



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

JAIME ALMENAR BELENGUER, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que en la Sesión nº 06/06 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 16 de febrero de 2006, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE ESTIMA EL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LA ENTIDAD TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A. CONTRA LA RESOLUCIÓN DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES DE FECHA 12 DE ENERO DE 2006, POR LA QUE SE PONE FIN AL CONFLICTO DE INTERCONEXIÓN PLANTEADO POR RETEVISIÓN MÓVIL, S.A. CONTRA TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A. EN RELACIÓN CON LOS PRECIOS DE TERMINACIÓN DE LLAMADAS EN LA RED DE AQUÉLLA.

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A. (en adelante, TME) contra la Resolución de fecha 12 de enero de 2006, por la que se resuelve el conflicto de interconexión planteado por Retevisión Móvil, S.A. (en adelante, Amena) contra TME, en relación con los precios de terminación de llamadas en la red de Amena (RO 2005/345), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 6 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 16 de febrero de 2006, recaída en el expediente AJ 2006/92.

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 7 de octubre de 2004, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución por la que se fijaban los precios transitorios de interconexión de terminación en la red de Amena.

En el resuelve del mencionado Acuerdo se decidió lo siguiente:

***“Primero.-** Fijar el precio medio máximo del servicio de interconexión de terminación de voz de Retevisión Móvil, S.A. en 0,151655 euros/minuto a partir del 31 de octubre de 2004, calculando este precio medio conforme a los ponderadores establecidos en el Anexo II.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Segundo.- Aprobar los siguientes precios nominales y franjas horarias del servicio de interconexión de terminación en la red de Retevisión Móvil, S.A. a partir de 31 de octubre de 2004:

Horario Normal (de lunes a viernes, de ocho a veintidós horas): 0,160572 euros/minuto facturándose un minuto de conversación completo para duraciones iguales o inferiores al minuto y efectuándose el cómputo por segundos para duraciones superiores.

Horario Reducido (de lunes a viernes, de veintidós a ocho horas; sábados, domingos y festivos de ámbito nacional, durante todo el día): 0,084913 euros/minuto facturándose un minuto de conversación completo para duraciones iguales o inferiores al minuto y efectuándose el cómputo por segundos para duraciones superiores.

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

Tercero.- Los precios nominales de interconexión aprobados deberán ser ofrecidos por Retevisión Móvil, S.A. a todos los operadores interconectados a partir del 31 de octubre de 2004.

En el plazo de cinco días naturales a contar desde el 31 de octubre de 2004, Retevisión Móvil, S.A. debe ofrecer a todos los operadores interconectados los precios aprobados, comunicándoles la posibilidad de no acogerse a los mismos y mantener los que tiene vigentes, mediante la correspondiente notificación a Retevisión Móvil, S.A. en el plazo de diez días naturales desde la fecha de recepción de la oferta del operador interconectado.

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

Cuarto.- Declarar la confidencialidad de los anexos I y II de la presente Resolución, excepto para Retevisión Móvil, S.A.”

SEGUNDO.- Con fecha 20 de enero de 2005, y como consecuencia de la propuesta presentada por Amena en virtud de lo dispuesto en el Resuelve Segundo de la Resolución de fecha 7 de octubre de 2004, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobó la Resolución por la que fijaban los precios de interconexión de terminación en la red de Amena, en los términos siguientes:

“Primero.- Aprobar la tabla incluida en el Anexo I (confidencial) de la presente Resolución para la comprobación del precio medio de interconexión de terminación en la red de Retevisión Móvil, S.A., según las franjas horarias y estructura tarifaria a aplicar en el resuelve segundo de la presente Resolución.

Segundo.- Aprobar los siguientes precios nominales y franjas horarias del servicio de interconexión de terminación en la red de Retevisión Móvil, S.A.:

- a) Horario Normal (de lunes a viernes, de ocho a veintidós horas y sábados de ocho a catorce horas): 0,152543 euros/minuto¹ facturándose un minuto de conversación completo para duraciones iguales o inferiores al minuto y efectuándose el cómputo en segundos para duraciones superiores.

¹ Las partes subrayadas no se corresponden con el texto original de las Resoluciones citadas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- b) *Horario Reducido (de lunes a viernes, de veintidós a ocho horas; sábados de catorce a veinticuatro horas, domingos y festivos de ámbito nacional, durante todo el día): 0,096284 euros/minuto, facturándose un minuto de conversación completo para duraciones iguales o inferiores al minuto y efectuándose el cómputo en segundos para duraciones superiores.*

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

En el plazo de cinco días naturales a contar desde la notificación de esta Resolución, Retevisión Móvil, S.A. debe ofrecer a todos los operadores interconectados los precios aprobados, comunicándoles la posibilidad de no acogerse a los mismos mediante la correspondiente notificación a Retevisión Móvil, S.A. en el plazo de diez días naturales desde la fecha de recepción de la oferta del operador interconectado.

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

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

Cuarto.- Se declara confidencial el contenido del Anexo I de la presente Resolución, excepto para Retevisión Móvil, S.A.

El incumplimiento de la presente Resolución puede ser considerado como infracción muy grave de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 letra r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones”.

TERCERO.- Mediante escrito con fecha de entrada en el Registro de la Comisión el día 7 de marzo de 2005, Amena planteaba conflicto de interconexión contra TME, solicitando, como consecuencia de la falta de aceptación por TME de los nuevos precios fijados, la aplicación a esta entidad de los precios de interconexión en la red de Amena que le eran de aplicación con anterioridad al 7 de octubre de 2004.

CUARTO.- El día 29 de septiembre de 2005, el Consejo de la Comisión aprobó la Resolución por la que se fijaban transitoriamente los precios de interconexión de terminación de Amena, en cuyo Resuelve Tercero se acordó lo siguiente:

“Tercero.- Los precios nominales de interconexión aprobados deberán ser ofrecidos por Retevisión Móvil, S.A. a todos los operadores interconectados a partir del 31 de octubre de 2005.

En el plazo de cinco días naturales a contar desde el 31 de octubre de 2005, Retevisión Móvil, S.A. debe ofrecer a todos los operadores interconectados los precios aprobados, comunicándoles la posibilidad de no acogerse a los mismos y mantener los que tiene vigentes, mediante la correspondiente notificación a Retevisión Móvil, S.A. en el plazo de diez días naturales desde la fecha de recepción de la oferta del operador interconectado.

Los nuevos precios de interconexión de terminación en la red de Retevisión Móvil, S.A. modificarán los Acuerdos Generales o Addenda vigentes entre Retevisión Móvil, S.A. y otros operadores, previa solicitud escrita de éstos a Retevisión Móvil, S.A. La modificación entrará en vigor desde la fecha de notificación de la solicitud y, en el plazo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de cinco días laborables a contar desde la notificación a Retevisión Móvil, S.A., esta entidad y el operador solicitante formalizarán por escrito el texto que corresponda con el objeto de la aceptación”.

QUINTO.- Con fecha 12 de enero de 2006 el Consejo de la Comisión dictó Resolución por la que se ponía fin al conflicto de interconexión planteado por Amena, señalando lo siguiente:

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

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

***Segundo.-** En el plazo de quince días laborables a contar desde que finalice el plazo establecido en el punto primero de la parte dispositiva de esta Resolución, Retevisión Móvil, S.A. y Telefónica Móviles España, S.A. deben regularizar los pagos efectuados en interconexión entre ambos operadores para tráficos cursados a partir del 4 de febrero de 2005, de conformidad con lo establecido en esta Resolución”.*

SEXTO.- Con fecha 25 de enero de 2006, se recibió en esta Comisión escrito presentado por Doña Maria Luisa Rodríguez López, en nombre y representación de TME, en virtud del cuál interpuso recurso potestativo de reposición contra la Resolución de fecha 12 de enero de 2006 antes mencionada, con base en las siguientes alegaciones:

1ª.- Aplicación aceptada por TME y Amena de los precios fijados en las Resolución de 20 de enero de 2005 desde el primer día de su vigencia (4 de febrero de 2005).

Se alega que, con independencia de la disconformidad con los términos de la Resolución de 20 de enero de 2005, puesta de manifiesto por TME mediante el correspondiente recurso de reposición interpuesto en su día contra aquélla (que fue resuelto por esta Comisión el 26 de mayo de 2005), TME ha dado en todo momento cumplimiento a lo dispuesto en aquella Resolución, aplicando los precios en ella previstos desde el día 4 de febrero de 2005 hasta el día 7 de noviembre de 2005, fecha en la que comenzarían a tener aplicación los precios de interconexión fijados en la posterior Resolución de 29 de septiembre de 2005. De ahí que el recurso de reposición interpuesto no hubiera ido acompañado de una solicitud de suspensión del acto impugnado.

Razona la recurrente para justificar la circunstancia anterior que las Actas de Consolidación firmadas por las partes desde el mes de febrero de 2005² se formalizaron por ambas operadoras aplicando los precios de la Resolución de 20 de enero de 2005 en plena conformidad, sin haberse hecho constar en las mismas discrepancia alguna que hubiera determinado la aplicación de los precios más bajos entre los controvertidos (los fijados en la Resolución de 7 de octubre de 2004), tal y como debería haber tenido lugar en tal caso de acuerdo con el procedimiento previsto en el Acuerdo General de Interconexión (en

² Se adjuntan copias de las actas de consolidación, junto con sus facturas, desde el mes de febrero del año 2005 hasta el mes de octubre de 2005, inclusive.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

adelante, AGI) suscrito por las partes para el supuesto de discrepancias en las cantidades facturadas³. En este sentido, TME advierte del carácter habitual de dicho procedimiento en los conflictos entre los operadores, aportando como ejemplo copia del Acta de consolidación correspondiente al mes de noviembre del año 2004, en la que se deja constancia de las diferencias con motivo de la aplicación de los precios de la Resolución de 7 de octubre de 2004.

Además, añade TME que, tras la presentación del conflicto de interconexión, Amena remitió a la operadora un fichero electrónico⁴ que contenía los registros sobre los tráficos del mes de febrero y los precios aplicables a los mismos, realizándose la liquidación propuesta por Amena en atención a los precios fijados en la Resolución de 20 de enero de 2005.

Por último, señala la recurrente que de la correspondencia intercambiada⁵ entre las operadoras se desprende no sólo su falta de negativa expresa a la aplicación de los precios fijados en aquella Resolución, sino también su rechazo expreso a la aplicación de los precios anteriores a la Resolución de 7 de octubre de 2004.

2ª.- Perjuicio patrimonial, distorsión competitiva del mercado e incompatibilidad con el marco de obligaciones vigente, ocasionados con la ejecución de la Resolución de 12 de enero de 2006 en sus actuales términos.

Sostiene TME que la aplicación retroactiva de los precios anteriores al 7 de octubre de 2004 para el período comprendido entre el 4 de febrero y el 6 de noviembre de 2005 (un 18,34% más elevados que los precios contemplados en la Resolución de 20 de enero de 2005) conlleva para TME un importante perjuicio económico, cuantificado en 42,9 millones de euros (se multiplicaría por 2,2 el saldo neto de interconexión a favor de Amena, pasando de un saldo favorable de 36,7 a 79,6 millones de euros), que aumentaría en el caso de entenderse que los precios anteriores al 7 de octubre, habrían de resultar de aplicación hasta el momento actual, aspecto que no resultó aclarado en la Resolución de 12 de enero de 2006.

El elevado importe a ingresar conllevaría, además, según la recurrente, un aumento, con la consiguiente distorsión competitiva, del diferencial existente entre los precios de terminación de TME y Amena. Si en el período considerado (4 de febrero de 2005 a 6 de noviembre de 2005) el precio de terminación de TME era de 12,8292 eurocents/min, y el de Amena de 17,9473 eurocents/min (un 39,89% superiores), la aplicación de los precios anteriores al 7 de octubre de 2004 hasta el momento actual (en sustitución de los precios fijados en la Resolución de 29 de septiembre de 2005, que reducían los precios de terminación de TME en un 10,57%) daría lugar a una diferencia mayor, que situaría a los precios de Amena en un 56,27% por encima de los de TME.

3 Se adjunta copia de la página 6 del AGI que contiene la cláusula relativa a las discrepancias en las cantidades a facturar.

4 Se acompaña un extracto del fichero correspondiente a los días 3 y 4 de febrero, así como un informe de TME interpretando la información contenida en el mismo.

5 Se aportan copias de los correos electrónicos intercambiados entre Amena y TME en julio de 2005 y la carta remitida por TME el día 10 de marzo de 2005.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A entender de la recurrente, la aplicación de los precios anteriores al 7 de octubre de 2004 determina también que el ingreso medio real de Amena se encuentra claramente por encima del precio máximo fijado en la Resolución de 7 de octubre de 2004 de 15,1655 eurocents/min, lo que en realidad supondría dejar sin efecto la obligación de orientación a costes de Amena por la vía de un conflicto de interconexión y, por tanto, al margen del procedimiento establecido por la normativa comunitaria para la modificación o supresión de dichas obligaciones.

3ª.- Vulneración de los principios de proporcionalidad y de mínima intervención.

El alto perjuicio económico para TME que se deriva de la Resolución impugnada, la no obtención de beneficio alguno por la operadora como consecuencia de su comportamiento, la falta de perjuicio ocasionado a Amena (al haberse realizado los pagos con arreglo a los precios fijados en la Resolución de 20 de enero de 2005), la diferencia entre los hechos constatados por Amena en sus escritos y los realmente acontecidos, la falta de conocimiento de los trámites previos a la Resolución recurrida y la falta de interés público protegido, frente a la relevancia del interés privado de Amena en la obtención de un beneficio extraordinario carente de justificación legal, reflejan la falta de proporcionalidad y de intervención mínima que rigen la actuación de la Comisión.

4ª.- Consentimiento contractual de las partes derivado de hechos concluyentes realizados por ambas.

A juicio de TME, los hechos llevados a cabo durante la tramitación del procedimiento ponen de relevancia el consentimiento de ambas operadoras en la aplicación de los precios fijados en la Resolución de 20 de enero de 2005.

Como hechos concluyentes de la voluntad inequívoca de TME de aceptar los referidos precios, la recurrente alude a:

- La inexistencia de un rechazo expreso de TME a la aplicación de los precios de la Resolución de 20 de enero de 2005.
- La falta de petición de suspensión de la ejecución de la Resolución de 12 de enero de 2006, así como la falta de impugnación en la vía contencioso-administrativa de la Resolución de la Comisión de 29 de mayo de 2005, que desestimaba el recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución de 20 de enero de 2005.
- Las reiteradas consolidaciones realizadas por Amena y TME sin plantear disputa alguna.
- La total aceptación y pago por TME de los precios ofrecidos por Amena, lo que TME ya comunicó a la Comisión en las alegaciones a la propuesta de los Servicios de fecha 7 de julio de 2005, en las que se solicitaba se tuviese por concluido el conflicto de interconexión.

En cuanto a la declaración negocial formulada por las dos partes, y determinante de la vinculación de ambas partes a los precios de la Resolución



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de 20 de enero de 2005, señala TME que aquélla ha sido puesta de manifiesto a través de los siguientes actos concluyentes:

- Actas de Consolidación firmadas por las partes y facturas de pago (desde el mes de febrero de 2005), así como correos electrónicos intercambiados en el mes de julio de 2005.
- La consideración de las Actas de Consolidación como actos de ejecución del AGI firmado por las partes.
- Inexistencia en las Actas de constancia alguna de discrepancia sobre los precios, requisito éste (puesta de manifiesto de discrepancia en el Acta de Consolidación) exigida en la Cláusula 6 del AGI vigente entre las partes.

5ª.- Aplicación al contrato existente entre Amena y TME de las reglas de interpretación de los contratos contempladas en el Código Civil (en adelante, CC).

Sostiene la recurrente que para interpretar la voluntad negocial de TME debe partirse de la regla contenida en el artículo 1281 CC, con arreglo al cual, cuando las palabras parezcan contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta voluntad sobre las expresiones emitidas por las partes. Para juzgar dicha intención entiende TME que debería ser de aplicación subsidiaria el artículo 1282 CC, según el cual deben tenerse en cuenta principalmente los actos de los contratantes, coetáneos y posteriores al contrato.

En dicho sentido, afirma TME que, si bien en el presente caso algunas de las manifestaciones realizadas por las partes pudieran haber dado a entender diferencias en cuanto al precio de terminación que TME debía satisfacer a Amena, debe atenderse a los actos de ambas partes en el período considerado que evidencian el mutuo acuerdo en la aplicación de los precios de terminación.

6ª.- Falta de proporcionalidad de la Resolución impugnada y contravención de los derechos de contradicción y defensa en el procedimiento administrativo.

En opinión de TME, la medida adoptada por la Resolución de 12 de enero de 2006 no cumple debidamente con el principio de proporcionalidad que debe regir la actuación de las Administraciones Públicas, y que exige garantizar la correspondencia entre el supuesto de hecho que motiva una concreta intervención, los medios a emplear y los fines a alcanzar con ella. Invoca en defensa de esta alegación la recurrente el reconocimiento por la jurisprudencia constitucional de dicho principio, así como su concreta previsión en la normativa comunitaria sectorial.

De otra parte, alega TME que la Comisión admitió durante la tramitación del procedimiento de conflicto alegaciones formuladas por Amena una vez finalizado el trámite de audiencia, lo que dio lugar a la apertura de un “segundo trámite” en el que Amena pudo responder en varias ocasiones al escrito remitido por TME dentro del plazo concedido.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A entender de la recurrente, estas alegaciones dieron lugar a la resolución del conflicto en términos distintos a los reflejados en el Informe de los Servicios de la Comisión, único documento sobre el cual TME pudo pronunciarse, con la consiguiente limitación que ello conllevó para el ejercicio de los derechos de contradicción y defensa en el procedimiento administrativo.

En virtud de los motivos expuestos anteriormente, TME solicita que se tenga por presentado recurso de reposición contra la Resolución de fecha 12 de enero de 2006, revisando el contenido de ésta y declarando la aplicabilidad a dicha operadora, para el período comprendido entre el 4 de febrero de 2005 y el 6 de noviembre de 2005, inclusive, de los precios de interconexión en la red de Amena aprobados en la Resolución de 20 de enero de 2005.

Asimismo, TME solicita por medio de otrosí digo la suspensión cautelar de la Resolución impugnada de conformidad con lo previsto en el artículo 111 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), dados los perjuicios de imposible o difícil reparación que, a su juicio, se ocasionarían como consecuencia de la ejecución inmediata de la Resolución impugnada.

SÉPTIMO.- En respuesta al oficio remitido por la Comisión el día 25 de enero de 2006, el día 1 de febrero de 2006 tiene entrada en el Registro de la Comisión, escrito presentado por Don José Joaquín Mollinedo Chocano, en nombre y representación de Amena, en virtud del cual formula las siguientes alegaciones al recurso presentado por TME:

1ª.- Falta de aceptación por TME de los precios de la Resolución de 20 de enero de 2005.

Recuerda Amena que la Resolución de 20 de enero de 2005, que obligaba a la operadora a ofrecer al resto de operadores interconectados en un plazo de cinco días los precios fijados en la misma, señalaba también la aplicación de los precios vigentes con anterioridad al 7 de octubre de 2004 a aquellos operadores que no aceptaran los nuevos precios, supuesto éste que aconteció con TME, puesto que, tras la carta remitida por Amena ofreciendo los precios de la última Resolución, la operadora interconectada respondió en carta de 4 de febrero de 2005 su no aceptación de los mismos, negativa que reiteró en otra carta posterior de 23 de marzo de 2005.

Según la operadora, frente a hechos susceptibles de interpretación tales como las Actas de Consolidación presentadas por TME como manifestación de una presunta voluntad de aceptar (la primera de 1 de abril de 2005), que tienen valor de liquidaciones provisionales, se han producido pronunciamientos expresos de TME en los que ésta no aceptaba los precios de la Resolución de 20 de enero de 2005. De ahí que no deba discutirse la interpretación de un contrato, como pretende TME, sino el cumplimiento o no de los términos de la Resolución de 20 de enero de 2005, analizándose todos los hechos acontecidos desde esa fecha.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2ª.- Falta de aceptación tácita por Amena de los precios de la Resolución de 20 de enero de 2005.

Reitera Amena las alegaciones formuladas en su escrito de fecha 8 de septiembre de 2005, a través de las cuales manifestó que el hecho de haberse producido una liquidación provisional del tráfico en interconexión cursado desde febrero de 2005, no implicaba que existiese acuerdo entre las partes en cuanto a los precios de terminación a aplicar, debiendo primar las afirmaciones realizadas expresamente por ella sobre la aplicación a TME de los precios anteriores al 7 de octubre de 2004.

Frente al argumento de TME relativo a que los pagos realizados con base a los precios fijados en la Resolución de 20 de enero de 2005 evidenciaban la inexistencia de conflicto, pues de lo contrario la liquidación se hubiera practicado en discrepancia aplicando los precios más bajos entre los controvertidos, señala Amena que precisamente las únicas alternativas posibles de acuerdo con lo dispuesto en aquella Resolución era la de aplicar los precios anteriores al 7 de octubre de 2004 o los del 20 de enero de 2005, siendo estos últimos los más bajos entre las dos opciones posibles. En todo caso, el precio medio máximo resultante de la aplicación de las tarifas de 20 de enero de 2005 sería igual al precio medio máximo fijado en la Resolución de 7 de octubre de 2004, por lo que no cabría considerar que un precio sería menor o mayor que otro a efectos de la resolución del conflicto.

Sobre los correos electrónicos intercambiados por los responsables de consolidación de TME y Amena, se aclara que la función de una mesa de consolidación es la de consolidar tráficos, analizando las discrepancias que en relación con ello pudieran surgir hasta alcanzar un acuerdo para la facturación del periodo siguiente, pero no la de determinar los precios aplicables, ya que dichos precios vienen dados a los técnicos, bien porque existe acuerdo, bien porque habiendo conflicto se realiza una liquidación provisional al precio más bajo (en este caso, 20 de enero de 2005). Ello explica que aquellas comunicaciones aludieran a regularizaciones por tráfico, haciéndose referencia, por tanto, a la consolidación con el dato de Amena, sin que fuera necesario regularización alguna, excepto *“si se registrara alguna recuperación de tráfico”*.

3ª.- Inexistencia de distorsiones competitivas y de incompatibilidad con el marco de las obligaciones existentes.

En contra de lo alegado por TME sobre las distorsiones competitivas que conlleva para el mercado la Resolución de 12 de enero de 2006, sostiene Amena que esta Resolución no establece los precios de terminación de la operadora, sino que se limitó a aplicar lo establecido en la Resolución de 20 de enero de 2005, determinando, de acuerdo con ella, que durante un período muy concreto debían resultar de aplicación los precios anteriores al 7 de octubre de 2004, dado el rechazo de TME a la aplicación de los nuevos precios.

Este mismo argumento se reitera frente a las afirmaciones de TME sobre la incompatibilidad de los términos de la Resolución impugnada con la obligación



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de Amena de orientar sus precios a costes, señalándose que confunde la recurrente el precio que Amena está obligada a ofrecer como operador dominante en virtud de los precios fijados en las Resoluciones de la Comisión (no modificados por la Resolución de 12 de enero de 2006), con el que resulta de aplicación durante el período del 4 de febrero al 6 de noviembre de 2005. La fijación de precios en la Resolución de 20 de enero de 2005 suponía una modificación de los precios nominales y de las bandas horarias, pero no alteraba el precio medio máximo de terminación resultante de la Resolución de 7 de octubre de 2004, en el caso de Amena, y de 18 de diciembre de 2003, en el de TME.

4º.- Respeto por la Resolución impugnada de los principios de proporcionalidad, mínima intervención, así como contradicción y defensa.

En la medida en que la Comisión no adopta en la Resolución de 12 de enero de 2006 medida alguna, limitándose a determinar si TME aceptó o no los precios de la Resolución de 20 de enero, no puede entenderse que fuera desproporcionada, siendo el precio a pagar por TME consecuencia de la falta de aceptación de los precios de aquélla y del tráfico habido durante el período considerado. Ante esta falta de aceptación, la Comisión únicamente podía dar aplicación a lo dispuesto en la Resolución de 20 de enero, sin dejar de dar efectividad a la misma en razón del importe a pagar por TME.

La vulneración del principio de intervención mínima por parte de la Comisión se hubiera producido si la Comisión no respetara el acuerdo formulado por las partes no existiendo razones que le permitieran adoptar una decisión diferente de acuerdo con su función de salvaguarda de la competencia, lo que en el presente caso no tiene lugar dada la falta de acuerdo entre las partes.

Sobre la vulneración de los derechos de contradicción y defensa, señala Amena que la separación por la Resolución impugnada de lo dispuesto en el Informe de los Servicios es ajustada a Derecho, añadiendo respecto de los escritos y documentos aportados no remitidos a TME que el primero de ellos (el de 12 de agosto de 2005) tenía únicamente por objeto manifestar la existencia de un silencio positivo que la Comisión no aceptó, y el segundo (9 de septiembre de 2005) se limitaba a contestar a una cuestión nueva suscitada por TME que, por tanto, esta última no hubiera respondido más que reiterando su postura inicial. No se contenía, pues, en ninguno de ellos, ningún elemento novedoso que hubiera sido relevante para determinar el sentido de la Resolución impugnada.

OCTAVO.- Con fecha 2 de febrero de 2006, tiene entrada en el Registro de la Comisión escrito de Don José Joaquín Mollinedo Chocano, junto al cual remite la comunicación dirigida con fecha 27 de enero de 2006 a TME, con el objeto de dar cumplimiento a lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado primero del Resuelve recaído en la Resolución de 12 de enero de 2006.

Junto a dicha comunicación se acompaña la propuesta de modificación del AGI vigente entre las partes, concretamente del Anexo 3 relativo a los servicios de interconexión pactados y los precios aplicables, y consistente en aplicar desde



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

el día 4 de febrero de 2005 los precios anteriores a la Resolución de 7 de octubre de 2004, esto es, 0,190026 euros/minuto en horario normal (de lunes a viernes, de ocho a veintidós horas, y 0,100489 en horario reducido (de lunes a viernes, de veintidós a ocho horas; sábados, domingos y festivos de ámbito nacional durante todo el día).

NOVENO.- Mediante escrito de fecha 31 de enero de 2006, con entrada en el Registro de la Comisión el día 6 de febrero de 2006, presentado por Doña María Luisa Rodríguez López, en nombre y representación de TME, se acusa recibo de la propuesta de modificación de AGI presentada por Amena y se pone en conocimiento de la Comisión la disconformidad con ella en la medida en que entraña la aplicación a la terminación de llamadas en la red de Amena de los precios vigentes con anterioridad al 7 de octubre de 2004 desde el 4 de febrero de 2005 hasta una futura revisión de los precios de terminación de Amena, sin considerar la aplicación desde el día 7 de noviembre de 2005 de los precios fijados en la Resolución de 29 de septiembre de 2005.

DÉCIMO.- El día 13 de febrero de 2006 tiene entrada en el Registro de la Comisión escrito presentado por Don José Joaquín Mollinedo Chocano, en nombre y representación de Amena, junto al cual adjunta copia de varias Actas de Consolidación entre TME y dicha compañía, acreditando cómo ambas operadoras han procedido en otras ocasiones a la retarificación de un tráfico previamente acordado a un precio determinado con arreglo a un nuevo precio revisado.

Se aportan las siguientes Actas de Consolidación:

- Acta de Consolidación de 29 de mayo de 2000.
- Acta de regularización de tráfico de 8 de junio de 2000.
- Acta de Consolidación de tráfico de 8 de junio de 2000.
- Acta de Consolidación de tráfico de 21 de septiembre de 2001.
- Acta de Consolidación de 1 de abril de 2002.
- Acta de regularización de 11 de julio de 2003.
- Acta de Consolidación de 27 de febrero de 2004.
- Acta de Consolidación de 20 de julio de 2004.
- Acta de regularización de 18 de noviembre de 2005.

UNDÉCIMO.- El día 14 de febrero de 2006 tiene entrada en el Registro de la Comisión escrito presentado por Doña Maria Luisa Rodríguez, en nombre y representación de TME, expresando que en las Actas aportadas por Amena siempre se recogen expresamente las diferencias de criterio de las partes sobre algún punto como discrepancia, y que una vez resuelta la discrepancia, bien por acuerdo de las partes, bien como consecuencia de una Resolución de la Comisión, ambas partes proceden a regularizar los tráficos.

Por el contrario, en las Actas firmadas desde febrero de 2005, no se expresó nunca discrepancia alguna, siendo a tal efecto aclaratorios los correos electrónicos intercambiados por TME y Amena, en los que esta última afirmaba que *“efectivamente los datos están bien aplicados al tomarse el dato de*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Amena, por lo que, en principio, a no se ser que se registrara alguna recuperación de tráfico, no será necesario regularizar”.

DUODÉCIMO.- El mismo día 14 de febrero de 2006 se recibe escrito de Amena, remitiendo documentación que acredita, a su entender, diferentes supuestos de regularización y retarificación de un tráfico previamente revisado, sin que en las Actas precedentes se dejara constancia por ninguna de las partes de discrepancia o desavenencia alguna.

Concretamente, se aportan las siguientes Actas firmadas por Amena y TME:

- Acta de regularización de fecha 8 de junio de 2000.
- Acta de Consolidación de 23 de agosto de 1999.
- Acta de Consolidación de 23 de septiembre de 1999.
- Acta de Consolidación de 25 de octubre de 1999.
- Acta de Consolidación de 22 de noviembre de 1999.
- Acta de Consolidación de 17 de diciembre de 1999.
- Acta de Consolidación de 14 de enero de 2000.

DÉCIMOTERCERO.- Mediante escrito de fecha 14 de febrero de 2006, TME presenta las alegaciones a las Actas aportadas por Amena, entre las que cabe destacar las siguientes:

1º.- Las Actas presentadas por Amena ponen de manifiesto que cuando ha habido discrepancias entre las partes, éstas se han constatado expresamente.

2º.- Aunque Amena afirma la existencia de Actas en las que sin haberse dejado constancia de discrepancia alguna, luego han sido objeto de regularización de precios, realmente sólo ha aportado las Actas de regularización, sin acompañar las previas en las que no se recogían las discrepancias.

3º.- Las regularizaciones llevadas a cabo en las Actas aportadas por Amena han sido resultado de circunstancias absolutamente diferentes al conflicto actual con Amena.

4º.- Sobre el Acta de regularización de tráfico de fecha 8 de junio de 2000 aportada por Amena, se señala que el motivo de la regularización llevada a cabo era la firma el 16 de mayo de 2000 de un Addenda al AGI vigente, en la que se acordaron de mutuo acuerdo unas nuevas condiciones económicas para los servicios de interconexión de ambas operadoras. De ahí que en las Actas de Consolidación de los meses de julio a diciembre de 1999 aportadas no se refleje ninguna discrepancia en los precios, ya que estas Actas tenían carácter definitivo. Sin perjuicio de ello, mediante un acuerdo posterior las partes decidieron la aplicación retroactiva a una fecha anterior.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

I.- Fundamentos jurídicos procedimentales.

PRIMERO.- Calificación del escrito.

El artículo 107.1 de la LRJPAC 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 LRJPAC 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, las Resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, calificar el escrito presentado por TME como recurso potestativo de reposición que se interpone contra la Resolución de esta Comisión de fecha 12 de enero de 2006, por la que se resuelve el conflicto de interconexión planteado Amena contra TME, en relación con los precios de terminación de llamadas en la red de Amena.

SEGUNDO.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 107 de la LRJPAC 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 cuanto que ya lo era en el procedimiento de conflicto que dio como resultado la Resolución objeto de impugnación. En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a la recurrente para la interposición del recurso potestativo de reposición.

TERCERA.- Competencia y plazo para resolver.

La competencia para resolver el presente recurso corresponde, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado. El presente recurso deberá ser resuelto y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a la interposición, según lo establecido en el artículo 117.2 de la misma Ley.

CUARTA.- Admisión a trámite.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJPAC, los recursos de reposición que interpongan los interesados habrán de fundarse en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de esta Ley.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El escrito presentado por TME, además de cumplir los requisitos del artículo 107.1, cumple igualmente con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y ha sido presentado en el plazo previsto en el artículo 117.1 de la misma Ley, por lo que debe admitirse a trámite.

II.- Fundamentos jurídicos materiales.

Primero.- Sobre la aceptación por TME de los precios fijados en la Resolución de 20 de enero de 2005.

El principal motivo de impugnación del recurso presentado por TME contra la Resolución de 12 de enero de 2006 que resolvía el conflicto con Amena como consecuencia de la negativa de TME a aplicar los precios de interconexión de terminación fijados en la Resolución de 20 de enero de 2005, se fundamenta en la prevalencia de la declaración de voluntad en orden a la aceptación de los precios de 20 de enero de 2005 por parte de TME, puesta de manifiesto en los diferentes actos posteriores llevados a cabo por ella, (así, afirma que desde el primer momento ha querido abonar los precios de 20 de enero, como se aprecia en las Actas de consolidación). Según TME, tales actos constituyen hechos concluyentes de la aceptación por su parte de los precios fijados en la Resolución de 20 de enero de 2005, con independencia de la disconformidad que en su día la operadora mostró en diferentes escritos dirigidos a Amena y en el recurso de reposición interpuesto contra aquella Resolución.

Antes de entrar a analizar la documentación presentada por la recurrente, resulta preciso hacer una serie de consideraciones sobre la Resolución de 12 de enero de 2006 ahora impugnada y sobre aquéllas de las que traía causa, las Resoluciones de 7 de octubre de 2004 y de 20 de enero de 2005 que fijaron transitoriamente los precios de interconexión de terminación en la red de Amena.

Como es sabido, si bien las relaciones de interconexión entre los operadores presentan un carácter marcadamente privado, viniendo su régimen determinado por la autonomía de la voluntad de los contratantes plasmada en el AGI, aquéllas también disponen de una vertiente pública que legitima la intervención de la Comisión en los conflictos de interconexión que tienen lugar entre operadores.

En este sentido, la Comisión ha reiterado en numerosas ocasiones⁶, que el único límite legal a la libertad de pactos recogida en el Derecho común consiste en la posibilidad de intervención de este Organismo en la formación de la voluntad contractual de las partes en los supuestos de conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso, así como cuando esté justificado y tenga por objeto fomentar y garantizar la interconexión y la interoperabilidad de los servicios. Esta facultad se reconoce expresamente en los artículos 11.4 y 14 de la LGTel.

⁶ Entre otras, en Resoluciones de 26 de septiembre de 2003 (MTZ 2003/309), 23 de octubre de 2003 (RO 2003/736), 12 de junio de 2003 (RO 2003/790), 23 de octubre de 2003 (RO 2003/841), 23 de octubre de 2003 (RO 2003/844), 9 de septiembre de 2004 (RO 2004/54), 10 de junio de 2004 (RO 2004/425) y 30 de diciembre de 2004 (RO 2004/1617).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ello explica que los AGIs que regulan la relación contractual entre TME y Amena tengan, por un lado, el carácter de contratos normados y forzosos y, por otro, el de contrato privado en el que rige la autonomía de la voluntad de los contratantes.

Por lo que se refiere a los precios de interconexión, y en razón de la obligación de los operadores declarados dominantes⁷ de orientar sus precios a costes, se han venido fijando sucesivamente⁸ por la Comisión los precios de interconexión de terminación que aquéllos resultaban obligados a ofrecer a los operadores interconectados en un plazo determinado, respetando, en todo caso, la voluntad de las partes de incorporar los nuevos precios a sus AGIs correspondientes.

Y es, precisamente, este punto el que requiere de un análisis más detenido de las reglas que deben integrar la interpretación, en el marco del presente recurso, de la voluntad concurrente de las partes y el impacto que en su formación deba darse al procedimiento recogido por esta Comisión en las Resoluciones de aplicación.

Debe partirse, para ello, de la obligación impuesta a Amena, como operador dominante en el mercado de la interconexión, de orientar a costes los precios de terminación en su red, obligación ésta que legitima la intervención de la Comisión en su fijación anual. Es evidente que, siendo la orientación a costes obligación para la operadora declarada dominante es, a la vez, derecho exigible por los operadores interconectados con ella pero disponible para éstos en atención a la naturaleza jurídico-privada de las relaciones de interconexión.

Y es en este marco en el que se encuadran las Resoluciones que esta Comisión ha venido dictando, año tras año, en todos sus términos y, especialmente, como no podía ser de otro modo, en cuanto a los procedimientos que las mismas han venido estableciendo para facilitar la cohesión del libre juego de la voluntad de las partes concernidas y los elementos normados que en este caso la condicionan, de manera que dichos procedimientos no pueden, en modo alguno, conducir nunca a la eliminación, para el operador cuyos precios regula la Comisión, de su obligación de ofrecerlos y aplicarlos y, para los interconectados con él, de su derecho a exigirlos, salvo manifestación indubitada de contrario.

En este sentido, la Resolución de 13 de octubre citada por TME en su recurso es bien expresiva, al señalar que:

“La Resolución de la CMT tiene dos aspectos diferenciados. Uno de ellos, esencial en el ejercicio de las potestades atribuidas a este organismo, consistente en modificar los precios de interconexión de terminación de Retevisión Móvil. Y otro aspecto, accesorio al anterior, consistente en establecer un procedimiento que evite disputas sobre la

⁷ Mediante Resolución de 11 de septiembre de 2003 se declaró a Amena operador dominante en el mercado nacional de servicios de interconexión.

⁸ Los precios de Amena han sido fijados en las Resoluciones de 18 de diciembre de 2003, 7 de octubre de 2004, 20 de enero de 2005 y 29 de septiembre de 2005.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

forma de llevar a cabo la modificación siendo respetuosa con el principio de libertad de pactos entre los operadores.

Esta consideración lleva a concluir que, siempre que se respete el contenido esencial de la resolución, las partes firmantes de un Acuerdo de Interconexión pueden llegar a los acuerdos que estimen convenientes sobre la manera en que se llevaría a efecto la modificación de los precios. Por mencionar un ejemplo de aplicación práctica, las partes podrían libremente acordar que las fechas de aplicación de la modificación pudieran ser otras diferentes de las previstas en la Resolución, acortándolas o extendiéndolas”.

Y esta armonización del contenido contractual y normado de las relaciones de interconexión, en materia de precios, ha quedado bien reflejada en las Resoluciones de esta Comisión aquí relevantes.

Partiremos, para el caso que nos ocupa, de la Resolución de 7 de octubre de 2004 cuyo tenor coincide con las anteriores y posteriores; como se recoge en el Antecedente de hecho Primero de la presente Resolución, después de haber establecido en los Resúmenes primero y segundo, los precios aplicables a partir de su aprobación, recoge en el tercero el procedimiento ya consolidado en Resoluciones anteriores, estableciendo, literalmente, que “Retevisión Móvil deberá ofrecer a todos los operadores interconectados los precios aprobados, comunicándoles la posibilidad de no acogerse a los mismos y mantener los que tienen vigentes mediante la correspondiente notificación a Retevisión Móvil SA” y, “en todo caso, esta Entidad y el operador solicitante formalizarán por escrito el texto que corresponda con el objeto de la aceptación.”

De esta manera, y atendiendo a la doble naturaleza de las relaciones de interconexión, la orientación a costes se impone como obligación incondicionada para Amena, pero no se impone necesariamente a los operadores beneficiarios de ella, pudiendo las partes alcanzar, en este caso, acuerdos de contenido diferente; ahora bien, la importancia de la obligación de orientación a costes implica que toda declaración de voluntad en contrario para la vigencia de precios más altos debe resultar indubitada, de ahí que las Resoluciones de la Comisión, reiteradamente, exijan que el operador que opta por ellos lo haga explícitamente en notificación remitida a Retevisión Móvil (Resuelve Tercero de la Resolución de 7 de octubre) y que, en todo caso, la formalización lo sea “por el objeto de la aceptación.”

De acuerdo con ello, en la Resolución de 20 de enero de 2005 se estableció que los precios aprobados en ella para los servicios de interconexión de terminación de Amena venían a sustituir a los anteriores fijados en la Resolución de 7 de octubre de 2004, resultando obligada Amena a ofrecerlos en el plazo de cinco días naturales a contar desde la notificación de la Resolución comunicando la posibilidad de no acogerse a los mismos mediante la correspondiente notificación a Amena en el plazo de diez días naturales desde la recepción de la oferta. En el caso de que algún operador interconectado no aceptara los nuevos precios le serían de aplicación los que tuviera vigentes con anterioridad al 7 de octubre de 2004, debiendo entenderse dicha no aceptación manifestada en los términos de la propia Resolución ya



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

descritos, *“la posibilidad de no acogerse a los mismos y mantener los que tienen vigentes mediante la correspondiente notificación a Retevisión Móvil SA”.*

Por tanto, los precios fijados en la Resolución de 20 de enero de 2005 eran obligatorios para Amena, quien debía forzosamente ofrecerlos en el plazo de cinco días fijado en la resolución a los demás operadores, pudiendo dichos operadores interconectados aceptar o no el cambio de precios operado, dentro del plazo de diez días establecido también en la Resolución.

Es decir, que la Comisión “forzaba” a Amena a ofertar el cambio de los precios a los demás operadores, invitando a éstos a aceptarlos o rechazarlos dentro de un plazo de diez días, entendiendo que el rechazo de los nuevos precios novaba el precio de la terminación en la red de Amena, al corresponder la aplicación de los precios anteriores más altos. Todo ello, claro está, con pleno respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, y a los acuerdos que sobre el mismo objeto pudieran concertar.

Es, por tanto, necesario analizar si, tal y como estimó la Resolución recurrida, TME había rechazado la aplicación de los precios de 20 de enero y, consiguientemente, había optado por la aplicación de los anteriores a 7 de octubre.

Pues bien, tras aprobarse dicha Resolución, Amena ofreció a TME, en carta de 25 de enero de 2005, los nuevos precios nominales fijados en la misma, recibiendo en carta de 4 de febrero de 2005 contestación de TME manifestando lo siguiente:

“TME considera que la Resolución de la CMT de 20 de enero de 2005 adolece de defectos de legalidad, fundamentalmente en el desconocimiento de los efectos vinculantes entre las partes de los precios y bandas horarias aprobados por la anterior resolución de fecha 7 de octubre de 2004, una vez que sobre los mismos se presta el consentimiento por ambas partes, sin condición alguna para su aplicación y, que como tales se encuentran en la actualidad plenamente vigentes en la relación de interconexión entre Amena y TME. Entendemos totalmente desajustado a derecho la pretendida reactivación de los nominales y bandas horarias establecidos con anterioridad a la resolución de 7 de octubre de 2004, como única alternativa a los aprobados por la resolución de 20 de enero de 2005.”

Asimismo, expresaba su voluntad de *“conservar sin modificación los términos vigentes en la actualidad en la relación de interconexión entre ambas partes que son los precios nominales y franjas horarias resultantes de la Resolución de 7 de octubre de 2004”.*

Tal y como se consideró en la Resolución impugnada, la carta remitida a TME el 25 de enero por Amena venía a contener la oferta contractual de esta operadora de aplicación de los precios de 20 de enero de 2005.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A dicha oferta TME responde manifestando, indubitadamente, su voluntad de excluir el mantenimiento de los vigentes antes del 7 de octubre, solicitando el mantenimiento de los de 7 de octubre y guardando silencio respecto de los de 20 de enero.

A la vista de ello, no puede sino concluirse que TME no aceptó los nuevos precios dentro del plazo establecido; aun cuando no manifestó un expreso rechazo a los precios de 20 de enero de 2005, la opción por los precios de la resolución de 7 de octubre de 2004 y la crítica a la legalidad de los precios de 20 de enero de 2005 suponía per se la no aceptación de los precios de 20 de enero de 2005.

TME mantuvo su postura en la aplicación de los precios fijados en la Resolución de 7 de octubre de 2004, al margen del procedimiento establecido clara e indubitadamente por esta Comisión.

Además del escrito de fecha 25 de enero de 2005, el día 17 de febrero de 2005 Amena dirigió nuevamente a TME escrito en el que exponía su voluntad de proceder a cumplir con los términos de la Resolución de 20 de enero de 2005, aplicando los precios anteriores al 7 de octubre de 2004, sin recibir en este momento contestación alguna de TME.

En el presente caso, la falta de respuesta de TME llevó a Amena a solicitar la intervención de la Comisión, planteando un conflicto de interconexión que tenía por objeto determinar el precio que había de resultar de aplicación a los servicios de interconexión de terminación en la red de Amena, cuestión que necesariamente pasaba por constatar la existencia de un desacuerdo entre ambas operadoras, dado el carácter voluntario que presentaba, para TME, la aplicación de los precios aprobados en la Resolución de 20 de enero de 2005.

A este respecto, la controversia suscitada entre las partes tras la aprobación de la Resolución de 20 de enero de 2005 se hizo notar no sólo en las cartas a las que se ha hecho referencia, sino en las posteriores manifestaciones realizadas por TME y Amena en el marco del procedimiento de conflicto.

En carta dirigida a Amena el día 10 de marzo de 2005, TME señalaba lo siguiente:

“En respuesta a tu atenta carta del pasado 17 de febrero de 2005, en la que acusas recibo de nuestra carta de fecha 4 de febrero de 2005, y con objeto de evitar cualquier duda interpretativa te reitero que, en ningún caso ni supuesto, es voluntad de TME, ni media, por tanto, su consentimiento, para la aplicación a la relación de interconexión con Amena de los precios de terminación vigentes con anterioridad a la Resolución de la CMT de 7 de octubre de 2004”.

Por tanto, nuevamente, TME reconocía que no había aceptado los precios de 20 de enero de 2005, aunque tampoco los anteriores a 7 de octubre.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con fecha 23 de marzo de 2005, TME presentó escrito en el que reafirmaba por tercera vez su postura expresada en la carta de 4 de febrero de 2005, señalando la conveniencia de suspender el procedimiento hasta la resolución del recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de 20 de enero de 2005 *“pues, sin lugar a dudas, la resolución que adopte esa Comisión sobre el mismo despejará las discrepancias de interpretación surgidas a raíz de la Resolución de 20 de enero de 2005 entre las partes ahora en conflicto”*.

Asimismo, el día 15 de julio de 2005 Amena presentó alegaciones dentro del trámite de audiencia concedido al efecto, reiterando que la falta de aceptación de los precios de aquella Resolución por TME debería conllevar la aplicación de los precios anteriores al 7 de octubre de 2004.

A dicho escrito siguió otro de TME (26 de julio de 2005) en el que manifestaba que ambas operadoras, desde la consolidación de febrero de 2005, habían venido liquidándose el tráfico de interconexión de acuerdo con los precios aprobados en la Resolución de 20 de enero de 2005, lo que evidenciaba, a su entender, la inexistencia de conflicto y, por tanto, la necesidad de dar por concluido el procedimiento.

En respuesta a TME, Amena remitió a la Comisión el día 6 de septiembre de 2005 un escrito manifestando que la liquidación provisional del tráfico tomando como referencia los precios establecidos en la Resolución de 20 de enero de 2005, no implicaba acuerdo entre las partes en cuanto a los precios a aplicar, ya que dichas liquidaciones se habían producido en discrepancia y podían regularizarse una vez resuelto el conflicto por la Comisión. Se aportaron las Actas de Consolidación correspondientes a los meses de febrero a julio de 2005.

Resultaba, pues, determinante que, si bien TME había manifestado haber consolidado con Amena en virtud de los precios fijados en la Resolución de 20 de enero de 2005, existían manifestaciones expresas de TME que aludían a su falta de aceptación en plazo de dichos precios, a saber:

- La carta de fecha 4 de febrero de 2005 en la que la operadora no aceptaba expresamente los precios fijados en la Resolución de 20 de enero de 2005, tal y como era preceptivo de acuerdo con el Resuelve Tercero de dicha Resolución. Más allá de su falta de aceptación, la recurrente consideraba no ajustados a Derecho aquellos precios.
- La presentación el día 14 de febrero de 2005 de recurso potestativo de reposición contra la Resolución de 20 de enero de 2005.
- La carta dirigida a Amena el día 10 de marzo de 2005, en la que manifestaba su rechazo absoluto a la aplicación de los precios anteriores al 7 de octubre de 2004, pero sin aceptar tampoco la aplicación de los precios de 20 de enero de 2005.
- El escrito dirigido a la Comisión el día 23 de marzo de 2005 en el que solicitaba la suspensión del conflicto en tanto no se resolviera el recurso interpuesto contra la Resolución de 20 de enero de 2005.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Era evidente que TME no quería la aplicación de los precios anteriores al 7 de octubre de 2004, pero la operadora era conocedora de los términos de la Resolución de 20 de enero de 2005 y del mecanismo de comunicación de la opción ejercitada a Amena contenido en la misma (los operadores que quisieran dar aplicación a los precios de la Resolución de 20 de enero de 2005 debían solicitar a Amena la modificación de su AGI), por lo que la falta de aceptación expresa de los nuevos precios llevó a que la Resolución de 12 de enero de 2006 que ponía fin al conflicto, determinara la aplicación a TME, en todos sus términos, de la Resolución de 20 de enero de 2005 y, por tanto, la aplicación de los precios anteriores al 7 de octubre de 2004.

Esta actitud de TME muestra una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento del procedimiento fijado por la Comisión y ha obstruido el correcto entendimiento y la buena fe en que se deben basar las relaciones entre los operadores, por un lado, y entre éstos y el regulador, por otro.

De este modo, la Resolución recurrida, estimó que debía entenderse producida la negativa a aceptar los precios de 20 de enero y, por tanto, resultaban de aplicación los anteriores a 7 de octubre.

TME y Amena han aportado, en fase de recurso, documentos que requieren de una reconsideración de los términos en que se ha manifestado la voluntad de ambas.

Segundo.- Sobre la voluntad concurrente de Amena y TME en la aplicación de los precios fijados en la Resolución de 20 de enero de 2005, a la luz de la documentación presentada.

Negada la aceptación de los precios de 20 de enero de 2005 a TME, debemos ahora analizar si, a pesar de ello, ha existido un acuerdo privado de voluntades entre ambas partes, como sostiene TME, tendente a la aplicación desde el 4 de febrero de 2005 de los nuevos precios. La existencia de dicho acuerdo supondría la necesaria desaparición sobrevenida del objeto del conflicto, al haber zanjado las partes el contencioso sin intervención de la Comisión.

Sobre la base de los principios expuestos en el apartado anterior, resulta preciso analizar los argumentos contenidos al respecto en los escritos de las partes en el presente recurso y los documentos obrantes en el expediente, para determinar si debe confirmarse la Resolución recurrida en cuanto a la aplicación de lo establecido en las Resoluciones de 7 de octubre de 2004 y 20 de enero de 2005.

En cualquier caso, el acuerdo referido versaría sobre la aplicación de los precios de terminación en la red de Amena fijados en la resolución de 20 de enero de 2005, en lugar de los anteriores a 7 de octubre de 2004. Dicho acuerdo, en hipótesis, reflejaría una novación modificativa de uno de los elementos de la relación obligatoria en que consisten los contratos de interconexión, el precio del servicio.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como es sabido, la novación de una obligación puede producirse de manera expresa, cuando las partes reconocen explícitamente dicha modificación, o tácita, cuando no existe constancia expresa, pero los interesados desarrollan actos de los que se deduce una voluntad terminante, manifiesta e inequívoca tendente a la variación de la obligación (art. 1204 del Código Civil).

En nuestro caso, no existe un acuerdo expreso de las partes para la novación, que daría por terminado el conflicto, por satisfacción al margen del procedimiento. El problema se plantea acerca de si concurre de otra manera de forma concluyente e inequívoca la voluntad de ambas partes de llegar a un acuerdo definitivo sobre los precios de terminación.

Para acreditar la existencia de dicho acuerdo –no expreso sino concluyente– sobre los precios fijados en la Resolución de 20 de enero de 2005, TME presenta junto con el recurso de reposición los siguientes documentos:

- Actas de Consolidación de los importes correspondientes al tráfico de interconexión intercambiado en los meses de febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre y octubre del año 2005 firmadas por ambas partes, junto con las facturas correspondientes a dichos meses.
- Copia del apartado 6.2 del AGI, relativo a la facturación y pago, que en su párrafo 6 señala que en caso de discrepancias en las cantidades facturadas, la compensación se producirá en las cantidades no controvertidas.
- Copia de la carta remitida el 10 de marzo de 2005 por el Director de Interconexión y Regulación de TME al Director de Negocios con Operadores de Amena, en la que se señala que no es voluntad de TME, no media su consentimiento para la aplicación de los precios anteriores a la Resolución de 7 de octubre de 2004.
- Copia del fichero electrónico remitido por Amena a TME el día 17 de marzo de 2005 que contiene los tráficos correspondientes al mes de febrero y los precios aplicables a los mismos (según TME, puede observarse que a partir del cuatro de febrero se aplican los precios de la Resolución de 20 de enero de 2005).
- Copia de los correos electrónicos intercambiados por los responsables de consolidación de Amena y TME los días 1 y 11 de julio de 2005, en los que Amena reconoce que el precio está bien aplicado y que, por tanto, no resulta necesario regularizar.

Debe estudiarse, pues, la prosperabilidad del recurso interpuesto por TME sobre la base de los argumentos expuestos y documentos aportados por la recurrente, determinando si los mismos resultan, como sostiene aquélla, suficientemente probatorios de la existencia de un acuerdo terminante de las partes en la aplicación definitiva de los precios fijados en la Resolución de 20 de enero de 2005 desde el 4 de febrero de 2005.

De igual modo, procede considerar las Actas presentadas por Amena, y las alegaciones relativas a ellas, por si éstas pudieran ser demostrativas de la existencia de supuestos similares al actual en el que las partes hubieran



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

consolidado sin dejar constancia en las Actas de discrepancia alguna, significando con ello el carácter definitivo de la liquidación.

En primer lugar, aporta TME las Actas de Consolidación firmadas por los responsables de consolidación de ambas compañías y correspondientes a los meses de febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre y octubre de 2005, junto con sus correspondientes facturas.

El objetivo de las mismas, según consta en las Actas, es consolidar mensualmente los importes correspondientes al tráfico de interconexión intercambiado entre ambos operadores, habiendo reconocido, en el presente caso, tanto Amena como TME la consolidación en aquellas Actas de acuerdo con los precios fijados en la Resolución de 20 de enero de 2005, desde febrero de 2005.

No obstante, Amena entiende que no puede atribuirse a las Actas de Consolidación firmadas por las partes valor como expresión de la voluntad definitiva de Amena, en la medida en que las liquidaciones tienen carácter provisional (serían objeto de regularización en caso de estimarse su pretensión) y aplican el menor de los precios posibles (los de 20 de enero de 2005), tal y como establece el AGI vigente entre las partes para los supuestos de discrepancias.

Además, según la operadora en dichas Actas no se trataba de fijar el precio aplicable, sino de cruzar datos, llevando a cabo regularizaciones por tráfico. De ahí que los técnicos que intervienen en las mesas de consolidación no tengan poderes para pronunciarse sobre la voluntad de Amena de aplicar determinados precios.

Sin embargo, en consonancia con lo ya reiterado en diversas Resoluciones⁹ sobre el valor que las Actas de Consolidación presentan dentro de la relación jurídico-privada existente entre dos operadores que interconectan sus redes, debe señalarse que dichas Actas constituyen un documento privado válido en el que aparece claramente manifestada la voluntad de los operadores, existiendo un reconocimiento de deuda (para la parte obligada al pago) y un consentimiento para que dicha deuda se plasme en facturas a emitir por la otra parte contratante.

El obligado al pago asume consciente y voluntariamente la existencia de una deuda correspondiente a los servicios de interconexión prestados por la otra parte y, por tanto, la obligatoriedad de abonar los importes facturados y compensados en base a las Actas y a las facturas emitidas a partir de las mismas, salvo que existan, de alguna manera, discrepancias.

En caso de discrepancias sobre el precio a aplicar, señala TME que éstas se hubieran hecho constar expresamente en las Actas de Consolidación, de acuerdo con el procedimiento previsto en el AGI vigente entre ambas operadoras.

⁹ Resoluciones de 19 de octubre de 2000 (ME 2000/3021) y de 29 de abril de 2002 (RO 2002/6202).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En particular, señala el apartado 6.2 del AGI que “si alguna de las partes discrepase en las cantidades facturadas, lo notificará a la otra parte antes de la fecha de la compensación, expresando la cuantía y las razones en que tal discrepancia se fundamenta. En este caso, la compensación se producirá en la parte no controvertida, remitiéndose la parte no discutida al comité de consolidación. Dicho comité se creará entre las partes en el momento de entrar en vigor el presente acuerdo y estará formado por una persona de cada empresa”.

En el presente caso, no se ha acreditado la remisión de discrepancia alguna a dicho comité de consolidación sobre las cantidades facturadas, ni constan discrepancias concretas antes de cada consolidación, como parece desprenderse del AGI.

Con todo, del texto citado del AGI no se desprende tampoco la obligatoriedad de la manifestación expresa de la discrepancia en el Acta de Consolidación, por lo que, en principio, se consideró que la falta de mención expresa a las discrepancias en dichas Actas no era suficientemente acreditativa de la voluntad de las partes de aplicar definitivamente los precios de 20 de enero de 2005.

Ciertamente, la existencia de una serie de Actas en las que las partes, sin ambages, consolidan y liquidan tráficos y precios, era un indicio de la posible existencia de un acuerdo definitivo, máxime cuando no se consignaban discrepancias concretas en las Actas ni constaban otras discrepancias previas a cada Acta. Sin embargo, la propia existencia de un conflicto ante esta Comisión, que las dos partes conocían perfectamente, anterior y posterior a la fecha de las Actas, y en el que las posiciones de ambas estaban claramente enfrentadas, sin acuerdo alguno, llevó a la Comisión, en su Resolución de 12 de enero de 2006, a considerar que no existían pruebas lo suficientemente consistentes para concluir en la realidad de un acuerdo terminante que zanjara definitivamente el conflicto. A este respecto, basta recordar que ni siquiera TME aportó las Actas de Consolidación cuando solicitó la terminación del procedimiento por desaparición de su objeto, ya que fueron aportadas por Amena.

Asimismo, tampoco puede olvidarse que TME había recurrido en reposición ante esta Comisión la Resolución (y por ende los precios) de 20 de enero de 2005, y que a pesar de que el recurso no se resolvió hasta el 26 de mayo siguiente, sin desistimiento de TME, ésta había venido suscribiendo las Actas de Consolidación (en abril y mayo de 2005) sin manifestar discrepancia alguna sobre los precios. Es decir, que aun cuando TME tampoco estaba de acuerdo con los precios de 20 de enero de 2005, como manifiesta su recurso de reposición, no presentó discrepancia alguna concreta ni antes ni en las Actas de Consolidación de dicho período, lo cual constituye también un indicio de que en ese período consideraba las actas como meros acuerdos de fijación provisional de los precios, en espera de su posible rectificación, si el recurso era estimatorio, si bien su pretensión se concretaba en la vigencia de los precios fijados en la Resolución de 7 de octubre y nunca los anteriores a ella, explícitamente rechazados.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Pero es que tampoco Amena formuló discrepancia alguna, a pesar de la relevancia económica del resultado del conflicto, sin que resulte argumento de contrario suficiente que la misma interposición del conflicto fuera manifestación bastante a tenor de lo que revelan sus actos anteriores y posteriores

Así, se han aportado en fase de recurso varios documentos que revelan la intención de las partes de aplicar con carácter definitivo los precios de la Resolución de 20 de enero de 2005 desde el día 4 de febrero de 2005.

En primer lugar, para acreditar su argumento sobre que la forma habitual de obrar en los casos en que existen discrepancias entre los operadores sobre los precios a aplicar, es hacer mención expresa de tales discrepancias en las mismas Actas de Consolidación, aporta el Acta de Consolidación firmada entre ambos operadores el día 12 de enero de 2005.

En dicha Acta, ambos operadores consolidaron los importes correspondientes al tráfico de interconexión intercambiado durante el período de 1 a 31 de noviembre de 2004, en que existía un conflicto ante esta Comisión entre las partes acerca de la fecha de efectos de la bajada de precios de terminación. Se comprueba que en esta acta, ambos operadores manifestaban expresamente que se había consolidado en desacuerdo con los precios tomados en consideración.

En segundo lugar, ante el correo de Amena en el que se pone en conocimiento de TME que en las consolidaciones realizadas en el período de febrero a mayo se ha tomado el dato de Amena, TME responde que al tener el dato ya configurada la tarifa definitiva no habría que regularizar, aspecto éste que solicita le sea confirmado por Amena. La contestación de Amena resulta clara al afirmar que *“efectivamente los precios están bien aplicados al haberse tomado el dato de Amena, por lo que, en principio, a no ser que se registrara alguna recuperación de tráfico, no será necesario regularizar”*. En ningún caso se plantea por Amena que tenga que regularizarse el precio de acuerdo con los precios anteriores al 7 de octubre como consecuencia de la resolución del conflicto de interconexión, haciendo referencia a dicha posible futura regularización únicamente para el supuesto de que se registrara alguna recuperación de tráfico.

A la luz de los nuevos elementos aportados por TME en esta instancia procedimental, y teniendo en cuenta que una de las reglas esenciales de la interpretación de la verdadera voluntad de las partes en los contratos viene reflejada en el art. 1282 del Código Civil, que dispone que “[P]ara juzgar la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato” (que la jurisprudencia ha extendido también a los actos anteriores), se trata de comprobar si con ellos puede esta Comisión llegar a una conclusión distinta a la que se llegó en el conflicto originario, en el sentido de que la intención de las partes, cuando firmaban las Actas de Consolidación sin discrepancias, a pesar de la existencia de dicho conflicto, era la de zanjar con carácter definitivo el contencioso sobre los precios de terminación aplicables.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Y en este sentido, habida cuenta del Acta de Consolidación de noviembre de 2004, se nos pone de manifiesto que cuando las partes han estado enfrentadas en un conflicto en el que se discutían los precios aplicables a un período determinado, han dejado constancia expresa de su discrepancia en las Actas, de manera que consideraban la consolidación como meramente provisional, a resultas del conflicto; asimismo, de los correos electrónicos intercambiados por ambas operadoras, resulta que Amena entendía decididamente que las tarifas aplicadas en la consolidación eran definitivas, como hizo constar en los mails aportados por TME.

Tales documentos son actos anteriores y posteriores que llevan a esta Comisión a modificar el criterio interpretativo sobre el alcance del acuerdo reflejado en las Actas de Consolidación aportadas originariamente al expediente. Si en el momento de la resolución del conflicto, no se disponían de elementos suficientes para interpretar que las partes, al firmar sin discrepancias en las Actas, habían resuelto definitivamente los precios aplicables, los nuevos documentos constituyen de por sí base suficiente para la rectificación del criterio anterior.

Por tanto, a pesar de lo alegado por Amena sobre la consolidación en discrepancia (y, por tanto, provisional), lo cierto es que ninguna de las operadoras mostró discrepancia alguna en dichas consolidaciones, por lo que las Actas de Consolidación presentadas, teniendo en cuenta las informaciones contenidas en los correos citados y el Acta de noviembre de 2004, deben tener valor como concurso de voluntades de TME y Amena en la aplicación definitiva de los precios de la Resolución de 20 de enero de 2005.

Todo lo anterior resulta corroborado por el fichero aportado por TME y que le fue remitido por Amena el día 17 de marzo de 2005, donde puede apreciarse que a partir del 4 de febrero de 2005, y de acuerdo con la fijación de precios de la Resolución de 20 de enero de 2005, se produjo la reducción del precio de Amena en horario normal, aumento del precio del horario reducido y ampliación del horario normal incluyendo los sábados de ocho a catorce horas.

En ningún caso resultaría óbice de lo anterior la alusión en la Resolución impugnada a *“la reversibilidad de los pagos en interconexión que se han abonado hasta la actualidad”* una vez que fuera resuelto el conflicto, puesto que dicha reversibilidad únicamente podría ser dispuesta por la Comisión, obviamente, en el supuesto de que la controversia debiera quedar resuelta con la aplicación de precios diferentes de los efectivamente liquidados entre las partes y, por tanto, no cuando de los actos llevados a cabo por ellas se desprendiera la voluntad coincidente de ambas de aplicar estos últimos.

Resulta contradictorio, además, que Amena sostenga que se consolidó en discrepancia con los precios (aplicando los menores de la controversia) y que niegue a dichas Actas valor en cuanto documento que contiene expresiones de voluntad en la aplicación de los precios, y aún más, rechace la facultad de los responsables de consolidación de dejar plasmada la voluntad de la compañía en cuanto a los precios a aplicar.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Los importes reflejados en las Actas de Consolidación son el resultado de la aplicación de los precios al tráfico de interconexión, por lo que si bien dichos responsables no son los que en último término deciden sobre el precio por el que se va a consolidar, como señala la propia Amena *“el precio les viene dado”*, y en este caso, el precio dado por la operadora fue el fijado en la Resolución de 20 de enero de 2005. En cualquier caso, los responsables de la consolidación operan en el tráfico jurídico como representantes de Amena, comprometiendo en aquello para lo que tienen poder a la mercantil en la que prestan sus servicios. Cualquier discrepancia entre la voluntad de Amena y la de sus empleados pertenece al ámbito interno de Amena, y no puede afectar la legítima confianza en el tráfico que terceros de buena fe tengan. Si los responsables de la consolidación fijan tráfico y precio, en el momento de la liquidación, tales aspectos vinculan indudablemente a Amena con los terceros operadores con los que consolidan, sin perjuicio de las acciones que en su caso pueda tener Amena contra sus empleados si éstos actúan en contra de la voluntad de sus superiores, si ése fuera el caso.

De acuerdo con lo ya expuesto sobre la aplicación voluntaria de los precios de la Resolución de 20 de enero de 2005 (sin perjuicio de la legítima intervención de la Comisión obligando a Amena a ofrecer tales precios), transcurrido el plazo previsto en dicha Resolución (cinco días para que Amena emitiera la oferta y diez días para que el operador interconectado comunicase su opción de no acogerse a los mismos), nada impedía a las partes acogerse libremente a los precios fijados en la Resolución de 20 de enero de 2005.

Quiere decirse, por tanto, que con independencia de los efectos fijados en la Resolución de 20 de enero de 2005 sobre la aplicación de los precios anteriores al 7 de octubre de 2004 en el caso de que el operador interconectado no aceptara los nuevos precios, las partes podían en cualquier momento llegar a un acuerdo y modificar sus precios.

Así sucedió en el presente supuesto, en el que si bien las partes manifestaron en un primer momento sus diferencias en cuanto a los precios a aplicar, la firma de las Actas de Consolidación reflejaba el acuerdo de ambas en la aplicación de los precios de 20 de enero de 2005.

Téngase en cuenta que las últimas manifestaciones de TME relativas a su disconformidad con la Resolución de 20 de enero de 2005, tienen lugar el día 23 de marzo de 2005, fecha en la que solicitó la suspensión del conflicto hasta la resolución posterior del recurso de reposición. Con posterioridad, presentó escrito solicitando la desaparición del conflicto y poniendo en conocimiento de la Comisión su aceptación de los nuevos precios, de acuerdo con los cuales las partes habían firmado las Actas de Consolidación.

Estas Actas de Consolidación se convierten, por tanto, en la manifestación del consentimiento de las partes por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato (artículo 1262 CC).

Y es que, como ha señalado el Tribunal Supremo, el concurso de la oferta y de la aceptación no ha de producirse en el mismo momento temporal, pudiendo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

manifestarse la voluntad de aceptar con posterioridad a la fecha de emisión de la oferta (Sentencia de 7 de marzo de 1956).

Resulta clarificadora, en este sentido, la Sentencia de fecha 10 de octubre de 1980 que señalaba que *“aun siendo frecuente que el proceso formativo del contrato se inicie con exploraciones de voluntad contenidas en tratos preliminares o conversaciones previas que los interesados mantienen sin fuerza vinculante antes de decidirse a la celebración del negocio, y mediante las cuales se comunican sus respectivas aspiraciones, tal fase preparatoria es bien distinta de la oferta en cuanto declaración de voluntad de naturaleza recepticia, como tal dirigida al otro sujeto y emitida con un definitivo propósito de obligarse si la aceptación se produce, surgiendo el consentimiento por la coincidencia de esas declaraciones de los contratantes en que la oferta y la aceptación consisten, de donde se sigue que encaminados los tratos preliminares a la formación de la primera, desaparecerán una vez cumplida su misión en el momento en que en el iter contractual se llegó a formular una proposición final con todas las notas de una verdadera oferta. Realizada la oferta o propuesta conteniendo los requisitos indispensables al fin proyectado (o essentialia negotii), el contrato se genera en su perfección con el asentimiento de la otra parte, manifestando su aceptación a los términos en que aquella declaración ha sido hecha por el oferente, alcanzándose el punto de conjunción de los contrapuestos intereses, que es el acuerdo determinante del consentimiento, cuya suficiencia para la perfección del negocio viene proclamada por le artículo 1254 CC”.*

Una vez que se produce el acuerdo por el concurso de las declaraciones de voluntad de oferente y aceptante, el contrato despliega sus efectos propios y es susceptible de ejecución.

Por tanto, emitida la oferta, obligada para Amena, de aplicar los precios de la Resolución de 20 de enero de 2005, se produjo, pues, la aceptación por TME de los mismos, lo que conllevó la perfección del acuerdo entre ambas.

La primera Acta de Consolidación aportada por TME es la firmada el día 1 de abril de 2005, pero se corresponde con los datos del mes de febrero, por lo que si bien la exteriorización de la voluntad de las dos operadoras tuvo lugar en esa fecha, ambas consintieron en otorgarle efectos desde el mismo día 4 de febrero de 2005 en que comenzó a estar vigente la Resolución de 20 de enero de 2005.

Por tanto, frente a las cartas y alegaciones efectuadas en su momento por TME, de los cuales se desprende la no aceptación de los precios de 20 de enero de 2005, nos encontramos ante hechos relevantes (apoyados en los documentos aportados en esta fase del recurso), llevados a cabo por ambas operadoras que resultan concluyentes del acuerdo definitivo de voluntades de ambas partes.

No contribuyen tampoco a desvirtuar las consideraciones anteriores las alegaciones y Actas de Consolidación aportadas por Amena. Algunas de ellas aluden a relaciones contractuales de Amena con otros operadores, sometidas,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

por tanto, a la autonomía de la voluntad y las otras no reflejan sus afirmaciones sobre la existencia de regularizaciones posteriores como consecuencia de la resolución de un conflicto de interconexión con TME sin que existieran con anterioridad discrepancias puestas de manifiesto.

Resulta precisa, no obstante, una mención expresa al Acta de regularización de 8 de junio de 2000 aportada por Amena como prueba de un supuesto en el que, habiéndose firmado las Actas de consolidación en conformidad, posteriormente se procedió a la regularización de las cantidades consolidadas por variación de los precios.

No obstante, como señala TME, este Acta refleja la regularización de los importes satisfechos entre ambas operadoras como consecuencia de la modificación de su AGI en lo relativo a los precios a aplicar a los servicios de interconexión. Ambas partes acordaron la aplicación retroactiva de dicha modificación, lo que no podría considerarse en ningún caso con un supuesto de regularización como consecuencia de discrepancias en los precios. A dichos efectos, TME aporta el Addendum al AGI firmado por ambas partes, por lo que no cabe estimar la alegación de Amena al respecto.

En el presente caso, por el contrario, nos encontramos ante unas Actas de Consolidación que reflejan la voluntad de las partes de aplicar los precios de 20 de enero de 2005, y en las que las partes ya debían conocer la discrepancia sobre los precios aplicados, lo que debía haberse puesto de manifiesto expresamente en el Acta.

En definitiva, los hechos anteriormente expuestos vienen a mostrar la existencia de un acuerdo entre TME y Amena sobre los precios aplicables al servicio de interconexión de terminación en la red de Amena, los de 20 de enero de 2005, comprobado el cual la Comisión no puede intervenir por pertenecer el mismo al ámbito privado de los contratantes (principio de intervención mínima), lo que, a su vez, determina la desaparición sobrevenida del objeto del conflicto.

A tenor de todo lo anterior, no procede, por tanto, que las partes realicen modificación del AGI en los términos expuestos en la Resolución de 12 de enero de 2006, debiendo tenerse por no formulada la propuesta de modificación del AGI que Amena remitió el 27 de enero de 2006 a TME y que, en cualquier caso, excedía los límites de la intervención que llevó a cabo la Comisión a través de la Resolución impugnada (referida al período del 4 de febrero de 2005 al 6 de noviembre de 2005).

No era preciso que la Resolución impugnada se hubiera pronunciado sobre dicho límite temporal, dado que la aceptación por TME de los precios fijados en la Resolución de 29 de septiembre de 2005 ya era suficientemente determinante de la aplicación de estos últimos precios a su relación contractual con Amena.

Igualmente, no quedan obligadas las partes a cumplir con la regularización de los pagos efectuados en interconexión con arreglo a los precios anteriores al 7



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de octubre de 2004 dispuesta en el Resuelve Segundo de la Resolución de 12 de enero de 2006.

Tercero.- Sobre la supuesta vulneración de los principios de contradicción y defensa en el procedimiento administrativo.

El último de los argumentos esgrimidos por TME en orden a acreditar los perjuicios ocasionados por la Resolución impugnada, se refiere a la apertura de un “segundo trámite de audiencia”, en el que Amena presentó diversos escritos de los que la recurrente no tuvo conocimiento, y que, a su juicio, le impidieron ejercer la oportuna defensa en el procedimiento administrativo abierto para la resolución del conflicto.

En particular, señala la recurrente que, tras la finalización del trámite de audiencia, la Comisión dio traslado a Amena del escrito de alegaciones formulado por TME dentro de dicho trámite, requiriéndole nueva información y procediendo a continuación a dar respuesta al conflicto planteado sin dar traslado a TME de los nuevos escritos presentados por Amena.

Estas afirmaciones de TME no pueden, sin embargo, y de ninguna manera, como a continuación se expresa, tener acogida, puesto que, en ningún momento, la falta de remisión por este Organismo de los escritos presentados por Amena una vez transcurrido el período del trámite de audiencia ocasionó a la operadora una minoración de sus derechos de defensa en el procedimiento.

El principio de contradicción o defensa, que tiene su reconocimiento en el artículo 105 de la Constitución Española, postula el otorgamiento de una suficiente y adecuada defensa de los derechos e intereses de las partes, resultando ser la audiencia previa su más clara manifestación. De ahí que el trámite de audiencia haya sido calificado por la Jurisprudencia como un trámite esencial, cuya falta podría determinar que se produjera la efectiva indefensión del interesado.

Ahora bien, cuando se pone de manifiesto el expediente a los interesados a fin de que se evacue el correspondiente trámite de audiencia, se cumple con el principio de defensa de las partes en el procedimiento, conforme al art. 84 de la LRJPAC. No existe un derecho de las partes a recibir las alegaciones de la otra parte en dicho trámite de audiencia y a contestar el contenido de dichas alegaciones, ya que ello llevaría además a un bucle infinito de réplicas y dúplicas en el que cada parte querría ser la última en ser oída. Correlativamente, no existe ninguna obligación por la Comisión de dar traslado para alegaciones del resultado de dicho trámite de audiencia a la contraparte.

En el procedimiento administrativo, el principio de defensa se cumple si la parte (en el caso de un conflicto, las partes) ha sido oída respecto de todos los hechos que obran en el expediente, y respecto de todas las pretensiones (que el art. 89 de la LRJPAC califica como cuestiones) planteadas en el expediente.

En nuestro caso, se dio traslado a Amena de la petición de TME de dar por terminado el conflicto, ya que indubitadamente era un hecho (y por ende una



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

pretensión) nuevo que debía someterse a la consideración de la contraparte, y cuya falta de audiencia hubiera dado lugar a la indefensión de AMENA.

Naturalmente, de la contestación de Amena no procedía de nuevo oír a TME, ya que Amena no introdujo ninguna cuestión nueva, limitándose a efectuar una valoración opuesta de los hechos manifestados por TME.

Con posterioridad a la finalización del trámite de audiencia, tuvo entrada el Registro de la Comisión escrito de Amena, ampliando sus alegaciones, y dirigido a proponer la estimación por silencio administrativo positivo de la pretensión aducida por Amena, al haber transcurrido el plazo de cuatro meses para resolver, sin que la Comisión hubiera dictado un acto expreso que pusiera fin al conflicto. Sin embargo, una vez más, no procedía dar traslado de ello a TME, ya que no se trataba de un hecho nuevo, sino de una argumentación jurídica adicional, como complemento de audiencia previa. Debe recordarse que el art. 76.3 de la LRJPAC permite a los interesados cumplir sus trámites en cualquier momento, incluso fuera de plazo, si no se les ha caducado el derecho por la Administración.

En cualquier caso llama la atención que ello se justifique como causa de indefensión, cuando es doctrina consolidada en esta Comisión, y en este mismo sentido se resolvió en el conflicto, que el transcurso del plazo para resolver en este expediente no genera silencio positivo (es decir, se desestimó la consideración de Amena).

El Tribunal Supremo ha venido afirmando que “no se produce dicha indefensión material y efectiva cuando, pese a la falta del trámite de audiencia previo a la adopción de un acto administrativo, el interesado ha podido alegar y aportar cuanto ha estimado oportuno. Tal oportunidad de defensa se ha podido producir en el propio procedimiento administrativo que condujo al acto, pese a la ausencia formal de un trámite de audiencia; asimismo, el afectado puede contar con la ocasión de ejercer la defensa de sus intereses cuando existe un recurso administrativo posterior; y en último término, esta posibilidad de plena alegación de hechos y de razones jurídicas y consiguiente evitación de la indefensión se puede dar ya ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa (entre muchas, pueden verse las sentencias de 26 de enero de 1979 [RJ 1979\232]; de 18 de noviembre de 1980 [RJ 1980\4546]; de 18 de noviembre de 1980 [RJ 1980\4572]; de 30 de noviembre de 1995 –recurso de casación 945/1992 [RJ 1995\8582]–; o, muy recientemente, la de 30 de mayo de 2003 –recurso de casación 6.313/1998 [RJ 2003\5013]–).

Lo fundamental, por tanto, a efectos de considerar si se ha producido indefensión, es determinar si el interesado ha sido privado de la facultad de introducir en el expediente alegaciones y si dicha imposibilidad ha generado un perjuicio concreto para aquél, que en este caso no se producido.

Nada hubiera impedido, en cualquier caso, a la recurrente conocer el contenido del escrito presentado, debiendo, en este sentido, recordarse el contenido del artículo 35.1 a) de la LRJPAC, que reconoce a los ciudadanos el derecho *“a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Otra manifestación del correcto cumplimiento en la Resolución impugnada de los derechos de defensa de la recurrente es la de que TME ha interpuesto recurso potestativo de reposición contra aquélla, disponiendo de todos los elementos de juicio necesarios para su interposición y aportando datos e informaciones que, en todo caso, pudo haber aportado en el trámite de audiencia que le fue concedido, sin conocer el contenido del último escrito presentado por Amena.

En este sentido se pronunciaba el Tribunal Supremo (Sentencia de 5 de noviembre de 2001) para un supuesto en el que se invocaba la indefensión originada como consecuencia de la omisión del trámite de audiencia, al señalar que *“No se aprecia, en consecuencia, que la Sala de instancia haya infringido los preceptos que se invocan como vulnerados al acogerse a determinadas decisiones jurisprudenciales de este Tribunal Supremo en las que se mantiene que debe entenderse subsanado el defecto de falta de audiencia previa del particular cuando éste tuvo suficientes oportunidades de defensa en vía administrativa, amén de las que utilizó luego en la vía judicial y afirmar, en plena consonancia con la interpretación que acaba de exponerse, que, al no tratarse de un procedimiento sancionador, la falta de audiencia previa debe considerarse subsanada por la posterior interposición de los correspondientes recursos en vía administrativa y jurisdiccional y que el principio de economía procesal hace improcedente la retroacción de actuaciones. La omisión del trámite de audiencia debe considerarse, en suma, una irregularidad no invalidante o suficientemente convalidada por las actuaciones posteriores”*.

Pero, además, no resulta suficiente con la manifestación por el interesado de su imposibilidad de efectuar alegaciones, siendo requisito necesario el suficiente razonamiento de la relación entre la circunstancia desconocida por el interesado y el perjuicio ocasionado al mismo como consecuencia de su ignorancia.

Concretamente, ha señalado el Tribunal Supremo (Sentencia de 12 de julio de 1996, RJ 5978) que *“La invocación de la indefensión en el procedimiento administrativo, como consecuencia de la falta de oportunidad de audiencia hubiera debido completarse, para que tener la pretendida trascendencia invalidante, con una referencia a los medios de defensa -de alegación o de prueba- que no pudieron hacerse valer oportunamente por tal circunstancia, evidenciando una indefensión material o efectiva a la que se anuda la virtualidad que la jurisprudencia reconoce a la omisión del trámite de audiencia a que se refiere el artículo 105, c) CE y que estaba previsto en el artículo 91 LPA”*.

Expuesta la anterior doctrina jurisprudencial, resulta claro que en el procedimiento de conflicto se dio debidamente cumplimiento a las normas relativas al trámite de audiencia, sin que la falta de remisión de los documentos de referencia haya ocasionado perjuicio alguno a TME.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Único.- Estimar el recurso potestativo de reposición interpuesto por Telefónica Móviles España, S.A. contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Telecomunicaciones de fecha 12 de enero de 2006, por la que se ponía fin al conflicto de interconexión planteado por Retevisión Móvil, S.A. (en adelante, Amena) contra TME, en relación con los precios de terminación de llamadas en la red de Amena.

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 estima el recurso de reposición interpuesto por Telefónica Móviles España, S.A, 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.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera