



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 nº 1/06 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 12 de enero de 2006, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en relación con el Expediente RO 2005/345, 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 7 de marzo 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 20 de enero de 2005 estableció los precios de interconexión de terminación en la red Amena.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Mediante carta de 25 de enero de 2005, Amena ofreció a TME los nuevos precios nominales de interconexión aprobados mediante la citada Resolución. TME contesta mediante carta de 4 de febrero de 2005 su no aceptación de los precios fijados, significando la voluntad de TME de conservar los precios nominales y franjas horarias resultantes de la Resolución de 7 de octubre de 2004.
- Mediante carta de 17 de febrero de 2005, Amena comunicó a TME su voluntad de proceder a la aplicación de la Resolución de 20 de enero de 2005 y de aplicar a TME desde el 4 de febrero los precios vigentes con anterioridad al 7 de octubre de 2004. TME no ha contestado.
- Amena siguió el procedimiento indicado en el punto Segundo de la parte dispositiva de la Resolución de 20 de enero de 2005.
- TME alega defectos de ilegalidad de la indicada Resolución y señala que no resulta de aplicación. Sin embargo, las resoluciones son ejecutivas desde que se dictan salvo que los Tribunales determinen lo contrario y su aplicación no depende de la voluntad de TME.
- TME cae en contradicción al considerar no ajustada a derecho la Resolución de 20 de enero de 2005 por cuanto las condiciones que concurren en la misma son iguales a las de las Resoluciones de 10 de junio de 2004 por las que se aprobaron los nuevos precios de TME y Vodafone, esto es, se procede a modificar precios nominales sin modificar el precio medio máximo de terminación resultante de una Resolución anterior y se sustituyen los precios. Por tanto, TME no puede desconocer sus propios actos de aceptación.

En virtud de lo anterior, Amena solicita:

“dictar Resolución estableciendo la inmediata aplicabilidad de la Resolución de esa Comisión de 20 de enero de 2005 y determinando por tanto, la aplicabilidad a TME de los precios de interconexión en la red de Amena que le eran de aplicación con anterioridad al 7 de octubre de 2004.”

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 23 de marzo de 2005 tuvo entrada en el Registro de la CMT escrito de TME alegando que:

- TME ha presentado recurso de reposición contra la Resolución de 20 de enero de 2005.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- TME ya manifestó a Amena que no aceptaba los precios anteriores a la Resolución de 7 de octubre de 2004 y su deseo de mantener vigentes los precios vigentes a partir de 31 de octubre de 2004.
- Ante la estrecha vinculación de este procedimiento y aquél en el que se sustancia el recurso de reposición, debería suspenderse la tramitación de este expediente hasta que se resuelva el recurso de reposición para que, de este modo, la Resolución del recurso despejara las discrepancias de interpretación surgidas entre ambos operadores.
- TME se reafirma en la postura manifestada en la carta de 4 de febrero de 2005.

En virtud de estas alegaciones, TME solicita:

“decida tomar en consideración los argumentos y razonamientos aquí expuestos manteniendo en suspenso la tramitación del expediente indicado en el encabezamiento en tanto no se resuelva el recurso de reposición interpuesto por mi representada el pasado 14 de febrero de 2005.”

Cuarto.- Con fecha 26 de mayo de 2005 la CMT adoptó Acuerdo por el que se resolvió el recurso potestativo de reposición interpuesto por TME contra la Resolución de 20 de enero de 2005, por la que se aprueban los precios de interconexión de terminación en la red de Retevisión Móvil, S.A., desestimándolo totalmente. TME no había solicitado la suspensión del acto impugnado.

Quinto.- Mediante sendos escritos de fecha 7 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 7 de julio de 2005.

Sexto.- Con fecha 15 de julio 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 Amena en el que, en resumen, realizaba las siguientes manifestaciones:

- Su total conformidad con el contenido de los Fundamentos de Derecho Tercero (sobre la validez y eficacia de la Resolución de 20 de enero de 2005) y Cuarto (sobre el procedimiento diseñado mediante la Resolución de 7 de octubre de 2004) del informe de los Servicios



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Su total conformidad con el Fundamento de Derecho Quinto (sobre el procedimiento diseñado por la Resolución de 20 de enero) del Informe de los Servicios en lo que se refiere a las opciones que la Resolución permite ejercitar a TME.
- Su total disconformidad con la afirmación de los Servicios de la CMT de que TME no ha optado por ninguna de las opciones previstas en la Resolución de 20 de enero puesto que, a su juicio, TME no ha aceptado expresa o tácitamente la oferta efectuada por Amena, esto es, los precios fijados en la propia Resolución. Por ello, resultan aplicables a TME los precios fijados con anterioridad a la Resolución de 7 de octubre de 2004.
- En caso de que se entendiera que TME hubiera mantenido silencio respecto a la oferta de Amena, conforme al artículo 1262 del C.Civil, sólo cabría deducir que la oferta no había sido efectivamente aceptada y, por tanto, deberían aplicarse a TME los precios vigentes con anterioridad a la fecha de 7 de octubre de 2004.
- No hay razón legal para otorgar a TME un nuevo plazo para concretar su opción restituyéndole en la misma posición que tenía al recibir la oferta de Amena.

Finalmente, la representación de Amena solicita que

“procediendo a dictar Resolución que establezca la inmediata aplicabilidad de la Resolución de esa Comisión de 20 de enero de 2005 y determine, por tanto, la aplicabilidad a TME desde el 4 de febrero de 2005 de los precios de interconexión en la red de AMENA vigentes con anterioridad al 7 de octubre de 2004”.

Séptimo.- Con fecha 26 de julio de 2005, ha tenido entrada en el Registro General de esta Comisión escrito de TME en el que manifiesta que ésta y AMENA, desde la consolidación de febrero de 2005, han venido liquidándose el tráfico de interconexión de acuerdo con los nuevos precios nominales aprobados mediante la Resolución de 20 de enero de 2005. No existiendo causa de conflicto entre ellos, no se debe continuar con la tramitación de este procedimiento.

Octavo.- Con fecha 12 de agosto de 2005, fuera del trámite habilitado, ha tenido entrada en el Registro General de esta Comisión nuevo escrito de Amena en el que manifiesta la existencia de silencio administrativo positivo por las siguientes razones:

- La pretensión deducida por Amena ha quedado estimada por silencio administrativo, de forma que la CMT necesariamente debe dictar



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

- 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).

Por ello, Amena solicita a esta Comisión que dicte Resolución que establezca la inmediata aplicabilidad de la Resolución de 20 de enero de 2005 y determine la aplicabilidad a TME desde el 4 de febrero de 2005 de los precios de interconexión en la red de Amena vigentes con anterioridad al 7 de octubre de 2004.

Noveno.- Con fecha 24 de agosto de 2005, mediante escrito del Secretario de esta Comisión, se dio traslado a Amena del escrito de TME que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el día 20 de julio de 2005 solicitando que no se continuara con la tramitación del procedimiento al no existir causa de conflicto entre TME y Amena.

Décimo.- Con fecha 8 de septiembre de 2005, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Amena. En dicho escrito, respecto de las alegaciones de TME, Amena afirma que:

- El hecho de que se haya producido una liquidación provisional del tráfico en interconexión cursado desde febrero de 2005 tomando como referencia los precios establecidos en la Resolución de 20 de enero no implica que exista acuerdo entre las partes en cuanto a los precios aplicables.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Amena continua manteniendo que el rechazo de TME de 4 de febrero implica la aplicación de los precios vigentes con anterioridad a la Resolución de 7 de octubre, tal y como dispone la Resolución de 20 de enero de 2005.
- TME siempre ha rechazado la aplicación de los precios de la Resolución de 20 de enero, precios que ahora pretende aplicar sorpresivamente para zanjar el conflicto planteado por Amena.
- Amena ha aceptado una liquidación provisional del tráfico en interconexión, debiendo regularizarse una vez establecido por la CMT el precio que TME debe satisfacer a partir del 4 de febrero de 2005. Esta liquidación provisional es estándar en el sector y se produce siempre que existe discrepancia en cuanto al precio aplicable.
- El escrito de TME es un desesperado intento por evitar las consecuencias de haberse arrogado la facultad de establecer unilateralmente los precios de terminación a satisfacer a Amena.

Por ello, solicita que la CMT proceda a dictar Resolución que establezca la inmediata aplicabilidad de la Resolución de 20 de enero de 2005 y la aplicabilidad a TME desde el 4 de febrero de 2005 de los precios de interconexión en la red de Amena que le eran de aplicación con anterioridad al 7 de octubre de 2004, así como la necesidad de regularizar los pagos realizados en interconexión desde dicha fecha.

Undécimo.- Con fecha 13 de octubre de 2005, la CMT adoptó acuerdo por el que se resolvió un conflicto de interconexión planteado por Amena contra TME en relación con la fecha de aplicación a ésta de los precios de interconexión de terminación en la red de Amena establecidos en la Resolución de 7 de octubre de 2004, fijando la citada fecha inicial de aplicación en el día 15 de noviembre de 2004.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 20 de enero de 2005.

En concreto, el conflicto de interconexión interpuesto por Amena plantea como cuestión principal la obligación de que TME dé cumplimiento a lo que la citada Resolución dispone.

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 validez y eficacia de la Resolución de 20 de enero de 2005
- c) Sobre el procedimiento diseñado mediante la Resolución de 20 de enero de 2005 y 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

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 el precio medio máximo de interconexión de terminación de voz en la red de Amena y se determinan unos precios nominales y bandas horarias. Al respecto, se indica que:

“No obstante, en cualquier momento a partir de la notificación de la presente Resolución, con la previa aprobación por parte de esta Comisión, Retevisión Móvil, S.A. podrá modificar estas franjas horarias y precios nominales, quedando éstos sustituidos por los nuevos aprobados.”

De este modo, la Resolución de 7 de octubre de 2004 permite que Amena en cualquier momento posterior a la misma pueda presentar nuevos precios nominales y/o bandas horarias a la CMT para su aprobación. Y fue mediante la Resolución de 20 de enero de 2005 cuando esta Comisión aprobó nuevos precios nominales y bandas horarias de precios de interconexión de terminación a Amena sustituyendo los fijados mediante la Resolución de 7 de octubre.

El hecho de que Amena ya hubiera ofrecido a los restantes operadores los precios fijados mediante Resolución de 7 de octubre, e incluso que estos precios hayan sido de aplicación en las relaciones Amena-TME desde el 15 de noviembre de 2004, como consecuencia de la resolución de esta Comisión de 13 de octubre de 2005 (vid. Antecedente Undécimo), en nada modifica lo anterior dado que la eventualidad de una modificación de precios nominales no está condicionada a que hubiera acontecido o no tal circunstancia. En efecto, esta Comisión instauró flexibilidad en la fijación de los precios de terminación al determinar la posibilidad de que Amena modificara los precios nominales concretos previamente establecidos, siempre y cuando se respetaran los ponderadores estipulados para la configuración del precio medio. La configuración de tal sistema la ha determinado la CMT en el ejercicio de las competencias que legalmente tiene establecidas.

Lo anterior, además, resulta refrendado por Resolución de la CMT de 26 de mayo de 2005 mediante la que se desestimó el recurso de reposición interpuesto por TME contra la Resolución de 20 de enero de 2005 por la que se aprobaron transitoriamente los precios de interconexión de terminación en la red de Retevisión Móvil, S.A.

Cuarto.- Sobre la validez y eficacia de la Resolución de 20 de enero de 2005.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TME alega que el presente procedimiento ha de suspenderse por cuanto esta entidad había presentado ante la CMT un recurso potestativo de reposición contra la Resolución de 20 de enero de 2005.

Pues bien, ante todo ha de resaltarse que los artículos 56 y 57 de la LRJPAC establecen, respectivamente, los principios de ejecutividad y presunción de validez de los actos administrativos. Por ello, aún cuando TME había interpuesto el correspondiente recurso potestativo de reposición contra la Resolución de 20 de enero de 2005, su eficacia y aplicabilidad no podían ser cuestionadas. Esto es, una vez adoptada por el Consejo de esta Comisión la Resolución de referencia, la misma produjo plenos efectos y resultaba de obligado cumplimiento, sin que TME pudiera decidir unilateralmente sobre su validez o la suspensión de su eficacia.

En definitiva, la interposición del recurso de reposición no suspendió la ejecución del acto impugnado, esto es, la Resolución de 20 de enero. Debe recordarse que ni siquiera se pidió por la recurrente la suspensión de su ejecutividad. Sentado lo anterior, ha de significarse que, en cualquier caso, el recurso de reposición interpuesto fue desestimado íntegramente por Resolución de 26 de mayo de 2005.

Quinto.- Sobre el procedimiento diseñado mediante la Resolución de 20 de enero de 2005.

Una vez sentada la validez y ejecutividad de la Resolución de 20 de enero de 2005, corresponde ahora detallar el procedimiento establecido en la misma.

En primer lugar, resulta evidente que el 3 de enero de 2005 Amena solicitó correctamente a esta Comisión los nuevos precios y que al ser éstos aprobados se estableció, en lo que aquí interesa, el siguiente procedimiento:

***“Tercero.-** Los precios detallados en el resuelve segundo deberán ser ofrecidos por Retevisión Móvil, S.A., a todos los operadores interconectados y vienen a sustituir los precios nominales y franjas horarias recogidos en el resuelve segundo de la Resolución de 7 de octubre de 2004 (MTZ 2004/1301).*

En el plazo de cinco días naturales a contar desde la notificación de esta Resolución, Retevisión Móvil, S.A. debe ofrecer a todos los operadores interconectados los precios aprobados, comunicándoles la posibilidad de no acogerse a los mismos 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el caso que algún operador interconectado no acepte los nuevos precios de Retevisión Móvil, S.A., a este operador le serán de aplicación los que tuviera vigentes con anterioridad a la fecha de 7 de octubre de 2004.

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

Pues bien, la citada Resolución de 20 de enero de 2005 fue notificada a Amena con fecha 21 de enero y, por tanto, dentro del plazo de cinco días a contar desde ese momento, Amena notificó a TME los nuevos precios aprobados. Una vez que recibió la notificación de Amena, TME tenía dos opciones fácilmente deducibles de la Resolución:

- a) no aceptar los nuevos precios en el plazo de diez días naturales, en cuyo caso serían de aplicación los precios vigentes con anterioridad al 7 de octubre de 2004;
- b) aceptar los nuevos precios nominales comunicados por Amena, en cuyo caso su entrada en vigor tendría lugar desde la fecha de notificación de la solicitud de los mismos.

Así pues, la propia Resolución de 20 de enero reseña (i) cuáles son las opciones que tiene TME, en su condición de operador interconectado, ante la oferta de precios realizada por Amena y (ii) cuáles son las consecuencias de tomar una u otra opción.

De la documentación obrante en el presente expediente se constata indubitadamente que ante la notificación de los nuevos precios que efectúa Amena mediante su carta de 25 de enero de 2005, TME no acepta los nuevos precios comunicados.

Al margen de las consideraciones sobre la legalidad de la Resolución de 20 de enero de la CMT que TME incluye en su carta de 4 de febrero, lo cierto es que este operador adopta de forma clara una posición, esto es, no aceptar los nuevos precios ofertados por Amena (precios aprobados mediante Resolución de 20 de enero de 2005). Ciertamente, tampoco quería que le sean aplicables los precios anteriores a los fijados en la resolución de 7 de octubre de 2004, pero esta tercera opción no cabía en la alternativa ofrecida en la resolución de 20 de enero.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En lo que aquí interesa, la relación contractual jurídico-privada existente entre TME y Amena se sustenta en un Acuerdo General de Interconexión que reúne, por una parte, todos los elementos de los denominados contratos normados y forzosos y, por otra parte, todos los requisitos fijados por el Derecho común en relación con los contratos (artículos 1254 y siguientes del Código Civil). No se trata de un acuerdo ordinario de voluntades en el que las partes determinan autónomamente su contenido, ya que éste viene predeterminado en muchos aspectos por la normativa de telecomunicaciones y por la regulación que establece esta Comisión, en el ejercicio de sus competencias.

De esta forma, en cuanto al tratamiento de la modificación de precios de interconexión de terminación en la red de Amena ha de sostenerse la concurrencia de las tres siguientes circunstancias:

- (i) Amena está obligada a ofertar los nuevos precios de interconexión que ha determinado esta Comisión en su Resolución de 20 de enero de 2005,
- (ii) el consentimiento de los contratantes se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación, constando sólo así la voluntad de quedar obligados ambas partes contratantes por las nuevas condiciones contractuales ofertadas por Amena (artículo 1262 Código Civil),
- (iii) la falta de aceptación de la modificación contractual ofertada por Amena, implica la modificación contractual establecida por la CMT (aplicabilidad de precios vigentes con anterioridad a la Resolución de 7 de octubre de 2004).

Pues bien, de los documentos que obran en el expediente se comprueba que:

- (i) mediante su carta de 25 de enero de 2005, Amena ha ofertado los nuevos precios de interconexión que ha determinado esta Comisión en su Resolución de 20 de enero de 2005,
- (ii) la declaración de voluntad que ha emitido TME en su carta de 4 de febrero no supone la aceptación de la oferta de Amena sino que propone unos precios alternativos a los contenidos en la oferta lanzada por Amena,. Por ello, no puede considerarse que se haya perfeccionado modificación contractual alguna entre ambos operadores porque se haya producido la aceptación de la oferta de Amena.

Así pues, TME no ha aceptado expresamente los precios de interconexión de terminación ofertados por Amena en su carta de 25 de enero y, por tanto, adoptando tal postura, TME debe asumir los efectos que se derivan de su



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

decisión, esto es, que resulten aplicables los precios de interconexión de terminación en la red de Amena vigentes con anterioridad a la Resolución de 7 de octubre de 2004 de la CMT, por cuanto que esto es lo que determina la Resolución de 20 de enero de 2005.

La Resolución de 20 de enero de 2005 no preveía otras alternativas ni la posibilidad de ampliar los plazos previstos en ella. Tampoco parece razonable conceder un nuevo plazo a TME por cuanto que ello supondría ofrecerle la posibilidad de obtener un beneficio económico derivado, precisamente, del incumplimiento de ésta de dar una respuesta acorde con lo establecido en la citada Resolución. Oportunidad ésta de la que no habrían gozado el resto de los operadores interconectados con Amena que han cumplido, en tiempo y forma, con lo establecido en la Resolución de continua referencia.

Esto es, si se concediera un nuevo plazo, TME podría exigir los servicios de interconexión a los precios establecidos en la Resolución de 7 de octubre de 2004 hasta una fecha posterior a la resolución de este conflicto, cuando la fecha límite fijada para estos precios debió ser la del 4 de febrero de 2005, mientras que el resto de los operadores interconectados habrían tenido que sujetarse a los nuevos precios (más adecuados a la estructura de tráfico de Amena, y en consecuencia, menos interesantes desde un punto de vista económico para los demás operadores) desde, como máximo, diez días desde que Amena les haya comunicado, en su caso, los nuevos precios.

A este respecto, la Directiva 2002/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, establece en su artículo 20.3, que al resolver un litigio, la autoridad nacional de reglamentación perseguirá la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 8. Entre estos objetivos, el apartado 3 del citado artículo 8, contempla el de contribuir al desarrollo del mercado interior, entre otras cosas: *“c) garantizando que, en circunstancias similares, no se dispense un trato discriminatorio a las empresas suministradoras de redes y servicios de comunicaciones electrónicas”*.

En este sentido, basta reiterar que aún cuando, en principio, los operadores interesados en la contratación y modificación de los servicios de interconexión pueden negociar con carácter general los términos que estimen convenientes para lograr un acuerdo, sin embargo, ambos operadores han de sujetarse a la normativa vigente y a la regulación específica establecida por esta Comisión. Estos efectos (aplicación de los precios de terminación vigentes con anterioridad a la Resolución de 7 de octubre) son consecuencia de lo establecido por la CMT en su Resolución de 20 de enero de 2005.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ante lo ordenado por esta Comisión en el tercer párrafo del apartado Tercero de la parte dispositiva de la Resolución de 20 de enero de 2005, TME no puede pretender que continúen siendo de aplicación los precios de interconexión fijados mediante Resolución de 7 de octubre de 2004. En efecto, esta posibilidad está excluida porque así lo ha previsto expresamente la CMT en su Resolución de 20 de enero.

Sentado lo anterior, resulta necesario precisar que los citados precios vigentes con anterioridad al 7 de octubre de 2004 resultan aplicables a partir del 4 de febrero de 2005, por cuanto la Resolución de 20 de enero de 2005 ha establecido en su parte dispositiva que *“La modificación entrará en vigor desde la fecha de notificación de la solicitud”*.

Finalmente, ha de señalarse que ni siquiera en el presente caso podría sostenerse cualquier tipo de interpretación basada en preceptos legales que regulan el *“silencio”*, por cuanto TME sí ha manifestado expresamente su voluntad de no acogerse a la oferta presentada por Amena.

Sexto.- Contestación a otras alegaciones.

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

Amena sostiene que el presente procedimiento ha finalizado por aplicación del silencio administrativo positivo. En efecto, 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), ya que se crea una relación jurídica triangular, con dos partes enfrentadas por una controversia que debe resolver la Comisión. 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 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”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 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 la pretensión de TME de que en el procedimiento se determine la no existencia de un conflicto actual entre TME y Amena.**



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TME solicita que no se continúe con la tramitación de este procedimiento por cuanto no existe un conflicto entre los operadores involucrados ya que ambos se están facturando con los precios establecidos en la Resolución de 20 de enero de 2005. Al respecto, Amena manifiesta que sigue manteniendo las pretensiones que dieron lugar al presente procedimiento y que las liquidaciones efectuadas desde febrero de 2005 tienen carácter provisional.

En primer lugar, debe significarse que el presente procedimiento se ha puesto en marcha a instancia de Amena. En efecto, Amena es quien ha interesado la actividad de esta Comisión mediante escrito que tuvo entrada en la CMT el día 7 de marzo de 2005. Ante ello, la Comisión tiene la obligación de resolver este procedimiento decidiendo sobre todas las cuestiones planteadas por los interesados a lo largo de la tramitación del expediente.

Para que esta Comisión pueda entender que Amena ha desistido de las pretensiones planteadas debe existir una declaración de voluntad expresa y clara manifestando tal desistimiento. Sin embargo, en el caso que nos ocupa no consta en el expediente una formulación inequívoca y concluyente de tal petición de desistimiento por parte de Amena dirigida a la CMT. Es más, ante el traslado del escrito de TME, Amena ha reiterado su voluntad de que continúe el procedimiento y de que esta Comisión se pronuncie sobre las pretensiones planteadas mediante la adopción de la correspondiente Resolución.

En segundo lugar debe tomarse en consideración que el artículo 42.1 de la LRJPAC dispone que *"La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos... (...). En los casos de (...) la desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y de las normas aplicables. (...)".*

Pues bien, para que esta Comisión pueda considerar que en el presente caso se ha producido el supuesto mencionado en el citado artículo 42.1 de la LRJPAC, debe concluirse que en la actualidad no subsiste el conflicto que originó el presente procedimiento, dado que ha desaparecido el objeto material que motivó la apertura del presente procedimiento. En efecto, se produciría la pérdida del objeto de este procedimiento cuando bien resultara imposible continuar con este procedimiento o, bien, cuando el propio procedimiento se hubiera convertido en inconducente. En el presente caso, no existe imposibilidad material ni jurídica de continuar con el expediente ni tampoco se ha comprobado que la pretensión original de Amena (aplicación de los precios de terminación en la red de Amena vigentes con anterioridad a la Resolución de 7 de octubre de 2004) se haya visto satisfecha.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Contrariamente a lo que sostiene Amena, se comprueba que ninguna de las Actas de Conciliación suscrita por ambos operadores efectúa mención alguna al carácter provisional de la liquidación practicada respecto del tráfico de voz de terminación en la red de Amena. Sin embargo, ello no impide que por parte de esta Comisión pueda procederse a resolver el procedimiento planteado por Amena, pronunciándose la CMT respecto de las mismas, dadas las circunstancias constatadas con anterioridad, especialmente en cuanto a la falta de desistimiento o renuncia expresa por parte de Amena y a la reversibilidad de los pagos en interconexión que se han abonado hasta la actualidad.

- c) Sobre la pretensión de TME de que se suspenda la tramitación del presente procedimiento hasta que se resuelva el Recurso de Reposición interpuesto contra la Resolución de 20 de enero de 2005.

Sin perjuicio de que, como se indica en el antecedente de hecho cuarto, el citado recurso fue desestimado íntegramente mediante Resolución de esta Comisión de fecha 26 de mayo de 2005, cabe indicar que no está prevista la posibilidad de suspender la tramitación de un conflicto de interconexión por la causa alegada por TME. Los procedimientos tramitados por esta Comisión sólo pueden ser suspendidos por los motivos y en los plazos establecidos en el artículo 42.5 de la LRJPAC.

Por otro lado, acceder a la suspensión solicitada tendría por efecto la suspensión de la ejecutividad de la Resolución de 20 de enero de 2005. Esta suspensión solo se podría solicitar, en su caso, con la interposición de un recurso administrativo, pero no en un procedimiento de conflicto de interconexión.

Por todo cuanto antecede, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

RESUELVE

Primero.- A partir del 4 de febrero de 2005 resultan de aplicación a Telefónica Móviles España, S.A. los precios de interconexión de terminación en la red de Retevisión Móvil, S.A. vigentes con anterioridad al día 7 de octubre de 2004.

En el plazo de cinco días laborables a contar desde la notificación de la presente Resolución, Retevisión Móvil, S.A. y Telefónica Móviles España, S.A.U. han de formalizar por escrito la modificación del Acuerdo General de Interconexión vigente entre ellos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Segundo.- En el plazo de quince días laborables a contar desde que finalice el plazo establecido en el punto primero de la parte dispositiva de esta 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 4 de febrero de 2005, de conformidad con lo establecido en esta Resolución.

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