



## 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 octubre de 2005, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el cual, en relación con el Expediente RO 2005/319, se aprueba la siguiente

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

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** Con fecha 28 de febrero 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 Móviles España, S.A., (en adelante, TME), 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 28 de octubre de 2004 TME 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 TME tendría que manifestar su voluntad de aceptarlos o no.
- Mediante nueva carta de 5 de noviembre de 2004, TME expone a Amena que ofrece nuevos precios a Amena ya que los precios que le fueron fijados en Resolución de 7 de octubre, fueron sustituidos por los de la Resolución de 21 de octubre. Amena acepta estos precios mediante carta de 8 de noviembre de 2004 y TME le comunica el 15 de noviembre que considera válida la aceptación de los precios realizada por Amena y envía a Amena una propuesta de Addendum en ese sentido.
- Mediante carta de 5 de noviembre de 2004, Amena ofreció a TME los nuevos precios nominales de interconexión aprobados mediante la citada Resolución.
- No se ha producido la necesaria manifestación expresa de aceptación de TME 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. La jurisprudencia exige que la oferta sea anterior a la aceptación.
- 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.
- El análisis del artículo 1262 del Código Civil, su interpretación por la doctrina y la jurisprudencia y una interpretación literal de la Resolución de 7 de octubre de 2004 concluyen que la aceptación de TME realizada con anterioridad a la oferta de AMENA debe entenderse como inexistente.
- Frente a una posible alegación de TME en el sentido de que con su carta de 28 de octubre de 2004 TME 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.
- Tras la oferta de AMENA, TME únicamente hace un pronunciamiento expreso de aceptación formal con fecha 15 de noviembre. Por tanto,



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

únicamente sería a partir de dicha fecha cuando AMENA debería proceder a la aplicación de los mismos a TME.

En virtud de lo anterior, Amena solicita:

*“dictar Resolución estableciendo que los nuevos precios de interconexión de terminación en la red de AMENA deben resultar de aplicación a TME a partir del 15 de noviembre de 2004, fecha en la que TME contestó a su oferta de 5 de noviembre.”*

**Segundo.-** Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de 14 de marzo 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 31 de marzo de 2005 tuvo entrada en el Registro de la CMT escrito de TME alegando que:

- De conformidad con la Resolución de 7 de octubre: (i) Los precios medios de terminación de Amena entran en vigor a partir del 31 de octubre de 2004 y a partir de esta fecha Amena está obligada a ofrecer los nuevos precios fijados en caso de que algún operador así lo solicitara, (ii) la obligación de Amena de comunicar los nuevos precios a los restantes operadores no anula, sino que es complementaria, la obligación de aplicar los nuevos precios a partir de una determinada fecha, fecha que será de aplicación desde la notificación de la solicitud y, en todo caso, a partir del 31 de octubre.
- La interpretación de AMENA elude el cumplimiento de las obligaciones dictadas por la Resolución de la CMT (31 de octubre) y no se atiene al principio de buena fe que debe regir las negociaciones ni a la interpretación de las resoluciones de la CMT dictadas al respecto, con anterioridad.
- La obligación de comunicación expresa es un procedimiento garantista que asegura que todos los operadores puedan tener conocimiento de las nuevas condiciones dictadas por la CMT.
- El apartado XIV del AGI suscrito entre ambos operadores y la doctrina de la CMT (cualquiera de las partes puede solicitar la modificación) ampara el derecho de TME a solicitar una modificación de las condiciones económicas contenidas en el AGI.
- La voluntad de contratar de Amena se encuentra limitada por las obligaciones impuestas por la CMT y la CMT ha establecido los nuevos precios a partir del 31 de octubre.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- TME no estaba obligada a atender la solicitud de Amena de 29 de octubre de aplicación de los precios de la Resolución de 7 de octubre por cuanto TME ya no tenía que ofrecerlos ya que fueron sustituidos por Resolución de 21 de octubre de 2004.

En virtud de estas alegaciones, TME solicita:

*“decida tomar en consideración los argumentos y razonamientos aquí expuestos de cara a resolver el conflicto de interconexión planteado por AMENA, estableciendo así la obligación de AMENA de aplicar, en su interconexión con TME, los precios de terminación fijados en la Resolución de 7 de octubre de 2004, a partir del 31 de octubre de dicho año, teniendo en cuenta la solicitud de TME a Amena, de fecha 28 de octubre 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 TME, 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 TME en el que, en resumen, realizaba las siguientes manifestaciones:

- Su parcial conformidad con el Informe en cuanto a la aplicación a TME de los precios establecidos mediante la Resolución de 7 de octubre de 2004.
- Su no conformidad con la afirmación contenida en el Informe respecto de los precios de terminación en la red de TME por cuanto (i) en su notificación, Amena acepta los precios establecidos en la Resolución de 7 de octubre y, sin embargo, los vigentes eran los de la Resolución de 21 de octubre y (ii) la notificación de Amena se recibe en TME el 3 de noviembre (con posterioridad al 1 del mismo mes) siendo esta la fecha a tener en cuenta según dispone el art. 1262 del C.Civil.
- Necesidad de que, en cuanto a los precios de terminación en la red de TME, esta entidad se atenga a la carta de Amena de 8 de noviembre

Por ello, solicita a la CMT que dicte Resolución *“estableciendo la obligación de AMENA de aplicar, en su interconexión con TME, los precios de terminación fijados en la Resolución de 7 de octubre de 2004, a partir del 1 de noviembre de 2004 y, la obligación de TME, de aplicar los precios fijados en la Resolución de 21 de octubre de 2004, con fecha 8 de noviembre de 2004 o, con carácter subsidiario, el 3 de noviembre*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*de 2004, por ser la fecha en la que TME recibe la carta de AMENA de 29 de octubre de 2004”.*

**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:

- 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



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

(la Resolución fija el procedimiento para la incorporación de los 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 procedimiento indicado para la revisión de oficio de actos administrativos,

- (ii) para aplicar el mecanismo establecido en la cláusula XIV 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 TME 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 fijados en la Resolución de 7 de





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

octubre de 2004 son aplicables a TME a partir del 15 de noviembre de 2004, fecha en la que TME contestó a la oferta de 5 de noviembre.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

#### **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



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de interconexión interpuesto por Amena plantea como cuestión principal la interpretación del procedimiento de comunicación y aplicación de precios que fue diseñado en la citada Resolución.

Ello exige el tratamiento de las siguientes cuestiones fundamentales:

- a) Sobre el procedimiento diseñado mediante la Resolución de 7 de octubre de 2004
- b) Sobre la actuación de TME 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*





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*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 Amena debía indicar a 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. TME, 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 TME 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 cumplió el procedimiento establecido en 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 TME y refrendar si la misma puede colegiarse con el procedimiento fijado en el punto Tercero de la parte dispositiva de la Resolución de 7 de octubre.

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



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TME envió una carta a Amena con fecha 28 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.

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 noviembre de 2004, Amena ofrece a TME los nuevos precios aprobados por la mencionada Resolución. El 15 de noviembre TME reitera a Amena que no les cabe duda de que este operador deberá aplicar dichos precios a TME desde el 1 de noviembre de 2004, conforme a la solicitud efectuada con fecha 28 de octubre.

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



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 el caso que nos ocupa, TME y Amena formalizaron el 18 de noviembre de 1998 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**



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### **terminación en la red de Amena.**

Aún tomando en consideración el carácter normado de la relación contractual de interconexión que vincula a Amena y TME, ha de afirmarse que dicha relación jurídica de interconexión existente entre ambos operadores cumple con todos los requisitos fijados por el Derecho Común en relación con los contratos en los artículos 1254 y siguientes del Código Civil. En este sentido, establece el artículo 1261 Cc que no hay contrato sino cuando concurre el consentimiento de los contratantes, objeto cierto que sea materia del contrato y causa de la obligación que por el contrato se establezca.

En el mismo sentido, en cuanto al tratamiento de la modificación contractual consistente en la modificación de precios de interconexión han de estimarse aplicables los mismos principios jurídicos, especialmente, en cuanto hace referencia a la existencia del consentimiento que se manifiesta por el concurso de la oferta y aceptación.

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

Una vez sentado lo anterior, debe resaltarse la circunstancia de que la primera emisión de la voluntad que ha efectuado TME (carta de 28 de octubre) se ha producido con anterioridad a que Amena le ha remitido la oferta de los nuevos precios (carta de 5 de noviembre) y, en consecuencia, han de analizarse la consecuencias que se derivan de ello.

Pues bien, el Código Civil recoge en su artículo 1262 que el final del *iter formativo* de un contrato está marcado por el concurso de la oferta y la aceptación. Ciertamente, en contratos meramente consensuados, para que se constituya un nexo obligacional entre las partes contratantes, la oferta



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

efectuada por una de ellas requiere ser aceptada posteriormente por la otra, sin que la simple oferta de una de ellas conteniendo concretas condiciones genere el vínculo contractual mientras no sea aceptada por la otra con posterioridad.

No obstante, en el caso que nos ocupa no debe perderse la perspectiva de que el contrato de arrendamiento de servicios de interconexión suscrito entre Amena y TME es un “*contrato forzoso*” por cuanto la CMT puede imponer condiciones contractuales específicas. Así, en virtud de la Resolución de 7 de octubre de 2004, Amena está obligada a enviar a los operadores con los que está interconectado una oferta de unos específicos nuevos precios nominales y bandas horarias para la prestación de su servicio de interconexión de terminación.

No debe perderse de vista que la resolución de la CMT tiene dos aspectos diferenciados. Uno de ellos, esencial en el ejercicio de las potestades atribuidas a este organismo, 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 expresa la voluntad de TME de acogerse al contenido esencial de la Resolución, esto es, la aceptación de los nuevos precios fijados por la CMT. 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 TME) 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



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de oferta y aceptación) que exige esta novación contractual para producir efectos jurídicos.

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 TME 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 TME reiteró su manifestación de voluntad de aceptación el día 15 de noviembre, esto es, 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 15 de noviembre.

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

#### **a) 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, TME). 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 TME, 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 TME 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”.*

### **b) Sobre otras cuestiones relativas a los precios de interconexión de terminación en la red de Amena.**

Aun cuando esta cuestión no se ha planteado por Amena como objeto del conflicto, debe significarse que en la carta de 29 de octubre de 2004 que Amena remite a TME, aquel operador incluye un segundo párrafo en el que sostiene lo siguiente:



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*“Sin perjuicio de lo anterior y entendiendo por otro lado que de su carta debería desprenderse, en lógica coherencia con su pretensión, que Telefónica Móviles traslada a Amena, con efectos de 1 de noviembre de 2004, la oferta de los nuevos precios nominales y franjas horarias de interconexión de su compañía, aprobados mediante Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 7 de octubre de 2004, por la que se fijan precios de interconexión de terminación en la red de Telefónica Móviles España, S.A. (Expte.: MTZ 2004/1303), por medio de la presente le notificamos formalmente la aceptación por nuestra parte de la mencionada oferta con los efectos indicados.”*

Este párrafo parece contradecirse con la exposición de hechos y alegaciones que Amena presenta ante la CMT para negar la existencia de aceptación de TME de los nuevos precios de terminación en la red de Amena por ser una oferta que no cumple los requisitos de forma de la Resolución de 7 de octubre, toda vez que ambas resoluciones de 7 de octubre - MTZ 2004/1301 para terminación en AMENA y MTZ 2004/1303 para terminación en TME - disponen el mismo procedimiento en su parte dispositiva.

No obstante, en cuanto a los precios de terminación en la red de TME, y tomando en consideración que con fecha 25 de octubre de 2004 Amena recibió la notificación de la Resolución de 21 de octubre de 2004 de la CMT por la que se fijaban nuevos precios nominales, ha de concluirse que su carta a Amena de 29 de octubre no debe tener efecto alguno en los pagos en interconexión que se generan entre TME y Amena por cuanto Amena ya conocía que los precios fijados en la Resolución de 7 de octubre (MTZ 2004/1303) no resultaban aplicables al haber quedado sustituidos por los aprobados en virtud de la Resolución de 21 de octubre.

Por el contrario, y aun cuando no sea objeto del conflicto, sí tiene validez a los efectos oportunos la carta de 8 de noviembre de 2004 remitida por Amena a TME aceptando la oferta de precios aprobados mediante Resolución de la CMT de 21 de octubre de 2004.

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



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2004.

**Segundo.-** En el plazo de quince días laborables a contar desde la notificación de la presente Resolución, Retevisión Móvil, S.A. y Telefónica Móviles España, S.A. 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

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera