



## 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 42/06 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el 13 de diciembre de 2006, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el que se aprueba la:

**RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE EL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LA ENTIDAD COMUNITEL GLOBAL, S.A. CONTRA LA RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE INTERCONEXIÓN PLANTEADO POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. CONTRA COMUNITEL GLOBAL S.A., SOBRE LA DEVOLUCIÓN DE LAS CANTIDADES RECLAMADAS POR LOS ABONADOS DE TELEFÓNICA QUE EFECTÚAN LLAMADAS A SERVICIOS DE TARIFICACIÓN ADICIONAL.**

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad Comunitel Global, S.A. contra la resolución del conflicto de interconexión planteado por Telefónica de España, S.A.U. contra Comunitel Global S.A., sobre la devolución de las cantidades reclamadas por los abonados de Telefónica que efectúan llamadas a servicios de tarificación adicional, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 42/06 del día de la fecha, la siguiente.

Resolución de 13 de diciembre de 2006, recaída en el expediente AJ 2006/962.

### HECHOS

**PRIMERO.-** Por escrito de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante TESAU), con fecha de entrada en esta Comisión 28 de junio de 2005, se planteó conflicto de interconexión sobre la devolución de las cantidades reclamadas por los abonados de TESAU que efectúan llamadas a servicios de tarificación adicional con destino a números asignados a Comunitel Global S.A. (en



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

adelante, Comunitel). A dicho escrito se acompañaban once documentos en apoyo a los argumentos en los que TESAU basaba sus pretensiones.

La apertura del procedimiento fue notificada a TESAU y a Comunitel mediante sendas comunicaciones del Secretario de esta Comisión, de fecha 26 de septiembre de 2006.

Concluido el trámite de instrucción, se notificó a ambos interesados la apertura del trámite de audiencia. Dentro de dicho trámite, con fecha 13 de diciembre de 2005, TESAU presentó alegaciones. Por su parte, el 19 de diciembre de 2005, Comunitel presentó su correspondiente escrito, al que acompañaba una serie de documentos para acreditar sus alegaciones y en el que solicitaba que se dictase resolución por la que se declarase que Comunitel no debía abonar a TESAU los importes contenidos en el fichero de 26 de enero de 2006 y que TESAU debía devolver a Comunitel la cantidad de 2.002.222 Euros, que le habría sido facturada indebidamente.

**SEGUNDO.** - En la Sesión 19/06 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 25 de mayo de 2006, se dictó la Resolución por la que se resolvía el conflicto de interconexión anteriormente descrito.

En dicha resolución se acordaba que TESAU no tenía derecho a la restitución del importe correspondiente a la componente de tarificación adicional de las llamadas realizadas por los abonados a los números de tarificación adicional asignados a Comunitel.

**TERCERO.-** Contra dicha resolución, Comunitel presentó recurso potestativo de reposición a través de escrito firmado por Dña. Esther Santamaría García, que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión en fecha 10 de julio de 2006.

Dicho escrito tiene por objeto sustituir la Resolución arriba mencionada por otra en la que, manteniendo el sentido de la misma, *“se amplíe el mismo (el fallo) estableciendo que Tesau deberá facilitar, en los ficheros que en le futuro envíe a Comunitel conteniendo devoluciones solicitadas por sus abonados relativa a estas devoluciones de forma agregada e incluyendo la fecha de la reclamación y se ordene la apertura de un nuevo conflicto en el que se analice el derecho de Comunitel a ser indemnizada por Tesau por los impagos repercutidos por ésta entidad que no han cumplido los requisitos establecidos en la OIR y en diversas Resoluciones de esa Comisión, tal y como se alegó y solicitó por esta parte en el escrito de 13 de diciembre de 2005”*.

A los anteriores hechos le son de aplicación los siguientes:



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### I.- Fundamentos jurídicos procedimentales.

##### PRIMERO.- Calificación del acto.

El artículo 107.1 de Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJAP y PAC), establece que contra las resoluciones (entre otros actos) podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJAP y PAC establece que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

La recurrente califica expresamente su escrito como recurso potestativo de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.17 de Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), las Resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJAP y PAC, calificar el escrito presentado por Comunitel como recurso potestativo de reposición que se interpone contra la Resolución de esta Comisión de fecha 25 de mayo de 2005, por la que se resuelve el conflicto de interconexión presentado por TESUA frente a dicha entidad, sobre devolución de las cantidades reclamadas por los abonados de TESAÚ que efectúan llamadas a servicios de tarificación adicional.

##### SEGUNDO.- Admisión a trámite.

El recurso de reposición ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJAP y PAC.

Asimismo, se ha interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117 de la misma Ley, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior, procede admitirlo a trámite.



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

### **TERCERO.- Competencia y plazo para resolver.**

El acto impugnado fue dictado por el Consejo de esta Comisión en virtud de la delegación de competencias acordada por el Consejo, mediante Resolución de 18 de diciembre de 1997 (BOE 29/01/1998), por lo que dicho órgano es competente para resolver el presente recurso de reposición en virtud de lo dispuesto en el artículo 116 de la LRJAP y PAC.

Asimismo, deberá ser resuelto y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, según lo establecido en el artículo 117.2 de la LRJAP y PAC y, siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo. En todo caso, el transcurso de dicho plazo supondrá la desestimación presunta del recurso, de conformidad con lo establecido en el artículo 43.2, sin perjuicio de la obligación de esta Comisión de resolver.

### **CUARTO.- Legitimación de la entidad recurrente.**

El artículo 107 de la LRJAP y PAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. La entidad recurrente ostenta la condición de interesada por tratarse del operador de redes o prestador de un servicio de telecomunicaciones contra la que se presentó el conflicto de interconexión que se resolvió por la Resolución recurrida.

En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a la recurrente para la interposición del presente recurso potestativo de reposición.

## **II.- Fundamentos jurídicos materiales.**

### **PRIMERO.- El objeto de los recursos administrativos en el ordenamiento jurídico español.**

Con carácter general, en nuestro ordenamiento jurídico, el objeto de los procedimientos iniciados a instancia de los interesados es el determinado en la petición inicial, así como las cuestiones introducidas por el resto de interesados durante su instrucción. Así debe interpretarse el principio de congruencia recogido en el artículo 89 de la LRJAP y PAC, y así lo hace el Tribunal Supremo, en Sentencias como la de 24 junio 1995, Sala 3ª, Sección 8ª, en la que resume la doctrina del TC sobre la congruencia judicial –trasladable al ámbito del procedimiento administrativo- en los siguientes términos:



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“...pues al confrontar la parte dispositiva de la resolución judicial recurrida y el objeto del proceso, delimitado por referencia a sus elementos subjetivos (partes) y objetivos (causa de pedir y «*petitum*»), se comprueba que no ha habido alteración de la «*causa petendi*», teniendo en cuenta el fin que la demandante pretendió obtener, los hechos que sustentaban su pretensión y el fundamento jurídico en que se basaba, y así lo ha declarado el Tribunal Constitucional, entre otras, en sus Sentencias 20/1982/1988 (RTC 1988\211) -fundamento jurídico cuarto-, 144/1991 (RTC 1991\144) -fundamento jurídico segundo-, 43/1992 (RTC 1992\43) -fundamento jurídico segundo-, 88/1992 (RTC 1992\88) -fundamento jurídico segundo- y 122/1994 (RTC 1994\122) -fundamento jurídico segundo-, en las que expresa «que el vicio de incongruencia, en sus distintas modalidades, entendido como desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan sus pretensiones, concediendo más o menos, o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una denegación del derecho a la tutela judicial efectiva, siempre y cuando la desviación en que consista la incongruencia sea de tal naturaleza que suponga una completa modificación de los términos en que discurrió la controversia procesal, sustrayéndose a las partes el verdadero debate contradictorio y pronunciándose un fallo o parte dispositiva no adecuado o ajustado a las recíprocas pretensiones de las partes».

El recurso presentado por Comunitel pretende, por un lado, la imposición a TESAU de ciertas obligaciones relativas a los ficheros con las devoluciones solicitadas por sus abonados, y por otro, la apertura de un nuevo conflicto de interconexión, peticiones todas ellas que no fueron oportunamente deducidas en el procedimiento (como se dirá más adelante), y por lo tanto, sobre las que no se pronunció expresamente la resolución recurrida. La consecuencia es evidente: si no fueron objeto del procedimiento, no pueden ser tratadas ni resueltas en vía de revisión del acto.

Para determinar si en el presente caso se cumple el anterior razonamiento, es necesario analizar los diferentes escritos de los operadores interesados en el procedimiento RO 2005/1323, en cuyo seno se dictó la resolución recurrida, para determinar si la misma debió pronunciarse acerca de los extremos que solicita Comunitel.

El escrito de TESAU que inició el procedimiento mediante el que se planteaba el conflicto de interconexión, tenía un objeto muy nítido, a saber: que se declarase que Comunitel debía permitir que TESAU imputase la repercusión de las cuantías correspondientes a llamadas realizadas a Servicios de Tarificación Adicional (en adelante STA) titularidad de Comunitel, que habrían sido reclamadas y no pagadas por el abonado como consecuencia del derecho del usuario final a no abonar la componente de valor añadido de las llamadas realizadas a Servicios de Tarificación Adicional.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por su parte, Comunitel, en su escrito de 19 de diciembre de 2005, por el que daba cumplimiento al trámite de audiencia previa a la resolución, atendiendo lo establecido en el artículo 84 de la LRJAP y PAC, alegaba que TESAU había repercutido impagos a Comunitel sin respetar lo establecido en la Oferta de Interconexión de Referencia (en adelante, OIR) y solicitaba que esta Comisión se pronunciase acerca del deber de TESAU de *indemnizar* a Comunitel.

Obviamente, dicha petición es extemporánea y no debe servir como cauce para ampliar el objeto del procedimiento, por cuanto, con carácter general, el trámite de audiencia se refiere a lo ya instruido en el procedimiento, sin que quepa introducir nuevas cuestiones, ni proponer pruebas acerca de las mismas, que han debido ser planteadas durante su instrucción. En caso contrario, se crearía una evidente indefensión al resto de operadores interesados en el procedimiento (TESAU), que no podrían rebatir los argumentos de la recurrente o proponer las pruebas oportunas al privarle de la ocasión de alegar sobre datos obrantes en el expediente distintos de los invocados por ella al plantear el conflicto.

Consta en el expediente tramitado por esta Comisión la notificación a Comunitel en fecha 30 de septiembre de 2005, de la apertura del conflicto de interconexión. Es a partir de ese momento y hasta la notificación de la apertura del trámite de audiencia, cuando los interesados pueden ejercitar el derecho reconocido en los artículos 35 e) y 79 de la LRJAP y PAC a formular alegaciones y a aportar documentos, disponiéndose que la apertura del trámite de audiencia es el término final de dicha posibilidad. Pues bien, el día 29 de noviembre de 2005 se comunicó la apertura de la fase de audiencia a Comunitel y no fue hasta el día 13 de diciembre de 2005 cuando dicha operadora, por primera vez, presentó alegaciones, introduciendo cuestiones nuevas que no habían sido objeto del procedimiento durante su instrucción.

Este es el motivo por el cual, tal y como reprocha Comunitel, la Resolución recurrida no entró a valorar las alegaciones que no se referían al conflicto interpuesto por TESAU en los términos recogidos en su escrito inicial. Sin embargo, el objeto de la Resolución (Fundamento de Derecho Segundo) no se limitó al estricto *petitum* inicial de TESAU, sino que valoró las cuestiones conexas necesarias para justificar el sentido de la decisión, entre ellas, el derecho de los usuarios a la devolución de los importes correspondientes a las llamadas objeto de reclamación y el importe de la devolución a que tienen derecho los abonados que hubieran reclamado. La recurrente se opone a las conclusiones alcanzadas en dicho análisis por esta Comisión, aunque no al sentido de su Resolución.

Así pues, lo solicitado por Comunitel en su recurso, y sin perjuicio del resto de argumentos que más adelante se expondrán, se debe rechazar de plano,





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

puesto que si debe evitarse resolver sobre peticiones que no han sido objeto del procedimiento durante su tramitación, con más motivo todavía se debe obviar el pronunciamiento si esas peticiones se producen en vía de recurso.

**SEGUNDO.- La necesidad de fundar los recursos administrativos en alguna causa de nulidad o anulabilidad de las recogidas en los artículos 62 y 63 de la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.**

La revisión de los actos dictados por las administraciones públicas, como la pretendida por la recurrente, debe fundamentarse necesariamente en alguna de las causas de nulidad o anulabilidad contenidas en los citados artículos de la LRJAP y PAC. Así lo dispone dicha norma en su artículo 107.1. Pues bien, del estudio del recurso de Comunitel, se concluye que adolece de este requisito, y por lo tanto, no se encuentra motivo alguno para variar el criterio de la resolución recurrida.

En efecto, la petición de la operadora recurrente de imponer a TESAU obligaciones como la de facilitar cierta información con unos determinados requisitos, no sólo escapan al objeto del procedimiento, y por lo tanto del propio recurso, como ya se ha expuesto, sino que, además, no está basada en disposición alguna que fundamente el deber de TESAU de cumplir dichas obligaciones. O dicho de otra manera, Comunitel no se remite a las normas en las que basa su petición, normas que, según ella, fundamentarían la imposición a TESAU de las obligaciones que interesan que esta Comisión reconozca, pero que la Resolución recurrida ha olvidado, obviado o malinterpretado. Denunciar la infracción de dichas disposiciones es la única vía para la modificación de la Resolución recurrida, como pretende Comunitel. Es, además, una exigencia taxativa, sin la cual todo recurso está abocado a su desestimación.

Así se reconoce, por ejemplo, en la reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, núm. 197/2006 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), de 9 marzo:

*"Aquí, conviene que nos remitamos a los antecedentes recogidos en el Fundamento Jurídico 2º así al punto 3, donde trasladábamos el contenido del escrito del recurso de alzada del Sr. Ricardo, que ha de ponerse en relación con el art. 107.1 Ley 30/92 que, en relación con los recursos de alzada, precisa que cabe fundarlos en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los arts 62 y 63 de la ley; asimismo ha de ponerse en relación con el art.110.1 que, al regular la interposición de los recursos administrativos, precisa en su punto 1 que deberá expresar, como se recoge en su apartado d,) el acto que se recurre " y la razón de su impugnación " que ha de ponerse en relación con el fundamento de los recursos, esto es, los concretos motivos de nulidad o anulabilidad que puedan concurrir, en concreto que se imputen en el*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*recurso administrativo para defender la revocación de los actos administrativos recurridos”.*

### **TERCERO.- Sobre la indefensión por incongruencia omisiva.**

Respecto a la incongruencia alegada, nos remitimos a lo ya dicho acerca del objeto del procedimiento y la adecuación con el mismo de la parte dispositiva de la Resolución recurrida.

En efecto, la recurrente alegada que se le ha causado indefensión (alegación genérica que solo por ello debiera rechazarse, pues no concreta la indefensión causada). Como recuerda el Tribunal Supremo<sup>1</sup>, la incongruencia omisiva de las resoluciones judiciales (y por extensión, administrativas) sólo crea indefensión cuando concurren los siguientes requisitos:

- a) Las pretensiones han sido oportunamente deducidas (y, como vemos, no lo han sido en este caso).
- b) Existe un desajuste entre el fallo y las pretensiones de las partes.
- c) La desestimación presunta de las pretensiones no puede colegirse de los razonamientos contenidos en la Resolución.
- d) La omisión se refiere a las pretensiones, no a las argumentaciones.

O en palabras del Alto Tribunal:

*“Como señala la muy reciente 8/2004, de 9 de febrero ( RTC 2004, 8), el vicio de incongruencia omisiva «sólo tiene relevancia constitucional cuando, por dejar imprejuzgada la pretensión oportunamente planteada, el órgano judicial no tutela los derechos e intereses legítimos sometidos a su jurisdicción provocando una denegación de justicia, denegación que se comprueba examinando si existe un desajuste externo entre el fallo judicial y las pretensiones de las partes, sin que quepa la verificación de la lógica de los argumentos empleados por el Juzgador para fundamentar su fallo ( SSTC 118/1989, de 3 de julio [ RTC 1989, 118] , F. 3; 82/2001, de 26 de marzo [ RTC 2001, 82] , F. 4). También es doctrina consolidada de este Tribunal, por lo que se refiere específicamente a la incongruencia omisiva (desde nuestra temprana STC 20/1982, de 5 de mayo ( RTC 1982, 20) , F. 2, hasta las más próximas SSTC 158/2000, de 12 de junio ( RTC 2000, 158) , F. 2; 309/2000, de 18 de diciembre ( RTC 2000, 309) , F. 6; 82/2001, de 26 de mayo ( RTC 2001, 82) , F. 4; 205/2001, de 15 de octubre ( RTC 2001, 205) , F. 2; 141/2002, de 17 de junio ( RTC 2002, 141) , F. 3); y también del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias Ruiz Torija c. España e Hiro Balani c. España, de 9 de diciembre de 1994), que no toda falta de respuesta a las cuestiones planteadas por las partes produce una vulneración del derecho a la tutela efectiva, y que*

<sup>1</sup> STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 24 marzo 2004





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*tales supuestos no pueden resolverse de manera genérica, sino que es preciso ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar, primero, si la cuestión fue suscitada realmente en el momento oportuno ( SSTC 1/2001, de 15 de enero [ RTC 2001, 1] , F. 4; 5/2001, de 15 de enero [ RTC 2001, 5] , F. 4), y, segundo, si el silencio de la resolución judicial representa una auténtica lesión del derecho reconocido en el art. 24.1 CE o si, por el contrario, puede interpretarse razonablemente como una desestimación tácita que satisface las exigencias de la tutela judicial efectiva. Para ello debe distinguirse entre lo que son meras alegaciones o argumentaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas consideradas. Respecto de las alegaciones, y salvo que se trate de la invocación de un derecho fundamental ( STC 189/2001, de 24 de septiembre [ RTC 2001, 189] , F. 1), puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada de todas ellas, pudiendo bastar, en atención a las particulares circunstancias concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales. Respecto de las pretensiones, en cambio, la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor, sin más excepción que la de una desestimación tácita de la pretensión, de modo que del conjunto de razonamientos de la decisión pueda deducirse, no ya que el órgano judicial ha valorado la pretensión, sino además los motivos de la respuesta tácita (por todas, STC 85/2000, de 27 de marzo [ RTC 2000, 85]...)”*

En este contexto, debe rechazarse la alegación de indefensión de Comunitel. Si, por el contrario, se entiende por indefensión la omisión de un pronunciamiento expreso acerca de su pretensión indemnizatoria, baste lo ya expuesto: Comunitel pudo, desde que se le comunicó la apertura del expediente, efectuar sus alegaciones, en cuyo caso, esta Comisión hubiera estado obligada a considerarlas en su Resolución definitiva. Por lo tanto, no se causa indefensión alguna a quien ha tenido las oportunidades procedimentales previstas en la LRJAP y PAC y las ha pretendido ejercitar extemporáneamente.

Por último, tampoco se ha concretado por la recurrente el incumplimiento de la OIR y de las Resoluciones de esta Comisión en lo que se refiere a la acreditación de impagos por parte de TESAÚ que originaría la devolución que solicita. En todo caso, la errónea interpretación de la Orden PRE/361/2002, alegada por la recurrente, no serviría de fundamento a su pretensión, y en todo caso, tendría consecuencias sobre el derecho de reembolso de los usuarios llamantes a números de tarificación adicional, pero no así sobre el nacimiento de un hipotético derecho de Comunitel a reclamar un pago que pudiera ser indebido, pues esa facultad se refiere al contenido de una relación jurídica diferente y accesoria a la que se establece entre el usuario y Comunitel como prestador del servicio.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### **CUARTO.- Acerca de la pretensión de Comunitel de ser indemnizada por supuestos pagos indebidos**

Los acuerdos generales de interconexión (en adelante AGI's) firmados por los operadores son contratos esencialmente privados, por cuanto se celebran entre dos entidades privadas en el marco de relaciones de naturaleza mercantil. No obstante, como viene manifestando esta Comisión<sup>2</sup>, dichos acuerdos, en la medida en que regulan también obligaciones y derechos de naturaleza pública, en concreto de interconexión de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, recogidos en el artículo 11.2 de la LGTel y el artículo 22.2 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración (en adelante Reglamento de Mercados), reúnen los elementos de los denominados "contratos normados", por cuanto que están dotados legislativa y reglamentariamente de un contenido imperativo, su contratación puede imponerse al operador declarado con poder significativo de mercado y están sujetos a la revisión e interpretación de un órgano administrativo como lo es esta Comisión. En este contexto, la Oferta de Interconexión de Referencia se configura como un límite a la libertad de pactos que rige en nuestro derecho privado.

Ahora bien, todos aquellos aspectos de la relación contractual no recogidos en la OIR, escapan de la facultad de control de esta Comisión, que, por lo tanto, carece de la facultad de interferir en esas relaciones sujetas a derecho privado, al que se deberá acudir para solucionarlas. En efecto, el AGI firmado en su día entre Comunitel y TESAU es, en esencia, un contrato de arrendamiento de servicios que se configura en el artículo 1544 del Código Civil como aquél en el que una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto. Establecido el carácter contractual del AGI y la excepcionalidad y la vigencia del principio de intervención mínima por parte de los poderes públicos, y en concreto de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la ejecución del contenido de las diferentes cláusulas integrantes del mismo se regirá, como regla general, por las reglas generales de los contratos privados.

Así lo reconoce la doctrina judicial, como la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional, que en su fundamento jurídico Segundo dispone<sup>3</sup>:

---

<sup>2</sup> Resoluciones de 27 de junio de 2002 (RO 2002/6073); 10 de noviembre de 2005 (RO 2005/438); 24 de Octubre de 2002 (DT 2002/6655), entre otras.

<sup>3</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª, de 27 de diciembre de 2005.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“... En este sentido, es adecuado puntualizar que solo en aquellos aspectos de dichos acuerdos que afecten a principios de transparencia jurídico pública puede intervenir el Organismo regulador, quedando fuera de su ámbito las cuestiones jurídico privadas que sean ajenas a tales principios. Por tanto, si bien a priori no se puede descartar la competencia de la Comisión para conocer de los conflictos relativos a la ejecución e interpretación de los acuerdos de interconexión y de sus anexos, el Organismo Regulador no puede extenderse en el ejercicio de esta competencia a discernir cuestiones jurídico privadas las cuales quedan incorporadas a los acuerdos de interconexión por voluntad de las partes y que sean ajenas a los intereses públicos implicados...”

Por lo tanto, la interpretación (aun cuando dicha interpretación corresponda a esta Comisión) de cualquier cláusula o estipulación incluida en el contrato que no se refiera a cuestiones reguladas por la normativa sectorial de telecomunicaciones o que haya sido incluida por esta Comisión para proteger los intereses públicos o la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones o la interoperabilidad de los servicios, debe ser realizada de conformidad con las normas de derecho común.

Sentado lo anterior, debe analizarse la OIR vigente en el momento de producirse el conflicto que nos ocupa. En este sentido, dicho texto no contiene previsión alguna para el caso de devolución de cantidad indebidamente (a juicio del recurrente) facturadas por TESAU.

Al tratarse, por tanto, de obligaciones que nacerían en el contexto de una relación de derecho privado ajena al principio de transparencia jurídico pública (que si rige en la relación entre los usuarios y los operadores que prestan el servicio), debe acudir para su solución a las reglas generales del Código Civil, y en concreto a los artículos 1895 y siguientes, que se refieren al cobro de lo indebido y sustanciarse la cuestión ante la jurisdicción civil.

### **QUINTO.- Sobre la inclusión de nuevos estados de impagos.**

En la alegación “Cuarta” de su recurso, Comunitel expone la necesidad de recibir de forma agregada por parte de TESAU la información relativa a los nuevos estados de impagos de STA, con el objeto de evitar tener que validar cada impago individualmente.

Dicha pretensión, nuevamente introducida de forma extemporánea, no fue objeto del procedimiento en el que recayó la Resolución recurrida, sino que fue tratada en el expediente MTZ 2004/1724, que tenía por objeto la modificación



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

de la OIR de TESAU, y que concluyó por Resolución de 23 de Noviembre de 2005, en la que se incluían los dos nuevos estados de cobro.

### **SEXTO.- Acerca de la petición de abrir un nuevo conflicto**

Comunitel solicita la apertura de un nuevo conflicto con el objeto de analizar su derecho al reembolso de las cantidades repercutidas por TESAU infringiendo los requisitos establecido en la OIR.

Al respecto, debe rechazarse la posibilidad de tener el escrito de Comunitel como solicitud a los efectos de iniciar un nuevo conflicto de interconexión. En primer lugar, porque ello no se desprende de ninguna manera del "Solicita" de su escrito de 19 de diciembre de 2005. En segundo lugar, porque su petición expresa en el presente recurso carece de los requisitos exigidos en el artículo 70 de la LRJAP y PAC, pues, pese al principio antiformalista que preside nuestro procedimiento, es evidente que no puede considerarse como solicitud de iniciación de un procedimiento una de las pretensiones de un recurso admitido, olvidando el cauce lógico y jurídico que impone nuestro marco procedimental.

Acerca de la posibilidad de ser esta Comisión, actuando de oficio y en virtud de lo dispuesto en el artículo 11.4 de la LGTel, la que inicie el oportuno procedimiento, baste lo ya dicho en el tercero de los fundamentos expuestos acerca de la facultad de esta Comisión de intervenir en relaciones contractuales entre operadores.

A la vista de los antecedentes y fundamentos de Derecho, esta Comisión

## **RESUELVE**

**ÚNICO.-** Desestimar el recurso interpuesto por Comunitel Global S.A. contra la Resolución de esta Comisión de 25 de mayo de 2006, por la que se resuelve el Conflicto de interconexión planteado por Telefónica de España S.A.U. contra Comunitel Global S.A. sobre devolución de las cantidades reclamadas por los abonados de Telefónica que efectúan llamadas a servicios de tarificación adicional, confirmándola en todos sus extremos.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la LRJPAC, 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, no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma puede interponerse 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.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Reinaldo Rodríguez Illera

Jaime Almenar Belenguer