



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 19/06 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 25 de mayo de 2006, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en relación con el expediente RO2005/1323 se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE INTERCONEXIÓN PLANTEADO POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA S. A. U. CONTRA COMUNITEL GLOBAL, S.A. SOBRE LA DEVOLUCIÓN DE LAS CANTIDADES RECLAMADAS POR LOS ABONADOS DE TELEFÓNICA QUE EFECTÚAN LLAMADAS DE TARIFICACIÓN ADICIONAL.

HECHOS

Primero.- Con fecha 28 de julio de 2005, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de D. Pablo de Carvajal González, en nombre y representación de TELEFÓNICA por el que plantea conflicto de interconexión contra la entidad COMUNITEL por no haber aceptado la repercusión de las cuantías correspondientes a llamadas realizadas por abonados de TELEFÓNICA a Servicios de Tarificación Adicional (STA) titularidad de COMUNITEL que han sido reclamadas por el abonado como consecuencia del derecho del usuario final a no abonar los importes de STA.

En concreto, la representación de TELEFÓNICA señalaba lo siguiente:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

-Que TELEFÓNICA ha presentado a COMUNITEL un fichero que contenía la relación de datos de llamadas de STA de COMUNITEL que habían sido impagadas al haber existido reclamación de su devolución por parte del usuario llamante y haber sido devueltas dichas cuantías por parte de TELEFÓNICA a éste último, de conformidad con las Ordenes ministeriales (Orden PRE/361/2002¹, de 14 de febrero y la Orden PRE/2410/2004², de 20 de julio).

-Que las reclamaciones realizadas se han efectuado entre febrero de 2002 y marzo de 2004.

-Que *“la Orden PRE/361/2002, en su apartado Octavo reconocía al usuario llamante el derecho a no abonar la componente de los servicios de valor añadido sin que por ello fuese suspendido el servicio telefónico disponible al público”*. Que esta Orden fue modificada por la PRE/2410/2004, y que *“como consecuencia de los mencionados preceptos, TELEFÓNICA no puede negarse a la devolución de los importes reclamados por los usuarios llamantes en relación a los servicios de tarificación adicional, dado que los mismos han manifestado su disconformidad o desacuerdo con la facturación de los citados servicios”*.

-Que con fecha 11 de mayo de 2005, TELEFÓNICA acreditó a COMUNITEL las gestiones de cobro de las cantidades reclamadas que había realizado hasta la fecha, detallando a nivel de llamada reclamada, la identidad del titular de la línea llamante así como las fechas en las que, se realizaron las distintas acciones tendentes al cobro de las mismas por parte de TELEFÓNICA.

-Que mediante carta, de fecha 1 de abril de 2005, TELEFÓNICA con objeto de mejorar la información disponible para los operadores y facilitar las gestiones del cobro que los mismos estimasen oportunas realizar en el ejercicio de sus derechos, ha decidido modificar la aplicación informática de Telefónica On Line incorporando dos nuevos estados como son *“ Incobrable por fin de gestión de cobro por parte de TELEFÓNICA o por reclamación anterior a la publicación de la Orden PRE/2410/2004”*, e *“Incobrable por reclamación posterior a la publicación de la Orden PRE/2410/2004”* y que serán operativos a partir del día 1 de mayo de 2005.

¹ Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, de desarrollo, en lo relativo a los derechos de los usuarios y a los servicios de tarificación adicional, del Título IV del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el título III de la Ley General de Telecomunicaciones.

² Orden PRE/2410/2004, de 20 de julio, por la que se modifica la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, de desarrollo, en lo relativo a los derechos de los usuarios y a los servicios de tarificación adicional, del Título IV del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el título III de la Ley General de Telecomunicaciones.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

-Que, según TELEFÓNICA, COMUNITEL ha manifestado en diversas actas de consolidación con TELEFÓNICA que no acepta la repercusión de los impagos de llamadas a STA de COMUNITEL generados por reclamación del cliente llamante, a pesar de haberse acreditado las gestiones realizadas, tanto para las llamadas anteriores al 1 de abril de 2004 como para las llamadas posteriores a dicha fecha y que están acreditadas en TOL desde el 2 de junio de 2005.

Concretamente, en el acta de consolidación 04/05, entre TELEFÓNICA y COMUNITEL, éste no acepta que se repercuta el importe que TELEFÓNICA pretende consolidar por impagos de STA por los siguientes motivos:

- TELEFÓNICA no ha acreditado que haya cumplido con la OIR y las restantes Resoluciones de la CMT aplicables al caso en cuestión.
- COMUNITEL no puede admitir que cantidades que fueron en su día abonadas por TELEFÓNICA a COMUNITEL, manifestando aquélla que eran cantidades recobradas, se repercutan ahora cuando ya han sido abonadas por COMUNITEL a los proveedores del STA. Por lo que los errores de TELEFÓNICA son únicamente imputables a ella y no pueden perjudicar económicamente a COMUNITEL.
- TELEFÓNICA acepta solicitudes de devolución de clientes, de conformidad con la modificación que de la Orden PRE/361/2002 llevó a cabo la Orden PRE/2410/2004, de fecha anterior a la entrada en vigor de esta orden.

Añade COMUNITEL en la misma acta de consolidación que TELEFÓNICA da información confusa y que los ficheros contienen varios e importantes errores que pretende TELEFÓNICA repercutir sin tener derecho a reclamar tales cantidades.

-Que respecto de los motivos alegados por COMUNITEL para no aceptar la repercusión de tales impagos TELEFÓNICA manifiesta que:

- En todo momento ha cumplido con lo establecido por la CMT en este tema.
- Los impagos presentados no son errores de TELEFÓNICA sino reclamaciones de los clientes.
- La relación entre COMUNITEL con los proveedores del STA en ningún caso deben suponer un perjuicio económico.
- La información remitida a COMUNITEL no ha sido confusa ni contenía errores.
- La información enviada por TELEFÓNICA es la acreditación de gestión de cobro, adicional a la contenida en los ficheros para acreditar los impagos.

-Que TELEFÓNICA se encuentra obligada a la devolución de la componente de valor añadido al usuario llamante y, en consecuencia y de conformidad con el artículo 1895 del Código Civil, COMUNITEL está obligado a reintegrarle las cantidades reclamadas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

-Que TELEFÓNICA ha venido cumpliendo con las obligaciones de desglose en la factura que se relacionan en la Orden de continua referencia, así como a la acreditación de los impagos correspondientes.

-Que COMUNITEL se encuentra obligado a reintegrar a TELEFÓNICA las cantidades que ésta se ha visto obligada a restituir al usuario llamante que ha reclamado la devolución del importe de las llamadas STA contenidas en su factura, permitiendo su repercusión en los procesos de consolidación de la interconexión, todo ello desde el 23 de febrero del 2002.

-Que COMUNITEL se estaría enriqueciendo injustamente si cobrase la componente de STA en interconexión y no lo reintegrara a TELEFÓNICA y, además, pudiera reclamar el pago de dicha componente al usuario llamante ante la jurisdicción civil ordinaria, al ser el único legitimado a reclamar tal cantidad impagada, como titular del crédito que es.

-Que TELEFÓNICA es un mero intermediario entre el usuario llamante y el operador destinatario de la llamada, cuya obligación finaliza en la realización de las labores de facturación y gestión del cobro sin que exista obligación alguna de asumir el riesgo de impago que corresponde al operador destinatario de la llamada, en este caso COMUNITEL.

Expuestas estas consideraciones, TELEFÓNICA solicita a la CMT lo siguiente:

“ SOLICITA que, teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo y , en mérito al mismo, proceda a dictar resolución por la que se declare que COMUNITEL debe permitir que Telefónica de España impute la repercusión de las cuantías correspondientes a llamadas realizadas a Servicios de Tarificación Adicional, titularidad de COMUNITEL que han sido reclamadas y no pagadas por el abonado como consecuencia del derecho que le asiste al usuario final, contemplado en la Orden PRE/361/2002 y en la Orden PRE2410/2004, desde el 23 de febrero de 2002”.

“OTROSI DIGO que, en los documentos anexos 6,7,8,9,10 y 11 se aporta información de especial carácter sensible que pudiera afectar al secreto comercial e industrial y que mi representada entiende que, ni otros agentes, particularmente competidores, tienen necesidad, ni derecho a conocer. Por lo que:

OTRO SI SOLICITA se sirva de dar a los mismos el tratamiento de información confidencial de conformidad con lo establecido en el artículo 37.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, modificada por la Ley 4/1999.”

Segundo.- Mediante sendos escritos fechados el día 26 de septiembre de 2005, y en cumplimiento de lo establecido en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), se comunicó a los interesados, TELEFÓNICA y COMUNITEL, que había quedado iniciado expediente administrativo para la resolución del conflicto planteado por la primera de estas entidades.

Tercero.- Mediante sendos escritos de fecha 23 de noviembre de 2005, con salida de esta Comisión el día 25 del mismo mes, 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, TELEFÓNICA y COMUNITEL, la apertura del trámite de audiencia previo a la resolución definitiva del expediente así como el Informe elaborado por los Servicios de esta Comisión de fecha 23 de noviembre de 2005.

Cuarto.- Dentro del plazo conferido para realizar alegaciones en el trámite de audiencia, la representación de TELEFÓNICA presentó escrito de alegaciones que tuvo entrada en el registro de esta Comisión el día 13 de diciembre de 2005 y en el que, en resumen, manifestaba lo siguiente:

-Que TELEFÓNICA está conforme con la conclusión a la que llega esta Comisión respecto al derecho de TELEFÓNICA a imputar a COMUNITEL las llamadas reclamadas atendidas en base a lo dispuesto en las Ordenes PRE/361/2002 y PRE/2410/2004.

-Que TELEFÓNICA no está de acuerdo con lo considerado por esta Comisión respecto a que el importe que debe reintegrarse por COMUNITEL a TELEFÓNICA es el relativo a la componente de tarificación adicional de las llamadas que hubieran sido objeto de reclamación ni con la interpretación que se hace de que la Orden PRE/2410/2004 no hace sino aclarar lo dispuesto en la Orden PRE/361/2002.

-Que el espíritu de la norma contenido en el apartado Octavo de la Orden PRE/361/2002 en su redacción original era la de reconocer al abonado llamante el derecho a impagar o solicitar la devolución del importe total de las llamadas de tarificación adicional, cuando el abonado manifieste su disconformidad o desacuerdo en la facturación de las mismas.

-Que como resultado de las consultas y contradicciones manifestadas por TELEFÓNICA respecto a lo establecido en el párrafo primero del apartado



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Octavo de la Orden PRE/361/2002 en relación con el tercero, en el cual se requería el desglose del servicio soporte respecto del resto de servicios de información o comunicación, en la nueva Orden PRE/2410/2004, se corrigió y modificó lo indicado en la anterior, ya que la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información (en adelante, SETSI) entendió que se estaba creando una situación injusta al operador de acceso al no haberse reconocido el servicio soporte como servicio telefónico disponible al público.

-Que por lo anterior, hasta que no se publicó la Orden de 2004, TELEFÓNICA no podía actuar unilateralmente y devolver al abonado llamante únicamente la componente de valor añadido, pues se le habría podido imputar por el regulador o por cualquier reclamación de abonado un incumplimiento del párrafo primero del apartado octavo de la Orden de 2002.

-Que de conformidad con lo establecido en el artículo 3 del Código Civil, TELEFÓNICA ha realizado una interpretación literal de la norma y por el contexto de la misma se hacía considerar en su momento que la obligación de devolución se refería también a la componente del servicio soporte del STA sin que cupiera ninguna otra interpretación al respecto.

-Que la Orden PRE/361/2002 hacía referencia a la expresión *“todos los conceptos relativos a los servicios de tarificación adicional”* y no a la expresión *“...todos los conceptos relativos a la prestación de los servicios de tarificación adicional...”*, a diferencia de lo que sucede en la Orden PRE/2410/2004.

-Que a partir de la publicación de la Orden de 2004 surge una actuación por parte de TELEFÓNICA claramente distinta a la anterior y que de no ser así se produciría una indefensión para ella al pretender aplicar la norma de forma retroactiva.

-Que resulta absolutamente imposible anular, a fecha actual, facturas del año 2002 para emitirlas, de forma desglosada, de manera retroactiva y respecto de las cuales ha finalizado ya las gestiones de cobro, lo cual le supondría un perjuicio de imposible reparación.

-Que junto con el escrito de denuncia presentado en esta Comisión, TELEFÓNICA remitió documento en el que se indicaba la necesidad de incorporar dos nuevos estados sobre los archivos mensuales de liquidación que se ofrecen a los operadores en el que se distinguen llamadas reclamadas bajo lo establecido en la Orden PRE/361/2002 y llamadas atendidas bajo la Orden PRE/2410/2004, sin hacerse comentario alguno al respecto.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

-Que sorprende a TELEFÓNICA que ésta deba soportar, como operador de acceso, el coste que supone el importe del servicio telefónico soporte de los STA por haber sido esta cantidad, a criterio de esta Comisión, “indebidamente devuelta” a los usuarios llamantes.

-Que el *“servicio de facturación y gestión de cobro es un importe independiente de la valoración de las llamadas de tarificación adicional que el operador de acceso factura al operador de red inteligente por el servicio de facturación y gestión del cobro prestado”*

-Que el servicio de facturación y cobro existió y existe sobre las llamadas reclamadas amparándose en ambas Ordenes, y por ello, COMUNITEL hizo frente puntualmente al pago del mismo, no habiendo sido dicho concepto, en ningún momento, componente del importe que TELEFÓNICA ha reclamado a COMUNITEL por estas llamadas.

Finalmente en este escrito solicita a esta Comisión:

“(...) que se reconozca a Telefónica de España el derecho a repercutir a COMUNITEL el importe total de las llamadas reclamadas por los usuarios finales realizadas con anterioridad a la publicación de la Orden PRE/2410/2004, dado que en aplicación de la Orden PRE/361/2002, Telefónica de España ha procedido a efectuar a los abonados llamantes la devolución del importe íntegro de las llamadas de tarificación adicional reclamadas y, en caso de que no se reconozca este derecho, Telefónica de España, siendo Operador de acceso, va a tener que soportar un coste que, en aplicación del modelo de interconexión de acceso, no le correspondería afrontar en ningún caso”.

Quinto.- Dentro del plazo conferido para realizar alegaciones en el trámite de audiencia, la representación de COMUNITEL presentó escrito de alegaciones que tuvo entrada en el registro de esta Comisión el día 19 de diciembre de 2005 y en el que, en resumen, manifestaba lo siguiente:

-Que COMUNITEL no solo discute el importe reclamado por TELEFÓNICA, sino que, además TELEFÓNICA ha repercutido impagos a COMUNITEL sin respetar lo establecido en la OIR y en las sucesivas Resoluciones de esta Comisión en cuanto a la acreditación de impagos.

-Que el importe de estas cantidades son por llamadas supuestamente impagadas a números de tarificación adicional asignados a COMUNITEL entre enero de 2002 y marzo de 2003 y que se han remitido a COMUNITEL con fechas 23 de marzo de 2004, 13 de julio de 2004 y 30 de septiembre de 2005.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

-Que COMUNITEL, desde agosto de 2002, ha requerido a TELEFÓNICA en las diferentes actas de consolidación suscritas entre ambos operadores, la acreditación de los impagos repercutidos a COMUNITEL.

-Que TELEFÓNICA, independientemente de las cantidades correspondientes a las devoluciones que realizó a sus abonados, ha procedido a repercutir a COMUNITEL en distintas actas de consolidación cierta cantidad sin cumplir el requisito de acreditación de impagos de las llamadas a servicios de tarificación adicional.

-Que en los ficheros aportados a COMUNITEL no se indica por parte de TELEFÓNICA ni la dirección, ni el nombre del usuario llamante, ni información relativa a la situación tras la gestión realizada por TELEFÓNICA de las deudas pendientes.

-Que según el esquema establecido por esta Comisión en su Resolución de 27 de junio de 2002, la acreditación debe realizarse en los seis meses siguientes al conocimiento del impago o la devolución, tanto si el impago ha sido repercutido en consolidación como si se repercute en el momento de la acreditación.

-Que las supuestas acreditaciones comunicadas por TELEFÓNICA a COMUNITEL nunca han sido efectuadas en el plazo máximo de seis meses y que, en cualquier caso, los ficheros no contienen la información mínima requerida por la OIR vigente y por la Resoluciones de esta Comisión.

-Que no habiendo acreditado TELEFÓNICA en el plazo de seis meses desde que fueron conocidos los impagos de llamadas a números de tarificación adicional de COMUNITEL, ni facilitado la información ni documentación mínima exigida para acreditar la existencia de los impagos producidos, procede que esta Comisión declare que TELEFÓNICA debe indemnizar en la cantidad que le ha repercutido a COMUNITEL, quien, por otra parte, podrá reclamar los daños y perjuicios que TELEFÓNICA le haya ocasionado.

-Que en contra de lo expresado por el Informe Preliminar de esta Comisión, el derecho que se le reconocía al usuario llamante en la Orden PRE/361/2002, para sus llamadas a servicios de tarificación adicional no era la devolución de las cantidades abonadas, sino que el impago de dichas cantidades no produjera la suspensión o interrupción definitiva del servicio telefónico disponible al público.

-Que en base a lo anterior, TELEFÓNICA únicamente puede repercutir a COMUNITEL, siempre y cuando lo acredite en forma y plazo, las cantidades correspondientes a los impagos realmente efectuados por su usuario, bien por



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

el impago total de la factura, bien por el impago de la componente de STA, producidos en el momento en que TELEFÓNICA tuviese conocimiento del impago total o parcial de la correspondiente factura.

-Que la redacción original de la Orden PRE/361/2002, no obliga al operador de acceso a efectuar una devolución si el abonado no estaba conforme con la facturación de los STA, sino que la obligación consistía en desglosar el importe del valor añadido para permitir al usuario impagar dicho importe sin ver suspendido el servicio telefónico. Si el usuario no utilizaba esta facultad y no estaba conforme con la cantidad abonada, debería reclamar por vía ordinaria el importe discutido.

-Que con la Orden PRE/2410/2004, se introduce el derecho del usuario llamante a solicitar la devolución de las cantidades abonadas correspondientes a STA y que es a partir de la aprobación de esta norma cuando el operador de acceso sí que está obligado a devolver dichas cantidades a los clientes que lo soliciten, porque hay una norma que así se lo indica, y consecuentemente, tendrá derecho a repercutir dichas cantidades al operador de red inteligente.

-Que según COMUNTEL, la devolución debe ser de las llamadas que se produzcan con posterioridad al 20 de julio de 2004, que es la fecha de aprobación de la Orden PRE/2410/2004, pues no puede pretenderse una aplicación retroactiva de dicha Orden para las llamadas efectuadas con anterioridad a su publicación.

-Que por lo anterior, siendo las devoluciones objeto del expediente por reclamaciones realizadas entre febrero de 2002 y marzo de 2004, procede afirmar que COMUNTEL no debe rembolsar a TELEFÓNICA ninguna de esas cantidades correspondientes a STA soportados en números de COMUNTEL, pues son anteriores a la publicación de la Orden PRE/2410/2004, no debiendo resultar COMUNTEL perjudicado por las devoluciones efectuadas por TELEFÓNICA cuando ésta no estaba obligada a ello.

-Que del análisis de un fichero enviado por TELEFÓNICA a COMUNTEL, con fecha 26 de enero de 2005, TELEFÓNICA ha seguido un proceso erróneo, y en consecuencia, COMUNTEL se encuentra en la imposibilidad de repercutir las cantidades reclamadas a prestadores de servicios con los que ya no tiene vinculación jurídica.

-Que TELEFÓNICA comunicó a COMUNTEL mediante carta de 1 de abril de 2005, la introducción de dos nuevos estados indicando las llamadas incluidas en cada uno de dichos estados (*"incobrable por fin de gestión de cobro"* e *"incobrable con reclamación del usuario"*).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

-Que COMUNITEL considera que la introducción de estos dos estados es fundamental para comprobar la acreditación de los impagos, sin embargo TELEFÓNICA introduce esta información a nivel cliente y factura, teniendo que validar uno a uno cada impago para establecer si el procedimiento seguido por TELEFÓNICA es correcto.

-Que por todo lo anterior, COMUNITEL solicita:

“que teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo y , de conformidad con lo alegado, tenga a bien dictar resolución por la que se declare que COMUNITEL no debe abonar a TELEFÓNICA los importes contenidos en el fichero de 26 de enero de 2006 y que TELEFÓNICA debe indemnizar a COMUNITEL (...)”

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

En relación con la solicitud de intervención presentada por TELEFÓNICA, 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.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Mercado de Telecomunicaciones de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de esta ley y de sus normas de desarrollo.

Asimismo, el artículo 14 de la LGTel establece que será la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones quien conozca de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de la propia Ley y de sus normas de desarrollo.

Segundo.- Objeto del procedimiento.

El presente procedimiento tiene por objeto resolver el conflicto de interconexión planteado por TELEFÓNICA contra COMUNITEL en relación con la repercusión a esta última entidad de las cuantías correspondientes a llamadas realizadas a números de tarificación adicional asignados a COMUNITEL y que TELEFÓNICA ha restituido al usuario llamante tras la reclamación de su importe al operador de acceso.

En este conflicto se plantea, por tanto, la necesidad de determinar (i) el derecho de los usuarios a la devolución de los importes correspondientes a las llamadas objeto de reclamación, (ii) las relaciones existentes entre los operadores que intervienen en el curso de las llamadas a STA, (iii) y, por último, el importe de la devolución a que tienen derecho los abonados que hubieran reclamado.

Tercero.- Sobre el derecho del usuario llamante a la devolución de las cantidades correspondientes a las llamadas a servicios de tarificación adicional según la normativa existente.

Según se establecía en el Reglamento aprobado por el Real Decreto 1736/1998³, de 31 de julio, (en adelante, Reglamento de Servicio Universal), en desarrollo del cual se aprobó la Orden PRE/361/2002, en los casos en que los abonados no hicieran frente al pago de las cantidades facturadas por sus operadores relativas al servicio telefónico, el operador podía actuar suspendiendo temporalmente el servicio si concurrían una serie de circunstancias o incluso llegar a la interrupción del mismo (artículos 59 y 60 del Reglamento).

En el artículo 61 de la misma norma, se determinaba el procedimiento a seguir en el caso de ser necesario resolver conflictos entre el operador y el abonado por estar éste último disconforme con el funcionamiento, precio, facturación,

³ Derogado según la Disposición derogatoria única del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

responsabilidad por daños o cualquier otra cuestión que pudiera plantearse en relación con la prestación del servicio telefónico.

Teniendo en cuenta lo anterior, si los abonados estaban disconformes, podían acudir a los procedimientos de resolución de conflictos pero ello no les eximía de la obligación inicial de hacer frente al pago de las facturas, teniendo en cuenta que, el operador debía devolver el importe si la reclamación era resuelta a favor del abonado.

La Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, vino a desarrollar el Reglamento de Servicio Universal en lo relativo a los derechos de los usuarios y a los servicios de tarificación adicional, del título IV del anterior Reglamento de Servicio Universal. Esta Orden se ha visto modificada con posterioridad por la Orden PRE/2410/2004, de 20 de julio.

La citada Orden PRE/361/2002 presentaba como novedad una excepción respecto a la regla que contenía el antiguo Reglamento de Servicio Universal, en lo referido a las llamadas a servicios de tarificación adicional. En concreto, el apartado Octavo establece que si un abonado no está de acuerdo con la facturación de los servicios de tarificación adicional que le presente al pago su operador, dicho abonado no está obligado a pagar el importe correspondiente a los servicios de tarificación adicional, y el operador no puede suspenderle el servicio telefónico siempre que pague la parte correspondiente al mismo.

Para que el usuario final pueda ejercer este derecho, la factura que el operador del servicio telefónico disponible al público le presente al cobro deberá desglosarse en conceptos independientes para cada uno de los servicios facturados, es decir, debe separarse la parte correspondiente a los servicios de información o de comunicación del resto.

El mismo apartado de la Orden en su párrafo segundo aclara que para que el abonado no pueda ser suspendido tampoco del servicio de tarificación adicional será necesario que presente una reclamación ante las Juntas Arbitrales de Consumo o ante la SETSI y que, mientras se esté substanciendo dicha reclamación, se consigne fehacientemente el importe adeudado, entregando el correspondiente resguardo al operador.

Como hemos referido con anterioridad, la Orden PRE/2410/2004, de 20 de julio, en su apartado séptimo, modificó la Orden PRE/361/2002 en lo relativo a la disconformidad del abonado con las llamadas de tarificación adicional.

En las alegaciones presentadas por TELEFÓNICA, con fecha 13 de diciembre de 2005, señala su no aprobación respecto a la interpretación realizada por



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

esta Comisión en cuanto al hecho de que la Orden PRE/2410/2004 no hace sino aclarar lo dispuesto en la Orden PRE/361/2002.

Por su parte, en las alegaciones presentadas por COMUNITEL, con fecha 19 de diciembre de 2005, señala que la devolución debe ser de las llamadas que se produzcan con posterioridad al 20 de julio de 2004, que es la fecha de aprobación de la Orden PRE/2410/2004, pues no puede pretenderse una aplicación retroactiva de dicha Orden para las llamadas efectuadas con anterioridad a su publicación.

En contestación a lo anterior, con la modificación de la norma citada se perseguía, según se desprende del preámbulo de la propia Orden, un propósito de transparencia, dotando de una nueva redacción el apartado Octavo de la Orden anterior, que incide en la relevancia que tiene para la protección de los usuarios, la identificación del importe correspondiente a los servicios de información o comunicación que se prestan a través de los números de tarificación adicional (recogiendo diferentes previsiones respecto al desglose de este importe), así como en la identificación de la entidad que está prestando esos servicios y a la que corresponde cobrar esa cantidad que se está facturando al usuario en cuestión.

A mayor abundamiento, en la nueva Orden, se vuelve a definir con mayor claridad el contenido que debe ser incluido en el desglose de las facturas que le remita el operador de acceso a su abonado, separando la parte que corresponde al servicio telefónico disponible al público (que incluye el servicio de red de tarificación adicional), cuya prestación corresponde a los operadores, de la otra parte relativa a la remuneración que corresponde al prestador de servicios de tarificación adicional por el servicio de información o comunicación prestado.

Otra aclaración que aparece con la modificación de la Orden es la determinación de cuál es el importe que debe consignar el abonado para no ser suspendido del servicio de tarificación adicional mientras se esté substanciando su reclamación, una vez presentada la misma ante las Juntas Arbitrales de Consumo o ante la SETSI. Este importe incluye sólo la parte que corresponda al prestador de servicios de tarificación adicional en concepto de remuneración por el servicio prestado.

Por último, la nueva redacción de la Orden de continua referencia se completa con una serie de previsiones referidas al desglose de los importes en la factura que le presente el operador al abonado para su pago que en la Orden originaria no se contemplaban.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Cabe destacar, por lo tanto que, la modificación de la Orden supone principalmente una aclaración de determinados preceptos que en su primera redacción pudieran resultar poco claros y además añade otros que no se determinaron en su momento, pero que no afectan ni alteran en lo esencial el contenido de lo ya establecido.

Es decir, tanto de la Orden originaria como de la posterior modificación de la misma, se desprende que el abonado que esté disconforme con la facturación de los servicios de tarificación adicional podrá mantener el servicio telefónico disponible al público si paga el importe del mismo, excluido la remuneración que corresponda a los prestadores del servicio de tarificación adicional por todos los conceptos relativos a la prestación de los servicios de tarificación adicional (información, comunicación u otros). Cabe aclarar también, que el derecho del abonado que se le reconocía ya desde la Orden PRE/361/2002, cubre tanto la posibilidad de no pagar la facturación de los servicios de tarificación adicional una vez se le presente al cobro la factura por parte del operador de acceso si no está de acuerdo con la misma, como, naturalmente, la posibilidad de que si ya pagó la factura pueda con posterioridad solicitar la devolución de dichas cantidades, ya que se trataría de un pago indebido ab origine.

En definitiva, una de las cuestiones que plantean tanto COMUNITEL como TELEFÓNICA en sus escritos de audiencia, ha de ser resuelta rechazando la interpretación defendida por estos operadores, puesto que con respecto a las llamadas de tarificación adicional realizadas antes de la entrada en vigor de la Orden PRE/2410/2004, los operadores de acceso ya estaban obligados a efectuar la devolución si el abonado no estaba conforme con la facturación de los servicios de tarificación adicional, y esto es así porque se deriva directamente de la interpretación lógica y razonable de la Orden PRE/361/2002, en su redacción originaria, y no, porque se realice una aplicación retroactiva de la Orden PRE/2410/2004.

En cuanto a la obligación de devolver las cantidades citadas y su cuantía, pasamos a analizarlo en el siguiente apartado.

Cuarto.- Sobre la obligación de devolver las cantidades reclamadas por el abonado y la determinación de dichas cantidades a devolver por el sujeto obligado a ello.

Una vez reconocido en el apartado anterior el derecho del usuario final disconforme con la facturación del servicio de tarificación adicional a no efectuar el pago o, si ya lo hizo efectivo, a solicitar la devolución de los importes correspondientes a las llamadas objeto de discrepancias, nace una obligación en cuya virtud, el operador que presta el servicio de acceso al



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

usuario (y que, por consiguiente, ha pasado al cobro la factura discutida) ha de devolver el importe previamente abonado.

Hay que tener en cuenta que, aunque la percepción del usuario es que el servicio telefónico se lo presta en su totalidad el operador que le proporciona el acceso, en este caso TELEFÓNICA, en realidad hay una serie de relaciones jurídicas entre los agentes involucrados y un conjunto de obligaciones al respecto.

Procede ahora, por tanto, determinar cual será el sujeto obligado a hacer frente a los eventuales perjuicios que pudieran derivarse del cumplimiento de la obligación que pesa sobre el operador de acceso a la devolución de las cantidades reclamadas por el usuario en el ámbito de la Orden PRE/2410/2004.

Cabe indicar que, en las llamadas a un número de tarificación adicional, son varias las relaciones jurídicas existentes y el incumplimiento de una de las obligaciones esenciales puede llevar consigo una cadena de incumplimientos sucesivos que sólo deben afectar a los sujetos de las relaciones jurídicas principales o básicas efectivamente incumplidas y no a los intervinientes que actúen como meros intermediarios en estas relaciones.

Entre los servicios de interconexión vinculados a la prestación de los servicios de inteligencia de red podemos diferenciar, por un lado, un servicio denominado de valor añadido, que no se considera un servicio de comunicaciones electrónicas; un servicio de telecomunicaciones que actúa como soporte de éste, y una relación jurídica de mandato para los servicios de facturación y cobro que el operador de acceso presta al operador llamado “de red inteligente” en el denominado “modelo de acceso”.

En el caso concreto que nos ocupa, y teniendo en cuenta que COMUNITEL ha optado por el modelo de interconexión de acceso para la prestación de servicios de inteligencia de red, es precisamente COMUNITEL el operador responsable de la prestación del servicio de telecomunicaciones y, por consiguiente, quien en las relaciones de interconexión entre los operadores intervinientes se haga cargo de los eventuales impagos o, en su caso, devoluciones de pagos, que tengan lugar.

Esta Comisión ha puesto de manifiesto en distintas ocasiones que, ante el impago de una llamada de tarificación adicional, sólo deben verse afectados los titulares de los derechos de crédito que hubieran quedado insatisfechos. Esto es, en primer lugar, la relación contractual para la prestación del servicio de valor añadido, que es una relación ajena a los servicios de telecomunicaciones que la sustentan y, en segundo lugar, el prestador del servicio soporte de red



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

inteligente. En definitiva, una vez producido el impago por el usuario llamante, el perjuicio ocasionado deberá ser trasladado hasta el titular del derecho de crédito afectado: el prestador de servicios de valor añadido y el operador prestador del servicio soporte de red inteligente.

En el modelo de acceso es el operador de red inteligente, COMUNITEL, el titular de un derecho de crédito frente al usuario llamante por la totalidad del coste de la llamada. Así, COMUNITEL, en caso de impago, debe asumir el coste de los servicios de interconexión que le hubieran sido prestados por los operadores intervinientes y, en concreto, será el responsable del pago del servicio de interconexión de acceso prestado por TELEFÓNICA y del de facturación y gestión de cobro que, como mandatario, le presta también no estando por lo tanto, no estando por lo tanto, TELEFÓNICA obligada a soportar la carga financiera que supone hacerse cargo de los impagos de servicios prestados por COMUNITEL puesto que en estos casos el operador que proporciona el acceso al usuario llamante actúa únicamente como mandatario del operador de red inteligente asignatario de la numeración a la que se dirigen las llamadas impagadas.

En consecuencia, el operador que proporciona el acceso al usuario llamante, en el presente caso TELEFÓNICA, no queda tampoco obligado a soportar la devolución de la componente de tarificación adicional que retribuye el servicio de valor añadido, puesto que se trata de un servicio que presta el usuario llamado o prestador de servicios de tarificación adicional. Ha de afirmarse que ninguno de los operadores intervinientes tienen la obligación de asumir el impago de la componente de tarificación adicional y que, en cualquier caso, el operador que proporciona el acceso al usuario llamante tiene el derecho a repercutir al operador de red inteligente los impagos o las devoluciones de pago que, respectivamente, hubiera tenido que soportar o cumplir.

En conclusión, una vez que el abonado ha solicitado la devolución del importe de la llamada a servicios de tarificación adicional, el perjuicio ocasionado deberá ser trasladado hasta el titular del derecho de crédito afectado. De esta forma se consigue que sólo se vea afectada la relación jurídica principal y no otros sujetos que hubieran intervenido como intermediarios o mandatarios en las relaciones jurídicas que han quedado insatisfechas.

Como consecuencia de lo anterior, COMUNITEL tendría la obligación de reintegrar a TELEFÓNICA las cantidades que ésta se ha visto obligada a restituir a los usuarios llamantes que han reclamado la devolución del importe de las llamadas a servicios de tarificación adicional sobre la base de lo establecido en la Orden PRE/2410/2004.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otro lado, y dando por sentado lo anterior, ha de afirmarse que en la relación jurídica que subyace en la prestación de los servicios de valor añadido, quedan vinculados única y exclusivamente el usuario llamante y el usuario llamado o prestador de servicios de tarificación adicional. Todo ello sin perjuicio de los pactos a los que hubieran llegado el prestador de servicios de valor añadido y el operador de red inteligente asignatario de la numeración.

Por ello, en relación con las alegaciones de COMUNITEL en las que manifiesta encontrarse en la imposibilidad de repercutir las cantidades reclamadas a prestadores de servicios con los que ya no tiene vinculación jurídica, ha de señalarse que las relaciones jurídicas que puedan existir entre COMUNITEL y los proveedores de contenido que han podido contratar con esta última entidad el servicio de inteligencia de red, no pueden afectar al resto de las relaciones contractuales existentes.

Por otro lado, en el escrito de alegaciones al trámite de audiencia de TELEFÓNICA, ésta señala no estar conforme con que el importe que debe reintegrarse por COMUNITEL a TELEFÓNICA, sea solamente el relativo a la componente de tarificación adicional de las llamadas que hubieran sido objeto de reclamación, puesto que de la Orden PRE/361/2002, en su redacción original, se desprende el reconocimiento al abonado llamante a ejercer su derecho a impagar o solicitar la devolución del importe total de las llamadas de tarificación adicional.

En relación con esta cuestión, como ya hemos indicado con anterioridad, existe la obligación de desglosar el servicio telefónico soporte del servicio de valor añadido de las llamadas de tarificación adicional en la factura que se le presente al cliente para que éste pueda ejercer su derecho en caso de disconformidad con la prestación de estos servicios.

Con el desglose de la factura por tanto, se consigue que el abonado pueda hacer frente al pago separado de toda la parte de la factura de TELEFÓNICA que va destinada a la retribución de los operadores (esto es, tanto la correspondiente a las llamadas que no se han dirigido a números de tarificación adicional, como la que retribuye el servicio telefónico soporte de las llamadas de tarificación adicional) de la componente de tarificación adicional que retribuye el servicio de valor añadido ofrecido por el usuario llamado.

Así, el entender como pretende TELEFÓNICA que con anterioridad a la aprobación de la Orden PRE/2410/2004, estaba dicho operador de acceso obligado a devolver a los abonados que reclamaran el importe íntegro de las llamadas de tarificación adicional dejaría sin efecto y sin sentido la obligación de desglose que ya se recogía en la redacción originaria de la Orden PRE/361/2002.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por tanto, en aplicación de la normativa vigente, TELEFÓNICA sólo debió proceder a la devolución de las cantidades correspondientes a la componente de tarificación adicional de las llamadas que fueron objeto de reclamación y, por ello, sólo podría repercutir a COMUNITEL estas cantidades. Queda excluida, de esta manera, la componente correspondiente al servicio soporte y al de facturación y gestión de cobro que debió ser liquidado en el momento del pago de las llamadas por el usuario.

Ahora bien, la parte esencial del conflicto que se suscita es la relativa a la relación jurídica de mandato que, para el servicio de facturación y gestión de cobro, se ha establecido entre TELEFÓNICA y COMUNITEL.

Es doctrina de esta Comisión recogida por la operadora, *“que, en calidad de mandatario que TELEFÓNICA adquiere conforme a la oferta contractual que figura en la OIR, este operador debe desempeñar con una diligencia adecuada el servicio de facturación y gestión de cobro que presta al operador de red inteligente. Y a tal efecto, debería haber comunicado en el plazo más breve posible toda solicitud de devolución de los usuario (...)”* (Resolución 10 de noviembre de 2005).

Es así que TELEFÓNICA debe desempeñar sus obligaciones de mandatario, en concreto las obligaciones correspondientes al servicio de facturación y gestión de cobro, con la debida diligencia, debiendo haber comunicado a COMUNITEL, en el plazo más breve posible, cuantas reclamaciones hubiera recibido en relación con el cobro de las llamadas a números de tarificación adicional asignados a COMUNITEL, lo que a la vista de las circunstancias expuestas, no parece haber hecho.

De acuerdo con la regulación contenida en el Código Civil, el contrato de mandato implica que el mandatario está obligado a hacer *“todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia”* (Art. 1719).

Ese deber de diligencia reviste una importancia fundamental a los efectos del presente conflicto. En efecto, siendo TELEFÓNICA la operadora que presta el servicio de acceso y, por tanto, la que establece relación directa con el abonado llamante (titular del derecho a la devolución que desencadena todo el proceso) a ella sola corresponde poner en marcha, recibida la correspondiente reclamación, el proceso que afecta a todos los agentes presentes en la cadena de valor de estos servicios. De esta manera, cuando el operador de red inteligente se ve obligado a abonar a TELEFÓNICA las cantidades reclamadas nace para él, al mismo tiempo, un derecho de repetición sobre el proveedor del servicio de valor añadido, derecho éste absolutamente dependiente del tiempo transcurrido desde que el operador de red inteligente conoce la reclamación o impago que da lugar a la devolución.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el conflicto que nos ocupa TELEFÓNICA ha dejado transcurrir en ocasiones más de tres años (en los casos de menos retraso, un año) impidiendo de esta forma, en la práctica, toda posibilidad de reclamación sobre los proveedores de servicios de valor añadido que hubieran podido dar lugar a esas reclamaciones. Pero es que además, ese retraso en la comunicación de las reclamaciones no ha sido justificado por TELEFÓNICA en las alegaciones obrantes en este expediente sin que, por tanto, quepa apreciar causa objetiva y proporcionada que justifique tal retraso, de manera que no puede considerarse cumplido el deber de diligencia exigido por el Art. 1719 del Código Civil y ello, como veremos, con importante perjuicio para los derechos de COMUNITEL.

Además, COMUNITEL en su escrito de audiencia, también manifiesta que esta Comisión se ha pronunciado respecto a los impagos de llamadas a números de tarificación adicional, habiéndose establecido un procedimiento el cual implica que la acreditación por el operador de acceso debe realizarse en los seis meses siguientes al conocimiento del impago o la devolución, tanto si el impago ha sido repercutido en consolidación como si se repercute en el momento de la acreditación, y ello se desprende de la Resolución de 27 de junio de 2002.⁴

Por tanto, entiende COMUNITEL que *“queda demostrado que las supuestas acreditaciones comunicadas por TELEFONICA a COMUNITEL nunca han sido efectuadas en el plazo máximo de seis meses y que, en cualquier caso, los ficheros contienen la información mínima requerida por la OIR vigente y por las Resoluciones de esa Comisión”*.

Por todo lo anterior, COMUNITEL alega que no habiendo acreditado TELEFÓNICA en el plazo de seis meses desde que fueron conocidos los impagos de llamadas a números de tarificación adicional de COMUNITEL, ni facilitada la información ni documentación mínima exigida para acreditar la existencia de los impagos producidos, procede que en base a la Resolución de 27 de junio de 2002, se declare que TELEFÓNICA debe indemnizarla en la cantidad que ya ha repercutido a COMUNITEL, quien, por otra parte, podrá reclamar los daños y perjuicios que TELEFÓNICA le haya ocasionado.

En respuesta a lo indicado por COMUNITEL, hay que señalar que sobre lo que esta Comisión se ha pronunciado con anterioridad en diversas resoluciones⁵,

⁴ Resolución de 27 de junio de 2002 por la que se adoptan medidas en relación con el conflicto de interconexión interpuesto por LINCE TELECOMUNICACIONES, S.A. contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. en relación con la interpretación y aplicación del acuerdo general de interconexión en vigor entre ambas operadoras.

⁵ Resolución de 27 de junio de 2002 de LINCE contra TELEFÓNICA anteriormente citada y Resolución de 30 de julio de 2002 por la que se adoptan medidas en relación con el conflicto de interconexión interpuesto por COLT TELECOMO ESPAÑA, S.A.U. en relación con la interpretación y aplicación del acuerdo general de interconexión en vigor entre ambas operadoras.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

es en lo relativo al servicio de facturación y cobro por el cual TELEFÓNICA factura y cobra, en nombre del operador de red inteligente, el servicio telefónico de inteligencia de red prestado por este operador a usuarios de acceso del servicio telefónico fijo disponible al público de TELEFÓNICA cuando estos acceden a los servicios de inteligencia de red y no sobre el plazo del cual dispone el operador de acceso, (supuestamente de seis meses desde que conoció de los impagos como indica COMUNITEL), para acreditar al operador de red inteligente las devoluciones de las llamadas a números de tarificación adicional como consecuencia del derecho del usuario final a no abonar los importes de STA.

Es decir, en el modelo de acceso establecido en la Oferta de Inteconexión de Referencia de TELEFÓNICA (en adelante, OIR), en lo referente al procedimiento de pagos en interconexión, entre el operador de acceso y el operador de red inteligente, el plazo de seis meses, es aplicable para ejercer los medios de cobro necesarios por parte de TELEFÓNICA al abonado que impaga las facturas de los servicios ofrecidos, a contar desde que TELEFÓNICA tiene conocimiento del primer impago, debiéndose entender que tal conocimiento se produce bien por haber sido devuelta la factura presentada por el banco o bien por haber finalizado el plazo otorgado para el pago de las facturas a abonar en ventanilla. Cosa distinta es el plazo para poner en conocimiento del operador de red inteligente, las solicitudes de devolución de la componente de tarificación adicional realizados por los abonados y que TELEFÓNICA ha procedido a devolver en base al derecho que le reconoce la Orden PRE/361/2002.

Así, esta Comisión, según la competencia que le reconocen los artículos 48.3 d) y 11.4 de la Ley General de Telecomunicaciones y en aras a la consecución de lo establecido en la normativa sectorial, según la cual se permite la intervención mínima de esta Comisión para proteger los intereses públicos cuando ello resulte necesario, se ha procedido a analizar cuál puede ser el plazo razonable aplicable en estos casos.

Basándose esta Comisión en criterios de proporcionalidad a la hora de definir un plazo según lo establecido en la normativa sectorial, así como en la Oferta de Inteconexión de Referencia de TELEFÓNICA (en adelante, OIR) y teniendo en cuenta que puede ser un escenario planteable a futuro en la misma, se entiende que un plazo máximo razonable para comunicar y reclamar por parte de TELEFÓNICA al operador de red inteligente las devoluciones realizadas a los abonados que han ejercido el derecho que les reconoce la Orden PRE/361/2002, sería el de seis meses desde que TELEFÓNICA tiene conocimiento de dichas reclamaciones de devolución y las realiza al abonado que ha ejercido su derecho.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por lo tanto, a juicio de esta Comisión este período sería suficiente y proporcional en estos casos, otorgando un tratamiento similar al establecido para la gestión de cobro que debe realizar TELEFÓNICA en el marco de la OIR en el procedimiento de pagos en interconexión, entre el operador de acceso y el operador de red inteligente.

Sentado lo anterior, aún reconociendo que TELEFÓNICA tiene derecho a solicitar a COMUNITEL la devolución de las cantidades correspondientes a la componente de tarificación adicional que ha procedido a rembolsar al usuario llamante en base al derecho que se le reconoce en la normativa sectorial y analizadas las circunstancias del presente conflicto, esta Comisión considera que TELEFÓNICA puede no haber ejercido su derecho correctamente.

Esta afirmación se deriva de lo establecido en el apartado segundo del artículo 7 del Código Civil, en el cual se señala que la ley no ampara el abuso del derecho. Así, todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio del derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

Abundante jurisprudencia⁶ determina a la luz de este precepto, que el concepto jurídico del “abuso del derecho” exige como requisitos esenciales los siguientes:

- a) una actuación aparentemente correcta que indique una extralimitación y que, por ello, la ley la debe privar de su protección;
- b) que esta actuación produzca efectos dañinos;
- c) que dicha actuación produzca una reacción del sujeto pasivo concretada en que pueda plantear una pretensión de cesación y de indemnización.

Es decir, el abuso de derecho ha de quedar claramente manifestado, tanto por la convergencia de circunstancias subjetivas e intencionales de perjudicar o falta de interés serio y legítimo, como de las objetivas de producción de un perjuicio injustificado.

Procede por lo tanto dilucidar por esta Comisión si efectivamente en el presente caso concurren los requisitos anteriormente citados.

En primer lugar, se debe analizar si TELEFÓNICA ha actuado sobrepasándose de forma manifiesta los límites normales del ejercicio de derecho que tiene de

⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1993, sentencia de 2 de diciembre de 1994, sentencia de 19 de octubre de 1995, sentencia de 21 de diciembre de 2000, sentencia de 18 de julio de 2000.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

exigir las cantidades determinadas al operador de red inteligente, en este caso COMUNITEL.

Analizando toda la documentación aportada en el presente conflicto, efectivamente TELEFÓNICA no ha procedido a comunicar lo antes posible al operador de red inteligente la existencia de las peticiones de devolución por parte de los abonados en base al derecho que se les reconoce. Ello se deduce del hecho de que las reclamaciones de los abonados se produjeron entre febrero de 2002 y marzo de 2004 y TELEFÓNICA no procede a su comunicación a COMUNITEL hasta el mes de mayo de 2005, es decir, aún en el caso de las reclamaciones de usuarios más recientes como por ejemplo en el mes de marzo de 2004, TELEFÓNICA ha tardado más de un año en comunicar dicha reclamación del abonado a COMUNITEL.

En segundo lugar, respecto de si la actuación desarrollada por TELEFÓNICA puede producir efectos dañinos, queda claro que si dicho operador hubiera comunicado con la mayor brevedad posible la existencia de dichas llamadas y del estado en el cual se encontraban, posiblemente COMUNITEL hubiera podido actuar consecuentemente a la hora de realizar o no las remuneraciones correspondientes o negociarlas en su caso con los prestadores de servicios de tarificación adicional. Es más, como indica COMUNITEL en sus alegaciones, el hecho de tener que analizar registros de llamadas que le presenta TELEFÓNICA a COMUNITEL de forma conjunta con tanto retraso y con documentación errónea supone la imposibilidad de repercutir las cantidades reclamadas a los prestadores de servicios con los que ya no tiene vinculación jurídica.

A lo anterior hay que añadir que, si bien es cierto el hecho de que TELEFÓNICA no está obligada a comunicar en un plazo determinado la existencia de las llamadas sobre las cuales los abonados han solicitado la devolución de la componente de tarificación adicional en base al derecho que les reconoce la Orden PRE/361/2002, puesto que en la OIR sólo se contemplan los casos de impagos, esto no exime a TELEFÓNICA del deber de actuar con la mayor diligencia posible para conseguir que en la cadena de relaciones jurídicas existentes en las llamadas de servicios de red inteligente no se vean perjudicadas ninguna de las partes que participan en la misma.

En tercer lugar, respecto de la necesidad de que la actuación desarrollada por TELEFÓNICA produzca o no una reacción del sujeto pasivo concretada en que pueda plantear una pretensión de cesación y de indemnización, en el caso que nos encontramos, el operador de red inteligente efectivamente como se refleja en las alegaciones presentadas en este procedimiento señala la imposibilidad en muchos casos de no poder localizar a los prestadores de servicios de tarificación adicional con los que ha contratado y consecuentemente tener que



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

asumir un perjuicio por los impagos que no pueda finalmente repercutir al usuario llamado.

Ciertamente, hay que tener en cuenta también que mientras que TELEFÓNICA actúa solamente frente al operador de red inteligente solicitando el reintegro de las cantidades devueltas con anterioridad a los abonados, COMUNITEL a la hora de recuperar dichas cantidades debe hacer valer su derecho hacia una pluralidad de contrapartes, lo que supone más difícil aún su consecución si se actúa con excesiva dilación en el tiempo, cosa que depende en este caso totalmente de TELEFÓNICA que como operador de acceso es quién lo debe comunicar lo antes posible.

Así, por todo ello, a juicio de esta Comisión las actuaciones realizadas por TELEFÓNICA han conllevado la imposibilidad de permitir a COMUNITEL el adoptar las medidas que estimara convenientes para evitar los posibles perjuicios que pudiera ocasionarle un eventual impago de la componente de tarificación adicional por parte del abonado.

Puede concluirse que TELEFÓNICA, que tenía derecho a recuperar las cantidades devueltas a los usuarios que hubieran reclamado la devolución del componente del STA, con arreglo a lo expuesto, ha actuado con abuso de su derecho, puesto de relieve por las circunstancias objetivas en que se ha desarrollado (esencialmente, retraso de hasta tres años en la reclamación y número tan elevado de registros presentados, con la consiguiente dificultad de procesar toda esa información y de formular las correspondientes demandas judiciales), con una actitud negligente que además es susceptible de generar importantes distorsiones competitivas, al trasladar el problema de las devoluciones del STA a COMUNITEL sin facilitarle a su vez el ejercicio de sus derechos frente a los prestadores del STA de los que COMUNITEL debe recuperar su dinero. En definitiva, la CMT considera que aún cuando formalmente no existía hasta la fecha un plazo para el ejercicio del derecho de repetición por parte de TELEFÓNICA, siendo de aplicación los plazos civiles de la prescripción, la manera en que dicha entidad ha hecho uso de su derecho, convirtiendo en ilusoria la posibilidad de que COMUNITEL pueda en un futuro recuperar dichas cantidades, ha generado un grave problema en el mercado, que debe ser calificado de abuso de derecho, y cuya consecuencia práctica no puede ser otra que la de impedir a TELEFÓNICA la repercusión a COMUNITEL de las cantidades controvertidas.

En atención a lo recogido en los anteriores Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

RESUELVE

Único.- TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. no podrá ejercitar el derecho a que COMUNITEL, S.A. le restituya el importe correspondiente a la componente de tarificación adicional de las llamadas realizadas por los abonados a los números de tarificación adicional asignados a COMUNITEL, S.A.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y 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, sin perjuicio de lo dispuesto en el número dos del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera