cuestiones, el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y la resolución de los conflictos entre operadores. Dichas competencias generales se concretan en la habilitación competencial de esta Comisión para actuar en esta materia, recogida en el apartado 3. letra d) del mismo artículo, que establece que es función de esta Comisión la resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre operadores en materia de acceso o interconexión.

Asimismo, el artículo 11.4 de la LGTel establece que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 del mismo texto legal. A tales efectos, el artículo 14 de la LGTel señala que conocerá la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de esta ley y de sus normas de desarrollo.

### **Segundo.- Delimitación del objeto del Procedimiento.**

La representación de Amena planteó conflicto de interconexión ante esta Comisión a raíz de la aplicación, por parte de este operador, de las condiciones relativas a los precios de terminación de llamadas en su red, establecidas en la Resolución de esta Comisión de 7 de octubre de 2004.

En concreto, el conflicto de interconexión interpuesto por Amena plantea como cuestión principal la interpretación del procedimiento diseñado en la citada Resolución y las consecuencias que se derivan del comportamiento seguido por Telefónica.

Ello exige el tratamiento de las siguientes cuestiones fundamentales:





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- a) Sobre el procedimiento diseñado mediante la Resolución de 7 de octubre de 2004
- b) Sobre la actuación de Telefónica en cuanto a la aplicación de nuevos precios de interconexión de terminación en la red de Amena

### **Tercero.- Sobre el procedimiento diseñado mediante la Resolución de 7 de octubre de 2004.**

Mediante la Resolución de 7 de octubre de 2004 se fija a partir del 31 de octubre de 2004 el precio medio máximo de interconexión de terminación de voz en la red de Amena (de acuerdo con unos ponderadores) y se establecen unos precios nominales y bandas horarias que se corresponden con el precio medio fijado.

Asimismo, en el punto Tercero de la parte dispositiva de la Resolución de referencia se obliga a Amena a comunicar estos precios a todos los operadores con los que está interconectada y se fija un procedimiento que incluye las opciones para los operadores interconectados y los pasos a seguir por todos los operadores. En concreto, se indica lo siguiente:

***“Tercero.-** Los precios nominales de interconexión aprobados deberán ser ofrecidos por Retevisión Móvil, S.A. a todos los operadores interconectados a partir del 31 de octubre de 2004.*

*En el plazo de cinco días naturales a contar desde el 31 de octubre de 2004, Retevisión Móvil, S.A. debe ofrecer a todos los operadores interconectados los precios aprobados, comunicándoles la posibilidad de no acogerse a los mismos y mantener los que tiene vigentes, mediante la correspondiente notificación a Retevisión Móvil, S.A. en el plazo de diez días naturales desde la fecha de recepción de la oferta del operador interconectado.*

*Los nuevos precios de interconexión de terminación en la red de Retevisión Móvil, S.A. modificarán los Acuerdos Generales o Addenda vigentes entre Retevisión Móvil, S.A. y otros operadores, previa solicitud escrita de éstos a Retevisión Móvil, S.A. La modificación entrará en vigor desde la fecha de notificación de la solicitud y, en el plazo de cinco días laborables a contar desde la notificación a Retevisión Móvil, S.A., esta entidad y el operador solicitante formalizarán por escrito el texto que corresponda con el objeto de la aceptación.”*

Por tanto, efectivamente, tal y como se recoge en este punto, Amena tenía un plazo de 5 días naturales para realizar su oferta a todos los operadores interconectados, a partir del 31 de octubre de 2004. En dicha notificación



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Amena debía indicar a los restantes operadores que tenían un plazo de 10 días naturales desde la recepción de la oferta para solicitar dichos precios o para mantener los precios que tuvieran vigentes, mediante la correspondiente comunicación a Amena. En este sentido, conviene señalar aquí que esa comunicación debe ser tanto para aceptar la oferta, como para rechazarla manteniendo, por tanto, los precios vigentes.

Por último, en aplicación del procedimiento detallado, los nuevos precios de interconexión entran en vigor desde la fecha en que el operador interconectado notifica su solicitud, y ambas partes se encuentran obligadas a modificar su AGI en el plazo de cinco días hábiles a contar desde la notificación a Amena.

Una vez aclarado el procedimiento, cabe extraer del mismo las siguientes conclusiones:

1. Amena debía ofrecer los nuevos precios a todos los operadores, desde el 1 de noviembre y hasta el 5 de noviembre ambos inclusive.
2. Telefónica, en su condición de operador interconectado, debía responder en el plazo de 10 días naturales desde la notificación, tanto si aceptaba la nueva oferta como si pretendía que los precios vigentes hasta esa fecha continuaran siéndolo.
3. Una vez notificada por Telefónica la aceptación o la renuncia de la oferta, existía un plazo de 5 días hábiles para modificar el AGI desde el momento de la notificación a Amena.

Por lo expuesto hasta este punto, no cabe sino concluir que Amena acudió y cumplimentó correctamente el procedimiento establecido en el punto tercero de la Resolución en tiempo y forma.

No obstante y una vez sentado lo anterior, a fin de resolver el presente conflicto ha de analizarse ahora la actuación de Telefónica y refrendar si la misma puede colegirse con el procedimiento fijado en el punto Tercero de la parte dispositiva de la Resolución de 7 de octubre.

### **Cuarto.- Sobre la actuación de Telefónica en cuanto a la aplicación de nuevos precios de interconexión de terminación en la red de Amena.**

Telefónica envió una carta a Amena con fecha 26 de octubre de 2004, por la que solicitaba la aplicación de los precios resultantes de la Resolución de 7 de octubre a partir del 1 de noviembre de 2004.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con fecha 29 de octubre de 2004, Amena responde al anterior documento indicando que en el plazo establecido por la Resolución de 7 de octubre, Amena remitirá una oferta acorde a dicho acuerdo y, *“debiendo entonces notificarse por su parte a Amena, en el plazo igualmente establecido en el mismo apartado de la citada Resolución, si acepta la oferta, o por el contrario, decide no acogerse a los nuevos precios y franjas y mantener las vigentes”*.

El 5 de octubre de 2004, Amena ofrece a Telefónica los nuevos precios y ante la falta de noticias de Telefónica, mediante correo electrónico, Amena advierte a Telefónica de la inminente extinción del plazo de 10 días para contestar. Dentro del plazo de 10 días fijado por la Resolución de 7 de octubre de 2004, Telefónica no ha manifestado su voluntad de aceptar o no los nuevos precios aprobados por esta Comisión.

Pues bien, para llegar a adoptar una determinación respecto a esta controversia, deben analizarse una serie de cuestiones:

### **a) Contexto en el que se ha dictado la Resolución de 7 de octubre de 2004.**

Mediante Acuerdo de 11 de septiembre de 2003, Amena fue declarado operador dominante en el mercado nacional de servicios de interconexión. Tal declaración conlleva para este operador una serie de obligaciones establecidas por la normativa, entre las que se encuentra la orientación a costes de sus precios de interconexión. Por ello, en uso de la habilitación competencial que tiene atribuida, la CMT adoptó la Resolución de 7 de octubre de fijación transitoria de precios de interconexión en la red de Amena.

La contratación de los servicios de interconexión por parte de un operador a otro se sustenta en la formalización de Acuerdos Generales de Interconexión (AGI). Estos Acuerdos responden a las características de los contratos remuneratorios. En concreto, se trata de un contrato de arrendamiento de servicios, definido en el artículo 1544 del Código Civil como aquél por el que una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto.

Los operadores interesados en la contratación de estos servicios no tienen, en principio, restricciones legales para efectuarla, pudiendo negociar con carácter general en los términos que estimen convenientes para lograr un acuerdo que sea satisfactorio para ambos. No obstante, en la negociación, ambos operadores habrán de sujetarse a la normativa vigente y, en especial, a las obligaciones que alguno de ellos pudiera tener impuestas. En este sentido, debe resaltarse la regulación específica a la que ha de someterse un operador que tenga la consideración de operador dominante, en este caso, Amena.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el caso que nos ocupa, Telefónica y Amena formalizaron el 18 de enero de 1999 un Acuerdo General de Interconexión, que se encuentra vigente en la actualidad. Sin embargo, la negociación sobre el contenido de este Acuerdo está delimitada por las obligaciones que se exigen a ambos operadores.

Como esta Comisión ya ha puesto de manifiesto en distintas ocasiones, se puede afirmar que este Acuerdo goza de una doble naturaleza pública y privada, en cuanto que no hace sino regular las relaciones entre dos operadores que disfrutan y soportan, a un tiempo, un derecho y una obligación de interconexión.

La posibilidad de que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones intervenga en dicha relación contractual en la forma en que le reconoce la legislación vigente es uno de los límites legales a la libertad de pactos recogida en el Derecho común. En concreto, en lo que aquí interesa, la CMT puede fijar unos determinados precios de interconexión de terminación en la red de uno de los operadores interconectados (Amena, en el presente caso), modificando los que tuvieran pactados los operadores afectados.

Pues bien, la Resolución de la CMT de 7 de octubre de 2004 va dirigida a Amena e incide en su obligación de orientar a costes los precios de interconexión que cobre por prestar el servicio de interconexión de terminación. En concreto, en la citada Resolución se fija a Amena en los apartados Primero y Segundo unos nuevos precios medio y nominales de terminación y unas nuevas bandas horarias, con efectividad a partir del 31 de octubre de 2004. Asimismo, para dotar de transparencia a la modificación establecida, se exige a Amena que inicie un procedimiento de comunicación de precios a los restantes operadores con los que está interconectado.

Es decir, se configura la interconexión como un asunto contractual a acordar libre y privadamente entre los dos operadores y el Acuerdo General de Interconexión (AGI) como un contrato privado entre las mismas pero que reúne todos los elementos de los denominados "*contratos normados*" y de los "*contratos forzosos*", en cuanto que, entre otras cuestiones, está sujeto a la revisión e interpretación de un órgano administrativo como lo es esta Comisión.

### **b) Sobre la aplicación de los nuevos precios de interconexión de terminación en la red de Amena.**

La resolución de la CMT tiene dos aspectos diferenciados. Uno de ellos, esencial en el ejercicio de las potestades atribuidas a este organismo,



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

consistente en modificar los precios de interconexión de terminación de Retevisión Móvil. Y otro aspecto, accesorio al anterior, consistente en establecer un procedimiento que evite disputas sobre la forma de llevar a cabo la modificación siendo respetuosa con el principio de libertad de pactos entre los operadores.

Esta consideración lleva a concluir que, siempre que se respete el contenido esencial de la resolución, las partes firmantes de un Acuerdo de Interconexión pueden llegar a los acuerdos que estimen convenientes sobre la manera en que se llevaría a efecto la modificación de los precios. Por mencionar un ejemplo de aplicación práctica, las partes podrían libremente acordar que las fechas de aplicación de la modificación pudieran ser otras diferentes de las previstas en la Resolución, acortándolas o extendiéndolas.

En el presente caso, resulta notoria la voluntad de Telefónica de acogerse al contenido esencial de la Resolución, esto es, la aceptación de los nuevos precios fijados por la CMT, como se ha dicho. Al tiempo, existe una propuesta de esa operadora dirigida a Retevisión Móvil –no aceptada por ésta- de adelantar la aplicación de los precios en relación a los plazos contenidos en la Resolución de 7 de octubre de 2004.

Desde el punto de vista contractual, y en el contexto reseñado, por cuanto se ha constatado la emisión de una manifestación de voluntad por cada uno de los operadores en conflicto (Amena y Telefónica) tendente a modificar en los mismos términos el precio del servicio de interconexión de terminación de Amena, ha de concluirse que existe la necesaria coincidencia de dos voluntades (concurso de oferta y aceptación) que exige esta novación contractual para producir efectos jurídicos.

La doctrina científica y la jurisprudencia vienen exigiendo que el concurso de la oferta y la aceptación, como requisito indispensable para la perfección de la modificación contractual, ha de contener todos los elementos necesarios para la existencia del mismo y coincidir exactamente en sus términos, debiendo constar la voluntad de quedar obligados ambas partes contratantes.

En el caso que nos ocupa, la oferta de nuevos precios que efectúa Amena contiene todos los elementos determinantes de la misma. Por su parte, la aceptación realizada por Telefónica de la aplicación de las nuevas condiciones económicas del servicio de interconexión de terminación en la red de Amena que ha determinado esta Comisión constituye una manifestación de voluntad con todos los requisitos precisos para tenerla en cuenta por cuanto ha sido completa, definitiva y efectuada con la inequívoca intención de vincularse



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

contractualmente con Amena aplicando los nuevos precios aprobados por Resolución de 7 de octubre de 2004.

Ciertamente, la declaración de voluntad que ha efectuado Telefónica (carta de 26 de octubre) se ha producido con anterioridad a la fecha en que Amena le ha remitido la oferta de los nuevos precios (carta de 5 de noviembre), por lo que no puede considerarse *strictu sensu* que en dicho momento se haya perfeccionado el contrato entre ambas partes, dada la exigencia civil de que la aceptación se haga tras la emisión de una oferta (art.1262 Código Civil). Ahora bien, tampoco puede desconocerse que la voluntad de TESAU, deducida de dicha declaración anticipada, y de la posición adoptada con posterioridad a la terminación del plazo de diez días indicado (que constituyen actos anteriores y posteriores que han de ser considerados principalmente para interpretar la intención de las partes, conforme al art. 1282 del mismo texto legal), ha sido la de aceptar, en sus relaciones con Amena, la aplicación de los nuevos precios de terminación en la red de ésta. Por tanto, no puede negarse que ha existido una aceptación de TESAU a la oferta de Amena.

Esta conclusión es coherente con el contenido esencial de la resolución de la CMT, tal como se ha razonado más arriba.

Finalmente, debe concretarse la fecha a partir de la cual resultan aplicables los nuevos precios de interconexión de terminación en la red de Amena. Para ello, debe tenerse en cuenta que el procedimiento recogido en la Resolución de 7 de octubre de 2004 determinó a favor de Telefónica un plazo de 10 días naturales a contar desde la notificación de Amena para que pudiera aceptar la oferta de los nuevos precios. También ha de significarse que, pudiendo hacerlo, sin embargo Telefónica no hizo manifestación alguna de aceptación dentro del plazo otorgado por esta Comisión. Por todo ello, y en aras de efectuar la aplicación de los nuevos precios de la forma más acorde con el procedimiento diseñado por la CMT, los nuevos precios de Amena resultarán aplicables a partir del décimo día natural a contar desde el ofrecimiento realizado por Amena mediante carta de 5 de noviembre, esto es, a partir del 15 de noviembre de 2004.

Este pronunciamiento es congruente de nuevo con la afirmación anterior sobre el carácter disponible para las partes y para este caso concreto, de los aspectos de la resolución relativos a la manera de llevar a efecto la modificación de los precios. No existiendo acuerdo entre ellas sobre el acortamiento de los plazos, no puede Telefónica imponer unilateralmente a Amena una fecha que esta operadora no acepte. Por lo que, ante el silencio ulterior de Telefónica respecto del plazo de diez días que establece la





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

resolución a fin de aplicar los nuevos precios, se debe sobrentender que dicho plazo de aplicación será el último día de los que contempla la resolución.

### **Quinto.- Contestación a otras cuestiones alegadas por los operadores.**

- a) Sobre la alegación de Telefónica respecto a la incidencia de la fecha de fijación de precios de terminación en la red de Amena en la obligación al esquema del price cap.

Señala Telefónica que el conflicto es de suma importancia porque cualquiera de las dos solicitudes de Amena a esta Comisión (aplicación de nuevos precios a partir del 16 de noviembre de 2004 y aplicación de precios vigentes con anterioridad a la Resolución de 7 de octubre de 2004) inciden en la obligación conexas al esquema de price cap, que únicamente autoriza a Telefónica a verificar la retribución a la red fija en términos medios y no para cada una de las franjas horarias.

Según Telefónica, con la adopción de alguna de estas opciones ella se encontraría expuesta a que la propia CMT o cualquier operador pudieran denunciarle por discriminación a la hora de fijar esa retribución media. Además, en la Resolución de 28 de octubre de 2004 se declaraba la procedencia de la aplicación de los nuevos precios del servicio telefónico fijo para llamadas de fijo a móvil, que habían sido comunicados por Telefónica y que entraron en vigor el 1 de noviembre de 2004. Telefónica concluye esta alegación sosteniendo que si se resolviera a favor de las tesis de Amena, se estaría ante la disyuntiva de hacer una interpretación claramente contradictoria con la Resolución de 28 de octubre de 2004.

Respecto a la posible contradicción con la Resolución de 28 de octubre de 2004, es necesario realizar una serie de matices. En primer lugar, el procedimiento que finalizó con el Acuerdo de esta Comisión de 28 de octubre y el procedimiento de fijación transitoria de precios de interconexión de terminación de voz en la red de Amena (MTZ 2004/1301, Resolución de 7 de octubre) son procesos independientes y en nada debe depender lo que se resuelva en un Acuerdo de lo aprobado en el otro. De hecho, cualquier posible concurrencia en el plazo de la entrada en vigor de los precios de interconexión de terminación de voz en las redes de los móviles y de los nuevos precios minoristas ofrecidos por Telefónica para cumplir con sus obligaciones de price cap, ha de interpretarse como una mera coincidencia.

Además, se constata que Telefónica procedió a proponer unos precios minoristas para sus llamadas del servicio fijo-móvil una vez que conocía los precios de interconexión aprobados para los tres operadores móviles. Así, se



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

realizaron las comprobaciones oportunas por parte de esta Comisión y se verificó, con esa propuesta, la equivalencia de la remuneración a la red fija en términos medios. Por tanto, de haber cumplimentado Telefónica los plazos y trámites oportunos, no se encontraría ahora ante la situación de incumplir dicha equivalencia.

Finalmente, las tres resoluciones en las que se fijaban los precios de interconexión de terminación de voz en las redes de Amena (MTZ 2004/1301), de Vodafone España, S.A. (MTZ 2004/1302) y de Telefónica Móviles España, S.A. (MTZ 2004/1303) tenían idéntico expositivo, por lo que sí se podría dar una pequeña divergencia en el plazo de aplicación, dependiendo de la forma en que se fueran cumpliendo los mismos, con cada uno de los operadores móviles. En cualquier caso no se estaría discriminando a la hora de fijar la retribución media a la red fija, toda vez que Telefónica conocía los precios que le debían aplicar, estando los operadores móviles obligados a ofrecerlos a sus operadores interconectados.

Por ello, se puede concluir que el breve lapso de tiempo en que podría estar incumpléndose la igual remuneración de la red fija es admisible por los trámites burocráticos necesarios para cerrar el acuerdo y firmar el AGI.

### **b) Sobre la alegación de Amena respecto a la existencia de silencio administrativo positivo**

Amena defiende la existencia de silencio positivo por cuanto la pretensión de Amena es plenamente conforme a Derecho y, conforme a la normativa vigente, resultan admisibles los actos presuntos.

En el presente procedimiento, iniciado a instancia de Amena, aparecen involucrados intereses contrapuestos (por un lado, Amena y, por otro lado, Telefónica). Por ello, esta Comisión, no puede acceder sin más a la solicitud de Amena, al no ser éste un procedimiento en el que se deban considerar sólo los intereses de la solicitante.

En efecto, la aplicación del silencio positivo produciría resultados claramente perjudiciales para Telefónica, que tendría que asumir, por el simple efecto de la falta de resolución en plazo, unas obligaciones que Amena entiende existentes, pero que, en ningún caso, se puede afirmar que sean conforme a Derecho. Por tanto, la aplicación estricta de la regla prevista en el artículo 43.2 de la LRJPAC conduce a resultados contrarios al ordenamiento jurídico pues, en virtud de la falta de resolución en plazo por parte de esta Comisión, se produciría a un tercero perjuicios irreparables. Si bien es cierto que Telefónica podría recurrir, en reposición ante la CMT o en sede contencioso-administrativa contra esta



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

estimación presunta, no es menos cierto que el acto presunto estimatorio crearía una situación jurídica que afectaría directa e inmediatamente a la esfera jurídica de terceros a quienes no es imputable la falta de resolución en plazo.

La figura del silencio positivo está diseñada para imponer o levantar condiciones al ejercicio de derechos que forman parte de la esfera patrimonial de los administrados (de ahí el carácter desestimatorio del silencio en el caso de ejercicio del derecho de petición, en el que no existe ese previo derecho subjetivo). Sin embargo, el caso que nos ocupa, la pretensión de Amena generaría unas consecuencias que resultan contrarias a la propia intención del legislador al configurar la regla general del silencio positivo.

En efecto, la Ley 4/1999, de 13 de enero de modificación de la LRJPAC, señala en su Exposición de Motivos que:

*“(...) No podemos olvidar que cuando se regula el silencio, en realidad se está tratando de establecer medidas preventivas contra patologías del procedimiento ajenas al correcto funcionamiento de la Administración que diseña la propia Ley. Pues bien, **esta situación de falta de respuesta por la Administración – siempre indeseable- nunca puede causar perjuicios innecesarios al ciudadano, sino que, equilibrando los intereses en presencia, normalmente debe hacer valer el interés de quien ha cumplido correctamente con las obligaciones legalmente impuestas.**”*

Difícilmente puede aplicarse esta figura a unos procedimientos administrativos (conflictos entre dos operadores) en que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ejercita una potestad que, en definitiva, resuelve contradictoriamente, en garantía de los intereses públicos, una cuestión que afecta de manera importante, no sólo a la esfera jurídica del solicitante, sino también a otros operadores afectados por la misma.

A tales efectos, téngase en cuenta que la solicitud de intervención de esta Comisión en la resolución de un conflicto de acceso o interconexión, que se presenta por un operador de manera voluntaria, y que vincula a las partes, conlleva un carácter de mediación, que lo aleja de las solicitudes de otorgamiento o reconocimiento de derechos adecuados para la aplicación del silencio positivo. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1999, señala que *“del silencio administrativo no pueden resultar facultades o derechos que el particular afectado no hubiera podido adquirir por no pertenecer a su esfera patrimonial o jurídica”*

Esta Comisión se ha pronunciado ya en este sentido en sus Resoluciones de fechas 8 de mayo de 2002 (Exp. DT 2001/5502) y 11 de julio de 2002 (Exp. MTZ 2000/2393). Resulta necesario en este caso, hacer expresa mención de la



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Resolución de 29 de enero de 2004 (Exp. RO 2003/1071) en la que la CMT resolvió en el mismo sentido que aquí se expone, respecto de un conflicto de acceso planteado por Comunitel Global, S.A. contra Amena.

Finalmente, reiterar que la aplicación del silencio administrativo en ningún caso puede suponer una resolución contraria al ordenamiento jurídico en virtud del principio de legalidad en la actuación administrativa. Cabe citar, como exponentes de reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Sentencia de 28 de octubre de 1988, en la que se resuelve que:

*“El Derecho Administrativo en su objetivo de armonización de las prerrogativas exorbitantes de la Administración con la garantía del administrado ha admitido la figura del silencio administrativo positivo para aquellos supuestos, en lo que ahora importa, en los que se trata de remover un obstáculo que se opone al ejercicio de un derecho que ya ostenta el administrado como ocurre en el ámbito de las licencias (...) Esta solución positiva resulta plenamente satisfactoria para el administrado, asegurándole frente a la inactividad administrativa, pero resulta peligrosa para el interés público pues puede dar lugar a aquella pasividad de la Administración se convierta en una decisión que vulnere el ordenamiento jurídico. Justamente por ello para la producción del silencio positivo se exigen unos requisitos formales –que se haya presentado la documentación adecuada al tipo de licencia que se trate- y materiales –que el resultado no vulnere el ordenamiento jurídico-.*

Y, igualmente, la Sentencia de 4 de abril de 1997 indica que:

*“el silencio positivo constituye una solución satisfactoria para el administrado, asegurándole el acto o decisión frente a la inactividad de la Administración, pero comporta ciertos riesgos para el interés público porque puede dar lugar a que aquella pasividad de la Administración se convierta en una decisión que vulnere el ordenamiento jurídico (SSTS 28 de octubre de 1988 y 19 de noviembre de 1990, entre otras); y de ahí que, como se ha adelantado, el silencio no pueda ser utilizado como cauce para obtener derechos contrarios a la Ley, dado que es de todo punto imposible que resulte otorgado por silencio administrativo lo que no puede expresamente concederse por resultar contrario al ordenamiento jurídico”.*

Por todo cuanto antecede esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

## RESUELVE

**Primero.-** Los precios de interconexión de terminación en la red de Retevisión Móvil, S.A. establecidos mediante Resolución de 7 de octubre de 2004 resultan



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

aplicables a Telefónica de España, S.A.U. a partir del 15 de noviembre de 2004.

**Segundo.-** Retevisión Móvil, S.A. y Telefónica de España, S.A.U., en el plazo de quince días hábiles a contar desde la notificación de la presente Resolución, deben regularizar los pagos efectuados en interconexión entre ambos operadores para tráficos cursados a partir del 15 de noviembre de 2004, en atención a lo dispuesto en el anterior apartado.

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 pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición 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 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

Reinaldo Rodríguez Illera

Jaime Almenar Belenguer