



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 RO2005/1322 se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE INTERCONEXIÓN PRESENTADO POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. CONTRA UNI2 TELECOMUNICACIONES, 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.

En concreto, la representación de TELEFÓNICA señalaba lo siguiente:

Que TELEFÓNICA ha presentado a UNI2 un fichero que contenía la relación de datos de llamadas a números de tarificación adicional (STA) de UNI2 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 en respuesta a lo anterior, UNI2 contestó a TELEFÓNICA que su solicitud era absolutamente improcedente puesto que en todo caso, las devoluciones solicitadas requieren que concurren una serie de condiciones y que TELEFÓNICA no justifica ni acredita ninguna de ellas respecto de las cantidades que pretende sean objeto de devolución.

Que, según UNI2, “TELEFÓNICA no ha acreditado fehacientemente la gestión de cobro realizada de ninguno de los impagos correspondientes a los servicios de tarificación adicional de UNI2 correspondientes a años anteriores (desde 2002) y repercutidos por TELEFÓNICA a UNI2” y que UNI2 “está en su derecho de reclamar la totalidad de esos importes sobre los que TELEFÓNICA ha incumplido manifiestamente sus obligaciones de gestión de cobro y acreditación de esa gestión, existiendo por lo tanto una responsabilidad de TELEFÓNICA plenamente vigente por haber definido el regulador sectorial las obligaciones de gestión de cobro de TELEFÓNICA en diversas resoluciones, posteriormente recogidas en la OIR de ese operador”.

Que la Orden PRE/2410/2004, de 20 de julio de 2004, solamente viene a aclarar y refrendar el derecho del abonado a solicitar la devolución, al tiempo que reconoce como servicio telefónico la parte de la tarifa soporte del servicio de tarificación adicional, pero no ha supuesto el nacimiento del mismo.

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 TELEFÓNICA ha procedido a desglosar el importe total de la factura inicial en los dos conceptos mencionados en el apartado Octavo de la citada Orden, y que el usuario llamante no ha satisfecho el importe correspondiente a las llamadas de los servicios de tarificación adicional y sobre las que se manifiesta su disconformidad.

Que las condiciones exigidas según UNI2 *“no son exigibles por la norma, a excepción de que el abonado solicite que sobre su línea no se efectúe la correspondiente restricción en el acceso a los servicios de tarificación adicional”*.

Que con fecha 11 de mayo de 2005, TELEFÓNICA acreditó a UNI2 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.

Que UNI2 no acepta la repercusión de impagos por reclamaciones de llamadas a servicios de tarificación adicional correspondientes a los años 2002, 2003 y primer trimestre de 2004, al producirse con *“un retraso excesivo respecto de la fecha de conocimiento del impago así como de los plazos para su notificación y repercusión”*, y por otro lado que no se puede justificar el hecho de que TELEFÓNICA *“solicite la devolución del total de los impagos por reclamaciones desde el año 2002 de forma concentrada, ya que no parece verosímil que todas las reclamaciones se hayan resuelto al mismo tiempo”*.

Que UNI2 ha manifestado en diversas actas de consolidación con TELEFÓNICA que no acepta la repercusión de los impagos de llamadas a STA de UNI2 generados por reclamación del cliente llamante anteriores al 1 de abril de 2004.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Que, primeramente, en el acta de consolidación 05/05, de 20 de junio de 2005, UNI2 acepta la repercusión de impagos por reclamación del cliente a partir del segundo trimestre del 2004.

Que, con posterioridad, en el siguiente acta de consolidación, UNI2 no acepta la repercusión de las cantidades relativas a impagos de STA por reclamación del cliente y *“no acepta la repercusión de aquellas llamadas anteriores a 2005, procediendo a detraer la cantidad previamente repercutida en la consolidación anterior por parte de TELEFÓNICA de España”*.

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, UNI2 está obligado a reintegrarle las cantidades reclamadas.

Que UNI2 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 UNI2.

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 UNI2 debe permitir que TELEFÓNICA de España impute la repercusión de las cuantías correspondientes a llamadas realizadas a Servicios de Tarificación Adicional, titularidad de UNI2 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 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 UNI2, que había quedado iniciado expediente administrativo para la resolución del conflicto planteado por la primera de estas entidades.

Tercero.- Con fecha 17 y 19 de octubre de 2005 tuvieron entrada en esta Comisión, respectivamente, escritos de Dña. María Consuelo Roger Rull en nombre y representación de CABLEEUROPA, S.A.U. y de D. Lionel Fernández García en nombre y representación de ASTEL, en los que solicitan ser considerados como interesados en el presente procedimiento.

Cuarto.- Mediante sendos escritos de 19 y 20 de octubre de 2005 respectivamente esta Comisión procedió a dar contestación a las entidades anteriormente citadas, notificándoles que no reunían los requisitos establecidos por poder ser considerados como partes interesadas en el presente conflicto.

Quinto.- Con fecha 21 de noviembre de 2005 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de FRANCE TELECOM, S.A. (con anterioridad, UNI2) en el que realizaba, entre otras, las siguientes alegaciones:

Que FRANCE TELECOM ha comunicado a TELEFÓNICA el rechazo de su solicitud de devolución de los importes reclamados al no acreditar ésta el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para justificar las supuestas reclamaciones y su consiguiente devolución.

Que FRANCE TELECOM manifiesta su sorpresa ante el hecho de que TELEFÓNICA solicite la devolución de todos los impagos por reclamaciones desde febrero de 2002 teniendo en cuenta que el Real Decreto 1736/1998 establecía un plazo de un mes para que el usuario reclamase la devolución al operador y que no parece verosímil que todas las reclamaciones se hubieran resuelto al mismo tiempo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Que como consecuencia de la imposibilidad de analizar en un plazo razonable la ingente cantidad de información recibida sobre la pertinencia de cada reclamación, FRANCE TELECOM no aceptó en su momento la solicitud de devolución realizada por TELEFÓNICA.

Que con fecha 30 de septiembre de 2005 TELEFÓNICA ha remitido a FRANCE TELECOM los datos relativos a llamadas correspondientes al período 2002 y marzo de 2004, de forma que junto con los anteriores datos enviados en mayo de 2005 existen más de 600.000 registros a analizar.

Que en el Acta de Consolidación 05/05, FRANCE TELECOM mantiene la negativa de abonar a TELEFÓNICA las cantidades anteriores a abril de 2004, aceptando provisionalmente el pago de las relativas a los meses desde abril de 2004 en adelante, si bien reservándose el derecho a reclamar posteriormente la información necesaria que acredite los impagos y con el compromiso de TELEFÓNICA de proceder a regularizar los importes si fuera procedente.

Que *“una vez constatada la existencia de incidencias en la información y la imposibilidad de proceder a un análisis individualizado de los expedientes correspondientes al período abril-diciembre de 2004 sin provocar un mayor desfase en relación con las llamadas correspondientes al año 2005, FRANCE TELECOM considera improcedente la repercusión de las llamadas posteriores a abril de 2004 y anteriores a 2005”*.

Que según lo establecido en el Código Civil sobre la figura del mandato, TELEFÓNICA está obligada a *“actuar diligentemente y a responder de los daños y perjuicios que cause su falta de diligencia, incluyendo aquellos que se deriven del hecho de no aportar en tiempo hábil a FRANCE TELECOM la documentación necesaria para que pueda ejercitar sus derechos frente a sus clientes”*.

Que FRANCE TELECOM no es el receptor final de las cantidades cuya devolución le reclama TELEFÓNICA, sino que, tras retener una comisión contractualmente establecida, entrega el resto al prestador del servicio de tarificación adicional. Por ello, señala FRANCE TELECOM, es errónea la referencia que TELEFÓNICA hace sobre la aplicabilidad del artículo 1895 del Código Civil, acusando a FRANCE TELECOM de enriquecimiento injusto.

Que si FRANCE TELECOM tuviese que proceder a la devolución de las cantidades que ahora pide TELEFÓNICA, estaría obligado a su vez a solicitar la devolución de estas cantidades al proveedor de STA, cuando lo cierto es que, como consecuencia de la falta de diligencia de TELEFÓNICA, resulta imposible solicitar tal devolución al tratarse de sociedades ya desaparecidas o



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que, en la actualidad, ya no tienen una relación contractual con FRANCE TELECOM.

Que a pesar de que se puede alegar a FRANCE TELECOM que le queda la vía de reclamar directamente al abonado, en la práctica TELEFÓNICA se ha encargado de acabar con esta posibilidad al acumular más de 600.000 registros, en cuanto que resulta absolutamente imposible para FRANCE TELECOM iniciar simultáneamente los correspondientes procedimientos judiciales para reclamar dichas cantidades, ya sea con medios propios o pagando por el uso de recursos ajenos.

Que en aras de la buena fe, FRANCE TELECOM está dispuesto a regularizar las cantidades correspondientes a las llamadas realizadas en 2005, siempre que TELEFÓNICA proporcione en tiempo la información necesaria y una vez haya podido verificarla. Por lo tanto, FRANCE TELECOM entiende que la falta de diligencia de TELEFÓNICA se extiende hasta el 31 de diciembre de 2004, de modo que TELEFÓNICA debería mantener indemne a FRANCE TELECOM de todas las reclamaciones basadas en la devolución de importes de llamadas realizadas hasta esa fecha.

Que para el supuesto de que esta Comisión considere que TELEFÓNICA no debe asumir más que las cantidades cuya devolución no resulte debidamente acreditada, FRANCE TELECOM manifiesta que Telefónica está exigiendo el pago de las cantidades reclamadas sin dar tiempo material a FRANCE TELECOM para hacer una mínima revisión de la información recibida que parece ser incompleta y contradictoria.

Que no existe ningún acto de FRANCE TELECOM que permita aplicar la teoría de los actos propios, a pesar de que en un primer momento FRANCE TELECOM permitiera la repercusión de los impagos de STA, procediendo con posterioridad a su rechazo, puesto que como ya indicó FRANCE TELECOM en el Acta de Consolidación 05/05, la aceptación se producía bajo reserva del análisis de la documentación aportada por TELEFÓNICA.

Hechas estas alegaciones, FRANCE TELECOM solicita a la CMT que *“teniendo por presentado el presente escrito lo admita y tras la tramitación del correspondiente expediente, dicte resolución imponiendo a TELEFÓNICA la obligación de mantener indemne a FRANCE TELECOM de cuantos daños y perjuicios se deriven para la misma de la falta de diligencia de TELEFÓNICA y en este sentido, determine que FRANCE TELECOM no está obligada a devolver a TELEFÓNICA cantidad alguna por los conceptos reclamados anteriores al 1 de enero de 2005 y que (...) subsidiariamente, para el caso de que no se estimase la solicitud anterior, se conceda a France Telecom un plazo*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

razonable para analizar la documentación recibida, plazo que esta parte estima no debería ser inferior a un año”.

Sexto.- 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 FRANCE TELECOM, 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.

Séptimo.- Con fecha 30 de noviembre de 2005 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de la representación de FRANCE TELECOM por el cual presentaba de nuevo alegaciones y en el que, en resumen, manifestaba lo siguiente:

Que FRANCE TELECOM ha tenido conocimiento de la Resolución de la CMT de 10 de noviembre de 2005 por la que se resuelve un conflicto de interconexión entre COLT y TELEFÓNICA similar al planteado en el presente procedimiento.

Que en la Resolución de 10 de noviembre de 2005, TELEFÓNICA reconoce la tardanza en la comunicación de los datos de las llamadas reclamadas permitiendo su acumulación. Por lo tanto, la actuación negligente en el desempeño de su mandato por parte de TELEFÓNICA debe corresponderle a ella misma, manteniendo indemne a FRANCE TELECOM de cualquier daño o perjuicio que se le ocasione como consecuencia de tal actuación.

Que ante “la imposibilidad por parte de France Telecom de efectuar más de 600.000 reclamaciones a los proveedores de STA ello conlleva el reconocimiento de una deuda con TELEFÓNICA por un importe equivalente a la cantidad a devolver lo que supone a su vez la obligación de contabilizar inmediatamente la existencia de un daño por el mismo importe, ante la certeza de que no será posible su recobro, cuya indemnización corresponderá satisfacer a TELEFÓNICA. Por ello, al ser FRANCE TELECOM y TELEFÓNICA recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra, conforme a lo previsto en el artículo 1195 del Código Civil, procedería la compensación de sus deudas y por tanto, su extinción”.

Que respecto de los importes correspondientes al período que comienza en abril de 2004, al carecer de información necesaria, FRANCE TELECOM no puede determinar si TELEFÓNICA está solicitándole la devolución sólo de la parte correspondiente al valor añadido de las llamadas de tarificación adicional o el importe total de la factura, si bien lo más probable es que TELEFÓNICA



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

haya actuado de la misma forma con todos los operadores y por tanto, que esté exigiendo la devolución del total de la factura.

Hechas estas alegaciones, FRANCE TELECOM reitera lo solicitado con anterioridad a esta Comisión y solicita como plazo razonable para analizar la documentación recibida entre uno y dos años así como que, *“esa Comisión proceda a solicitar de TELEFÓNICA la información pertinente a fin de determinar qué importes ha devuelto TELEFÓNICA y confirme que, en su caso, TELEFÓNICA tendría derecho a repercutir a FRANCE TELECOM únicamente la parte correspondiente al valor añadido de las llamadas de tarificación adicional, pero nunca las cantidades que correspondían al servicio telefónico soporte y a los servicios de facturación y gestión de cobro”*.

Octavo.- Dentro del plazo conferido para realizar alegaciones en el trámite de audiencia, la representación de FRANCE TELECOM presentó escrito de alegaciones que tuvo entrada en el registro de esta Comisión el día 15 de diciembre de 2005 y en el que, en resumen, manifestaba lo siguiente:

Que en el Informe de los Servicios de esta Comisión de fecha 23 de noviembre de 2005 no se hace mención a uno de los escritos de alegaciones presentado por FRANCE TELECOM y no se da contestación a ninguna de las cuestiones planteadas en el Solicito del citado escrito.

Que el objeto planteado en dicho Informe de los Servicios de esta Comisión ha quedado totalmente superado por el escrito presentado por FRANCE TELECOM de 18 de noviembre de 2005.

Que lo que FRANCE TELECOM está planteando es *“que ha existido negligencia de TELEFÓNICA en el desempeño de sus funciones (...) De esta negligencia se derivan unos perjuicios para FRANCE TELECOM que TELEFÓNICA debe indemnizar, dando lugar a una compensación de deudas entre ambas operadoras de forma que FRANCE TELECOM no está obligada a devolver a TELEFÓNICA cantidad alguna por los conceptos reclamados anteriores al 1 de enero de 2005”*

Que *“subsidiariamente y para el supuesto de que no se estimase esta solicitud, esa Comisión deberá pronunciarse, (...), sobre la Segunda solicitud de FRANCE TELECOM, es decir, la concesión de un plazo razonable para analizar la documentación recibida, no inferior a un año”*.

Que FRANCE TELECOM está de acuerdo con el Informe de los Servicios en cuanto al importe de la devolución de las cantidades reclamadas que debe corresponder al valor añadido de las llamadas de tarificación adicional.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Finalmente en este escrito solicita a esta Comisión:

“Solicito a esta Comisión, que dicte resolución imponiendo a TELEFÓNICA la obligación de mantener indemne a FRANCE TELECOM de cuantos daños y perjuicios se deriven de la misma de la falta de diligencia de TELEFÓNICA y en este sentido, determine la compensación de deudas entre ambas operadoras y por tanto, que FRANCE TELECOM no está obligada a devolver a TELEFÓNICA cantidad alguna por los preceptos reclamados anteriores al 1 de enero de 2005.

OTRO SÍ DIGO que subsidiariamente, para el caso de que no se estimase la solicitud anterior, esa Comisión confirme que sólo procede el pago de aquellas cantidades cuya devolución haya sido debidamente acreditada, concediéndose en consecuencia a FRANCE TELECOM un plazo razonable para analizar la documentación recibida, plazo que esta parte estima no debería ser inferior a un año.

OTRO SÍ DIGO que subsidiariamente, para el caso de que no se estimase la primera solicitud, esa Comisión (i) proceda a solicitar de TELEFÓNICA la información pertinente a fin de determinar qué importes ha devuelto TELEFÓNICA y (ii) confirme que, en su caso, TELEFÓNICA tendría derecho a repercutir a FRANCE TELECOM únicamente la parte correspondiente al valor añadido de las llamadas de tarificación adicional, pero nunca las cantidades que correspondían al servicio telefónico soporte y a los servicios de facturación y gestión de cobro”

Noveno.- 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 UNI2 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 UNI2 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 que 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 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 emitir las, 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

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, FRANCE TELECOM hizo frente puntualmente al pago del mismo, no habiendo sido dicho concepto, en ningún momento, componente del importe que TELEFÓNICA ha reclamado a FRANCE TELECOM por estas llamadas.

Finalmente en este escrito solicita a esta Comisión:

“(...) que se reconozca a Telefónica de España el derecho a repercutir a UNI2 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”.

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

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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 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 FRANCE TELECOM en relación con la repercusión a esta última entidad de las cuantías correspondientes a llamadas realizadas a números de tarificación adicional asignados a FRANCE TELECOM 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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, 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.

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

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 TESAU, con fecha 13 de diciembre de 2005, señala su no aprobación respecto a la interpretación realizada por 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.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

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 plantea TESAU en su escrito de audiencia, ha de ser resuelta rechazando la interpretación defendida por este operador, 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 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 usuario (y que, por consiguiente, ha pasado al cobro la factura discutida) ha de reintegrar 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 FRANCE TELECOM ha optado por el modelo de interconexión de acceso para la prestación de servicios de inteligencia de red, es precisamente FRANCE TELECOM el operador responsable de la prestación del servicio de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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, el prestador 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 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, FRANCE TELECOM, el titular de un derecho de crédito frente al usuario llamante por la totalidad del coste de la llamada. Así, FRANCE TELECOM, 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, TELEFÓNICA obligada a soportar la carga financiera que supone hacerse cargo de los impagos de servicios prestados por FRANCE TELECOM 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

otros sujetos que hubieran intervenido como intermediarios o mandatarios en las relaciones jurídicas que han quedado insatisfechas.

Como consecuencia de lo anterior, FRANCE TELECOM 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.

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 principalmente 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 FRANCE TELECOM en las que manifiesta no ser el receptor final de las cantidades cuya devolución le reclama TELEFÓNICA, ha de señalarse que las relaciones jurídicas que puedan existir entre FRANCE TELECOM 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 los sucesivos escritos de alegaciones presentados por FRANCE TELECOM ante esta Comisión, de fecha 30 de noviembre y 15 de diciembre de 2005 respectivamente, solicita que se determine si TELEFÓNICA tendría derecho a repercutir a FRANCE TELECOM únicamente la parte correspondiente al valor añadido de las llamadas de STA o también las cantidades que corresponderían al servicio telefónico soporte y a los servicios de facturación y gestión de cobro.

TELEFÓNICA, por su parte, en su escrito de alegaciones al trámite de audiencia, señala no estar conforme con que el importe que debe reintegrarse por FRANCE TELECOM 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

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 FRANCE TELECOM 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 FRANCE TELECOM.

FRANCE TELECOM en su escrito de alegaciones, manifiesta que conforme a lo establecido en el Código Civil sobre la figura del mandato, TELEFÓNICA está obligada a “actuar diligentemente y a responder de los daños y perjuicios que cause su falta de diligencia, incluyendo aquellos que se deriven del hecho de no aportar en tiempo hábil a FRANCE TELECOM la documentación necesaria para que pueda ejercitar sus derechos frente a sus clientes”.

En efecto, 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 usuarios (...)*” (Resolución 10 de noviembre de 2005).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 FRANCE TELECOM, 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 FRANCE TELECOM, 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, como alega FRANCE TELECOM, 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.

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 FRANCE TELECOM.

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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

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 FRANCE TELECOM la devolución de las cantidades correspondientes a la componente de tarificación adicional que ha procedido a reembolsar 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 no ha 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 jurisprudencia 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

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 FRANCE TELECOM 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 FRANCE TELECOM.

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 FRANCE TELECOM hubiera podido actuar consecuentemente a la hora de abonar o no las remuneraciones correspondientes o negociarlas en su caso con los prestadores de servicios de tarificación adicional. Es más, como indica FRANCE TELECOM en sus alegaciones, el hecho de tener que analizar aproximadamente 600.000 registros que le presenta TELEFÓNICA a FRANCE TELECOM de forma conjunta puede suponer un perjuicio tanto en lo relativo a las necesidades de personal a la hora de su análisis como a la hora de conseguir recuperar las cantidades liquidadas con el proveedor de servicios de tarificación adicional después de tanto tiempo transcurrido.

A lo anterior hay que añadir que, la inexistencia de un plazo específico en la OIR para la comunicación por TELEFÓNICA de 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, no exime, en modo alguno, a TELEFÓNICA del deber de actuar con la mayor diligencia posible para conseguir que en la cadena de relaciones



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 localizar a los prestadores de servicios de tarificación adicional con los que ha contratado y consecuentemente tener que 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, FRANCE TELECOM a la hora de recuperar dichas cantidades debe hacer valer su derecho hacia una pluralidad de contrapartes, lo que hace 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 para FRANCE TELECOM de adoptar las medidas que estimara convenientes para evitar los posibles perjuicios que pudiera ocasionarle el 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 FRANCE TELECOM sin facilitarle a su vez el ejercicio de sus derechos frente a los prestadores del STA de los que FRANCE TELECOM 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 FRANCE



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TELECOM 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 FRANCE TELECOM de las cantidades controvertidas.

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

RESUELVE

Único.- TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. no podrá ejercitar el derecho a que FRANCE TELECOM, 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 FRANCE TELECOM, 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 fina 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera